

---

**A MUTAÇÃO DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS  
CONFLITOS CONSTITUCIONAIS SISTÊMICOS DELA DECORRENTE*****THE MUTATION OF ART. 52, X, OF THE FEDERAL CONSTITUTION  
AND THE SYSTEMIC CONSTITUTIONAL CONFLICTS ARISING  
THEREOF*****MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO**

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Especialista em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra. Professora na graduação e no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Maranhão e Promotora de Justiça no Estado do Maranhão. E-mail: marciahaydee@uol.com.br

**PEDRO NILSON MOREIRA VIANA**

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Direito Notarial e Registros Públicos pela Universidade Federal do Maranhão. Advogado licenciado. Assessor jurídico da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: pedro.moreira.viana@hotmail.com

**RESUMO**

**Objetivo:** a Constituição como documento político e jurídico vivente, enfrenta ininterruptos processos de modificação, tanto em literalidade quanto em sentido. Essas alterações, em regra, processam-se por meio das emendas constitucionais que alteram a semântica estática do texto a partir de um processo legislativo democrático. No Brasil, a partir do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 3406/RJ e 3470/RJ, o Supremo Tribunal Federal interpretou sobre regra de competência do Senado Federal, prevista no Art. 52, Inciso X, da Constituição,



---

imprimindo consideráveis efeitos sistêmicos sobre a congruência interna do texto constitucional, de modo a suscitar uma reflexão mais acurada sobre os limites dessa forma de alteração da norma fundamental.

**Metodologia:** utiliza-se o método indutivo de abordagem analítico, descritivo-exploratório e como técnicas de pesquisa a revisão bibliográfica e de jurisprudência, com o objetivo de apurar as falhas da formulação da tese da mutação *supra*.

**Resultados:** O julgamento das ADIs nº 3406/RJ e 3470/RJ trouxeram luz ao fato de que a prerrogativa do controle de constitucionalidade judicial não está imune a erros e tampouco é de todo a mais democrática possível. A tese de mutação constitucional do Art. 52, Inciso X, ilustra muito claramente que os ininterruptos processos informais de modificação que a Constituição sofre em seu sentido não podem desprezar o elemento primário da interpretação, o texto normativo, eis que ele é ao mesmo tempo ponto de partida, o balizador da adequação de seus resultados esperados.

**Contribuições:** a pesquisa traz para o debate ações de controle do Supremo Tribunal Federal, que realizou a mudança de sentido de normas da Constituição da República, independentemente de qualquer alteração da estrutura literal de dispositivos normativos, tudo sob a justificativa do reconhecimento de alterações gradativamente experimentadas nos comportamentos institucionais e nos valores da comunidade, aceitos e ratificados pela prática natural verificada no decorrer do tempo.

**Palavras-chave:** Mutação constitucional. Interpretação da constituição. Poder Judiciário.

## ABSTRACT

**Objective:** *the constitution, as a living political and legal document, faces uninterrupted processes of modification, both literally and in meaning. These changes are generally processed through constitutional amendments that alter the semantics alongside a democratic legislative process. In Brazil, remarkably in the Ações Diretas de Inconstitucionalidade no. 3406/RJ and 3470/RJ, the Supreme Court shifted a Senate competence, provided in article 52, X, of the Constitution, therefore imposing considerable systemic effects on the internal congruence of the constitutional text, which is why there must be a more accurate reflection on the limits of such alterations.*

**Methodology:** *the inductive method of analytical, descriptive-exploratory approach and as research techniques the literature review and jurisprudence, with the objective of determining the flaws of the formulation of the thesis of the above mutation, is used.*

**Results:** *The judgment of ADIs No. 3406/RJ and 3470/RJ brought light to the fact that the prerogative of judicial constitutionality control is not immune to errors and is not at all as democratic as possible. The constitutional mutation thesis of Art. 52, X, illustrates very clearly that the uninterrupted formal processes of modification that the*



---

*Constitution suffers in its sense cannot disregard the primary element of interpretation, the normative text, that is the point of departure, the beacon of the adequacy of its expected results.*

**Contributions:** *the research brings to the debate control actions of the Supreme Court, which carried out the change of meaning of norms of the Constitution of the Republic, regardless of any change in the literal structure of normative provisions, all on the grounds of the recognition of changes gradually experienced in institutional behaviors and community values, accepted and ratified by the practice over time.*

**Keywords:** *Constitutional mutation. Constitutional interpretation. Judiciary.*

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, enquanto documento político e jurídico vivente, enfrenta ininterruptos processos parciais de modificação, tanto em sua literalidade quanto em seu sentido, precisamente a fim de evitar a existência de hiatos entre o dever ser e o ser das normas constitucionais.

Essas alterações em regra necessárias se processam ordinariamente por meio das emendas constitucionais, consoante as quais a semântica estática do texto pode ostentar nova feição conforme um processo legislativo democrático pautado em ampla representatividade, observadas as limitações circunstanciais, materiais e temporais estatuídas no próprio texto constitucional.

Um outro mecanismo de mudança da Constituição é chamado de mutação constitucional, o qual consiste na modificação informal do sentido e alcance de uma norma da Lei Fundamental por ocasião de sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Nesse contexto, um tema vem sendo objeto de importantes reflexões no âmbito do constitucionalismo brasileiro, notadamente a partir do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades nº 3406/RJ e 3470/RJ, as quais dizem respeito não tanto a necessidade dessa alteração informal do texto constitucional, mas quanto a sua forma.

No âmbito dessas ações de controle, o Supremo Tribunal Federal realizou a mudança de sentido de normas da Constituição da República, independentemente de



---

qualquer alteração da estrutura literal de dispositivos normativos, tudo sob a justificativa do reconhecimento de alterações gradativamente experimentadas nos comportamentos institucionais e nos valores da comunidade, aceitos e ratificados pela prática natural verificada no decorrer do tempo.

Essa espécie de adaptabilidade orgânica do texto à experiência vivida, contudo, possui limites. Além disso, não raro, como qualquer espécie de transformação, pode imprimir consideráveis efeitos sistêmicos sobre a congruência interna do texto constitucional e, assim, deslocar a ordem originária de sentido por vias não democraticamente representativas, distanciando a fundação política cada vez mais do autogoverno.

São esses os alvos de investigação do presente trabalho, que utilizará como método de procedimento, o indutivo e a análise do discurso, como método de abordagem, o descritivo- exploratório e como técnicas de pesquisa, a revisão bibliográfica e de jurisprudência, com o objetivo de apurar as falhas ou equívoco da formulação da tese da mutação do significado da regra constitucional da competência do Senado Federal, prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, suas razões e suas consequências sobre a estabilidade da repartição de funções constitucionais no Brasil.

