

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS

ANNA PAULA MASIERO RIGO NASS

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA NA
RECLAMAÇÃO N. 4335/AC:** A atribuição de efeito vinculante ao
controle difuso de constitucionalidade na concretização dos Direitos
e Garantias Fundamentais.

VITÓRIA
2014

ANNA PAULA MASIERO RIGO NASS

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA NA
RECLAMAÇÃO N. 4335/AC: A atribuição de efeito vinculante ao
controle difuso de constitucionalidade na concretização dos Direitos
e Garantias Fundamentais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof^o Dr Samuel Meira Brasil Júnior

VITÓRIA

2014

ANNA PAULA MASIERO RIGO NASS

**A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA NA
RECLAMAÇÃO N. 4335/AC: A atribuição de efeito vinculante ao
controle difuso de constitucionalidade na concretização dos Direitos
e Garantias Fundamentais.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de
Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof(a). Dr(a).
Examinador (a)

Prof(a). Dr(a).
Examinador(a)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 PRECEDENTE	10
1.1 PREMISSAS TEÓRICAS: <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	14
1.2 <i>COMMON LAW</i> : A origem e influência no Sistema dos Precedentes Judiciais.....	17
2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA NA RECLAMAÇÃO N. 4335/AC	21
2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO SENADO.....	27
2.2 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA APLICAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM DECISÃO DEFINITIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	34
3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Considerações Introdutórias	39
3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Conceito	41
3.2 PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Formal e Informal	46
3.2.1 Mutação Constitucional Formal	46
3.2.2 Mutação Constitucional Informal	54
3.2.2.1 Modalidades de Mutação Constitucional Informal	58
3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DE INTERPRETAÇÃO	60
3.3.1 Interpretação Administrativa, Judicial e Legislativa	66
3.3.2 Supremacia da Constituição	69
3.4 MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS	75
3.5 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: Hermenêutica jurídica	81
4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EFICÁCIA	

VINCULANTE DO PRECEDENTE	89
4.1 SÚMULA VINCULANTE E O PAPEL DO SENADO FEDERAL	92
4.2 RELEITURA DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	97
4.3 FORÇA DOS PRECEDENTES: possibilidade de vinculação das decisões judiciais no Brasil	104
CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

As leis são normas cogentes que norteiam o comportamento humano no contexto social de cada Soberania. A elaboração das normas tem por escopo a estabilidade e tranquilidade social, limitando tanto a possível atuação indiscriminada do Estado, como igualmente a dos cidadãos enquanto pessoas de direitos e obrigações.

Diante da dinâmica dos conflitos sociais de interesse, surge a necessidade da adequação dos dispositivos normativos ao caso concreto, visando à eliminação dos conflitos através da atuação do Estado-juiz, que se efetiva mediante o proferir de uma decisão devidamente fundamentada com objetivo pacificador.

Assim, por meio do Poder Judiciário, ao qual foi atribuída à capacidade de decidir pretensões, é que o poder estatal dissipa conflitos advindos das relações jurídicas que se formam na sociedade, seja diante da constância de alteração dos costumes, ou pelo aparecimento de novos direitos e omissões legislativas, que obstruem a aplicação da norma por eficácia limitada ou contida, transformando em conflitos as relações sociais a serem amparados pelo Estado em sua função jurisdicional.

Destarte, as lacunas e controvérsias legislativas acabam sendo relegadas ao Poder Judiciário, que, em deferência à garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5, inciso XXXV, da CF), se vê obrigado a dar efetividade às demandas que lhe são propostas através de uma construção jurídica firmada em enunciados fundamentais e princípios.

No cenário narrado, o Poder Judiciário assume a função de apaziguar os conflitos sociais, não podendo ignorar, por razões de inércia normativa do Estado-legislativo, sua função interpretativa das normas já postas, utilizando os meios disponíveis - fontes de direitos primárias e secundárias - para suprimir lacunas legislativas na pacificação social.

No Brasil, que é regido pelo sistema da *Civil Law*, o precedente judicial aparece como uma fonte secundária da norma, porém, por exceção, possui igualmente um caráter aproximado à fonte primária nos casos em que lhe são atribuídos efeitos vinculantes, equiparando sua força à própria lei; essa é, ao menos, a ideia posta nas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e na Súmula Vinculante.

Ainda na visão do efeito vinculante do precedente, o Poder Judiciário tem buscado, como possível, a extensão dos efeitos *erga omnes* e vinculantes, imanente aos precedentes vinculantes, ao nominado precedente persuasivo, o qual, por excelência, não possui no Brasil atribuição vinculativa obrigatória.

Assim, com a Reclamação n. 4335/AC surge a discussão acerca da extensão do efeito vinculante em relação às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, fato intitulado pelo Ministro Relator da demanda, Gilmar Mendes, como “Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes”, ocasionando, por consequência, o fenômeno da mutação constitucional por interpretação em relação ao disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Dentro dos aspectos cruciais do Precedente Judicial e da Mutação Constitucional interpretativa, vem-se debater os fundamentos paradigmáticos do julgamento da Reclamação n. 4335/AC, no Supremo Tribunal Federal, que, em que pese não haver sido findado, ante o pedido de vistas do Ministro Teori Zavascki, a riqueza dos cinco votos proferidos até o momento dão subsídio suficiente ao debate.

Importa, pois, consignar que a aludida reclamação foi interposta pela Defensoria Pública da União em face de decisões do Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Rio Branco, no Acre, em razão do indeferimento dos pedidos de progressão de regime em favor de condenados pela prática de crimes hediondos, cuja legislação, ao tempo, previa regime integralmente fechado.

Ante a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82959/SP, onde, pela primeira vez, e de forma incidental, o Plenário daquela Corte declarou inconstitucional a vedação quanto à progressão de regime (Lei n. 8.072/90, antes da alteração legislativa da Lei n. 11.464/2007) aos condenados por crime hediondo, pretendeu a Defensoria Pública da União buscar por meio da citada reclamação preservar a autoridade da decisão proferida pela Corte Constitucional.

Analisando aquela inicial, o relator, Ministro Gilmar Mendes, assentou em seu voto que não seria razoável aguardar a expedição de resolução do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* ao resultado do julgamento proferido pelo Plenário daquela Corte no *Habeas Corpus* n. 82959/SP, notadamente porque a evolução do controle abstrato de normas, a partir do processo de objetivação do Recurso Extraordinário, dentre outros fundamentos, devidamente detalhados em capítulo próprio, tem praticamente equiparado os efeitos de suas decisões em controle difuso, àquelas proferidas em controle concentrado.

O Ministro Eros Grau, em voto-vista, acompanhou o voto do Relator, dando provimento à reclamação por reconhecer, igualmente, que o citado artigo 52, X, da Constituição Federal, em quadro de verdadeira mutação constitucional por interpretação, atribui competência ao Senado Federal apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que essa decisão contém força normativa bastante para suspender, de *per si*, a execução da infirmada lei.

Assim, propõe-se uma análise da nova concepção proposta nos votos do Ministro Relator Gilmar Mendes e do Ministro Eros Grau, os quais visam a equiparar os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado de constitucionalidade, dispensando a participação do Senado Federal, a quem, nos termos do artigo 52, X¹, da Constituição Federal, compete dar publicidade

¹ Artigo 52, inciso X CF/88 – “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”

à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, incidentalmente, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, oportuno citar que os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski se contrapõem ao argumento da equiparação dos efeitos, tendo os mesmos se posicionado pela manutenção literal do disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Questiona-se, portanto, se seria possível atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em controle difuso, emanadas do Supremo Tribunal Federal, por meio da mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4335/AC, no contexto do Estado Democrático de Direito.

A proposta deste trabalho é analisar os votos proferidos, até o presente momento, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 4335/AC, dentro dos limites admissíveis no Estado Democrático de Direito e sem violação aos Direitos e Garantias Fundamentais, tendo como diretriz a Teoria da Concretização Constitucional, fundamentada na metódica jurídica de Friedrich Müller, o qual distingue texto normativo e norma, dentro da compreensão da “nova hermenêutica”, como condição fundamental para suplantar o método tradicional da subsunção do fato a norma, por se apresentar insuficiente à efetivação da Constituição ante as realidades sociais mutantes.

Portanto, o processo de concretização se ocupada em reelaborar a vontade da norma em ‘norma de decisão’, integrando a realidade à efetivação da Constituição por meio da conexão entre o programa normativo (expressão literal) e o âmbito normativo (realidade circundante).

Ao lado do estudo da concretização e mutação constitucional, oportuno a compreensão das possíveis consequências da atribuição de efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade por meio da mutação constitucional, defendidas nos mencionados votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus,

no que tange à exclusão da atribuição do Senado Federal descrita no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Para solucionar o problema de pesquisa, imprescindível pontuar que este dissertar será amparado pelo método dialético, por meio da estruturação da hermenêutica jurídica da concretização, que será abordada sob o enfoque da mutação constitucional, fundada na normatividade da Constituição, a partir da interrelação entre norma e realidade.

Igualmente, a análise do problema exposto demanda o estudo das premissas teóricas relacionadas ao precedente judicial, perpassando pela compreensão da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, bem como pela Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes e sua aplicação no controle difuso de constitucionalidade em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, trabalhar-se-á com a proposta de modificação da atribuição conferida pela Constituição Federal, em seu artigo 52, X, ao Senado Federal, por meio de mutação constitucional, segundo votos apresentados pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no julgamento – ainda em curso – da Reclamação n. 4335/AC, visando correlacionar os argumentos expostos com as implicações da extensão dos efeitos *erga omnes* e vinculantes, próprias do controle concentrado de constitucionalidade, ao controle difuso, visando sobretudo equacionar possíveis prejuízos ao Estado Democrático de Direito, bem como aos direitos e garantias fundamentais.

1 PRECEDENTE

Ante essa breve introdução, pertinente à compreensão do estudo do precedente, sendo necessário apresentar seu conceito e peculiaridades próprias, mesmo que, numa visão ampla, haja vista suas condições balizares no tema em debate.

Extraí-se a noção fundamental do precedente, como um único julgado/decisão, nas palavras de Ataíde Júnior (2012, p. 69): “o precedente constitui-se numa decisão judicial considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por introdução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos.”

Complementando o conceituado, José Rogério Cruz e Tucci (2004, p.12) afirma que o “núcleo essencial” da decisão é composto de duas partes distintas: “a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.

Seguindo o raciocínio, quanto a compreensão de que o precedente é o instrumento na edição da norma jurídica, potencialmente produzido na condução das decisões futuras, Taranto (2010, p.08) afirma que

Precedente judicial como o instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição e no exercício da Jurisdição Constitucional, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa as razões de decidir

Firmadas as considerações pertinentes ao conceito do precedente, indispensável assinalar, que este não se confunde com o fenômeno da jurisprudência, a qual se compõe pelo agrupamento de vários precedentes, e tem sua importância realçada por José Anchieta da Silva (1998, p.45-47)

A jurisprudência, que também é fonte de direito é o caldinho onde o direito se alimenta e se retempera, em permanente ebulição. É isto que faz dela, da jurisprudência, conjunto de julgados, fonte

secundária do direito, mas quase tão importante quanto aquela que tem a primazia da autoridade cogente: a lei. [...] O que se pretende da jurisprudência, no entanto, é que seja ela mais maleável do que a lei. [...] elaboração da jurisprudência é trabalho inacabável, carente de revisão permanente e diuturna. O trabalho de interpretação da lei sobre caso concreto, cada um deles na sua individualidade mais absoluta, nunca termina.

Em resumo, necessário ponderar que o precedente judicial, apesar de ser uma decisão única, quiçá, isolada em um primeiro momento, qualitativamente se apresenta mais importante que a jurisprudência, que para adquirir força influenciadora necessita de uma presença quantitativa.

Assevera Luís Guilherme Marinoni (2011, p.257) a importância da seriedade no trato do precedente e da jurisprudência consolidada, por serem fontes influenciadoras no proferir das decisões judiciais, ao discorrer que

Quando os precedentes ou a jurisprudência consolidada são levados a sério, a sua estabilidade requer especial cuidado. Isto porque, como chega a ser intuitivo, a revogação de jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas.

Por outro lado, oportuno mencionar que a teoria do precedente vinculante, ainda não é amplamente aceita no Brasil, nem mesmo há, entre aqueles que a sustentam, um consenso quanto à sua classificação e os seus efeitos. Visto que, a defesa na criação de direito pelo precedente judicial ou a sua utilização como, fonte de direito na aplicação da lei, somente faz sentido após a discussão do conteúdo do precedente Ataíde Júnior (2012, p. 69), por estes termos, leciona que

O precedente judicial, seja ele uma decisão monocrática ou colegiada, dependendo do sistema a que se prende, é classificado em *precedente vinculante (binding precedente)* e *precedente persuasivo (persuasive precedente)*. Vale salientar que os precedentes persuasivos, tradicionalmente estão mais associados aos sistemas de *civil law*, e os precedentes vinculantes, aos sistemas de *common law* (princípio do *stare decisis*); sendo certo, contudo, que, atualmente, essa associação encontra-se um tanto quanto ultrapassada, tendo em vista que os países de *civil law*, pelo menos em sede de jurisdição constitucional, há algum tempo vêm produzindo precedentes vinculantes.

Assim, de uma maneira geral, admite-se a afirmação de que o direito brasileiro prevê três tipos de efeitos jurídicos para os precedentes: (i) persuasivo; (ii) obstativo da revisão de decisões (artigos 375, §3º², 518, §1º³, 544, §4º⁴ e 557⁵, todos do CPC); ou (iii) vinculante.

O efeito persuasivo do precedente, como o próprio vocábulo sugere, indica que ele não impõe qualquer obrigatoriedade de obediência, nem vertical, nem horizontal, dentro do sistema hierárquico do poder judiciário, nem mesmo quanto aos órgãos da administração pública direta ou indireta.

O precedente persuasivo pode ser pontuado como a força moral e flexível, devido à frequência com que são reformulados, e essa condição aparentemente instável, por vezes ocasiona um sentimento de insegurança jurídica, matéria a ser discutida em outro momento.

² Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

³ Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. [...].

⁴ Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias. [...]§ 4o No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator: (Redação dada pela Lei n. 12.322, de 2010) I - não conhecer do agravo manifestamente inadmissível ou que não tenha atacado especificamente os fundamentos da decisão agravada; (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010) II - conhecer do agravo para: (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010) a) negar-lhe provimento, se correta a decisão que não admitiu o recurso; (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010) b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal; (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010) c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. (incluído pela Lei n. 12.322, de 2010).

⁵ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998) § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998) § 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998) § 2o Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. (Incluído pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998).

No que se refere aos precedentes obstativos, igualmente não vinculantes, do ponto de vista literal, tem-se uma apreciação diferenciada, pois estes impedem a apreciação de recursos e/ou dispensa remessa necessária, em ambas as situações mediante os artigos de Lei (artigos 375, §3º, 475, §3º, 518, §1º, 544, §4º e 557, todos do CPC), conforme demonstrado por Wambier (2010, p. 34)

É necessário que se perceba que esta tendência, que vem tomando corpo no Brasil, no sentido de que precedentes ganhem maior importância, que se nota nos arts. 557, 481, parágrafo único, última parte, 543-B e 543-C do CPC e na tendência de se interpretar de modo abrangente os arts. 741, parágrafo único e 475-L, §1º, do CPC, tem substancialmente tênue identidade com o modo como os precedentes vinculam nos sistemas de *common law*.

Esses dispositivos sinalizam um movimento legislativo conferindo maior autoridade às decisões judiciais, o que por vezes são suscitados com motivadores para à almejada atribuição de efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade, conforme pretendido na Reclamação n. 4335/AC, ora estudada.

De fato, o citado artigo 557, *caput* e §1º-A, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 9.756/98, ao conferir ao relator a autoridade de, monocraticamente, na primeira hipótese, negar seguimento ao recurso que, dentre outras coisas, contrarie súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, e, na segunda, dar provimento a recurso cuja decisão hostilizada esteja em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante nos respectivos tribunais superiores, evidencia essa tendência.

A mesma situação encontra-se disciplinada na Lei n. 8.038/90⁶, que versa sobre o procedimento do Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

Embora esses dispositivos não tratem de precedentes isolados, é certo que, ao conferir autoridade às decisões repetidas, eles acabam por revelar essa

⁶ Art. 38 O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

propensão à ampliação do leque de decisões com eficácia vinculante equiparando, talvez num futuro, aos modelos inspirados na teoria do *stare decisis* do sistema da *Common Law*, observada as peculiaridades da realidade dos pertencentes aos Tribunais Brasileiros. Sobre este efeito, ou seja, o vinculante, Cruz e Tucci (2004, p. 170) leciona que

O efeito vinculante das decisões já proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica da *common law*, o julgado vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa). Não se delinea possível, à evidencia, a aplicação dessa regra em senso contrário.

No Brasil, a Constituição Federal prevê, taxativamente, duas hipóteses em que o precedente terá efeito vinculante, sendo ambos originados da Corte Constitucional, a saber, Súmula Vinculante ⁷ e Controle Abstrato de Constitucionalidade ⁸.

Para o presente trabalho se estenderá a discussão quanto à possibilidade do efeito vinculante no que concerne ao controle difuso de constitucionalidade, ante a Teoria dos Motivos Determinantes proposta na Reclamação n. 4335/AC, a ser apresentada e discutida no próximo capítulo.

1.1 PREMISSAS TEÓRICAS: *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Diante da estrutura e importância da formação do precedente judicial, é oportuno conceituar a *ratio decidendi*, a qual é ressaltada nos seguintes termos por Mello (2008, p. 118-119) como o fundamento de vinculação do precedente: “O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores”.

Do mesmo modo, a acepção que melhor se define nas palavras de Caio Márcio Gutierrez Taranto (2010, p.14-16) é a seguinte:

⁷ Art. 103-A, Constituição Federal.