## **2 MUTAÇÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS**

À medida em que a sociedade muda, cabe ao Direito compor novos institutos e adaptar suas estruturas a fim de corresponder às transformações sociais.

Com efeito, os núcleos fundamentais do sistema jurídico exigem segurança, força obrigatória e estabilidade para garantir a sobrevivência de uma ordenação sociopolítica legítima, sem os quais a ruptura do sistema se tornaria inevitável.

Nesse passo, a modificação das normas jurídicas, em especial as das Constituições, devem ser admitidas em face das transformações da realidade social, atendendo à expectativa de desenvolvimento do Direito, atendendo as exigências por segurança e estabilidade jurídica.



---

As mudanças constitucionais apresentam-se de duas formas: formais e informais.

As modificações formais do texto constitucional se verificam através de procedimentos previstos nas constitucionais escritas, como as reformas e as revisões constitucionais, as quais eventualmente podem produzir, tomando-se a teoria de Bachof (1994), normas constitucionais inconstitucionais, quando a Emenda à Constituição infringe disposições processuais (inconstitucionalidade formal) ou cláusulas pétreas (inconstitucionalidade material).

As modificações informações dos textos constitucionais são promovidas para a tomada de decisões judiciais, mediante interpretação constitucional, em especial a do Supremo Tribunal Federal, as quais devem ser materializadas, segundo Ferraz (2015), por efetiva demanda da necessidade histórica e não afetar o texto ou o espírito constitucional.

Em ambas as espécies de mudança constitucional, percebe-se a possibilidade de que se deem em desacordo formal ou material com a Constituição.

Tratando da mutação constitucional, Bulos (1996b), defende que essa mutabilidade não se restringe às Constituições rígidas, chamando a atenção para a importância das convenções constitucionais enquanto prescrições de ordem costumeira.

Em relação à discussão sobre o liame entre os elementos dinâmico e estático das ordens constitucionais, o autor aponta para a “inalterabilidade relativa” das leis constitucionais, definindo as mutações constitucionais como “o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*”, através dos seguintes recursos viabilizadores: a interpretação, a construção judicial e os usos e costumes constitucionais, as complementações legislativas, as práticas governamentais, legislativas e judiciárias, e até a influência de grupos de pressão na vida constitucional (BULOS, 1996b).

Barroso (2018) igualmente identifica um vínculo entre as mutações constitucionais e a plasticidade de inúmeras normas constitucionais, ressaltando que o novo significado a elas conferido pode tanto ser originado de uma mudança fática quanto de uma nova percepção jurídica das cláusulas constitucionais.

---



---

Para esse mesmo autor, novas percepções do Direito podem fomentar uma mutação constitucional, quando há alteração nos valores de uma comunidade política, pois a ideia de bem, de justo e de ético variam conforme a experiência da sociedade no tempo (BARROSO, 2018, p. 188).

Consoante Mendes (2016), o texto constitucional brasileiro, dotado de normas programáticas e de eficácia contida, e de uma linguagem normativa aberta, conduz a um “ambiente fértil para o fenômeno da mutação constitucional”, definida por ele como um processo natural inerente à sobrevivência do texto constitucional, que permite que seu conteúdo permaneça aplicável a contextos da atualidade.

A mutação constitucional é, portanto, algo imposto pela própria mudança sociopolítica. Todavia, precisa observar limites, sob pena de causar conflitos constitucionais sistêmicos ou abalar os próprios alicerces da Constituição, colocando em risco a segurança jurídica e a paz social.

Tais balizas são justamente o próprio texto não dos princípios, mas das regras contidas na Constituição, e o espírito da Constituição, entendido este como o conjunto de valores por ela albergados.

### **3 DISCRICIONARIEDADE INTERPRETATIVA E AS RAÍZES DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

O debate acerca dos papéis, limites e representatividade dos Poderes Judiciário e Legislativo permeia, atualmente, considerável espaço de discussão, não raro deixando a exclusividade do meio estritamente acadêmico para alcançar espaços cada vez mais acessíveis e difundidos de reflexão.

Ao contrário do que preliminarmente possa parecer, o tema não está restrito ao Brasil, sendo, em verdade, consoante Vianna (1999, p. 47), fator de discussão muito comum em outros países democráticos, embora várias sejam as causas suscitadas para justificar a existência da politização da justiça e do ativismo judiciário.

Por exemplo, autores como Burgos (2007, p. 39), Ramos e Diniz (2015) ora atribuem como fator determinante desses fenômenos a existência de um sistema de



---

controle de constitucionalidade, ora ao grande espectro de direitos sociais de cunho indeterminado, o que merece maior investigação.

Para Carvalho (1997, p. 37), a adoção dos princípios como uma das espécies normativas propiciou a abertura valorativa do sistema jurídico, permitindo-se a irradiação de valores externos para dentro do sistema normativo, porquanto os princípios contêm valores sociais e políticos ditados pela sociedade.

Essa circunstância parece ser determinante para identificar aquilo que Barroso (2013, p. 2) convencionou chamar de “efeito expansivo das normas constitucionais”.

Ao elevar-se valores sociais e metafísicos à condição de princípios-guia da vida política e, em consequência, garantir a esse novo tipo de norma uma posição hierárquica superior, o sistema jurídico passa a ostentar uma nova face, isto é, dotada de considerável principiologismo.

Desse modo, não somente a Constituição Federal, como também os atos normativos infraconstitucionais passam a conviver, inclusive como requisito próprio para sua validade, com elementos metajurídicos morais e éticos com normatividade, o que permitiu a “principiologização” do direito como um todo.

Apesar de o Direito atualmente apresentar essa forma de estruturação normativa, segundo René David (1986), as suas noções originárias no mundo clássico não compreendiam os princípios enquanto normas-guia de conduta prática, pois a eles se associava um mero ideal que a Justiça deveria representar.

A noção atual, contudo, derivou de um longo processo em que o Direito abandonou referido primado de um modelo ideal de Justiça coletiva para ser codificado e sistematizado em legislações variadas.

A codificação foi uma importante técnica resultante das inspirações revolucionárias da França liberal pós 1789, por meio da qual se revela ao público as regras de conduta modernas, acabando com arcaísmos e a influência demasiada dos costumes do antigo regime para permitir, assim, certa unidade e previsibilidade quando de sua observância pelos tribunais (DAVID, 1986, p. 66).