⁸ Art. 102, § 2º, Constituição Federal.

Steven Gifis diferencia os elementos dos precedentes na *common law* dispondo que a *holding* guia uma conduta futura a ser seguida pelas cortes nos casos subseqüentes, enquanto as *dicta* não. Defende que as *dictum* são passagens usadas para que o discurso se refira sobre um dado ponto de direito. [...] No Brasil, é possível extrair esses elementos nos precedentes judiciais, que assumem peculiar finalidade. Na *common law*, a *ratio decidendi* é decantada para a extração do conteúdo obrigatório do paradigma a ser aplicado no caso em julgamento.

Assim, os precedentes são formados pela apreciação de casos que, mediante os julgamentos realizados, após a devida análise fática e jurídica, formam as fundamentações nucleares da sentença, que são diferentes do dispositivo da sentença, uma vez que é no dispositivo da sentença que cinge pontuar a norma em sua condição individualizada de aplicação, ou seja, é a parte normativa da decisão.

Na motivação da decisão é demonstrado o raciocínio indutivo desenvolvido pelo julgador baseado no ordenamento jurídico, seja ele escrito ou não, rígido ou flexível e sua percepção social do momento histórico e cultural que o circunda, neste momento, vem a se apresentar os fundamentos da decisão, da qual se extrairá a *ratio decidendi* contida em um precedente.

Por outro lado, A definição da *ratio decidendi* pode se apresentar clara; entretanto, sua identificação *in concreto* não se mostra explícita no proferir dos julgados, como a parte dispositiva que é de fácil identificação.

Outro ponto ponderável permeia as fundamentações que não se apresentam na condição de *ratio decidendi*, porém fazem parte da sentença e encorpam sua motivação, as quais são chamadas de *obiter dictum*, ou *dicta*, que nas palavras de Nogueira (2013, p.185) são descritas

a *ratio decidendi* é a parte do precedente que vincula julgamentos futuros, incorre em erro o juiz que se considera vinculado à *obiter dictum* na falsa suposição de que está diante da *ratio* do precedente. Não que o juiz não possa usar a *obiter dictum* para justificar a decisão que está proferindo, mas a partir do momento que ele considera *ratio* o que é *obiter*, ele fica sem possibilidade de decidir de forma diferente, já que a parte da decisão que ele achou que o vinculava exercia uma força meramente persuasiva.

Sob os mesmos termos Vieira (2007, p. 176) referencia sobre o *obiter dictum* ao suscitar sua condição de parte não vinculante, mas ressalta sua função como força persuasiva influenciadora nos casos futuros, pelos seguintes dizeres

Apesar de um *obiter dictum* não ter força vinculante, não se pode negar sua força de persuasão e a influência que pode ter em casos futuros. Porque o *obiter dictum* faz parte de um processo explanatório que levará à decisão final, muitos juízes, mesmo entendendo não ter ele o mesmo valor de um precedente com força obrigatória, sentem-se compelidos a seguir o mesmo raciocínio, principalmente quando o raciocínio partiu de um respeitado juiz ou corpo de juízes ou, ainda, de uma Corte superior.

Por fim, importante citar as palavras de Nogueira (2013, p. 182-184) quanto à distinção entre os elementos componentes do precedente, e sua importância no efeito vinculante

Dizer que um precedente vincula, na verdade, é dizer pouco. Um precedente pode ter páginas e mais páginas e muito pouco do seu conteúdo pode vincular os julgadores em casos futuros. Só se pode falar em adesão aos precedentes a partir do momento em que se separam duas partes fundamentais de uma decisão judicial: a *ratio decidendi* (literalmente, razões de decidir) e a *obiter dictum* (literalmente, dito para morrer). É costume afirmar que em uma decisão judicial apenas a *ratio decidendi* vincula, [...] *Obiter dictum*, na literalidade, dito para morrer, é tudo o que não está contido na *ratio decidendi*, ou seja, é qualquer conclusão a que chega o Tribunal mas que não é essencial para o julgamento do caso concreto. Em outras palavras, é a parte da decisão que, se for excluída, não altera em nada as razões de decidir.

As definições e considerações assentadas neste capítulo se condicionam como um passo importante e necessário à compreensão da extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* propostos na Reclamação n. 4335/AC, visto que a *ratio* utilizada como vinculante deve ser devidamente determinada, uma vez que, a incongruência de posicionamentos e definições quanto à *ratio decidendi* de um precedente a ser vinculado poderá vir a gerar problemas de segurança jurídica, ante as inúmeras decisões proferidas pelas diversas instâncias jurisdicionais.

1.2 *COMMON LAW*: A origem e influência no Sistema dos Precedentes Judiciais

Os precedentes podem ser apresentados como uma auto referência, ante a teoria do *stare decisis*, sendo encarados no sistema da *Common Law* como obrigatórios, enquanto no sistema da *Civil Law* vistos na função principal como persuasivos, e por exceção como obrigatório no caso do Controle Concentrado de Constitucionalidade e Súmula Vinculante.

Assim, para que se entenda essas distinções, e se compreenda a proposta trazida pela Reclamação n. 4335/AC, pertinente se faz pontuar o sistema da *Common Law*, que se originou nas cortes inglesas em um período consuetudinário, tendo influenciado suas colônias, as quais adotam o referido sistema de orientação para julgamento até os dias atuais, ao passo que no Brasil se adota o sistema da *Civil Law*.

A importância na compreensão da origem desses sistemas se apresenta como condição primária para a análise da compatibilidade e do cabimento no contexto do direito brasileiro, visto que a adoção da *Common Law* pertencente à outra cultura deve ser adaptada na medida de nossa realidade jurídica, e não apenas no campo teórico.

A *Common Law* é um sistema de caráter tradicional que não se submeteu a revoluções, mas casos concretos visando à adequação das necessidades da sociedade por meio da evolução dos costumes, objetivando tratamento igualitário entre as decisões e partes, as quais mediante o manto do Estado-juiz buscam a solução dos conflitos de interesses.

Ponderação que se mostra nas palavras de Marinoni (2009, p. 13) ao discursar sobre o precedente construído no sistema da *Common Law*

Note-se, contudo, que quando um precedente interpreta a lei ou a Constituição, como acontece especialmente nos Estados Unidos, há evidentemente, direito preexistente com força normativa, de modo que seria absurdo pensar que o juiz, neste caso, cria um direito novo.

Na verdade, também no caso em que havia apenas costume, existia direito preexistente, direito costumeiro.

Portanto, importante ser entendido que na *Common Law* não há uma superação da aplicação normativa pela jurisprudência, mas esta é igualmente considerada como fonte primária do direito, advinda do chamado *Case Law*, no qual se observa a hierarquia das instâncias organizadas dentro do Poder Judiciário.

Por outros termos é ratificada a condição do precedente como fonte primária no sistema da *Common Law*, ante a transcrição do citado por Cruz e Tucci (2004, p. 168)

Verifica-se que, ainda hoje, prevalece entre os juristas norte-americanos a ideia clássica de que o sistema da *common Law* 'consiste em aplicar a razão e a experiência. Toda a teoria que daí decorre, parte da suposição de que a experiência proporcionará o fundamento mais satisfatório para os *Standards* da ação e princípios de decisão. Sustenta-se, com acerto, que o Direito não pode ser criado arbitrariamente por um *Fiat* da vontade soberana, mas, sim, descoberto pela experiência judicial e jurídica baseada em regras e princípios que, no passado, lograram alcançar uma solução justa ou fracassaram nesse intento' (El spiritu Del 'common Law)

O sistema inspirador do precedente judicial e seu caráter uniformizador de decisões similares se orienta pelos fundamentos jurídicos que esteiam a decisão, chamados por *holding*, ou conceitualmente apresentados no capítulo anterior como *ratio decidendi*, que tem sua procedência advinda da teoria do *stare decisis*, que vem a ser conceituada nas palavras de Vieira (2007, p. 225)

A teoria do stare decisis, do latim, stare decisis et non quieta movere – mantenha-se a decisão e não alterem as coisas já estabelecidas, é o princípio sui generis da Common Law, que se tornou conhecido também por 'case law', ou Direito dos Casos e precedentes vinculantes.

A solução dos casos e as premissas que se firmam nominadas de precedente, são consideradas as fontes de direito para esse sistema de julgamento, haja vista sua jurisprudência uniforme e estável, que possibilita para as partes certa previsibilidade na ordem jurídica, sem que para isso necessite de normas legais ordenadoras em abstrato, o que impede julgados causadores de

surpresas injustas e violadores de confiança, visto que apesar de não advirem do poder legislativo possuem força de lei.

A compreensão do sistema da *Common Law* perpassa o método *reasoning from case to case* (raciocínio do caso a caso), o que nos permite concluir que o direito é originado pela autuação jurisdicional do Estado-juiz, enquanto que, na *Civil Law* o direito é criado por meio do Estado-legislador (Poder Legislativo).

Nesta perspectiva, a compreensão da teoria do *stare decisis*, pertencente a *Common Law* impõe aos juizes seguirem a *ratio* da decisão exposta em precedente anterior. Por esses termos, ressalta sua importância Lucas Cavalcanti da Silva (2012, p. 299)

A teoria do *stare decisis* significa muito mais do que simplesmente valorizar o precedente, mesmo porque qualquer juiz poderia proferir a decisão que quisesse e justificá-la ao achar algum precedente, por pior ou mais antigo que ele seja. O valor do *stare decisis* se manifesta pela forma como consagra o papel do Poder Judiciário na criação e afirmação do Direito, negando ao juiz o poder de resolver conflitos com base em suas opiniões isoladas, orientado por sua individualidade.

Por outro lado, oportuno, igualmente evidencia que no Brasil, por não ser colônia da Inglaterra, mas sim de Portugal, fora influenciado pelo sistema da *Civil Law*, de origem Romano-Germânico, cuja base primária orientadora é primordialmente a Lei, que se encontra na forma codificada, o que não significa, necessariamente, pertencente à classificação de norma rígida, pois neste sistema se evidencia a busca pela previsibilidade – a certeza do direito.

Do mesmo modo, Andreia Costa Vieira (2007, p. 2017) delibera: “No sistema legal da *Civil Law*, a lei é a única fonte primária do direito, isto é, é a autoridade máxima para expressá-lo. Isso significa que, na busca do direito, a lei deve ser a primeira fonte a ser pesquisada”.

A importância da lei como norma primária, por ser ela criada, publicada e promulgada por mais de um poder, não se concentrando a um único poder,

personificado na hierarquia do Poder Judiciário, conforme destaca Teresa Arruda Alvim Wambier (2009, p.55)

A teoria de MONTESQUIEU, no sentido de que não deveria haver superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, foi combinada com a visão de ROSSEAU, no sentido de que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa. (...) Os juízes tinham que obedecer à lei. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem 'boca da lei'. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais como se fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão.

A condição formadora da *Civil Law* demonstra o caráter técnico processual rígido de nosso sistema, que visa inibir o temor à arbitrariedade, assegurando ao cidadão/parte no processo a estabilidade e previsibilidade na vida social, o que vem a fomentar a garantia no cumprimento da segurança jurídica e a igualdade.

Essa primeira distinção, mesmo que ainda elementar, será de suma importância no decorrer deste trabalho, visto que suas influências sistêmicas, quanto aos julgamentos dos tribunais, apontarão fontes de direitos distintas em uma escala de importância e influência no resultado dos julgamentos provocados pelas partes que se apresentam em litígio.

2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PROPOSTA NA RECLAMAÇÃO N. 4335/AC

O Supremo Tribunal Federal, em sede da Reclamação n. 4335/AC, vem discutindo com base no instituto da Mutação Constitucional por interpretação a competência privativa do Senado Federal, prelecionado no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, o Ministro Relator Gilmar Mendes na Reclamação n. 4335/AC propõe a discussão concernente aos efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal, que declara a suspensão da execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, *incidenter tantum*, por decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, e fundamenta esta afirmativa sob os seguintes termos (Rcl n. 4335/AC, p. 13/14)

A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi à forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

A aparente originalidade de fórmula tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Discute-se, assim, sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução da lei ou ato normativo. Questiona-se, igualmente, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado e sobre a abrangência das leis estaduais e municipais. Indaga-se, ainda, sobre a pertinência da suspensão ao pronunciamento de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta.

Assim sendo, neste capítulo, pretende ser expostos os argumentos apresentados na Reclamação n. 4335/AC pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, permitindo, desse modo, ao leitor conhecer o contexto do debate travado na reclamação a que se pretende estudar.

A Reclamação n. 4335/AC fora interposta em razão do indeferimento do pedido de progressão de regime pelo Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, em favor dos condenados a regime integralmente fechado, motivando que só fariam *jus* ao direito de progressão de regime, os ora reclamantes, a partir da expedição de resolução editada pelo

Senado Federal, que suspenderia a eficácia do dispositivo de lei, conforme, relatado no voto do Ministro Gilmar Mendes (Rcl. n. 4335/AC, p. 13)

cabará analisar a afirmação do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco – Acre de que a referida decisão no HC 82.959/SP ‘somente terá eficácia a favor de todos os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados que estejam cumprindo pena, a partir da expedição, pelo Senado Federal, de resolução suspendendo a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Após detida análise, esquadrinha o Ministro Relator não ser razoável, que as declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente no controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tenham que aguardar a edição de Resolução do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes*.

Os apontamentos iniciais pelo relator na Reclamação n. 4335/AC perpassam os fatos históricos que fomentaram a participação do Senado Federal em 1934, confrontando com a realidade da Constituição Federal Brasileira de 1988, o qual veio a concluir que a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, hoje se apresenta apenas por índole histórica, haja vista o argumento de este dispositivo ter sido inserido por questões de interesse político (Rcl n. 4335/AC, p. 14-15)

Embora a doutrina pátria reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da *inexistência jurídica* ou da *ampla ineficácia* da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo. Diversamente, a não-aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí, ter-se adotado, em 1934, a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidades. A engenhosa fórmula mereceu reparos na própria Assembleia Constituinte [...] Essa colocação parecia explicitar a natureza singular da atribuição deferida ao Senado Federal sob a Constituição de 1946 e de 1967/69. A suspensão constituía ato político que retira a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. [...] Em 1970, o Tribunal começou a debater o tema, tendo firmado posição, em 1977, quanto a à dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida na representação de inconstitucionalidade (controle abstrato). Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69. [...]

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

Além do caráter histórico discutido no Voto, o Ministro Relator da Reclamação n. 4335/AC ainda chama a atenção para a atuação restrita do Senado Federal que somente suspende os casos de inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo, após a declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Reforçando os argumentos de amplitude da atuação da Corte Constitucional, afirma o Ministro Gilmar Mendes que o Senado Federal, na competência que lhe confere o artigo 52, X, da Constituição Federal, não possui qualquer execução autônoma, sendo necessária a decisão do Órgão Judicial na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, para que somente após esta, reste ao Senado Federal a condição passiva de publicar suas decisões (Rcl n. 4335/AC, p. 28)

Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, [...] Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, [...] Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias. [...] Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição. [...] Menciona-se, ainda, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.[...] Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em sequência, o Ministro Relator da Reclamação n. 4335/AC, suscita como outro forte argumento, o reconhecimento de eficácia geral nas decisões de controle difuso de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo dispensado, o pronunciamento pelo Plenário do Tribunal, nos

termos do artigo 97 da Constituição Federal, inclusive embasando seu fundamento em precedentes anteriores⁹ (Rcl n. 4335/AC, p. 30)

Questão interessante agitada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo [...] Esse entendimento marca uma revolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equipara, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

Antes de avançar com os argumentos pontuados, faz-se pertinente constar que o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação n. 4335/AC, deu-se em fevereiro de 2007¹⁰, portanto, antes da publicação da Súmula Vinculante n. 10¹¹ do Supremo Tribunal Federal, aprovada na Sessão do Plenário de 18 de junho de 2008, e publicada no Diário Oficial da União de 27 de junho de 2008¹², de modo que a aludida súmula vinculante não será matéria de discussão neste trabalho, por ser a mesma posterior ao voto objeto de exame.

Prosseguindo com suas justificativas teóricas, o Ministro Relator propõe uma releitura do papel do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade, diante das alterações significativas introduzidas com a Constituição Federal de 1988, que indicam possíveis mutações constitucionais, dentre elas a ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de constitucionalidade, o que ocasionou uma redução significativa na incidência

⁹ Citando os acórdãos proferidos: RE 190.728/SC; AI – Agr 168.149/RS; RE 150.775/PE e RE 150.764/PE.

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. **Andamento processual da reclamação n. 4335/AC**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10.12.2013.

¹¹ Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹² Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUMEROS&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 10.12.2013.

ações por controle difuso de constitucionalidade, preponderante quando da promulgação do texto de 1934 (Rcl n. 4335/AC, p. 35-36)

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal mediante processo de controle abstrato de normas. [...] A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso ou incidental*, mas ao modelo concentrado.

Fortalecendo seus argumentos, questiona ele o aparente contrassenso da Teoria da Nulidade da lei inconstitucional e o dispositivo do artigo 52, X, da Constituição Federal (Rcl n. 4335/AC , p. 38)

Assinale-se, outrossim, que a interpretação que se deu à suspensão de execução da lei pela doutrina majoritária e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós. [...] Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade de lei inconstitucional. [...] Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure nula*, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF.

E, sob o mesmo raciocínio, traz no contexto da Reclamação n. 4335/AC o fato de serem dotadas de eficácia *erga omnes* as decisões do caso concreto proferidas em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como a introdução do dispositivo prelecionado no artigo 557, §1ºA¹³ do Código de Processo Civil (Rcl n. 4335/AC, p. 44)

A disciplina processual conferida à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que constitui instrumento subsidiário para solver questões não contempladas pelo modelo concentrado – ADI e ADC -, revela, igualmente, a inconsistência do atual modelo. A decisão do caso concreto proferido em ADPF, por se tratar de

¹³ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*; a mesma questão resolvida no processo de controle incidental terá eficácia *inter partes*

O Código de Processo Civil, por sua vez, em caráter ampliativo, incorporou disposição que autoriza o relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, §1º-A, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998) [...] Também aqui parece evidente que o legislador entendeu possível estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental de determinada lei federal, estadual ou municipal – hipótese que estaria submetida à intervenção do Senado -, quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional pelo Tribunal. [...] observe-se, ainda, que, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeitos vinculantes não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos¹⁴ em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em sua, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos legais idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

Os fundamentos são estendidos, ainda, ao aceite pelo Supremo Tribunal Federal das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade, oportunidade em que exemplifica o caso do Mandado de Segurança Coletivo¹⁵ impetrado pela Associação dos Advogados de São Paulo, que teve eficácia *erga omnes* por força do artigo 16 da Lei n. 7.347/85.

Por outro lado, argui os casos “notórios”¹⁶ por razões de ordem pragmática tem sido adotados pelos demais Tribunais e Juízos ante a sua repercussão, bem como a edição das Súmulas Vinculantes (Rcl n. 4335/AC, p.49)

Ressalte-se, ainda, que as decisões do STF, com efeitos limitados, no julgamento do RE 197.971 (caso dos vereadores) e no próprio caso da progressão de regime (HC 82.959), são casos notórios a demonstrar que a Corte, ao prolatar referidas decisões, já lhes estava atribuindo efeitos *erga omnes*. [...] Ressalta-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a ideia de superação do referido art. 52, X, da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal.

¹⁴ RE 228.844/SP; RE 221.795/SP; RE 364.160/MG e AI 423.252/SP

¹⁵ RMS 11.824/SP

¹⁶ RE197.971 (inconstitucionalidade de lei municipal que fixa número de vereadores) e HC 82.959 (progressão de regime nos crimes hediondos)

E é com base nestes fundamentos, que o Ministro Relator, Gilmar Mendes, propõe a atribuição de efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade mediante mutação constitucional por interpretação do artigo 52, X, da Constituição Federal ao afirmar que (Rcl n. 4335/AC, p.56)

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, de nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Apresentados os argumentos pelo Ministro Gilmar Mendes, faz-se oportuno o estudo dos Controles de Constitucionalidade vigentes no Brasil, bem como suas diferenças, a fim de viabilizar a compreensão da mutação constitucional proposta, bem como a compatibilidade da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes em nosso ordenamento jurídico, além de sua aplicação concreta pelos Tribunais e Juízes de nosso país.

2.1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO SENADO

Nesse capítulo irá ser abordado apenas aspectos conceituais referente ao controle de constitucionalidade que serão utilizados como subsídios para o desenvolvimento do tema principal, objeto dessa dissertação. Entretanto, cabe ressaltar que neste não haverá um estudo aprofundado do aludido tema.

As normas constitucionais devem conter em seu teor mecanismos que retirem do ordenamento jurídico as normas jurídicas em descompasso com o texto supremo, sob pena de ineficácia de seu poder soberano, como bem assentou André Ramos Tavares (2001, p. 77), ao sustentar que

Estado constitucional, contudo, não passaria de um ideal provavelmente inalcançável sem a previsão de institutos e instrumentos destinados, precipuamente, a realizar a sua preservação e obediência geral de seus pressupostos de ordem constitucional. Assim é que surgem as garantias da realização da Constituição e, necessariamente, sanções pelo seu descumprimento ou violação.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade é imprescindível para a efetivação das matérias pertencentes à Constituição Federal, sendo que, *a priori*, o controle é exercido por todos, como bem destaca Anderson Sant'Ana Pedra (2006, p. 130), “a defesa da Constituição é incumbência de todos, o que conduz assim ao entendimento de que todos os indivíduos devem interpretar e realizar a Constituição”.

Entretanto, o efetivo controle na proteção das normas constitucionais obedece ao regramento ditado pela própria Constituição Federal, a qual atribuiu competência aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no exercício desta proteção.

Em destaque, neste capítulo, pretende-se atingir o estudo correlacionado ao controle jurisdicional da constitucionalidade, o qual é subdividido em controle difuso e, concentrado.

O controle de constitucionalidade decorre da supremacia constitucional, uma vez que, toda a legislação infraconstitucional deve entrar em sintonia com o seu texto, numa autêntica ‘compatibilidade vertical’ nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2002, p. 46-47), ao lecionar que

o fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição.

No mesmo sentido, quanto à compatibilidade das normas inferiores, manifesta Luís Roberto Barroso (2011, p. 23) ao afirmar

o ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-las. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar a sua eficácia.

Em conclusão, Luís Roberto Barroso (2011, p. 23) defende que “duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais”.

Enquanto que, Bruno Taufner Zanotti (2012, p.17), elenca quatro pressupostos, como necessários ao controle de constitucionalidade: (i) Constituição rígida ou semirrígida; (ii) Princípio da Supremacia da Constituição; (iii) atribuição de competência para o Controle de Constitucionalidade a um órgão; (iv) Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis.

Portanto, o controle de constitucionalidade é um instrumento conferido a um órgão jurisdicional, no intuito de velar pela superioridade normativa da norma constitucional, frente às normas infraconstitucionais, ora expurgando-a do ordenamento jurídico com se fosse um corpo estranho, ora mantendo-a na sua integralidade quando guardar sintonia com o texto supremo.

Neste momento oportuno o estudo das modalidades de controle de constitucionalidade, que se divide em: (i) controle difuso; e (ii) controle concentrado, e quanto aos órgãos judiciais que os exercem.

O controle difuso é exercido por qualquer órgão jurisdicional, sendo o controle da constitucionalidade analisado no caso em concreto, cuja natureza jurídica é de uma questão incidental com efeitos *inter partes*, logo, é uma questão prejudicial ao exame do mérito.

Nessa espécie de controle, a inconstitucionalidade é fundamento do pedido principal, não estando sujeita, em razão disso, aos efeitos jurídicos inerentes à coisa julgada. Assim, levando em consideração o aspecto topológico da sentença que julga a inconstitucionalidade da norma, esse tema será abordado pelo magistrado no capítulo da sentença referente à fundamentação, e não na parte dispositiva.

Portanto, no controle difuso, o magistrado não declara a inconstitucionalidade da norma, mais sim a acolhe como fundamento do pedido principal.

Já no controle concentrado, que é exercido por um único órgão constitucional, a análise da constitucionalidade de uma norma jurídica figura como pedido principal, e não como fundamento, como ocorre no controle difuso. Nesse passo, os legitimados arrolados em *numerus clausus* (artigo 103 da CF) pela Constituição, ingressarão com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no caso do Brasil, sendo que este órgão declarará agora, na parte dispositiva da sentença, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, suscitada em tese.

A ponderação acerca da ocorrência do controle por via incidental, nos moldes do controle difuso, não pode ser confundida com a apreciação por via incidental a ser desempenhada por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição, sendo importante a observação feita por Luís Roberto Barroso (2011, p. 72), quando sustenta que

não se confundem, conceitualmente, o controle por via incidental – realizado na apreciação de um caso concreto e o controle difuso – desempenhado por qualquer juiz ou tribunal no exercício regular da jurisdição. No Brasil, no entanto, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado.

Por outro lado, ainda quanto à temática apresentada, vale ressaltar que, a doutrina majoritária acolheu a teoria da nulidade quanto à lei declarada inconstitucional, e não a teoria da inexistência da norma. Portanto, a sentença que declara a inconstitucionalidade de uma norma a tornará, via de regra, existente, porém nula, conforme ensinado por Luís Roberto Barroso (2011, p. 35) ao doutrinar que

uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá aplicação efetiva, gerando situações que terão que ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior.

Quanto aos efeitos da decisão, que declara a constitucionalidade de uma norma jurídica, necessário se faz a análise separada das modalidades de controle quanto ao órgão que exerce essa competência.

Vale ressaltar que o controle difuso de constitucionalidade também é exercido pelo Supremo Tribunal Federal mediante o Recurso Extraordinário, apesar dos efeitos não serem os mesmos para as hipóteses de controle difuso exercido por outros órgãos jurisdicionais.

No controle difuso realizado pelos órgãos do Poder Judiciário, os efeitos da decisão, alcançarão apenas as partes do processo, os quais são denominado de *inter partes*, mas, com efeito, *ex tunc*. Nesse sentido se manifesta Bruno Taufner Zanotti (2012, p. 58), ao discorrer que

a lei somente deixa de ser aplicada no processo em que foi julgada. A lei continua plenamente válida no ordenamento jurídico e obrigatória para todos, salvo, repita-se, no processo em que foi declarada inconstitucional. [...] além dos efeitos *inter partes*, a decisão no controle difuso possui efeito *ex tunc*. Ou seja, por ser a lei declarada nula, os efeitos da decisão retroagem ao seu nascedouro, de modo a tornar inválidos todos os atos que tiverem como base tal lei.

Ainda, sobre os aspectos do controle difuso de constitucionalidade, oportuno mencionar a competência atribuída ao Senado Federal pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal. As ponderações referentes a esta competência, se fazem necessárias ante ao debate travado na Reclamação n. 4335/AC, que visa por meio da mutação constitucional informal atribuir efeito vinculante ao controle difuso, excluía sua participação.

Nessa modalidade de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal atua de forma difusa, ou seja, em um determinado caso concreto de efeitos *inter partes*, cabendo ao Senado Federal estender os efeitos da decisão aos casos similares, por meio dos efeitos *erga omnes* e *ex nunc*.

Assim, nas palavras de Zanotti (2012, p. 68), são duas as finalidades na atuação do Senado Federal: gerar efeitos *erga omnes* e efeito *ex nunc*, por via

de discricionariedade política, quando exercido a suspensão da execução da lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nestes termos, detalhadamente, expõe Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 334) sobre a competência e a extensão dos efeitos atribuída ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal

Atualmente, essa competência do Senado é exercida por meio de resolução, em face de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, *em controle incidental*, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo do poder público, seja ele federal, estadual ou municipal. Cumpre esclarecer, desde logo, que o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, *sub examine*, não autoriza o Senado a declarar nenhuma inconstitucionalidade, razão porque estão equivocados aqueles que vêm nessa disposição uma prova de que no Brasil o controle de constitucionalidade é misto, por envolver um controle judicial e político. Aquela disposição tão-somente confere ao Senado a competência para *deliberar sobre a suspensão da execução do ato*, declarado inconstitucional, aqui sim, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, para o *fim específico de emprestar eficácia genérica*, ou seja, *erga omnes*, a essa decisão judicial, até então de efeitos *inter partes*, porquanto pronunciada num processo judicial concreto, em sede de controle incidental.

Após o estudo doutrinário da compreensão das espécies de controle de constitucionalidade – abstrato e difuso – e do alcance da competência do Senado Federal descrita no artigo 52, X, da Constituição Federal, oportuno contrapor a finalidade proposta na Reclamação n. 4335/AC, por meio da Mutação Constitucional, que visa equiparar os efeitos do controle difuso aos do controle abstrato de constitucionalidade, reduzindo a competência do Senado Federal a um publicador das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, consoante se observa da transcrição do seguinte trecho (Rcl n. 4335/AC, p. 42-44)

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia extunc, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. [...] Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era ipso jure nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF. [...] a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo,

completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade. [...] De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. [...] A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, 'apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.

Assim, quanto à pretendida mutação constitucional na Reclamação n. 4335/AC, pontua Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 176), ao que nomina de 'movimento',

atualmente, há no Supremo Tribunal Federal um movimento, liderado pelo eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, no sentido de se atribuir eficácia 'erga omnes' às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, sem a necessidade da interferência do Senado, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir publicidade à decisão da Corte.

Destarte, o controle difuso passaria a ter natureza abstrata, ou seja, não mais atingindo tão somente as partes envolvidas no processo, o que levou a doutrina a denominar este fenômeno como Teoria da Abstrativização ou Objetivação do controle difuso de constitucionalidade, nas palavras de Didier Jr. (2012, p. 360)

O mesmo autor (DIDIER JR, 2012, p. 361) destaca que a Teoria da Abstrativização ou Objetivação do controle difuso de constitucionalidade culminou na edição da Emenda n. 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em *abstracto*, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. Sobre o tema, convém lembrar a lição de Gilmar Ferreira Mendes, no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou na edição da Emenda n. 12 ao RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicada no DJ de 17.12.2003: O recurso extraordinário 'deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função e defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*verfassungsveschwerde*). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de

modo imediato – não é a resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazidos à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

E é neste contexto, citando Haberle, que Zanotti (2012, p. 72) preleciona o estudo da Teoria da Abstrativização inserida no controle de constitucionalidade brasileiro

é nesse contexto que se insere a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que, em nome do incremento da defesa do sistema de direitos e garantias fundamentais, o Supremo Tribunal Federal se coloca em concorrência direta com o Poder Constituinte Originário, de modo a alterar premissas consolidadas no constitucionalismo brasileiro, que se abriam e uma participação pluralista de todos que compõem uma sociedade de intérpretes [...].a teoria tem por finalidade aproximar o controle concreto (ou difuso) do controle abstrato (ou concentrado) de constitucionalidade, outorgando-lhes, praticamente, um só tratamento jurídico. Em outras palavras, duas são as consequências: (a) desvincular do controle difuso do STF a análise do caso concreto, tal como se dá no controle abstrato e (b) outorga-lhe os mesmos instrumentos utilizados no controle concentrado de constitucionalidade, ao controle difuso.

E é sobre essa ‘nova roupagem’, quanto à abstratividade dos efeitos conferidos ao controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que a Reclamação n. 4335/AC busca a mutação do artigo 52, X, da Constituição, para conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões definitivas proferidas por aquela Corte Constitucional, independentemente da autuação do Senado Federal.

2.2 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA APLICAÇÃO NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM DECISÃO DEFINITIVA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O corpo sentencial que exterioriza o provimento jurisdicional concedido é composto de relatório, fundamentação e decisão, desenvolvendo, portanto, o magistrado, um autêntico raciocínio silogístico. Nesse compasso, via de regra, o relatório e o fundamento de fato e de direito, que embasou determinada decisão, não possuem eficácia para outras lides não inseridas no processo em que fora exarada a decisão, possuindo somente efeito endoprocessual.

No entanto, o que se pretende com a aplicação da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes é expandir para outras lides, em sede de controle difuso de constitucionalidade a força obrigatória dos fundamentos utilizados na decisão do Supremo Tribunal Federal, discussão que vem sendo enfrentada no controle concentrado de constitucionalidade, desde o ano de 2003, por meio da Reclamação n. 1987/DF¹⁷, momento em que recebeu exame mais explícito. (MELLO, 2008, p. 149)

Perante este contexto Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 616) discorre qual seria a extensão da vinculação proposta pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes

Com a expressão eficácia transcendente da motivação se pretende passar o significado de eficácia que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, tem grande semelhança com a já decidida e, por isso, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional “X” foi considerada inconstitucional em virtude das razões “Y”, a norma constitucional “Z”, porém, substancialmente idêntica a “X”, exige a aplicação das razões “Y”.

Sobre o assunto conceitua Mello (2008, p. 148): “Por ‘eficácia transcendente da fundamentação’ designa-se a possibilidade de extensão dos efeitos vinculantes e *erga omnes* aos ‘motivos determinantes da decisão’, em lugar de sua restrição ao dispositivo julgado.”

No presente capítulo, será abordada apenas a aplicação da aludida teoria nas hipóteses do controle de constitucionalidade exercido de forma difusa, apesar de o aludido tema ser objeto de inúmeros debates travados no Supremo Tribunal Federal, havendo inclusive, posicionamento daquele órgão jurisdicional no sentido de conferir ao relator, a competência para julgar de forma monocrática, a inconstitucionalidade da norma, baseando-se em precedentes já decididos pelo Pleno, como leciona Mello (2008, p. 157):

Apesar da controvérsia antes narrada, em sede de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido efeitos impositivos à *exegese* firmada em seus precedentes, e não apenas ao seu dispositivo, admitindo que os relatores julguem monocraticamente os

¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>

recursos extraordinários, quando houver precedente do pleno no sentido da inconstitucionalidade de norma semelhante, ainda que emanada de ente federativo diverso.

Firmadas as premissas iniciais, referentes à Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, passa-se a análise desta, no embate proposto na Reclamação n. 4335/AC, na qual expõe o Ministro Relator, Gilmar Mendes, inúmeras razões e fundamentos visando a Mutação Constitucional por interpretação do artigo 52, X, da Constituição Federal.

Para a aplicação da aludida teoria ora em exame,   fundamental a diferenciação entre a denominada *ratio decidendi* (razão de decidir), e do instituto denominado de *obiter dicta* ou *dictum* (coisa dita de passagem). Dessa forma, apenas a *ratio decidendi* teria o condão de tornar vinculante o fundamento das decisões, conforme adv m do próprio nome dado   Teoria, não se utilizam simplesmente os motivos, mais sim os motivos determinantes.

Nesse passo, no que concerne a *ratio decidendi*, a pretensão a ser alcançada pela Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes se orienta pela sua identificação, a qual ocasionará a vinculação dos fundamentos proferidos em controle difuso de constitucionalidade aos casos análogos futuros.

A identificação da *ratio decidendi* se apresenta importante, ante o seu caráter vinculativo, haja vista o aspecto de definitividade que irá advir junto com a Teoria da Transc ndncia dos Motivos Determinantes.