A codificação permaneceu como forte paradigma do direito ocidental desde então, o qual se reforçou quando da primazia da visão positivista de inspiração



---

kelseniana, especialmente em meados do século XIX, em decorrência dos esforços do Império Napoleônico na criação do Código Civil e de Comércio, tendência seguida por outras nações europeias.

Todavia, David (1986, p. 78) explica que os Códigos foram tratados da seguinte forma: em vez de serem uma nova exposição do Direito, consistiam em simples generalização de um costume levado a nível nacional, o que permitiu a eles afastar-se da Justiça e confundir-se com a mera ordem do soberano.

Assim, o positivismo legal, apesar de ter garantido certo grau de segurança e sistematicidade ao Direito, desde o século XIX até os dias atuais, permitiu o seu primado enquanto forma, em detrimento de valores metajurídicos pré-formadores, em inegável perda de riqueza da Ciência Jurídica, por supô-la incompatível com a moral.

David (1986, p. 85) defende ainda que tal noção legalista está em crise desde o pós-Segunda Guerra Mundial<sup>1</sup>, especialmente diante do envelhecimento dos Códigos e da acentuada relação comparativa entre os Sistemas Nacionais – fatores desencadeadores de uma comunicação dialógica possibilitadora da concepção de soluções fora dos parâmetros estritos do comando legislado, traduzindo-se no “renascimento da ideia do Direito natural e do sentimento pelo qual o Direito não deve ser identificado com apenas aquilo que a lei dispõe”.

A crescente tendência de conexão do Direito à valores morais, éticos e culturais sensivelmente observáveis nos últimos setenta anos, inseridas em um contexto de permanente transformação derivada da globalização dos mercados, vem impulsionando o mencionado principiologismo dos Sistemas Jurídicos contemporâneos.

Não apenas como um significativo sinal de reação à noção positivista, mas ainda de verdadeiro resgate ao humanismo, as sociedades ocidentais preferem compreender a lei não como a medida pura do Direito, mas seu ponto de partida, situação que, embora atraia consigo problemas, não pode ser repreendida, porquanto

---

<sup>1</sup> Para Garapon (1952, p. 40) “A lei constituía o elo principal do positivismo, uma vez que supostamente deveria assegurar a ligação entre o ofício do juiz e a soberania popular.”



---

o direito não pode restar alheio de inegáveis conexões com os sistemas político, econômico e social<sup>2</sup>.

Essa mudança paradigmática de acolhimento das normas jurídicas principiológicas, de acordo com Garapon (1952, p. 41), deve-se principalmente ao fato de que “a lei parece anacrônica no limiar do mundo tecnológico: não se podendo mais dela admitir um espírito abstrato, rígido, uniforme afastado da realidade”.

Porém, um direito muito maleável, etéreo, vago e carente de conteúdo, aliado a multiplicação de leis ‘descartáveis’, pode muito evidentemente ser um dos fatores de impulsão da judicialização de tudo, na medida em que “seu indeterminismo transforma a lei em produto semiacabado que convida o intérprete a atualizar a obra do constituinte, assumindo, assim, o papel de co-legislador permanente”<sup>3</sup>.

Desta forma, o Direito no cenário atual deixa de estar à disposição da vontade popular, porque limitado por princípios abstratos extraídos das constituições, cujo traço marcante “é a forte densidade moral” e abertura de significado, os quais permitem ao legislador ser o primeiro senhor da lei ao dar-lhe nascimento e, ao juiz, seu segundo mestre, que ao sancioná-la, julga sua conformidade.

A reboque, operou-se uma incisiva modificação da forma de interpretação da constituição, a qual se tornou um processo voltado a conhecer várias possibilidades diversas, em alternativa a mera recepção de uma norma prévia, simples e acabada (HÄBERLE, 2006).

Os efeitos dessa nova compreensão sobre o papel da constituição, enquanto ordem quadro-moral do discurso político, impactaram sensivelmente a maneira pela qual os tribunais constitucionais exercem seu revisionismo, notadamente no caso brasileiro.

Na verdade, via de regra, a fim de interpretar dada norma constitucional de conteúdo aberto, pode o intérprete-juiz impor importantes mudanças na forma de

---

<sup>2</sup> Importante aqui registrar que muito embora o sistema jurídico de normas seja relacionável com outros fatores externos, como e.g., circunstâncias de ordem política, temporal e cultural, ele deve manter-se autônomo de modo a não excluir mas pressupor a possibilidade de uma “interdependência dinâmica” tal como a defendida por GUNTHER (2005).

<sup>3</sup> De acordo com Cayla (1993, p. 172), “o juiz receptor e o constituinte emissor formam por isso um tandem de pares inseparáveis, cuja glutinação é necessária à eclosão da soberania constituinte.



---

governar o Estado, sem, contudo, tal entendimento possuir legitimidade democrática-representativa, tampouco vir a ser submetido a um processo de reversão ou modificação.

No processo de controle de constitucionalidade, o qual pode ser compreendido como mecanismo de preservação da autoridade normativa da Constituição, a Corte limita “as transformações do poder, tendo em vista, em última análise, o resguardo dos direitos humanos fundamentais” (RAMOS, p. 84).

Em outros termos, esta ferramenta é o veículo pelo qual o Supremo Tribunal Federal, no modelo brasileiro, é capaz de aferir se leis ou atos normativos são compatíveis em forma e conteúdo com as disposições da Constituição.

E esse sistema, importa registrar, só faz sentido em ambientes democráticos, porquanto “é justamente dentro destes onde existem as melhores condições para a consolidação dos direitos fundamentais, justamente os direitos fundamentais, que a referida técnica de controle procura resguardar” (RAMOS, p. 103).

Consoante explicam ACKERMAN e ROSENKRANTZ (1991, p. 35), a existência do controle judicial de constitucionalidade das leis “depende da opção que cada país realiza”.

Isso não significa que aqueles países que optem por outro tipo de sistema democrático e não sejam dotados de um sistema judicial de fiscalização da constitucionalidade não tenham parâmetro para a limitação do poder e, conseqüentemente, para o resguardo dos direitos fundamentais, como se dá em países como Inglaterra, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, onde o controle de constitucionalidade é realizado também pelo Parlamento.

A existência do controle de constitucionalidade de leis requer, na sua natureza, a presença de uma verdadeira intenção de regular a atividade legislativa a fim de preservar determinados preceitos cuja importância é sistemática para o ordenamento jurídico.