Contudo, deve ser enfatizado que a identificação da *ratio decidendi* se apresenta de difícil consenso entre os aplicadores deste instituto, o que ocasionaria inúmeros debates até se concluir quais seriam os verdadeiros fundamentos vinculativos da decisão, advertindo, que o sistema da *Civil Law*, regente no Brasil,   um sistema que tem a 'lei' como sua fonte primária.

Vale ressaltar, ainda, que caberia aos juízes de primeiro grau e dos Tribunais, a interpretação e identificação da *ratio decidendi*, enquanto que às cortes superiores, somente a criação do precedente (MARINONI, 2012, p. 300)

Com efeito, se são as cortes superiores as responsáveis pela criação de um precedente a ser obrigatoriamente seguido, são os juízes e tribunais de instâncias inferiores, na aplicação dos precedentes, que estabelecem os contornos da *ratio decidendi* ou *holding*. São os juízes e tribunais que, no exercício de atividade interpretativa, apontam, de início, o que é a razão de decidir e o que é comentário lateral (*obiter dictum*) de um precedente, aplicando-o conforme essa interpretação.

Interessante, ainda registrar, os possíveis métodos para identificação da *ratio decidendi* (ou *holding*), método fático-concreto e, abstrato-normativo, os quais se apresentam pelos estudos traçados por Celso de Albuquerque Silva (apud FELETTI, 2013, p. 90-93)

O método fático-concreto entende que 'o holding do precedente é o princípio jurídico que o juiz encontra com base na sua ponderação e escolha de quais são os fatos considerados materiais e quais são considerados imateriais para a decisão da lide'.

Para esse método os fatos materiais são os que foram considerados como relevantes pelo juiz para a solução da lide. Destes fatos que o *holding* será extraído. Observe que este método não se reporta, ou melhor, não atribui relevância alguma às razões que o juiz utiliza para fundamentar sua decisão. [...]

O método abstrato-normativo, por sua vez, entende que o *holding* deve ser assim tratado desde o momento da criação da decisão judicial que o estabelecerá, pois a decisão adotada não regerá somente aquele caso concreto que lhe foi apresentado para julgamento, mas também regerá outros casos futuros similares.

Noutro norte, a nova perspectiva apresentada na Reclamação n. 4335/AC reforça a já engajada Teoria da Abstrativização ou Objetivação do controle difuso e estenderia os efeitos *erga omnes* e vinculantes do julgado para além do dispositivo, atingindo diretamente a causa de pedir incidental, que seria o motivo determinante da procedência do pedido, pois somente nesta situação poderia ocorrer a vinculação.

Assim, dentre os apontamentos empregados, a Tese da Abstrativização ou Objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade se destacou como fundamento basilar para afastar do Senado Federal a competência em "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal",¹⁸ remanescendo ao mesmo apenas torná-la pública.

¹⁸ Artigo 52, X da Constituição Federal.

E assim, por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal passaria a ser o órgão jurisdicional competente para conferir a estas decisões, por meio dos fundamentos da decisão (causa de pedir) – transcendência dos motivos, eficácia vinculante e *erga omnes* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, independentemente, da edição de Resolução pelo Senado Federal.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Considerações Introdutórias

Os anseios sociais têm avançado de modo incompatível com a normatização que rege a sociedade, e é diante da velocidade na verificação de fatos sociais diversos que os direitos e deveres urgem em serem disciplinados, visando à harmonia social. Visto que, em muitos casos, essas novas relações jurídicas se verificam sem quaisquer amparo do Estado.

Na ausência de normas disciplinadoras, o Estado em suas diversas funções (administrativa, legislativa e judiciária), não se pode esquivar em responder a estes anseios, e é neste momento, que a Constituição imbuída de inúmeros direitos e garantias fundamentais, apresenta-se no auxílio a regular os conflitos sociais.

A Constituição é um 'organismo vivo', o qual cumpre resguardar direitos e garantias fundamentais, além da participação política de seu povo, por meio do estabelecimento de diretrizes e limites ao exercício dos poderes, haja vista que a realidade social que nos apresenta é dinâmica, sempre com novos desafios imprevistos pelo corpo legislativo.

Em outros termos, a Constituição, deve ser vista como um instrumento normativo que se evidencia além de um simples pedaço de papel desvinculado das realidades atuais, se constituindo apenas pelos condicionamentos históricos sob os quais foi promulgada, assim, "a Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade", argumenta Konrad Hesse (1991, p. 25)

As normas constitucionais, por vezes, necessitam de interpretação para que sejam efetivadas, em especial quando deparadas por novos direitos e/ou deveres. Assim, as mudanças sociais devem ser incorporadas à ótica constitucional, amparadas no próprio texto constitucional orientado por suas normas e princípios.

E é neste contexto, que as Constituições não possuem vocação para uma permanente imutabilidade, bem como para serem eternizadas em sua normatização original; ao contrário, são Cartas Políticas que devem prever mecanismos próprios para a alteração de seu conteúdo normativo, assim descrito por Luís Roberto Barroso (2009, p. 122-123), ao afirmar que

as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus designos. Os mortos não podem governar os vivos. Porque assim é, todas as Cartas Políticas preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

As transformações sociais não podem ser ignoradas pela Constituição, todavia, a tensão existente entre a norma e a realidade deve atender aos limites necessários a estabilidade do ordenamento constitucional, com lastro democrático, e no contexto dos direitos e garantias fundamentais.

As novas percepções sociais, econômicas e políticas, sob o olhar do neoconstitucionalismo, superam a rigidez do positivismo, mas, estas mudanças constitucionais devem respeitar o Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, a soberania popular que respaldam seus direitos e garantias fundamentais constitucionalmente postos.

Oportuna se faz estas ponderações, quando se observa que as constantes mudanças sociais são absorvidas pela Ciência do Direito, não apenas por meio de sua normatização positivada, mas igualmente, por meio de modificações informais, por vezes nem mesmo previstas constitucionalmente por formalidades pré-estabelecidas. Assim, as revisões por mudanças formais não são o único meio constitucionalmente aceitável, quando da análise do alcance normativo constitucional.

Integram a hermenêutica da mutação constitucional às realidades sociais, econômicas e políticas de um Estado, e as interpretações realizadas pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, bem como pelos costumes.

Visto que, quando nos deparamos com circunstâncias sociais que perturbam o equilíbrio constitucional, a força dessas circunstâncias conduz a modificações constitucionais, que não necessariamente decorrem da atuação formal do poder de revisão constitucional, mas por intermédio de decisão judicial, ou pelo desenvolvimento/criação de algum uso, ou, ainda, pela convenção de natureza constitucional (FERRAZ, 1986, p. 7-8)

É sobre essa contextualização que a Reclamação n. 4335/AC, no que tange à atribuição de efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade, propõe a exclusão da função legislativa concedida ao Senado Federal, em seu artigo 52, X, pela Constituição Federal, por meio da mutação constitucional e da adoção da Teoria dos Motivos Determinantes como propulsor do precedente vinculante neste controle.

3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Conceito

Paul Laband seria o precursor da mutação constitucional, mas não deu uma definição detalhada ao conceito, apesar de ter sido o criador da expressão *Verfassungswandlung*, em sua obra *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, em 1895. (DAU-LIN, 1998, p. 29).

Isto posto, o mecanismo da mutação constitucional é apontado como originário na Alemanha, por Laband, ante a consciência das transformações constitucionais ocorridas na época de Weimar, durante a Constituição do Reich, sem a observância das regras formais de reforma constitucional, haja vista a instabilidade constitucional da época, facilitando a ascensão do nazismo no país, ponderações abordadas por Pedra (2013, p.79)

A doutrina Constituição gerada na época de Weimar constituiu um antecedente direito para caracterizar os elementos do fenômeno da mutação constitucional. Como consequência da instabilidade da época, os teóricos da Constituição centraram boa parte de seus esforços para refletir acerca das mudanças constitucionais e procuraram compreender as relações existentes entre a dinâmica política e a Constituição escrita.

Jellinek conseguiu lentamente introduzir o conceito na doutrina definindo-o pelo modo que a Constituição se transforma deixando intacto o seu texto, sem formalmente altera-lo, e afirmando que a incidência da mutação constitucional se dá desacompanhada da intenção ou consciência de tais mutações. (DAU-LIN, 1998, p. 29).

Em outras palavras Jellinek (1991, p.LXIX – LXX) esclarece que o conceito de mutação constitucional se confronta com a reforma constitucional, pois essa modificação do texto constitucional é produzida por ações voluntárias e intencionais. Por outro lado, a mutação constitucional é uma modificação que deixa incólume a mudança formal de seu texto, com alterações desacompanhadas de consciência, e assim apresentam-se num papel importantíssimo na vida das constituições, haja vista que a vida real nem sempre produz fatos que correspondam a ‘imagem legal mapeada pelo legislador’. Pontua, ainda, que o lado ‘irracional’ da realidade apresenta discrepâncias entre a norma e a realidade. Por fim, afirma que seria óbvio que as leis e as normas constitucionais podem adquirir, gradualmente, significado totalmente distinto do que tinha no sistema jurídico originário.¹⁹

As definições de Laband e Jellinek apesar de serem concepções embrionárias da mutação constitucional apresentam aspectos amplos e filosóficos sem um sentido jurídico limitado para aplicação destas temáticas.

Em contrapartida, igualmente, apontado como expoente da Teoria da Mutação Constitucional, Hsü Dau-lin ao conceituar a mutação constitucional de maneira sistemática, trata como incongruente a correlação entre as normas constitucionais e a realidade. A separação proposta do preceito constitucional e da realidade por meio dos seguintes termos (DAU-LIN, 1998, p.30)

El significado de ese problema resulta de la naturaleza e intención de la Constitución escrita. Porque en el caso de una mutación de la Constitución, ésta como tal se cuestiona en su significado fundamental: Aquí normas que deben abarcar la vida estatal en su totalidad y exigen que su validez sea superior a la de las leyes ordinarias se reducen a letra muerta. En efecto, la realidad para la

¹⁹ “Es obvio que las leyes y las normas constitucionales de modo subrepticio pueden adquirir, poco a poco, significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario”.

cual se emanaron estas normas, ya no coincide con ellas. Reina una tension entre la constitucion escrita y la situacion real constitucional.

Oportuno mencionar que “O chinês Hsü Dau-Lin, em 1932, foi um dos primeiros a escrever sobre o tema, na Alemanha, apoiado nas obras pioneiras de Laband e Jellinek” (ANTUNES, 2003, p. 71).

No entanto, a postura do método, correlacionada a visão apartada do ‘ser’ e ‘dever ser’ levada ao ápice pelo positivismo por Hans Kelsen vem se evidenciado superada, haja vista que o reconhecimento na hermenêutica moderna – hermenêutica concretizadora – metódica estruturante de Friedrich Müller – propõe a coexistência entre a realidade e a norma, pautada no argumento de que a realidade não pode mais ser vista como um elemento à parte na efetivação dos direitos constitucionais. (MÜLLER, 2008, p. 16-18)

As premissas de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade. [...] Com sua insistência na mera positividade do direito, subtraída à realidade efetiva da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou a perda da normatividade jurídica.[...] Positivismo jurídico nesse sentido não é apenas a teoria do direito, que se restringe conscientemente ao direito positivo e bane do conceito de direito todas as ordens sociais restantes, ainda que tradicionalmente percebidas como ‘direito’.[...] A norma jurídica é compreendida erroneamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e segmento normatizado da realidade aparecem justapostos ‘em si’ sem se relacionarem, um não carece do outro, ambos só se encontram no caminho da subsunção do suporte fático, de uma aplicação da prescrição.

Nessa perspectiva, Friedrich Müller apresenta, em estudo referente à Teoria Estruturante do Direito, a concepção de um novo tipo de efetivação do direito; uma concepção de concretização que conecta os fatos da realidade e a norma, em superação as premissas fundamentais do positivismo, e da separação da realidade e norma – “ser” e “dever ser” (MÜLLER, 2008, p. 93-94)

Por varias razões, o positivismo, o normologismo, o decisionismo e o sociologismo, citados aqui apenas como tópicos, não apreendem a normatividade peculiar e em parte genericamente toda e qualquer normatividade jurídica, com isso também a peculiaridade da ciência jurídica como ciência normativa. As tentativas de mediar norma e realidade atingem o seu limite na universalidade do enfoque indagativo da filosofia do direito, da teoria jurídica ou da teoria

sociológica. Precisamente por isso elas deixam que abstrações superadas das teorias combatidas por elas lhe sejam impostas. Contra essa posição, pretende-se elaborar a especificidade da ciência jurídica a partir da estrutura da norma jurídica, nos termos da teoria das normas. O objectivo é tornar assim mais operacional para a concretização do direito a vinculação de questões práticas com questões de princípios e colocar simultaneamente os 'métodos relativos, as perspectivas metodológicas auxiliares a serviço da racionalidade especificamente jurídica e da sua objectividade limitada. Em virtude da orientação, sobretudo constitucional, do presente trabalho, a complementação necessária entre o pensamento axiomático e o pensamento a partir de problemas não é acentuada aqui no sentido da tópica, mas no sentido da teoria estruturante da norma, que mantém a vinculação em princípio à norma constitucional. Na formulação do problema *nos termos da teoria da norma* desloca a formulação abstracta do tem 'norma e realidade' na direção da pergunta pela normatividade e estrutura da norma na teoria estruturante da teoria e metódica (da norma jurídica).

Assim, diante da redefinição apresentada pelo método concretista, a ser estudado em capítulo próprio, a tensão existente entre realidade e norma se mostra como a base estrutural do estudo que se pretende desenvolver referente a mutação constitucional proposta pela Reclamação n. 4335/AC.

Desse modo, convém trazer a este dissertar, a compreensão conceitual do instituto da Mutação Constitucional, elemento essencial às transformações constitucionais, que propicia a harmonização da "realidade" e da "norma", conservando assim a própria Constituição e o Estado Democrático de Direito.

A mutação constitucional se apresenta diante das realidades cambiantes, em vista ao progresso social, por meio diverso dos processos legislativos formais, pertinente às reformas constitucionais. Objetivamente, expõe Gilmar Mendes (2007, p. 122) que "as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico".

No mesmo raciocínio, define Eros Graus (Rcl n. 4335/AC, p.9) ao discorrer sobre as transformações constitucionais, momento em que destaca em seu voto na Reclamação n. 4335/AC, que a mutação constitucional deve ser sempre realizada sem alteração formal do texto normativo

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Assim, na busca da compreensão da mutação constitucional Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 8-12) conceitua a mutação constitucional, quando afirma

São, pois, as mudanças constitucionais, não decorrentes de atuação formal do poder de revisão constitucional, uma realidade na vida constitucional dos Estados, que não pode ser ignorada. [...] a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.

Neste diapasão, Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 93) manifesta sua compreensão sobre a mutação constitucional, apresentando-a como um mecanismo harmônico de transformação do documento constitucional, contudo, convivendo com seu texto original sem ofensas ao 'espírito da Constituição', por meio de um processo lento e concomitante com a realidade

Diferentemente da reforma, a mutação constitucional 'não afeta o texto como tal – esse fica inalterado –, senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais'. Essas mudanças normalmente ocorrem lentamente e a sua percepção só se torna nítida quando o entendimento conferido às cláusulas constitucionais é comparado em momentos diversos, ou em épocas distintas e diante de conjunturas diversas. As mutações constitucionais convivem com o texto original, e não ofendem a letra nem o espírito da Constituição, estando sujeitas a limites, a fim de que a vontade da Carta Magna não seja desvirtuada. Deve ser ressaltada a importância dessa via informal de alteração da Constituição como meio capaz de assegurar a sua sintonia com a realidade, permitindo a sua evolução em harmonia com a sociedade.

Outrossim, nominado por Canotilho (2000, p. 1228) como transição constitucional, a mutação constitucional é "a revisão informal do compromisso

político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.

Portanto, a mutação constitucional se apresenta com um adaptador das transformações históricas e sociais, sem, contudo se afastar da vontade primeira de seu poder constituinte, haja vista que a mutação se propõe a adequar a relação Estado e sociedade, observando as realidades sociais, mas sem tocar na letra da lei.

3.2 PROCESSO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: Formal e Informal

3.2.1 Mutação Constitucional Formal

As Constitui es sempre foram o reflexo do poder soberano dos Estados Nacionais dotados de território (elemento objetivo) e povo (elemento subjetivo), os quais se constituem como um documento supremo de normas materiais e formais, composto da vida política e social da comunidade. (SARLET, 2000, p. 15).

Ademais, as constitui es devem ser vislumbradas como um ‘corpo legislativo vivo’ incorporando as realidades sociais. Todavia, a dialética necessária   conectividade da realidade e da norma constitucional deve ser adequada aos limites constitucionalmente previstos, e dentro de um  ndice razoável de altera es, porque a ocorrência excessiva de altera es ocasiona a desqualifica o da Constitui o, comprometendo assim, a base democrática e institucional de seu país (BRANDÃO, 2008, p. 155-156)

as Constitui es que sofreram muitas modifica es formais tendem a ser desqualificadas como Constitui es que não ‘deram certo’ [...] Assim, o fato de uma Constitui o ser levada a sério deve ser diagnosticada a partir de um ‘ ndice de emendabilidade’ razoável, assim entendida a média de emendas aprovadas por ano que não se revele excessivamente alta ou baixa

No contexto da dinâmica social, econ mica e política provocadora de mudanças, a busca pela estabilidade constitucional, não deve ser confundida

com imutabilidade, pois a realidade social é cambiante. E é nesse sentido que José Afonso da Silva (2002, p.42) afirma

A estabilidade das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade. Não há Constituição imutável diante da realidade social cambiante, pois não é ela apenas um instrumento de ordem, mas deverá sê-lo, também, de progresso social. Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita *adaptação das constituições às exigências do progresso da evolução e do bem-estar social*.

Em outras palavras, expressa Konrad Hesse (1991, p.14) ao ressaltar a necessidade da relação da Constituição com a realidade, e sua importância na manutenção de uma Constituição vigente e concretizada: “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”.

Portanto, a modificação do texto constitucional surge visando uma acomodação normativo-textual aos fatores sociais, econômicos e políticos que provam uma ‘erosão textual’ quando postos diante da realidade das relações jurídicas, e sua adequação se ‘corrige’ por meio dos processos formais e informais de mudança textual (SILVA, 2012, p. 120).

Uma vez que, “a alteração das circunstâncias fáticas, do mundo concreto e real sobre o qual o texto da norma deve incidir, determina, inexoravelmente, uma ‘adaptação’ da sua normatividade à evolução assim observada” (BASTOS, 1997, p. 173).

As mutações formais produzem uma reforma constitucional, e as informais ocasionam alterações por outros meios, diversos dos ditados pelo Poder Constituinte Derivado, nestes termos, define Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 12) ao nomina-las de processo direto/formal ou indireto/não formal

Processo direto ou processo formal serão usadas para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte instituído, em qualquer de suas modalidades ou formas de expressão, e, processos indiretos, processos não formais

ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado.

Os limites normativos formais da Constituição Brasileira, como nas demais constituições promulgadas, são dispostos pelo Poder Constituinte Originário, no qual mediante a vontade de um povo (poder supremo de uma nação democrático-representativa), descrevem as garantias e direitos fundamentais que passariam a reger o Estado Democrático de Direito. Neste sentido descreve Luís Roberto Barroso (2009, p. 119)

O poder constituinte, titularizado pelo povo e exercido mediante um procedimento especial, elabora a Constituição. A Constituição institui os órgãos do poder constituído e impõe limites de forma e de conteúdo à sua atuação. O poder constituinte, como intuitivo, é superior ao poder constituído, assim como a Constituição desfruta de supremacia em relação à legislação ordinária. Os valores permanentes inscritos na Constituição têm primazia sobre as circunstâncias da política ordinária.

Assim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu dentre os limites formais de mudança do texto da lei ao Poder Constituinte Derivado as modalidades de reforma: revisão e reforma *stricto sensu* (emendas constitucionais). Assim, expõe Tavares (2009, p. 50) ao afirmar que

O poder constituinte derivado, por sua vez designa a parcela de competência atribuída ao próprio corpo legislativo encarregado de elaborar as leis em geral, por meio da qual se confere a faculdade de modificação da Lei Magna. Aqui devem ser observadas certas limitações. Trata-se, portanto, de poder limitado, previsto pela própria Constituição, e por ele regulado. Não é inicial, autônomo ou incondicional. Não por outro motivo deve ser considerado com um poder constituído.

Importante, ainda abordar, quanto ao Poder Constituinte Derivado a sua condição de reformador, modificação que por instrumento jurídico atinge diretamente o Texto Constitucional, condição nuclear que conceitua a Mutação Constitucional Formal (AGRA, 2000, p. 114)

A reforma constitui qualquer modificação no Texto Constitucional realizada por meio de instrumental jurídico. Ela foi regulamentada através de normas previstas no Texto Magno, onde se estatuem os órgãos que têm competência para iniciativa de sua concretização e procedimento que devem percorrer. Canotilho e Vital Moreira nos

ensinam que a reforma consiste na modificação, revogação ou acréscimo na Constituição. Quando as normas são retiradas de âmbito constitucional, temos o fenômeno da desconstitucionalização; quando são inseridas no Texto Constitucional, chamamos de constitucionalização. O que vai determinar se deve haver estes institutos e quais são as normas que eles devem atingir é uma decisão política da sociedade.

Importante ser distinguido, na perspectiva do Poder Constituinte Derivado, as duas modalidades reformadoras previstas pela Constituição de 1988: Revisão Constitucional prevista pelo artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; e por Emenda Constitucional.

Assim sendo, com a promulgação da Constituição Federal, foi previsto pela Assembleia Constituinte de 1988 em seu 'corpo normativo' – artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²⁰, – a revisão do texto constitucional, pelo Poder Constituinte Reformador visando a propiciar a efetiva adequação da norma à realidade social, econômica e política, que há de ser realizada por uma única vez, e em data previamente estabelecida (após 5 anos de promulgada a CF/88).

Dispõe ainda sobre o assunto Antunes (2003, p. 104) que “[n]a vigência da Constituição de 1988, revisão passou a significar um modo particular de alteração, previsto no Ato das Disposições Transitórias e, portanto, excepcional”.

Foi previsto, igualmente, pelo Poder Constituinte Originário, além da Revisão Constitucional (artigo 3º do ADCT), a manutenção efetiva de suas normas constitucionais, competência reformadora que possibilita as alterações do texto constitucional, pelo poder legislativo, órgão de caráter representativo, por meio da Emenda Constitucional, a qual exige para sua aprovação quórum qualificado.

²⁰ “art. 3º - A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Visto que, “o Poder Reformador recebe delegação do Poder Constituinte Originário para realizar a sua modificação, e, por isso, tem que atuar dentro dos limites dispostos pela delegação” (AGRA, 2000, p.187).

O destaque na alteração do texto da Constituição pelas emendas constitucionais dar-se-á por sua característica de processo legislativo rígido, e por sua condição excludente de qualquer outra forma de reforma constitucional, incluindo a modalidade de reforma por revisão.

Desse modo pontua Agra (2000, p. 134): “As emendas, sob a ótica da Constituição de 1988, e partindo do princípio de que não pode mais haver a ocorrência de uma nova revisão, constitui-se na única forma possível de alteração do texto jurídico maior do país.”.

Há de ser observado, por outro lado, que as alterações constitucionais autorizadas são submetidas as limitações constitucionais: (i) formais; (ii) temporais; (iii) circunstanciais; e (iv) materiais ou substanciais impostas pelo Poder Constituinte Originário, a qualquer reforma ou revisão constitucional.

As limitações formais impõem mecanismo próprio para a proteção das normas constitucionais – controle de constitucionalidade, além de condições formais para aprovação de proposta de emenda constitucional, no atendimento das determinações dispostas no artigo 60, ‘caput’ e seus §§ 2º e 3º²¹, sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Sob a ordem do mesmo dispositivo legal, em seu §1º²², a Constituição Federal determina limitação circunstancial que impõe a vedação de alteração

²¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

²² Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

constitucional por emenda em caso de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Em relação à limitação temporal, conhecida por parte da doutrina como procedimental, o artigo 60, § 5º, da Constituição Federal de 1988 preleciona que “A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”, correlacionando, por conseguinte, as vedações na elaboração da emenda constitucional.

E por fim, a limitação material expressa, nominada por clausulas pétreas, prevista expressamente pelo § 4º, do disposto no artigo 60 da Carta em vigor

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

A importância e alcance das limitações materiais (cláusulas pétreas) são precisamente descritas por Pedra (2012, p. 50-51)

As cláusulas pétreas traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando que eventuais reformas provoquem a sua destruição. As constituições republicanas brasileiras sempre tiveram um cerne imodificável formando a estrutura basilar do edifício jurídico, não podendo ser abalado por obra do poder reformador.[...]
De fato, buscou o constituinte de 1988 excluir determinadas matérias das incidências do poder de reforma. Os limites materiais à reforma constitucional objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição tidos como essenciais, ao menos sob a ótica do Constituinte. Dessa forma, tratou-se ele de delimitar quais dispositivos da Constituição podem ser atingidos pelo poder de reforma e quais são intangíveis.

Neste ponto, necessário se faz apresentar ao debate concernente a limitação material implícita, apesar de não ser uma discussão pacífica, todavia, inafastável para o tema, como bem posiciona Barroso (2009, p. 165)

limites materiais implícitos, também ditos tácitos ou imanentes. O reconhecimento da existência de tal categoria embora não seja

pacífico, afigura-se logicamente inafastável. É que se eles não existissem as Constituições que não contivessem no seu texto cláusulas de intangibilidade não teriam como proteger sua identidade ou os pressupostos democráticos sobre os quais se assentam. [...] Alias, na medida em que os limites materiais expressem a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas [...] a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se reconhecer a existência de limites implícitos.

Caso estas vedações sejam alcançadas de alguma forma, se terá atingido o núcleo democrático Constituição Federal.

Esquadrinha-se ainda, que não se restringe a proteção reduzida as normas constitucionais limitadoras, mas igualmente, tem por escopo os princípios neles previstos. A esse respeito, prelecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p. 209)

Por isso também se leciona que a mera alteração redacional de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.

Portanto, as Cláusulas Pétreas são limitações para as mutações constitucionais, sejam formais ou informais, haja vista que, por uma interpretação teleológica, o constituinte quis preservar esse núcleo de valores, daí a obrigatoriedade de sua observação quando se propõe uma interpretação ou, mesmo alteração do texto constitucional por meio de emenda, evitando-se causar qualquer ruptura do ordenamento constitucional (PEDRA, 2013, p. 172)

As cláusulas pétreas constituem um núcleo intangível que se presta a garantir a estabilidade da Constituição e conservá-la contra alterações que aniquilem o seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional, sendo a garantia da permanência da identidade da Constituição e dos seus princípios fundamentais.

Nessa perspectiva, deve-se analisar a releitura referente a competência do Senado Federal proposta na Reclamação n. 4335/AC, uma vez que esta pode restringir ou abolir conteúdo essencial previsto na Constituição Federal.

Portanto a Constituição, objetivando se resguardar, impõe as cláusulas pétreas como limitações materiais ao 'poder', constituindo importante elemento para

salvaguardar o regime democrático e sua estabilidade constitucional, e assim, limitando por esta via, todos os poderes constituídos de interferirem neste núcleo intangível.

Por derradeiro, afirma-se que a Constituição Federal Brasileira tem por estrutura fundamental ser formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica. Estas classificações se fazem necessárias, visto que é por meio destas que se permeiam as alterações normativas constitucionais, sendo importante, para este trabalho o estudo da classificação quanto à rigidez.

A rigidez de uma Constituição está diretamente correlacionada ao Princípio da Supremacia das Constituições, haja vista, o caráter hierárquico que as constituições emanam em relação às demais normas legislativas.

A rigidez constitucional é a condição orientadora da estabilidade constitucional, que não se verifica como sinônimo de imutabilidade, permitindo as alterações normativas, todavia, mediante processo legislativo de reforma, por meio solene, conforme já pontuado, quanto as Emendas Constitucionais.

Nestes termos, quanto à importância da rigidez para o texto constitucional como meio de fortalecimento da democracia e da soberania popular, posiciona Marcus Vinicius Martins Antunes (2003, p.104), diante da 'alienação democrática' que é evidenciada na população de modo geral que

A reforma, enquanto alteração do texto, num sistema de Constituição rígida, é o principal e mais decisivo meio de mudança. Como se referiu anteriormente, centraliza todos os meios de mudança parcial, articulando os demais elementos polares de estabilidade e mudança constitucional. Além disso, a democracia e a soberania popular sofre menos, apesar de tudo, quando a reforma – mais visível e transparente – é o centro de referência da mudança. A mutação é, em tese, menos controlável pelos mais interessados: a população desinformada.

Assim, cumpre precisar que a Constituição rígida é uma modalidade ideal aos tempos atuais, pois equilibra permissões e limitações, balanceando o exercício da segurança constitucional, ao consentir alterações pontuais para

acompanhar as mudanças das forças sociais, por meio da mutação formal, bem como as mudanças informais ocorrentes na Constituição.

3.2.2 Mutação Constitucional Informal

Como já dito, a Constitui o   um “documento” que diante dos anseios populares   composto por normas fundamentais e estruturais do Estado-soberano, incluindo os critérios de forma o do processo legislativo, bem como o instituidor e protetor dos direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, ante a imprevisibilidade da multiplicidade de situa es adversas cotidianas que surgem diante da evolu o social, incitada por novos costumes e fatos sociais, econ micos e políticos, a Constitui o Federal se apresenta omissa em rela o algumas situa es concretas.

Assim, perante a mutabilidade das estruturas sociais, surge a necessidade indispensável de adequa o da norma às realidades vividas e apresentadas pela sociedade. Ao se buscar a sintonia entre norma/realidade prescreve a norma constitucional que se invoque o legislador para que se ajuste o impasse que se apresenta no descompasso da resposta da norma às altera es cambiantes das rela es sociais.

E   sob este entendimento que coadunamos com o assinalado por Rodrigo Brandão (2008, p. 154) ao afirmar que todo regime político necessita de modifica o em virtude das altera es na realidade que refletem no seu texto constitucional, sob pena de se desconectarem da realidade, ocasionando, por conseguinte, efeitos deletérios   sua força normativa.

Por outro lado, o processamento legislativo, apresenta-se por vezes burocrático e insatisfatório, frente   dinâmica social, econ mica e política, uma vez que busca a altera o do texto com objetivo de abranger a irracionalidade da vida real e suas múltiplas a es, haja vista que a mudança jurídica (muta o formal)   marcada por um ritmo lento, ante as peculiaridades processuais e procedimentais postas pelo texto normativo (ANTUNES, 2003, p. 127).

De outra forma, no que se refere ao imperativo da mutabilidade constitucional (mutação informal) como um importante mecanismo de equilíbrio entre a dinâmica e a estabilidade – a dinâmica na conservação de uma Constituição viva e atual, apta aos anseios de seu povo, e sua estabilidade no sacrifício mínimos do texto normativo - Gustavo Just da Costa e Silva (2000, p. 82) afirma que

A mutação constitucional é importante para o equilíbrio entre dinâmica e estabilidade por significar ao mesmo tempo uma transformação substancial e uma permanência formal, o que implica um sacrifício da estabilidade menor do que aquele que resultaria de uma transformação operada mediante alteração tanto substancial como formal. Por isso a mutação é considerada por alguns o instrumento primário de desenvolvimento constitucional. A abertura do texto permite a evolução não formalizada da Constituição, evitando-se as suas constantes revisões. A reforma constitucional apareceria assim como um instrumento posterior, secundário, de adequação temporal da Constituição.

Em outras palavras, a importância da via informal de mutação constitucional no equilíbrio entre a norma e a evoluções sociais, é ressaltado por Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 97), ao asseverar que

Deve ser ressaltada a importância dessa via informal de alteração da Constituição como meio capaz de assegurar a sua sintonia com a realidade, permitindo a sua evolução em harmonia com a sociedade. As mutações constitucionais devem ser admitidas e prestigiadas, pois permitem a adequação do texto normativo à realidade social, mantendo, assim a estabilidade institucional e da própria Constituição. Afinal, como as relações sociais são cambiantes, o conteúdo do direito também tem que mudar.

Neste ponto, a discussão abre-se como alternativa de transformação normativa por meio da mutação constitucional informal, por se adequar de forma interessante às adversidades da vida real correlacionadas ao marco cronológico de sua aplicação, sem qualquer alteração do texto, mas resguardando os direitos e princípios constitucionalmente postos.

Interessante observar, que a mutação informal não se dá por afronta ao texto normativo, nem mesmo com ações bruscas, mas por um desenvolvimento paulatino entre a compreensão do sentido da norma e a realidade de seu tempo, assim, descreve Agra (2000, p. 118) pelos seguintes termos

Elas são ocasionadas de modo difuso, inexistindo um órgão próprio que tenha como função sua criação; podem ser oriundas da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influencia dos grupos de pressão, dentre outros.

Não dispõem de marco cronológico, nascem paulatinamente, de forma silenciosa, quase desapercibida, espontânea, sem previsibilidade esperada, só se fazendo sentir quanto já então com plena eficácia. Por serem lentas e graduais não acarretam rupturas ou tensões no ordenamento jurídico, contribuindo assim para sua maior eficácia.

Ao ditar que as mudanças constitucionais ocorrem em um ritmo mais lento, observada suas limitações, ante a existência de áreas 'intocáveis' preleciona Antunes (2003, p. 37), sob os mesmos moldes, ao afirmar que

A mudança constitucional, no mundo jurídico, é marcada por singularidades: ritmo mais lento, ritualística específica, mais complexa, limitação, face à existência de áreas 'intocáveis', que só podem ser alteradas por fatos sociais irreversíveis.

Sobre o assunto, ao definir as alterações textuais da Constituição pela reforma como ações voluntárias e intencionais, portanto direcionadas a situações abstratas; enquanto a mutação constitucional é causada por eventos produzidos por fatos reais, que alteram o sentido, acompanhado de intenção, ou consciência, deixando, contudo, incólume o seu texto. Jellinek (1991, 6-7) como a propriedade que lhe cabe, explicita

Hoy sabemos que las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador. Y este lado irracional de la realidad no significa solamente una discordancia entre norma y vida. Más bien se vuelve contra la misma norma

[...]

Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cabiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.

A mutação constitucional apesar de produzir entendimentos paradigmáticos para as realidades que se apresentam, não proporcionam rupturas no ordenamento jurídico-constitucional, visto que as interpretações devem se

manter harmónicas aos preceitos constitucionais e seus princípios orientadores.

Assim, esta forma silenciosa vem a alterar o sentido das normas constitucionais sem a necessária alteração pelas vias formais (emenda constitucional) ou substituição expressa do texto normativo. (BASTOS, 1997, p. 173).

Sob este escopo, a mutação constitucional informal é definida pela fixação de uma pré-compreensão do intérprete, que ao reinterpretar a norma se utiliza do mesmo suporte normativos para adequar as realidades temporais, neste sentido André Ramos Tavares (2009, p. 84) leciona

A ideia de mutação constitucional informal pressupõe a fixação de uma interpretação anterior, normalmente pela justiça Constitucional (usualmente um Tribunal Constitucional) e a fixação, posterior no tempo, de outra interpretação pra o mesmo suporte normativo, para o mesmo dispositivo da Constituição, pela mesma instância definitiva. A afirmação da ocorrência de mutação informal, portanto, pressupõe uma comparação temporal que conclua pela diversidade de compreensão de uma mesmo enunciado normativo.