Os mencionados preceitos referem-se, ao fim e ao cabo, aos direitos fundamentais da pessoa humana, razão de ser da própria organização política que os protege. O verdadeiro motivo da existência do controle de constitucionalidade das leis



---

é justamente proteger esses princípios, bem como as instituições criadas para viabilizar a sua materialização.

Cada sociedade, de acordo com o modelo de democracia que escolhe, privilegia o controle mais viável para efetivação desses direitos fundamentais. Foi justamente, tendo em vista o desenvolver de um ambiente verdadeiramente democrático que emergiu na Europa, entre o final da primeira e início da segunda década do século XX, a ideia da fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos.

Fiscalizar a constitucionalidade, concentradamente, surge para rejeitar a possibilidade de todo e qualquer juiz poder efetuar dito controle, preservando-se, tanto a ideia de separação dos poderes quanto a segurança jurídica.

Em virtude da necessidade de se impedir uma sociedade de poder concentrado e suscetível a insegurança jurídica, os europeus entenderam que tão relevante tarefa não poderia ser detida por todo e qualquer juiz.

Procuravam os arquitetos da nova sociedade europeia instituir um órgão que efetuassem o controle de constitucionalidade das leis visando “a constituição como um projeto de sociedade a ser efetivamente materializado” (RAMOS, 2000, p. 34), a qual se ancorava na referida garantia dos direitos fundamentais.

Projetaram, então, os Tribunais Constitucionais, cuja composição é efetuada de forma distinta da dos demais tribunais, isto como maneira de assegurar sua maior legitimidade, bem ainda sua consonância com um “período histórico comprometido com a materialização de direitos caracterizadores do avanço do processo civilizatório” (RAMOS, p. 109).

Deste modo, o controle concentrado de constitucionalidade das leis surge para garantir segurança jurídica à sociedade, tendo por base a rapidez do julgamento de uma lei ou ato normativo, cuja constitucionalidade é questionada, tudo dentro de um processo objetivo, sem partes, sempre com a intenção de, a partir dessa decisão, que uniformiza tratamentos e atuações, agilizar a construção de uma sociedade rumo ao bem-estar social, só possível num ambiente democrático, porque reconhecedor da separação dos poderes como condição *sine qua non* para a garantia dos direitos humanos fundamentais.



---

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade, regulamentado por ocasião do advento da Constituição Federal de 1988, está completamente voltado “para criação de um mecanismo judicial de garantia dos direitos fundamentais do homem, limitador do poder, voltado, essencialmente, para propiciar a segurança jurídica” (RAMOS, p. 150).

Contudo, esse sistema bastante completo (e complexo), é característico por ser o instrumento por meio do qual a Suprema Corte brasileira, por excelência, interpreta a Constituição Federal com autoridade máxima, em regra, sem qualquer espécie de controle externo por parte de qualquer um dos demais ramos de governo.

A referida competência para o exercício do controle de constitucionalidade não está imune a erros, tampouco é de todo modo a mais democrática possível.

#### 4 DINAMISMO NORMATIVO E A MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Um caso exemplificativo bem representativo do problema institucional do revisionismo judiciário pátrio refere-se aos julgamentos da Reclamação nº 4335/AC e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ.

A Reclamação Constitucional nº 4335/AC foi proposta pela Defensoria Pública acreana, em benefício de dez assistidos, cujo direito à progressão de regime havia sido denegado pelo Juízo da Execução Penal local, em função do disposto no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, segundo o qual, à época, a pena por delitos hediondos seria cumprida integralmente em regime prisional fechado. Ao argumento de que essa decisão violava declaração de inconstitucionalidade fixada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC Nº 82.959-7/SP, a Defensoria Pública postulou a extensão da *ratio decidendi* a fim de permitir a aplicação transcendente do benefício.

A propósito da possibilidade de conceder eficácia contra todos aos julgamentos incidentais de inconstitucionalidade, por ocasião da apreciação da Reclamação acima citada, o Relator Ministro Gilmar Mendes argumentou ser da



---

competência da Suprema Corte anular uma lei com eficácia geral, desde sua origem, tanto em âmbito incidental quanto concentrado.

A conclusão desse voto condutor mostrou-se literalmente conflitante com a regra constante do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, segundo a qual é da competência do Senado Federal “suspender, a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, ou seja, em sede de controle difuso ou incidental de inconstitucionalidade, quando para julgar um recurso extraordinário para resolver um caso concreto a Suprema Corte precisa fazer a apreciação da constitucionalidade de um lei ou ato normativo.

Inobstante tenha rejeitado nessa oportunidade a tese da mutação constitucional que pretendia tornar “letra morta” a competência privativa do Senado Federal antes citada, no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406/RJ e 3470/RJ, datado de 29/11/2017, publicado em 01/02/2019, o Plenário do STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995<sup>45</sup>, restringindo a competência do Senado Federal fixada no art. 52, X, da CF, à mera publicização da deliberação tomada pela Corte, a qual atribuiu efeito vinculante e “*erga omnes*”<sup>6</sup>.

Com a referida decisão, o Supremo Tribunal Federal desfigurou o programa normativo do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, para propiciar um aumento por ele desejado de sua atribuição em matéria de controle de constitucionalidade, à custa

---

<sup>4</sup> Este mesmo dispositivo, aliás, já havia sido declarado inconstitucional, incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP (rel. orig. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017)”

<sup>5</sup> É importante que se diga que o objeto principal de tais ADIs era a Lei Estadual nº 3.579/2001 do Rio de Janeiro, consoante a qual ficava progressivamente substituída a produção e uso do asbesto/amianto no âmbito daquele estado. A Corte, no momento de julgar o mérito, considerou a lei local impugnada constitucional (questão principal), mas julgou parte da lei federal (que tolerava o uso do amianto tipo crisólita) inconstitucional (questão incidental, adotada na fundamentação).

<sup>6</sup> Registre-se que aos 24/8/2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADI 4066, na qual se sustentava a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal nº 9.055/95. Por não ter sido atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo que, portanto, continuou em pleno vigor. Três meses depois, contudo, essa Corte conclui o julgamento da ADIs 3406 e 3470, propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria (CNTI), que pretendia fosse declarada a inconstitucionalidade de lei do Estado do Rio de Janeiro, que proibia o uso do amianto crisotila, permitido pela lei federal. Por maioria, o Tribunal julgou improcedente a ação e declarou, incidentalmente, aos 29/11/2017, a inconstitucionalidade do artigo 2º da lei federal em questão com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.



---

da redução demasiada da competência do Senado Federal, antes importante nessa matéria, e agora transformada em uma espécie de “diário oficial” das deliberações do STF em sede de controle de constitucionalidade difuso ou incidental.

Este caso revela que, ao interpretar uma regra constitucional, o intérprete brasileiro impôs significativas mudanças na estrutura de governo, de modo a assemelhar o controle difuso ao concentrado (chamada de “teoria da abstrativização do controle difuso”) e ainda retirar do Senado, instituição representativa de Estado, parte de sua função típica literalmente prevista, em exclusivo acréscimo ao poder de revisão judicial.

Na doutrina, encontram-se diversas perspectivas acolhedoras dos argumentos da decisão do Supremo Tribunal Federal antes citada, como a visão de Valério e Benfatti (2020), os quais apontam as razões pelas quais entendem que o citado dispositivo constitucional foi acertadamente reinterpretado pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma das principais alegações dos seguidores do STF nessa matéria é a da naturalidade do processo de mutação constitucional, com base na qual o texto normativo sempre necessitará de interpretação para alcance de seu sentido completo. Em outras palavras, o passar do tempo e as circunstâncias novas exigem justificadamente a releitura dos dispositivos da norma-fundamental para assegurar sua sistematicidade e atualidade.

De fato, não se pode ignorar que o dinamismo histórico ultrapassará em algum momento o texto literal de uma dada norma. Afinal, é impossível ao legislador antever com exata precisão o futuro daquilo que pretende regular. O decurso temporal revelará a insuficiência e a simplicidade do texto normativo, algo de conhecimento de todos, porquanto o próprio legislador assim o confessa ao admitir a possibilidade de emendas<sup>7</sup>.

Não obstante, até que ponto pode o Supremo Tribunal Federal julgar o anacronismo, a pertinência ou a utilidade de uma certa disposição constitucional a

---

<sup>7</sup> O célebre discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães, consegue sintetizar o espírito dessa condição ao dizer “*Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita seria irreformável. Ela própria com humildade e realismo admite ser emendada*”.



---

pretexto de interpretá-la? Significa indagar, de outro modo, onde a hermenêutica constitucional encontra seu ponto de limitação?

Obviamente, o intérprete autêntico, consistente no magistrado, não deve se compreendido ao estilo idealizado pelo Barão de Montesquieu, isto é, o “juiz boca da lei”, cuja visualização do Direito encontra-se demasiadamente limitada pela mera extensão gramatical.

Essa visão é inadmissível, pois a função limitadora do texto não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical, de modo que a decisão não necessariamente precisa resultar diretamente do teor literal do preceito normativo.

Porém, toda atividade de interpretação é também cognoscitiva, e, portanto, pressupõe conhecer algo que lhe antecede, isto é, algo anterior. A desconsideração desse elemento primário, permite avaliar o equívoco de uma determinada interpretação, eis que o texto normativo é ao mesmo tempo ponto de partida e balizador da adequação de seus resultados (CANOTILHO, 2003, p. 1208).

Larenz (1969, p. 348) explica:

O juiz que interpreta uma lei afirma implicitamente que ela, ‘corretamente’, deve interpretar-se assim em todos os seus casos futuros, e não doutro modo. A actividade interpretativa do juiz está, tal como a da ciência, subordinada à exigência da ‘correção’ dos seus resultados, ‘correção’ no sentido de razão suficiente do conhecimento. Tem-se aqui em vista, é certo, não apenas uma correção lógico-formal, mas também correção, ou antes, retidão material, no sentido de um conhecimento correto no seu conteúdo.

A interpretação, portanto, embora não totalmente limitada pelo texto, vincula-se a ele e jamais poderá dele desviar. Heck (1947 p. 51), acerca desse tema, esclarece que a ligação entre os vários elementos determinantes da ideia contida na palavra é variável, havendo um ponto central – o sentido próprio – e uma periferia, estabelecadora da transição gradual para outras ideias que a palavra, por si mesma, já não expressa.

Por esse motivo, quanto maior o emprego normativo de palavras plurissemânticas e de programas extensos, mais indeterminismo e, portanto, maior a liberdade do intérprete.



---

É o caso, por exemplo, de normas principiológicas, as quais essencialmente tem, por natureza própria, conteúdo indeterminado ou impreciso.

Ao contrário, quanto mais o texto normativo for vazado de modo objetivo e preciso, menor a liberdade de sentidos e, portanto, menor discricionariedade o aplicador terá quando de sua interpretação, o que pode promover ganhos em termo de segurança e previsibilidade.

Na hipótese particular das ADIs nº 3406/RJ e 3470/RJ, o Supremo Tribunal Federal deslocou totalmente o objeto da interpretação do seu sentido léxico estático, pois onde o Constituinte escolheu conferir ao Senado a regra de competência para, *in verbis* “suspender a execução de lei declarada inconstitucional”, a Corte Suprema restringiu essa delimitação de poder ao ato de apenas publicar, no Diário do Congresso Nacional, a decisão que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, declara, de forma definitiva, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Segundo Ramos e Diniz (2015), a interpretação mais desprendida da literalidade do texto preestabelecido nem sempre implica riscos à democracia. Para elas, diante da necessidade de resguardo de direitos fundamentais, não raro se exige uma atuação vanguardista<sup>8</sup>.

Assim, para as autoras, a intervenção judicial é, portanto, legítima quando voltada a garantia de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, sendo-lhes permitido, do mesmo modo, estendê-los a situações que surgiram após a promulgação do texto e, por óbvio, não previstas originariamente pelo Constituinte. Essa visão é apoiada por Zagrebelski (2013, p. 28), para quem “*como regla general, la constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera em dirección opuesta*” (ZAGREBELSKY, 2013, p. 28).

Contudo, conforme adverte Barroso (2019), tais decisões devem ser “eventuais, em momentos históricos determinados”. Vale dizer, são necessárias

---

<sup>8</sup> Entendemos que tais casos são excepcionalíssimos e justificam-se apenas em situações em que a ação ou omissão legislativa impede a concretude de direito fundamental explícito. Não qualquer direito fundamental, diga-se de passagem, mas aqueles que por cuja natureza, tais como a liberdade de pensamento, vida e propriedade, permitem sua a imediata observância mercê de qualquer contraprestação material do Estado.



---

somente quando houver um vazio legislativo e houver capacidade institucional para tanto, pois cabe ao Judiciário tomar por legítimas as escolhas feitas pelo Poder Legislativo, o único detentor da legitimidade conferida pela representatividade do sufrágio.