Ao conectar o fenômeno da mutação constitucional ao poder constituinte difuso, afirma Bulos (2008, p.321) que este se manifesta por intermédio daquele, e portanto, são mudanças latentes, permanentes, informais e contínuas, justificando a presença da mutação constitucional em razão

[D]o caráter dinâmico da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar, um refazer de soluções normativas que nem sempre surgem de reformas constitucionais.

A mutação constitucional se revela necessária a manutenção de uma Constituição viva, visto que a espera por alterações por vias formais podem ocasionar o asfixamento dos direitos e garantias fundamentais fomentadas pela Constituição, ante a sua lentidão que por vezes não acompanham o dinamismo das relações sociais.

Por fim, registra Bulos (2009, p. 322) a inexistência de uma uniformidade terminológica ao fenômeno da mutação constitucional informal oportunidade em que aponta os diversos nomes ditados pela doutrina: “Vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa, transições constitucionais, processo de fato, mudança material, processos indiretos, processos não formais, processos informais, processos oblíquos.”

3.2.2.1 Modalidades de Mutação Constitucional Informal

A doutrina não se expressa em consenso no que tange às possíveis modalidades não formais de muta o constitucional. Sem qualquer pretensão de esgotar as modalidades estudadas e sistematizadas pelos inúmeros autores nacionais e estrangeiros, tem-se a intens o apenas de indicar e pontuar as modalidades consubstanciadas no entendimento deste trabalho, como coerentes com o estudo e raciocínio a ser desenvolvido neste dissertar.

Os estudos iniciais sobre a muta o constitucional surgem na Alemanha, conforme debatido em capítulo anterior (conceitua o da muta o constitucional).

E   com base nesta afirmativa, inicia o defendido por Georg Jellinek ao utilizar por critério de estudo, a contraposi o entre “Reforma y Mutacion de la Constitución”. Assim, tendo como ponto de partida esta distin o Jellinek (1991. P. LXX) baseia a realiza o da reforma constitucional por meio da consciência e da muta o por ato involuntário e inconsciente classificando-os em seu estudo por: (i) a muta o constitucional por prática parlamentar, administrativa e jurisdicional, e (ii) muta o constitucional por desuso das faculdades estatais.²³

²³ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución** trad. Christian F rster. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXX. “No sólo se dan mutaciones constitucionales mediante la legislación; también se producen a través de las prácticas parlamentaria, administrativa-gubernamental y por médio de la prática judicial. Es obvio que las leyes y las normas constitucionales de modo subrepticio pueden adquirir, poco a poco, significado totalmente distinto al que tenía en el sistema jurídico originario.”

Igualmente, contribui para o debate ao apresentar Hsü Dau-Lin (1998, p. 31) as seguintes modalidades:

Pueden diferenciar cuatro clases de la mutacion de la Constitución:

1. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal que no viola formalmente la Constitución.
2. Mutación de la Constitución mediante la imposibilidad de ejercer ciertos derechos estatuidos constitucionalmente.
3. Mutación de la Constitución mediante una práctica estatal contradictoria con la Constitución.
4. Mutación de la Constitución mediante su interpretación.²⁴

Apesar de não ter havido um grande aprofundamento no estudo da mutação constitucional, ironicamente, por seu percussor – Paul Laband – faz este referência ‘classificatória’ a três vias distintas de atuação da mutação constitucional como forma de transformação da Constituição do *Reich* (PEDRA, 2013, p. 112)

Regulação por parte das leis do *Reich* de elementos centrais do Estado não previstos ou previstos, de maneira colateral; pela Constituição do *Reich*; modificação de elementos centrais do Estado por meio de leis do *Reich* que contradigam o conteúdo da Constituição e alteração dos elementos centrais do Estado por meio de usos e de costumes dos poderes públicos.

Interessante, ainda se perfaz, trazer a classificação de Biscaretti Di Ruffia, citado por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 12)

Segundo Biscaretti Di Ruffia, embora a letra da Constituição permaneça inalterada, a realidade constitucional, graças a fatores diversos, sofre modificações consideráveis, que pode ser agrupadas em dois tipos. No primeiro reúnem-se as modificações operadas em virtude de atos elaborados por órgãos estatais: a) de caráter normativo (lei, regulamento, etc.) b) de natureza jurisdicional (decisões judiciais, notadamente em matéria de controle de constitucionalidade de leis) Não segundo grupo, as operadas em virtude de fatos; a) de caráter jurídico (tais como os costumes); b) de natureza político-social (tais como as norma convencionais ou as regras sociais de conduta correta frente à Constituição), ou simplesmente as práticas constitucionais (tais como a inatividade do legislador ordinário que, não elaborando normas de execução, logra, em substância, impedir a realização efetiva de disposições constitucionais).

²⁴ “Na visão do autor, de acordo com a relação entre a norma e a realidade podem existir quatro classes de mutação constitucional: (b.I) mutação constitucional mediante prática que não vulnera formalmente a Constituição escrita; (b.II) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição descrita na Constituição (b.III) mutação constitucional em razão de prática que contraria a Constituição e (b.IV) mutação constitucional mediante interpretação da Constituição” (.PEDRA, 2013, p. 94-95, tradução).

Após estes breves apontamentos, tem-se a direcionar o estudo aqui proposto em relação à mutação constitucional por via de interpretação: (i) legislativa; (ii) administrativa; (iii) judicial classificação utilizada por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986).

3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR VIA DE INTERPRETAÇÃO

A Constituição Federal é a lei maior de um país, e diante desta importância, a interpretação de seu texto normativo se faz essencial a compreensão e validade das demais normas infraconstitucionais, visto que é por meio da interpretação, que se alcança o real significado do texto constitucional. Outro não é o entendimento apresentado por Bastos (1997, p. 172).

O que se pode constatar, desse intrincado problema que surge da interpretação conforme a Constituição, é que a confirmação da interpretação da norma constitucional é imprescindível à boa compreensão do restante do ordenamento jurídico.

Na verdade, na interpretação conforme a Constituição o que está em jogo é, acima de tudo, a interpretação do próprio sentido da norma constitucional, com a conseqüente adaptação a esse sentido, quando possível, da legislação ordinária.

Igualmente, o alcance da norma se compõe da realidade social, política, econômica e valorativa que habita nas sociedades promulgadoras de suas constituições, e é sob estes termos que, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1993, p. 2) atribui a importância do estudo das constituições correlacionado como o momento histórico-cultural, ao afirmar que

O estudo das constituições não pode ser dissociado do cenário histórico-cultural em que medraram e se supõe que deveriam, devem ou deverão atuar, pois nele residem os seus condicionamentos políticos, econômicos, sociais e valorativos.

Note-se que a interpretação do direito é vista como uma atividade realizada pelos operadores do direito em face de um caso concreto, portanto, sua importância se correlaciona aos fatos sociais, político e econômicos que regem a sociedade, a qual se submete aos ditames da aplicação da norma. Assim, uma interpretação distante da realidade destoa dos significados propostos pela norma, por meio deste raciocínio Tavares (2009, p. 78) dispõe que

A interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposição (enunciados) com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de um caso concreto (real ou hipotético).

Ainda, sob um olhar conceitual da função da interpretação como meio para a concretização da norma, oportuno, transcrever a compreensão posta por Dirley da Cunha Júnior. (2012, p. 200)

A interpretação, portanto, envolve duas atividades – uma voltada a desvendar/construir o sentido do enunciado normativo e outra destinada a concretizar o enunciado – e, nesse sentido, apresenta-se também como uma técnica de redução da natural distancia que existe entre a generalidade dos textos normativos e a singularidade do caso concreto. Assim, interpretar é também concretizar; e concretizar é aplicar o enunciado normativos, abstrato e geral, a situações da vida, particulares e concretas.

Entretanto, devemos nos ater aos cuidados apresentado nas palavras de Konrad Hesse (1991, p. 25): “A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade.”

Sob outro quadrante, a interpretação constitucional é pontuada como uma necessidade justificada por três fatores, os quais são descritos por Adriano Sant’Ana Pedra (2012, p. 97) ao lecionar que

A necessidade de interpretar o texto está relacionada a três fatores principais. O primeiro é sua indeterminação que pode ser involuntária ou intencional, que faz o texto portador de muitos significados. O segundo fator impõe-se devido à natureza da própria significação. Uma Constituição é aprovada por um grande número de pessoas, sendo que nem todas elas a compreenderam da mesma maneira, e não se pode dizer que determinada intenção de um constituinte é

mais importante que outra. O terceiro fator relaciona-se à evolução dos conceitos políticos.

A interpretação não se evidencia apenas importante, faz-se necessária, em especial, quando nos conscientizamos que a Constituição Federal de 1988 é classificada como uma Constituição rígida quanto a sua estabilidade.

Assim sendo, a interpretação deve ser vista como um mecanismo a ser utilizado antes de qualquer reforma, fortalecendo a estabilidade constitucional e afastando, por conseguinte, o enfraquecimento da Magna Carta. (PEDRA, 2012, p. 97).

Por outras palavras, expõe Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 166), ao destacar a função interpretativa como meio de se alcançar a estabilidade: “Ademais, é através da função interpretativa que se alcança a desejável estabilidade jurídica, adequando-se a letra seca da lei à evolução operada no seio da sociedade.”.

Assim, o que se busca através do mecanismo da interpretação é adequar as normas ao seu tempo de concretização, atingindo os anseios correspondentes a que vive a sociedade dentro das realidades sociais, econômicas e políticas acompanhando as dinâmicas das mudanças da sociedade. “Assim, a interpretação é *condition sine qua non* para a aplicação da norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível” (FERRAZ, 1986, p. 24).

A presença do dinamismo constitucional deve ser regida com vistas ao equilíbrio, posto pela estabilidade do direito constitucional, o qual tem por instrumento alcançar a rigidez constitucional, e assegurar em especial a constância e fortalecimento da Constituição.

Entretanto, nem sempre a mudança influenciadora na interpretação das constituições, sob o aspecto da mutação, advém das realidades sociais, econômicas e políticas, podem advir de pressões exercidas por determinados

grupos, descomprometidos dos anseios sociais, conforme asseverado por Adriano Sant'Ana Pedra (2013, p. 109) pelos seguintes termos

Todavia, pondo a salvo as práticas constitucionais, não se pode negar a existência de mudanças na interpretação da Constituição, mesmo sem haver mudança na sociedade. Por vezes, a alteração do sentido da Constituição ocorre não como reflexo de mudanças havidas nos ideários sociais, mas sim advinda de pressões exercidas por determinados grupos – ainda que representativos de parcela da sociedade – e de interpretações administrativas, judiciais e legislativas descomprometidas com os anseios da sociedade.

É o que acontece quando há uma releitura da situação por parte do intérprete e isso pode acontecer quando v.g. ocorre uma mudança na composição do tribunal constitucional ou ainda por mera mudança de convencimento do julgador. É claro que a renovação da composição do tribunal deveria refletir os novos tempos em que vive a sociedade. Além disso, também seria saudável que o julgador mudasse o seu convencimento motivado pelo novo contexto em que está inserido, após uma melhor reflexão sobre a questão posta. Mas não é sempre isto que ocorre e, às vezes, a evolução jurisprudencial não representa o momento social vivido.

Cabe, ainda, discutir a função integrativa do sentido da norma pelo intérprete, não a confundindo com a mutação constitucional, a qual está correlacionada à transformação de entendimento, frente a uma pré-compreensão da norma, apesar de ambas advirem da atuação interpretativa constitucional.

Mirando no debate e na devida compreensão do sentido da integração para o ordenamento jurídico, definem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco (1999, p. 102), quando afirmam que

Considerado como ordenamento jurídico, o direito não apresenta lacunas: sempre haverá no ordenamento jurídico, ainda que latente e inexpressão uma regra para disciplinar cada possível situação ou conflito entre pessoas.

O mesmo não acontece com a *lei*; por mais imaginativo e previdente que fosse o legislador, jamais conseguiria cobrir através dela todas as situações que a multifária riqueza da vida social, nas suas constantes mutações, poderá provocar. Assim, na busca da norma jurídica pertinente a situações concretas ocorrentes na sociedade, muitas vezes será constatada a inexistência de lei incidente: a situação não foram prevista e, portanto, não fora regulada pelo legislador. Mas, evidentemente, não se pode tolerar a permanência de situações não definidas perante o direito, tornando-se então necessário preencher a lacuna da lei.

E destaca que a integração da norma, se distingue pontualmente da mutação constitucional via de interpretação, visto que a integração se apresenta por

uma interpretação construtiva, enquanto que a mutação constitucional “ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada” (BARROSO, 2009, p. 130).

Portanto, para que se tenha uma mutação constitucional por via da interpretação constitucional Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 56-57), expõe que

Sempre que se atribui à Constituição sentido novo; quando, na aplicação, a norma constitucional tem caráter mais abrangente, alcançando situações dantes não contempladas por ela ou comportamentos ou fatos não considerados anteriormente disciplinados por ela; sempre que, ao significado da norma constitucional, se atribui novo conteúdo, em todas essas situações se está diante do fenômeno da mutação constitucional. Se essa mudança de sentido, alteração de significado, maior abrangência da norma constitucional são produzidas por via da interpretação constitucional, então se pode afirmar que a interpretação constitucional assumiu o papel de processo de mutação constitucional.

Por fim, brevemente, tem-se a afirmar que a atividade interpretativa se utiliza de métodos, os quais são denominados pela doutrina como Métodos Clássicos, definidos por Savigny, conhecidos por: gramatical, sistemático, histórico, teológico, lógico, autêntico, popular, doutrinário e evolutivo (BULOS, 2008, p. 335).

Os métodos de interpretação sejam os clássicos ou outras terminologias adotadas pela doutrina²⁵ devem ser utilizados como meios de se atingir à compreensão da norma.

Entretanto, é pacífico que os métodos de interpretação são apenas instrumentos, não havendo verdadeiros ou falsos, sendo meios úteis ao exercício do intérprete. Sob a mesma linha de raciocínio trata do assunto Tavares (2009, p. 78-79), ao afirmar que

Inúmeros são os métodos, elementos e teorias apontados como aptos a serem utilizados pelo intérprete em sua atividade. Tais

²⁵ Método jurídico ou hermenêutico-clássico; tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; o científico-espiritual; e o normativo estruturante. (CANOTILHO, 1997 p. 1136).

referências são sempre instrumentos, quer dizer, valem como meios de alcançar o conteúdo normativo apenas enunciados. Ainda quando o próprio Direito contemple métodos admissíveis para sua interpretação, essas normas serão instrumentais, vale dizer, normas sobre as demais normas.

Atento à discussão Cunha Júnior (2012, p. 221) adverte sobre a mobilidade na utilização dos métodos de interpretação, arguindo a inexistência de 'método justo' na atividade da interpretação, afirmação que faz citando as lições de Canotilho (1997, p. 1136), pelos seguintes termos

Cumpra advertir, com base nas lições de Canotilho, que a questão do 'método justo' em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. Por isso mesmo, para o mestre de Coimbra, não há apenas um método de interpretação constitucional, podendo-se afirmar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais obtém-se a partir de um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – distintos, porém, em geral, reciprocamente complementares.

Ainda, sob o contexto da interpretação, oportuno mencionar a importância dos métodos de interpretação clássicos, os quais desempenham um papel relevante na solução de casos concretos.

Entretanto, a função interpretativa deve ser direcionada sob um olhar de evolução em relação às interpretações convencionais referindo-se a novos tempos, em razão da presença de normas de conteúdo aberto e principiologicos, conforme manifestado por Luís Roberto Barroso (2006, p. 331), ao se referir que

A ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de novas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o substantivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficientes.

Portanto, o que se tem a afirmar é que a interpretação se evidencia de suma importância para a mutação constitucional, apresentando como fio condutor entre a norma e a efetivação desta na solução de casos concretos, devendo

ser auxiliada pelos métodos clássicos, os quais se mostram como ponto de partida no exercício da interpretação.

3.3.1 Interpretação Administrativa, Judicial e Legislativa

No que tange ao contexto da mutação constitucional por via de interpretação, interessante que se faça algumas considerações quanto as modalidades de interpretação administrativa, judicial e legislativa, haja vista sua relação com o tema central.

Neste capítulo, serão analisadas apenas as interpretações constitucionais referentes a atuação dos órgãos estatais correlacionadas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judicial. O que é classificado por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 53-55) como interpretação constitucional orgânica, a qual é exercida pelos órgãos descritos pela própria Constituição, tendo por espécie a interpretação constitucional legislativa, judiciária e administrativa

Os órgãos Legislativo, Judiciário e Executivo participam da função constitucional interpretativa de 'modo e com intensidade diversa, embora sujeitos aos mesmos princípios; e essa atividade, ainda que explicável substancialmente pelo mesmo procedimento, assume características distintas, conforme a natureza da respectiva função.

Classificação, adequadamente, explicada nas palavras de Antunes (2003, p. 46): "as normas constitucionais vão ser aplicadas administrativamente pelo Executivo, contenciosamente pelo Judiciário, e regulamentadas ou especializadas por um Poder Legislativo".

Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 65) as denomina de 'fontes de interpretação', e inicia pontuando a atuação interpretativa pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário

O Poder Legislativo o faz quando elabora determinada lei de acordo com o que estipula a Constituição, ou ainda quando considera as possíveis interpretações que, em situações futuras, possam ter as regras que irá aprovar. Também quando altera a própria Constituição tem de obedecer aos limites por estas impostos. Mas é certo que a interpretação mais relevante é aquela efetuada pelo Poder Judiciário,

seja na adequação, a cada caso concreto, da norma abstrata, seja na verificação em abstrato da constitucionalidade de determinada regra.