Ademais, a mutação constitucional julgada nas ADIs em análise sequer ostenta feição principiológica. O art. 52, inciso X, da Constituição Federal é regra que define a atribuição de uma das mais relevantes instituições representativas do regime democrático brasileiro e de elevada importância sistêmica, razão pela qual o Constituinte o protegeu, inclusive, de qualquer emenda tendente à sua abolição (vide art. 60, §4º, III, da CF).

Nesse contexto, não se pode reputar viável que uma das maiores Cortes Constitucionais da América Latina, autorreferenciando-se em questão suscitada oficiosamente por seus membros, possa deliberar como justa a extração de uma competência historicamente consolidada de outro ramo de governo, em afronta manifesta à independência e harmonia entre os poderes constituídos<sup>9</sup>.

Ademais, a mutação do art. 52, X, da CF, ao mesmo tempo em que restringiu em demasia a competência do Senado Federal nele definida, promoveu a ampliação dos poderes do próprio Supremo Tribunal Federal, em relação ao controle difuso de constitucionalidade, decorrendo daí também o erro interpretativo.

Na lição de Miranda (1970, p. 302), é um erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. Os preceitos restritivos de liberdade ou que abre exceção às regras firmadas pela Constituição, por exemplo, devem ser interpretados restritivamente (TEIXEIRA, 1991, p. 281). Outros dispositivos constitucionais que merecem ser assim interpretados são os que fixam competências e atribuições aos órgãos estatais, devido à necessidade de limitar seus poderes.

Por tais razões, é preciso diferenciar as mutações em dois tipos: as válidas e inválidas, ou em mutações constitucionais e inconstitucionais, consoante propõe FERRAZ (2015), para quem todo e qualquer processo que altere ou modifique o

---

<sup>9</sup> CAMPOS (1956), pondera que a separação de poderes significa precisamente discriminar competências, não podendo haver discriminação de competências onde uma única absorve, pela sua universalidade, as demais com ela e em face dela instituídas.



---

sentido, o significado e o alcance da Constituição não pode contrariá-la, seja em letra ou espírito.

Firme nessas premissas, pode-se considerar que a mutação constitucional válida consiste tanto de uma mudança fática quanto de nova percepção jurídica das cláusulas constitucionais, fomentada por alteração nos valores de uma comunidade política, posto que a ideia de bem, de justo e de ético variam conforme a experiência da sociedade no tempo (BARROSO, 2018).

Valério e Benfatti (2020) acreditam, a esse propósito, que o crescente número de feitos processados pela Suprema Corte é modificação de cenário social e jurídico bastante significativa para permitir uma revisão da sistemática escolhida pelo constituinte, afinal, ao retirar do Senado a competência para sustar a execução de uma lei declarada inconstitucional, ganhar-se-ia tempo, porquanto a Suprema Corte não mais haveria de “analisar a mesma questão diversas vezes em sede incidental”.

Acertadamente, há que se convergir com os autores quanto a irrazoabilidade do enfrentamento repetitivo de numerosas questões idênticas. A elas deve, de fato, ser dispensado tratamento igualitário por razões de eficiência e congruência. Entretanto, essa necessidade já havia sido percebida pelo constituinte, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Em face dessa emenda à Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal pode enfrentar o problema suscitado, por meio da aprovação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, de súmula vinculante, a qual deve ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta de todas as esferas de Governo, bastando, para tanto, simples provocação ou medida oficiosa de qualquer um dos membros da Corte Suprema.

Portanto, em nada aproveita ao Supremo Tribunal Federal conferir efeito vinculante no julgamento incidental de inconstitucionalidade, quando o pode fazê-lo, respeitadas as balizas constitucionais, por intermédio da súmula vinculante.

A partir daí, conclui-se que há apenas duas alternativas para superar o impasse ora avaliado: a Suprema Corte exerce sua competência regularmente autorizada pela Constituição ou escolhe remover do Senado atribuição própria para atingir finalidade idêntica.



---

Esta última saída é tão sistematicamente incisiva, que tem a capacidade de, por si própria, criar outra mutação não anteriormente prevista<sup>10</sup>. Trata-se do completo esvaziamento lógico do art. 103-A, §§1º ao 3º, e, portanto, do próprio instituto da súmula vinculante, já que a deliberação do Plenário ou de órgão fracionário do STF pode, sem qualquer previsão no próprio Estatuto Supremo ou em qualquer lei ordinária, conferir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* “*ope judicis*”, relegando o papel dos enunciados sumulares à mera alegoria constitucional.

Não está claro o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal inclinou-se a acolher a segunda das alternativas acima expostas. Contudo, parece que o elemento administrativo da gestão processual teve importante peso na postura institucional tomada. Nesse sentido, provavelmente, o STF acolheu a tese da mutação constitucional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, em detrimento do uso da Súmula Vinculante, porque esta última, muito provavelmente exporia o Supremo Tribunal Federal a um risco perigoso de incremento do fluxo processual.

Com efeito, embora tenha sido idealizada para uniformizar o tratamento de questões repetitivas (seja ou não em sede de controle incidental de constitucionalidade), cada novo enunciado dessa natureza estabelece para o próprio STF a competência originária para conhecer, processar e julgar, diretamente, qualquer reclamação de ato administrativo ou decisão judicial contrária a súmula aplicável ou que indevidamente aplicá-la.

Além disso, cumpre registrar que a tese de mutação do dispositivo em análise distancia-se ainda mais da realidade fática, quando cotejada diante da relação institucional presente entre o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal no exercício dessa mesma competência funcional.

Um importante estudo quantitativo levado à cabo por Santos (2010), no âmbito da Fundação Getúlio Vargas, demonstra uma curiosa perspectiva sistêmica, ao apontar que dos 97.130 (noventa e sete mil cento e trinta) recursos extraordinários

---

<sup>10</sup> É a categoria metodológica que aqui se convencionou chamar de **efeito pernicioso da mutação inconstitucional**, característico por ser o impacto negativo (mediato ou imediato) não anteriormente previsto e derivado de interpretação expansiva de regra ou princípio constitucional capaz de produzir, por si só, outros conflitos sistêmicos internos que desafiam a congruência lógica da constituição.



providos, total ou parcialmente, com declaração de inconstitucionalidade incidental no período de 1988 a 2010, apenas em 136 (cento e trinta e seis) houve comunicação ao Senado.