E complementa o autor, ao mencionar a interpretação promovida pelo Poder Executivo, destacando que sua atuação é regida por uma forte limitação do princípio da legalidade (BASTOS, 1997, p. 72)

Os órgãos administrativos também não deixam de realizar a interpretação da Carta Magna, seja na aplicação direta (concreta) do Direito, seja por ocasião da criação de outras normas (como os decretos, regulamentos e portarias). [...] É certo, porém, que a atuação administrativa sofre um cerceamento, resultante da aplicação do princípio da legalidade.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta reduzida margem para a mutação por interpretação constitucional legislativa, judicial e administrativa, ante a rigidez constitucional característica de nossa Constituição Federal.

A interpretação constitucional legislativa é exercida pelos órgãos pertencentes ao Poder Legislativo por meio da promulgação e publicação das leis e atos normativos. Assim, o legislador as cria visando alcançar a compreensão e efetividade das normas constitucionais, em especial as correlacionadas à eficácia limitada e contida.

Outrossim, destaca Adriano Sant'Anna Pedra (2012, p. 102), como meio de interpretação legislativa a contribuição advinda com o exercício da iniciativa popular, pelos seguinte termos

No ordenamento jurídico brasileiro, o exercício da iniciativa popular (artigo 61, §2º, CR) pode contribuir par a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Se a omissão do Poder Legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, a falta de iniciativa de leis pode. A iniciativa popular, ademais, subscrita por milhares de cidadão, traz um peso que estimula a atividade dos legisladores.

No que concerne à interpretação constitucional administrativa, atribuída ao Poder Executivo, sua atuação está correlacionada à aplicação da norma por

meio de atos, decretos, resoluções, leis delegadas, medidas provisórias para fins administrativos ou políticos.

Igualmente, cabe a interpretação constitucional por via administrativa ampliar ou restringir, por meio de sua atuação, o significado e sentido da norma, quando atua para concretizar, integrar e aplicar a Constituição. Por este raciocínio é disposto por Ferraz, (1986, p. 157) ao afirma que

A interpretação constitucional administrativa configura processo de mutação constitucional sempre que atuando para concretizar, integrar e aplicar a Constituição, conduz, permite ou possibilita a transformação do sentido, do significado e do alcance das disposições da Lei Fundamental, amoldando-a as realidades novas, a situações novas, novas necessidades sociais. [...] Ampliando ou restringindo estará dando sentido concreto, vivo, possivelmente *novo* à Constituição e, portanto, se alça à categoria de *processo de mutação constitucional*.

A interpretação Constitucional Judicial é exercida pelo Poder Judiciário, terceiro dos poderes do Estado na lição clássica de Montesquieu (CINTRA; GRINOVER: DINAMARCO, 1999, p. 156), e é por meio deste que se compõem os conflitos de interesse.

Entretanto, a interpretação realizada pelo Poder Judiciário deve refletir os conceitos morais e crenças de uma determinada época, mas sempre em atenção aos direcionamentos postos no corpo escrito de sua Constituição.

O exercício na proteção e guarda da Constituição advém do Supremo Tribunal Federal que, precipuamente, exerce a jurisdição constitucional, a qual nas palavras de José Afonso da Silva (2002, p. 554) é “o instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos.”

A Constituição como expressão de valores sociais e políticos é reforçada nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (1997, p.166-167) ao delinear que

Fica difícil interpretar sem se levar em conta as realidades políticas pelas quais passa o país. As discussões mobilizam o espírito de todos os setores da sociedade, que são altamente ideológicos, e se

fazem sentir na interpretação do direito, em função do que se fala, então, de uma atualização das regras jurídicas por meio do processo interpretativo.

E é diante deste processo interpretativo, influenciado pelas mutações sociais e pela evolução dos valores, que pontua Pedra (2013, p.127-128) acerca da importância da mutação constitucional por interpretação do judiciário, no que nomina de construção constitucional realizada pelas cortes constitucionais americanas as quais constroem seu próprio direito, com a finalidade de suprimir as deficiências ou as imperfeições do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido Cunha Júnior (2012, p. 264) manifesta em sua obra sobre a forte atuação da mutação constitucional no direito norte-americano, destacando em especial, o efeito vinculante de suas decisões na solução de casos similares

A mutação constitucional é muito forte nos EUA, através das decisões vinculantes da Suprema Corte que constantemente vêm regenerando a Constituição daquele País. Não é obra do acaso que a mais antiga Constituição escrita do mundo é considerada uma das mais atuais. É em razão da mutação constitucional que se explica por que, em plena era do desenvolvimento, a maior potência atômica do mundo permanece regida por uma Constituição “ditada à luz de uma vela de sebo”, na expressão original de Rodney L. Mott.

Neste momento, oportuno direcionar para compreensão deste trabalho que os termos construção constitucional e mutação constitucional, estão sendo utilizados como sinônimos, ambos pertencentes à função interpretativa da Constituição (FERRAZ, 1986, p. 47-48).

3.3.2 Supremacia da Constituição

As Constituições se apresentam como ‘lei fundamental do Estado’, são nestas cartas que se constroem as situações jurídicas basilares das normas positivas, compostas por preceitos e princípios.

Aos estudiosos das normas constitucionais convém observar e discutir a sua eficácia e aplicabilidade no contexto do ordenamento jurídico, transmudando-se em fato, logo, se deslocando da seara da abstração, e assim, efetivando sua

força normativa, diante da complexidade das relações que compõem a vida, atentos ao seu tempo de aplicação.

Em outras palavras, Konrad Hesse (1991, p.18) discorre sobre a força vital e a eficácia da Constituição

A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Importa, ser apresentado ao tema discutido, que a força normativa das constituições se entremeia a característica da estabilidade por rigidez da norma constitucional, adotada no Brasil, condição necessária a preservação do Princípio da Supremacia Constitucional.

O tema da supremacia constitucional que atribui à Carta força normativa, tem sido alvo de uma nova forma de aplicação e interpretação do direito, sendo no direito privado o seu expoente de maior destaque de aplicação contemporânea, donde se verifica uma nova releitura do direito utilizando-se do instituto da mutação constitucional.

Nessa seara, o instituto da mutação constitucional exsurge como principal instrumento de imposição da supremacia constitucional ao alterar o núcleo da norma superior, sem, todavia, alterar o seu texto.

Portanto, a supremacia constitucional é tão viva e presente no ordenamento jurídico que nem mesmo é necessário alterar o seu texto para anular a norma que porventura venha a lhe contradizer, sendo suficiente o resultado de sua interpretação, que é dinâmico e se altera conforme se modifica a forma de pensar e de agir de um povo que a ela está submetido, para ter força cogente.

A Supremacia Constitucional, ao utilizar-se da mutação constitucional como instrumento de imperatividade legal, não altera o texto legal como dito, todavia, atua no seu modo de interpretá-la de acordo com as “modificações no prisma

histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” nos ensinamentos de Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p. 126).

No direito penal e processual penal, por exemplo, de longa data os Tribunais vêm aplicando de forma reiterada a supremacia constitucional, em detrimento das normas arcaicas presentes naqueles estatutos de ordem pública, como ocorrente no notório caso do *Habeas Corpus* n. 82959/SP.

Aqui, no direito penal, a Constituição não figura como um simples estatuto de índole programática, abstrata, mais sim, norma de cunho operacional prático, nos moldes daquelas em que o Magistrado, ao fundamentar uma decisão, utiliza-a como fonte de direito, principalmente nas normas relativas à prisão/liberdade.

Nesse passo, com fulcro no princípio da força normativa da Constituição, ignora-se o dispositivo do código processo penal que encontrar-se em descompasso com o texto constitucional fulcrado na sua supremacia, e realiza-se uma mutação constitucional fazendo valer a norma superior.

De outro norte, ou seja, no direito privado, onde sempre se priorizou o consensualismo informal como sendo fonte normativa entre os sujeitos da relação jurídica, as tratativas seria a fonte normativa daquela relação jurídica, ainda que fossem instituídas de maneira desleal e abusiva.

Gustavo Tepedino (2006, p. 03-16) começou o estudo da supremacia constitucional no direito privado, principalmente no direito civil, fazendo uma nova releitura desse ramo do direito, não mais atribuindo ao direito privado natureza jurídica de um simples conjunto de normas de cunho dispositivo onde as partes, no seu “bel prazer”, ditam regras ainda que de conteúdo abusivo e imoral; na visão do aludido doutrinador, o direito civil, assim como os demais ramos do direito privado, deve ser encarado como uma relação jurídica de enfoque constitucional, fazendo prevalecer a sua supremacia principalmente

fulcrado na boa-fé objetiva tem que como pedra angular os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5.º da Constituição Federal.

Dessa forma, o princípio da boa-fé objetiva, ao ser aplicado nas relações de direito privado, e ao derogar o direito disponível, é uma manifestação da supremacia constitucional, uma vez que, a dignidade da pessoa humana, princípio inserido no artigo 5.º da Constituição, sempre deve estar presente nas relações jurídicas ainda que de natureza privada, fenômeno este conhecido pela doutrina como eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2010, p. 25).

Miguel Reale (2005, p. 64-65), fazendo uma releitura do código civil frente à supremacia constitucional, revestiu o seu novo texto com as das denominadas cláusulas gerais, fulcrado na sua teoria tridimensional do direito, cujos elementos se dividem em: fato; valor; norma.

Nesse compasso, utilizando-se da teoria tridimensional do direito de Reale (2005, p. 64-65), podemos traçar um paralelo com o instituto da mutação constitucional, com ênfase na sua supremacia.

O direito como observado, não pode ser visualizado apenas sob o enfoque no elemento “*norma*” da teoria tridimensional. Aqui se vislumbra apenas o texto frio da Constituição. Os elementos sociológicos (fatos) e filosóficos (valor) da teoria tridimensional complementam o direito, e é justamente neste campo que ingressa o instituto da mutação constitucional na medida em que, com as mudanças e evoluções ocorridas na sociedade, e conseqüentemente na filosofia, o intérprete dará nova roupagem àquele corpo constitucional que também deve acompanhar essas novas mutações de axiomas, fazendo com que o direito se torne algo dinâmico. Assim, não obstante a “norma” Constitucional permanecer fossilizada, os demais elementos da teoria tridimensional “fato” e “valor” encontram-se em constante mutação. (REALE, 2005, p. 64-65).

Portanto, é com base no conceito de moral, que se encontra dentro do elemento valor da teoria tridimensional de Reale, instituto sistematizado dentro do estudo da ética da filosofia do direito, que a norma constitucional encontra-se em constante mutação, ou seja, a norma constitucional exsurge se reaproximando dos valores substantivos, impondo a sua supremacia perante o ordenamento jurídico pátrio sempre que este não for capaz de acompanhar de forma dinâmica as mudanças ocorridas no *modus vivendi* de um povo.

O próprio método clássico de interpretação do texto constitucional está cedendo espaço, sem, contudo, deixar de ter aplicabilidade, para o método moderno de interpretação, no momento em que o intérprete se desapega do texto normativo, e vai buscar em outras fontes supralegais o seu fundamento para dar uma nova roupagem ao texto supremo.

Dentro do estudo do elemento *norma* da teoria tridimensional, a Constituição Federal de 1988 possui em seu texto variadas espécies de normas de modo que algumas possuem carga de eficácia mais abrangente que outras, sem que com isso percam seu caráter de juridicidade e imperatividade.

Além desses atributos, a norma constitucional é suprema em relação às demais normas, na medida em que delinea os limites do legislador ordinário quando no exercício de elaboração das leis, característica esta herdada do poder constituinte originário que é ilimitado e inovador.

Não se pode vislumbrar a supremacia constitucional sem o seu apego ao conceito de Constituição, no momento em que este exsurge no ordenamento jurídico como pedra angular, onde se encontram sedimentados todos os princípios que irão delinear o ordenamento jurídico inferior, numa posição de autêntica hierarquia e pressuposto de validade de parâmetro obrigatório, visto que nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição (BARROSO, 2009, p. 299)

Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar essa superioridade, a ordem jurídica concebeu um

conjunto de mecanismos destinados a invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade.

Ressalta-se ainda que não se pode conceber a supremacia constitucional sem que o seu texto preveja um processo de alteração diverso daquele concernente aos da lei ordinária, fenômeno este nomeado pela doutrina como Constituição rígida. Dessa forma, quanto à alterabilidade da Constituição brasileira classifica-se como sendo de natureza rígida uma vez que para proceder a sua alteração, é necessário um processo legislativo mais dificultoso, exigindo uma gama de formalidades não compreendidas no processo legislativo das leis inferiores. (BONAVIDES, 2009, p.83)

Portanto, se uma Constituição não se reveste dessa proteção, podendo ser alterada por uma lei ordinária, a sua supremacia estaria ameaçada pois, indiretamente, a Constituição estaria no mesmo patamar de uma lei ordinária.

Então, o intérprete constitucional, ao se deparar com um litígio deverá primeiramente aplicar o texto da Carta, pois este figura como *norma*; posteriormente, com base nos dois últimos elementos da teoria tridimensional de Miguel Reale valor e fato irão decidir se é caso de mutação constitucional, ocasião em que, deverá se valer de nova releitura daquele texto com base nos novos anseios e *modus vivendi* daquela sociedade em que a escolheu como norma de supremacia plena.

3.4 MUTAÇÕES INCONSTITUCIONAIS

A chamada mutação constitucional informal por interpretação, como já pontuada em capítulo próprio, se efetiva por procedimento diverso da reforma (por emenda ou por revisão), visto que estas quando integradas a Constituição se apresentam como se originária fosse, assim descrendo Agra (2000, p. 206): “quando as normas oriundas das emendas forem integradas na Constituição, não há nenhuma diferença com as originadas do Poder Constituinte Originário. Todas se situam em uma mesma hierarquia.”.

A mutação constitucional por interpretação se apresenta por um mecanismo que não altera a letra da lei, contudo, lhe atribui novo alcance, reconstruindo um novo sentido para o texto normativo, adequando e acompanhando o significado da norma ao marco temporal que lhe é concretizado.

Sobre o assunto, Adriano Sant'Ana Pedra (2013, p. 155) esquadrinha os limites de sentido a ser dado ao texto normativo, apresentando os parâmetros limitativos à mutação constitucional, dentre os quais, cabe destacar, para fins deste dissertar, a 'elasticidade do texto', diante dos possíveis sentidos que pode lhe podem ser atribuídos. Assenta, como ponto de partida, a atividade interpretativa suscitada na 'mente' do sujeito cognoscente, que é limitada pelo próprio texto normativo, dispondo, dessa forma, que

O significado de um enunciado normativo é aquilo que este suscita na mente do sujeito cognoscente. Nesse sentido, quando se afirma que o texto possui uma elasticidade de interpretação, o que se quer dizer é que não se pode extrair do texto aquilo que ele não suscita na mente do intérprete.

A interpretação de um texto normativo deve ter como parâmetro o próprio texto. Isto porque 'o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto' e os enunciados constituem 'verdadeiras barreiras interpretativas para o operador do Direito'. Dessa forma, se é verdade que um texto pode ter mais de um significado, também é verdade que não pode ter infinitos.

Desse modo, embora as mutações constitucionais sejam fomentadas pelas novas realidades que ditam os possíveis sentidos dados ao texto normativo, é esse mesmo texto, que limita a extensão da concretização juridicamente admissível, assim, posicionando Müller (2000, p. 75-76) pela seguinte afirmação

O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Outro somente vale onde o teor literal for comprovadamente viciado. Decisões que passam claramente por cima [überspielen] do teor literal da constituição não são admissíveis.

Por outro lado, o limite da mutação constitucional não se firma tão somente em seu texto, ou seja, nas interpretações tradicionais, em especial a gramatical, logo, "contrariamente à primeira impressão, a interpretação gramatical não

opera sozinha, mesmo no estágio cronologicamente mais precoce da concretização” (MÜLLER, 2010, p. 75)

Por esse raciocínio, deve influir na interpretação os seguintes princípios regedores da Constituição Federal – o princípio da Unidade e, da Supremacia da Constituição, os quais quando inobservados desrespeitam os limites postos a elasticidade interpretativa da norma, porque, a leitura constitucional, para que seja efetiva, deve ser interpretada por uma visão conjunta da norma constitucional e em conformidade com a mesma. Por estes termos Larenz (1997, p. 479-480) dispõe que

Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os *métodos de interpretação tradicionais*, a única possível – e então a disposição é inválida – ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme à Constituição. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em que a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. *Conformidade à Constituição* é portanto, um critério de interpretação.

Merece ainda ser frisado, no que tange a interpretação constitucional as explicações de Müller (2000, p. 84), quanto a análise do texto com enfoque no Princípio da Unidade Constitucional

Esse princípio ordena interpretar normas constitucionais de modo a evitar contradições com outras normas constitucionais e especialmente com decisões sobre princípios do direito constitucional. A ‘unidade da Constituição’ enquanto visão orientadora [Leitbild] da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida, bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição com um *arcabouço de normas*. Este, por outro lado, não é destituído de tensões nem está centrado em si [in sich ruhend], mas forma, por outro lado, provavelmente em todo integrado com sentido. No quadro do que pode ser argumentativamente defendido e fundamentado em termos de método, o intérprete deve procurar ajustar eventuais contradições que apareçam como resultados parciais no processo da concretização de modo a harmonizá-las umas com as outras no resultado. A medida que a ‘unidade da constituição’ formula essa tarefa, ela tem um caráter mais próximo à política constitucional do que a uma metódica elaborada.