Dessas 136 (cento e trinta e seis) decisões levadas ao conhecimento da “Câmara Alta”, essa casa legislativa expediu Resolução própria, suspendendo a eficácia das legislações impugnadas incidentalmente em 95 (noventa e cinco) dos casos, “o que equivale a aproximadamente 70% das comunicações” (SANTOS, 2010, p. 605).

A tabela abaixo ilustra detalhadamente a dinâmica de expedição das resoluções. Veja-se:

| Ano   | Total de resoluções expedidas pelo Senado | Resoluções Expedidas em razão do art. 52, X, da CF | Resoluções Expedidas em razão do art. 52, X, da CF por decisão definitiva do STF em RE |
|-------|---|--|--|
| 1989  | 106                                       | 3  | 2  |
| 1990  | 88  | 4  | 4  |
| 1991  | 91  | 4  | 4  |
| 1992  | 101                                       | 0  | 0  |
| 1993  | 150                                       | 3  | 3  |
| 1994  | 97  | 0  | 0  |
| 1995  | 76  | 12   | 11   |
| 1996  | 111                                       |  | 4  |
| 1997  | 136                                       | 3  | 1  |
| 1998  | 112                                       | 0  | 0  |
| 1999  | 81  | 11   | 11   |
| 2000  | 77  | 0  | 0  |
| 2001  | 43  | 0  | 0  |
| 2002  | 66  | 0  | 0  |
| 2003  | 22  | 0  | 0  |
| 2004  | 22  | 0  | 0  |
| 2005  | 68  | 43   | 35   |
| 2006  | 71  | 8  | 6  |
| 2007  | 49  | 15   | 13   |
| 2008  | 49  | 4  | 1  |
| Total | 1616                                      | 110  | 95   |

FONTE: SANTOS (2010, p. 603-604)



---

Isso demonstra que ambas as instituições, na história recente da República, observam o rito constitucional com frequência conferindo-lhe, assim, prova de sua utilidade, não havendo que se cogitar qualquer inação por parte do Senado Federal no exercício de sua função resguardada pelo art. 52, X, da CF.

Mesmo diante de omissão do Senado em exercer tal competência outorgada pela Constituição Federal, a releitura de seu sentido consistiu em dos maiores erros do Supremo Tribunal Federal. Realmente, o “não fazer” hipotético se insere no âmbito da conveniência daquele órgão de representação democrática a quem cabe julgar, com a última palavra e conforme seus critérios jurídicos. Todavia, incumbe sobretudo aos representantes dos estados-membros no Congresso Nacional, eleitos pelo povo, verificar a pertinência e oportunidade de suspender a execução da lei declarada inconstitucional incidentalmente pela Suprema Corte.

A propósito dessa questão, Marinho (1964, p. 12) ponderava adequadamente que:

Não é obrigatória, para o Senado, a suspensão da vigência de lei ou decreto que o Supremo Tribunal declare inconstitucional, em decisão definitiva. Ao Senado, no exercício do poder legítimo de interpretar os limites e as responsabilidades de sua competência, cabe verificar, em cada caso, pelo conhecimento da decisão judicial e das circunstâncias políticas e sociais, se convém proceder, em imediatamente, ou não, à suspensão da execução da lei ou decreto, sobre que incidiu a declaração de inconstitucionalidade. O órgão do Congresso, a que se refere o art. 64 do texto constitucional, não contradita nem anula as decisões que produzem seus efeitos normais nas hipóteses julgadas. Apenas o Senado pode omitir-se de proclamar a suspensão proposta, ou reservar-se para fazê-lo quando lhe parecer oportuno, inclusive pela verificação de que se tornou “predominante” a “jurisprudência”.<sup>11</sup>

Em verdade, o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, interpretado em sua literalidade, é verdadeira cláusula de diálogo institucional (*lato sensu*), pois permite ao

---

<sup>11</sup> Apesar de no excerto referir-se ao art. 64 da Constituição brasileira de 1946, o magistério de Marinho ainda é plenamente pertinente ao art. 52 X da Constituição de 1988, certo que o texto vigente replicou a mesma regra alterando poucas expressões sem, contudo, comprometer seu sentido. Veja-se, aliás, a redação anterior de 1946 consoante a qual incumbia ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Na oportunidade, veja-se a redação da Constituição atual, segundo a qual: (...) Compete privativamente ao Senado Federal (...) suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.



---

Poder Legislativo o exercício de importante participação no controle da interpretação da norma fundamental, ao estender ou não, a conclusão da Corte Constitucional na arguição de sua produção legislativa.

Portanto, a clara exorbitância travestida de exercício da competência de guarda da constituição expõe o Supremo Tribunal Federal, neste caso em particular, à condição de verdadeiro poder constituinte derivado, decidindo sobre a direção das demais instituições, reescrevendo a constituição para muito além dos meios regulares de reforma.

Essa disfunção é absolutamente negativa ao funcionamento não apenas do Poder Judiciário como um todo quanto aos demais ramos de governo, porque traz consigo inegáveis prejuízos à democracia constitucional e a normalidade relacional entre os poderes instituídos, revelando-se claro caso de ativismo judicial<sup>12</sup>.

Talvez esse seja o principal motivo pelo qual os registros dos debates orais da sessão plenária de julgamento dessas duas ações de controle sofreram várias supressões quando de sua posterior publicação.

Ao compulsar os termos dessas ações no âmbito desta análise, foi possível observar que todos os 28 apartes nos quais o então decano, Ministro Celso de Mello, convergentes com a tese de mutação constitucional do dispositivo 52, X, da CF (proposta pelo Ministro Gilmar Mendes) foram cancelados, após o julgamento, a requerimento dele.

O voto publicado desse julgador acerca do mérito objeto das ações de controle, decotados das partes supervenientemente suprimidas, limita-se a tão somente acompanhar as razões de decidir da relatora, Ministra Rosa Weber, cujo voto-guia sequer ventilou a tese de mutação.

Os fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello, apresentados oralmente na sessão para acompanhar o encaminhamento da mutação constitucional ora rechaçada, restaram totalmente suprimidos, inclusive de seu voto aditado<sup>13</sup>, o que

---

<sup>12</sup> Não qualquer exemplo de ativismo judicial, diga-se de passagem, mas de um cuja razão de ser não se liga ao desempenho institucional do Legislativo, mas se encontra totalmente centrado na vontade do órgão de cúpula do judiciário nacional em transformar a realidade brasileira à sua vontade.

<sup>13</sup> Há de se lançar luz sobre a incorreção de cancelar voto aditado do Ministro Celso de Mello, certo que consoante dispõe o Regimento Interno da Corte, na redação dada pela Emenda Regimental nº 40/2010, *ex vi* art. 133 parág. ún., as anotações de cancelamentos apenas se operam nos apartes,



---

pode ser constatado através de consulta ao acórdão publicado no Diário de Justiça Eletrônico nº 19 de 01/02/2019, ata nº 1/2019, divulgado em 31/01/2019<sup>14</sup>.

A crítica a essa releitura constitucional do Supremo Tribunal, diante de todas essas razões, mostra-se assim completamente necessária para compreensão exata dos limites à atividade interpretativa do da Corte.

Parece cada vez mais claro que não se pode tomar por acertada a potencialização de uma interpretação totalmente descolada do sentido léxico estático do texto, especialmente quando capaz de desconfigurar a separação de competências próprias entre os ramos de governo sob a consequência adicional de produzir, por si só, outros conflitos sistêmicos internos que desafiam a congruência lógica da constituição.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Face a todo o exposto, é possível concluir que um dos fatores principais de impulsão do ativismo judicial no âmbito do controle de constitucionalidade advém, notadamente, de um direito muito maleável, etéreo, vago e carente de conteúdo, aliado a multiplicação de leis 'descartáveis', certo que o indeterminismo principiológico transforma a lei em produto semiacabado, convidando o intérprete a atualizar a obra do constituinte.

O julgamento das ADIs nº 3406/RJ e 3470/RJ, nesse contexto, trouxe luz ao fato de que a prerrogativa do controle de constitucionalidade judicial não está imune a erros e tampouco é de toda a mais democrática possível.

A tese de mutação constitucional do art. 52, X, ilustra muito claramente que os ininterruptos processos informais de modificação que a Constituição sofre em seu

---

nunca sobre o teor do voto, sobretudo quando capaz de supervenientemente deixar o encaminhamento concorde mercê de fundamentação, como no caso. Assim, embora pudesse requerer o cancelamento de seus apartes feitos durante o voto do Ministro Alexandre de Moraes, não poderia tê-lo feito sobre o aditamento de seu próprio voto. Ao fazê-lo, denota espécie de juízo de retratação indireto, ou, pelo menos de que não mais concorda com as razões adotadas para seguir a proposição.

<sup>14</sup> Diário de Justiça Eletrônico nº 19 de 01/02/2019, ata nº 1/2019, divulgado em 31/01/2019. Disponível no endereço eletrônico: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&ext=>



---

sentido não podem desprezar o elemento primário da interpretação, o texto normativo, eis que ele é ao mesmo tempo ponto de partida, o balizador da adequação de seus resultados esperados.

Não se está a compreender aqui que o intérprete autêntico seja aquele do estilo idealizado pelo Barão de Montesquieu, isto é, o “juiz boca da lei” cuja visualização do direito encontra-se demasiadamente limitada pela mera extensão gramatical.

Contudo, irrelevar a objetividade e saturação com que a regra do art. 52, X foi vazada de modo a transformar o Senado Federal em diário oficial qualificado, representa manifesta afronta à independência e harmonia entre os poderes constituídos, certo que absorve, pela sua autoproclamada universalidade, outra função com ela relacionada, esmaecendo o delinear do constituinte.

Além do mais, é tão sistematicamente incisiva que é capaz de criar outra mutação constitucional não anteriormente prevista, ao esvaziar o instituto da súmula vinculante, já que a deliberação do plenário ou de órgão fracionário poderá, sem qualquer previsão na constituição ou em lei ordinária, conferir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* “*ope judicis*”.

É o que se convencionou aqui categorizar metodologicamente de efeito pernicioso da mutação inconstitucional, característico por ser o impacto negativo (mediato ou imediato) não anteriormente previsto e derivado de interpretação expansiva de regra ou princípio constitucional capaz de produzir, por si só, outros conflitos sistêmicos internos que desafiam a congruência lógica da constituição.

Todas as evidências apontam para a necessidade de correção deste julgamento. Talvez ainda seja possível à Corte, no julgamento dos embargos de declaração opostos pela entidade autora das citadas ações diretas (embargos esses fundados sobre os mesmos raciocínios aqui esposados) conferir efeitos infringentes a fim de cassar a eficácia *erga omnes* e vinculante sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade do 2º da Lei federal nº 9.055/95.

Acaso tome essa oportunidade, o Supremo Tribunal demonstrará sinal de que o *self restraint*, não raro, é o caminho mais certo a seguir diante de questões constitucionais altamente complexas como essa.



---

## REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costal. Portugal: Livraria Almedina, 1994.

BACHOF, Otto. Teoria da interpretação constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 205, p. 23-64, jul./set. 1996b.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo do direito constitucional no Brasil**. 2013

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996a.

BURGOS, Marcelo Baumann; VIANNA, Luiz Werneck; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social-Revista de Sociologia da USP, vol. 19, n. 2, 2007.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Imprensa, 1956.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: ed. Obra Jurídica, 1997

CAYLA, O. **Lex deux figure du juge**. Le débat, 1993, nº 74, p. 172

DAVID, René. **Os grandes sistemas contemporâneos**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002

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

GARAPON, Antoine. **Le gardien des promesses: justice et démocratie**. Paris: Odile Jacob, 1996

GUNTHER, Teubner. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba, SP, Unimep, 2005



---

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2ª ed. Alemã. Trad. José de Souza Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. In: **Revista de informação legislativa**, nº 2. Brasília, Senado Federal, p. 5-12, 1964.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (coord.). **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175-255.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

RABELO-SANTOS, Lourimar. **Oposição e obstrução na Câmara dos Deputados**. Dissertação. (Mestrado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. Judicialização da política e ativismo judicial: fenômenos distintos e interligados. In: **Direito e Instituições**. São Luís, Ed. Da Universidade Federal do Maranhão, 2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Federalismo e Descentralização Territorial em Perspectiva**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Mutações constitucionais do controle difuso no Brasil? Uma análise do papel do Senado diante do art. 52, X, da Constituição. In: **Coleção Jovem Jurista**, v. 1. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010, p. 151-202.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VALÉRIO, Guilherme Lucas; BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. Abstrativização do controle incidental, a eficácia das decisões e a mutação constitucional do art. 52, X da CF: uma resposta às críticas. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 5, n. 1, p. 111-127, jan/jul, 2020.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.



---

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Jueces Constitucionales in Teoria del neoconstitucionalismo** (Edición de Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta, 2007.