Portanto, a efetivação das interpretações constitucionais com vistas à mutação constitucional provocam transformações por vezes contrárias própria a Constituição, as quais devem ser declaradas inconstitucionais pelo órgão competente – o Poder Judiciário –, com a ressalva de que, o mesmo deve sempre buscar proteger a constitucionalidade da norma, quando comportar, dentre os sentidos possíveis, a interpretação consoante com a Constituição. Condicionamento observado por Bastos (1997, p. 169)

Ora, quando só é possível se chegar a um resultado interpretativo em plena discordância com a Constituição, não há espaço para a interpretação conforme a Constituição, e a regra legal deve ser declarada inconstitucional. [...] Mais do que isso, a doutrina da interpretação conforme à Constituição ampara-se igualmente na presunção de constitucionalidade da conduta do legislador. Tanto quanto seja possível, deve-se, numa democracia, privilegiar e resguardar a manifestação dos representantes do povo na tarefa de elaboração das leis. Ademais, é a própria Constituição que realiza a separação das funções dentro do Estado, não cabendo ao Judiciário simplesmente anular uma lei quando puder preservá-la num dos sentidos que ela comporte e que esteja em consonância com a Constituição. O afastamento de uma norma legal deve ser sempre a última *ratio* do Tribunal Constitucional, o que não significa que este não deva ter firmeza na rejeição de uma lei francamente inconstitucional, que não pode ser resgatada de forma alguma em seu conteúdo.

Outro limite à mutação constitucional, dentre os citados pela doutrina, e necessário ao presente estudo, é o correlacionado as cláusulas pétreas, ‘núcleo intangível’ da Constituição Federal, como já dito, pois impedem a alteração de valores postos pelo poder constituinte originário. Limite este apontado por Agra (2000, p. 119), como um ‘cerne inalterável, até mesmo pela mutação formal

A doutrina não definiu, como parâmetros claros, os limites para a concretização das mutações; entretanto, defendemos que seus limites devem ser os das cláusulas pétreas implícitas e explícitas. Se o ‘cerne inalterável’ da Constituição não é passível de modificação pelo processo de reforma, o que dirá pelo procedimento de mutação constitucional que não encontra respaldo em cominações legais.

Por estes termos as mutações inconstitucionais devem ser recebidas como situações anômalas, como dispõe Luís Roberto Barroso (2009, p. 128), afirmando que

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

A inconstitucionalidade deve ser observada como a falta de validade de uma norma, seja formal ou materialmente concebida diante da Constituição (BUFULIN *apud* TARANTO, 2010, p. 455).

Sob est análise, verificada uma mutação manifestamente inconstitucional, sua rejeição deve ser imediata, para que não haja confronto direto a letra e a à alma da Constituição – Lei Fundamental.

A presente ressalva faz-se necessária ante as sutis omissões por desuso ou por inércia dos poderes constituídos, que propiciam a camuflagem, por vezes, desta anomalia.

Destarte, a ‘leitura’ da inconstitucionalidade na mutação constitucional por vezes se evidencia como uma alteração informal por desuso ou inércia da aplicação da norma constitucional, até mesmo por nossos Tribunais, sendo incluído nesta afirmativa o próprio Tribunal Constitucional, nas palavras de Pedra (2013, p. 237)

Quando é o próprio Tribunal Constitucional que promove ou confirma uma mutação da Constituição que desrespeita os seus parâmetros normativos estruturantes, o que se tem neste caso é uma *anomalia*. Trata-se de distorção havida no processo, gerada a partir da violação dos seus marcos balizadores, o que também ocorre v. g. no processo legislativo e no processo de alteração formal da Constituição, com a elaboração de emendas constitucionais.

Assim, sua ocorrência deve ser vislumbrada não apenas perante os confrontos a preceitos e princípios constitucionais, mas igualmente, as circunstâncias de omissão da aplicação da norma constitucional eficaz, em atenção aos ditames da Supremacia Constitucional (SILVA, 2002, p. 46).

Neste momento, adequado ressaltar não se ter a pretensão no presente estudo de esgotar o assunto referente às competências dos órgãos judiciais no que tange a matéria correlata a mutação constitucional, visto que na temática apresentada propõe-se verificar se a atribuição de efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade por meio da mutação constitucional, almejada pelo Supremo Tribunal Constitucional na Reclamação n. 4335/AC, apresenta-se compatível com os limites constitucionais do texto normativo – artigo 52, X da Constituição Federal, e com os princípios regedores do mesmo diploma legal.

Posto isto, apresenta Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 213-214) considerações referentes aos processos manifestamente inconstitucionais que mudam a Constituição em sua letra ou no seu espírito e outros, rotulados como processos anômalos, os quais se relacionam com a inércia dos poderes e o desuso dos preceitos ou disposições constitucionais, a que da denominada a autora de mutação tácita

o grupo de processos anômalos reúne modalidades de mudança constitucional que nem sempre podem, rigorosamente, ser taxadas de inconstitucionais, porquanto sobre não provocarem alteração na letra constitucional, não é fácil determinar se violam – e até que ponto o fazem – o espírito da Constituição. [...] Nesse grupo serão examinados os fenômenos da inércia dos poderes constitucionais no atuarem a Constituição, do desuso dos preceitos ou disposições constitucionais e da mutação tácita de normas constitucionais. A segunda modalidade é a reunida sob a denominação de processos manifestamente inconstitucionais. Mudança inconstitucional da Constituição rígida não resiste à supremacia das normas constitucionais e cede diante de um contraste constitucional, movido por poderes competente e eficaz.

Em continuidade ao raciocínio desenvolvido pela autora (FERRAZ, 1986, p. 243) perante os processos de inconstitucionalidade, aponta como necessário ser contida a proliferação de mutações inconstitucionais por meio de um eficaz controle de constitucionalidade, afirmando que

As mudanças não formais à Constituição, tema do Título II, são perceptíveis ou invisíveis, porém sempre ocorrem dentro dos limites constitucionais: não alteram a letra nem o espírito da Constituição, mas adaptam-na à realidade, atribuindo-lhe novo sentido, renovando significado e ampliando-lhe ou restringindo-lhe o alcance.

Todavia, a prática constitucional revela constantemente que nem sempre as limitações impostas são observadas, e que as mudanças constitucionais escapam, muitas vezes, a qualquer controle.

A ausência de controle é resultado de vários fatores: os processos de mudança são incontroláveis pela natureza da matéria que versam ou pelo modo em que ocorrem; os controles são ineficazes, não os atingindo em plenitude; ou predominam, sobre eles, força extraconstitucionais, forças políticas, pressões de grupos sociais, etc., de tal sorte que a mudança inconstitucional se impõe e gera efeitos na vida constitucional do Estado.

Desse modo, cumpre notar que os controles de constitucionalidade (matéria discutida no capítulo – Controle de Constitucionalidade e o papel do Senado) realizados pelo Supremo Tribunal Federal, mecanismo legalmente apto à manutenção da estrutura normativa sob o “manto” constitucional, apesar de ser realizado por meio de uma interpretação complexa, que ultrapassa a simples comparação da norma, por vezes como supracitado pela autora Anna Cândida da Cunha Ferraz, não se apresenta suficiente na limitação de “mutações inconciliáveis com a Constituição” – mutações inconstitucionais.

Portanto, a atuação interpretativa do Poder Judiciário, em destaque, neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal deve ser construído sem que seja subvertida a Constituição Federal, sendo sua atuação direcionada a adequação da realidade social ao texto normativo, dentro de parâmetros constitucionais. Assim, e cabendo aos legitimados provocar e se opor a mutações inconstitucionais, mesmo quando equivocadamente acolhidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade.

3.5 CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL: Hermenêutica Jurídica

Visando à compreensão do fenômeno da mutação constitucional, adotar-se-á o estudo da Teoria da Concretização Constitucional como método de trabalho neste dissertar, orientado pela metódica estruturante de Friedrich Müller. Cumpre ressaltar que ante a riqueza desta técnica hermenêutica, não serão analisadas outras técnicas correlatas.

A pertinência deste estudo deve-se ao enfrentamento cotidiano das diversas possibilidades semânticas, advindas das interpretações que se põem na

dualidade: norma e realidade constitucional. Adverte-se que o fator realidade será analisado sob sua condição temporal, de modo que a norma atenda às adequações sociais exigidas por sua época de aplicação/interpretação, o que será alcançado com a mutação constitucional.

Assim, a hermenêutica da teoria da concretização se contextualiza sob o olhar de uma “nova hermenêutica” constitucional, na qual a interpretação ou concretização de uma norma transcende à interpretação tradicional do texto, pois, a separação de ‘ser’ e ‘dever ser’ elimina qualquer possibilidade de desenvolvimento dos meios concretos de interpretação e aplicação (MÜLLER, 2008, p. 28-29).

Entretanto, a nova metódica de trabalho não abandona por completo o legado pertencente à dogmática clássica (positivismo), visto que, a hermenêutica da concretização é a superação da matriz kantiana (separação do ‘ser’ e ‘dever ser’), porém, as regras tradicionais da hermenêutica jurídica passam a ocupar o lugar de métodos auxiliares à efetivação da concretização, que se apresenta como um processo estruturado. Por estes termos Müller (2010, p. 51) afirma que

Importa examinar os elementos *savignyanos* de interpretação com vistas à sua aproveitabilidade para a metódica do direito constitucional e analisa-los mais pormenorizadamente com vistas às condições da concretização do direito constitucional. Pelo simples fato deles reduzirem a realização do direito à interpretação, a concretização da norma, a interpretação do texto da norma, os *cânones* já não podem ser suficientes para a concretização da norma no direito constitucional. Diante disso, uma metódica do direito constitucional sistematicamente elaborada deve pesquisar a estrutura da normatividade; e isso significa, já que a concretização da norma evidencia ser um processo estruturado, que ela deve pesquisar a estrutura das normas jurídicas.

Igualmente, Bonavides (2009, p. 499) reforça a condição auxiliar dos métodos clássicos de interpretação, sem a visão reducionista da interpretação literal do texto: “A Concretização possui assim um raio de abrangência muito mais largo e a respectiva ‘metódica’, [...], abraça todos os meios de trabalho mediante os quais se chega a concretizar a norma e a realizar o direito”.

Portanto, estes contornos apresentados à hermenêutica concretista se pontuam ante ao fato de que, quando se fala na concretização da norma constitucional, oportuno ser compreendido que a metódica de trabalho desenvolvida é pautada na reelaboração da vontade da norma, aproximando o intérprete ao caso concreto.

Logo, não se trata de interpretação reducionista ao método hermenêutico tradicional – método subsuntivo –, na qual a interpretação é exercida por uma lógica de premissas, sendo a norma a premissa maior e o fato, a premissa menor, tendo por conclusão a simples adequação do fato à norma, de modo que o intérprete passa a exercer a atividade de mero revelador de seu conteúdo, como se um único sentido pudesse ser extraído do texto normativo – interpretação literal do texto.

No quadro dogmático jurídico tradicional, os elementos hermenêuticos constituem-se em: gramatical, histórico, sistemático e teológico, os quais, apesar de continuarem a desempenhar um papel relevante na solução de casos concretos, mostram-se insuficientes para desempenhar um papel criativo na concretização das normas constitucionais (BARROSO, 2004 p. 345-346).

Tratam-se, na verdade, de pontos de vistas a serem submetidos à solução do caso concreto, juntamente com os princípios específicos de interpretação constitucional, segundo corrobora Daniel Sarmiento (2003, p. 134), ao afirmar que

Na concretização, os elementos fornecidos pelos métodos clássicos de interpretação (literal, sistemático, histórico e teleológico), bem como pelos princípios específicos de interpretação constitucional (da unidade da Constituição, da efetividade, da concordância prática etc.), são considerados como *topoi* (pontos de vista), devendo ser submetidos à discussão e *al juego de las opiniones em favor y contra u fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible*. Tais elementos prestam-se à solução do caso concreto apenas na medida em que fornecerem premissas justas e razoáveis para o problema.

Desse modo, a teoria tradicional da interpretação dominante na era do positivismo vem sendo deixada para trás pelo processo da concretização da

norma, ante a impossibilidade de um processo meramente cognitivo perante as constantes mutações advindas das evoluções sócio-políticas regedoras da sociedade. Nesta respectiva, pontua Müller (2000, p. 61-62)

A interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a superar o positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva. [...] a concretização, por uma série de razões, não pode ser um procedimento meramente cognitivo. [...] Norma jurídica não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ele não é 'unívoca', 'evidente', ou até mesmo 'destituída de clareza' – mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (i. é: o teor literal de uma norma) pode parecer 'clara' ou mesmo 'unívoca' no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente 'destituída de clareza'. Isso sempre se evidencia apenas na tentativa efetiva da concretização. Nela não se 'aplica' algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas 'a' norma jurídica não está pronta nem 'substancialmente' concluída. Ela é um núcleo materialmente circunscritível da ordem normativa, diferencial com os recursos da metódica racional. Esse 'núcleo' é concretizado no caso individual na norma de decisão e com isso quase sempre também tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito.

Assim, tendo com método hermenêutico a concretização da norma, Friedrich Müller traz como fio condutor a realidade e a norma, buscando a superação do pensamento de origem positiva na radical separação entre "ser" e "dever ser" (entre norma e realidade) (ANTUNES, 2003, p.18).

Acerca do assunto, Pedra (2012, p. 98) pontua que a superação da tensão dialética "ser" e "dever ser" ocorre quando não há identidade entre a norma e o texto da norma.

Assim sendo, para entender a 'nova hermenêutica', é preciso ser estabelecido, neste momento, a distinção existente entre texto normativo e norma, visto que a base do estudo que se propõe pela Teoria estruturante do direito de Friedrich Müller (2008, 230-231) "A norma não constitui algo que é dado pronto e que seria aplicável sem maiores dificuldades básicas. [...] Concretização da norma

é construção da norma”. Neste compasso, a importância desta diferenciação se dá, pois a norma é construída pelo intérprete, por meio da interpretação do texto normativo correlacionado a um caso concreto (dados da realidade), momento em que, pela teoria de Müller, se verifica a normatividade.

Na compreensão deste contexto, necessário dizer que o texto normativo se correlaciona com a norma, na medida em que esta é extraída daquele por meio da interpretação, de modo que o texto normativo constitui a *prima facie* das fontes do direito da norma. Assim, traça José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1202)

Texto *normativo* qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, sendo, por isso, identificável, *prima facie*, como 'fonte de direito' num determinado sistema jurídico. Neste sentido, diz-se que um 'texto normativo' (uma 'fonte de direito') é um conjunto de enunciados do discurso prescritivo.

Nos mesmos termos, Norberto Bobbio (2005, p. 72-73) distingue o significado de enunciados e proposições, ao definir norma

Uma norma é uma proposição. Um Código, uma Constituição, são um conjunto de proposições [...] A tese que sustentamos é que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritas. [...] Além disso, é necessário distinguir uma proposição de seu enunciado. Por enunciado entendemos a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas.

Portanto, o sentido construído a uma norma, surge a partir da sistemática interpretativa aplicada ao texto normativo. Assim leciona Adriano Sant'Ana Pedra (2012, p. 29) que a norma não pode ser apartada do texto normativo, visto que a sua criação e interpretação devem buscar a harmonia da abstração do texto normativo quando da efetivação da norma

A norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito. Dessa forma, não há como isolar a norma de sua concretização. 'Concretização da norma é construção da norma'. A norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do aplicador do direito, que é o intermediário entre a norma e os fatos da vida. Por outro lado, o intérprete constitucional não pode dar sentidos de forma arbitrária aos textos, pois texto e norma não estão separados.

Portanto, a norma não é um comando pronto, não podendo ser colocada no mesmo patamar do texto normativo, sendo esta dissociação a essência fundamentadora da metódica estruturante de Friedrich Müller (2010, p. 54-55), que propõe um novo enfoque hermenêutico por meio da estrutura da norma e da normatividade

Quando juristas falam e escrevem sobre ‘a’ Constituição, referem-se ao texto da Constituição; quando falam ‘da’ lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamento conjunto de fatos da norma, eliminando a identidade deste com a norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a ‘*ponta do iceberg*’. Por um lado, o teor literal serve, em regra, à formulação do programa da norma, ao passo que o *âmbito da norma* normalmente é apenas sugerido como um elemento constitutivo da prescrição. Por outro lado, a *normatividade*, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzido por esse mesmo texto. Muito pelo contrario, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; Portanto, de dado que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o ‘conteúdo’ de uma prescrição jurídica, i é, *os impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição* que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente ‘presentes’ no seu teor literal. Esse conteúdo também pode ser formulado apenas em linguagem pelo teor literal, pode ser ‘representado’ apenas pelo modo peculiar à linguagem. Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.

Dessa forma, a dicotomia norma e realidade se encontra em permanente relação com a normatividade constitucional, que é obtida no decurso do processo de concretização (NEVES, 1994, p. 77).

Assim, na normatividade proposta por Müller, a norma é estruturada pelo programa da norma e âmbito normativo, que esboça uma metódica de trabalho no direito constitucional com visão além do positivismo legalista, alcançando a sua concretização, nos seguintes termos (MÜLLER, 2000, p. 57)

O teor literal expressa o 'programa da norma', a 'ordem jurídica' tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierárquico igual, o âmbito da norma, i. é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' pra si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares)

De outro modo, Neves (1994, p. 77) elucida o processo de concretização na metódica estruturante de Müller, demonstrando como a norma é produzida, e assim, alcançada a norma de decisão

Não se trata, aqui, da antiga dicotomia 'norma/realidade constitucional, mas sim do problema referente à 'concretização' das normas constitucionais. Que, nessa perspectiva, não se confundem com o texto constitucional. Sob esse novo ponto de vista, o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização [...] De acordo com a concepção de Müller, a norma jurídica compõe-se do programa normativo (dados linguísticos) e do âmbito normativos (dados reais). A estrutura normativa resulta da conexão desses dois componentes da norma jurídica. Portanto, a *concretização* da norma jurídica, sobretudo da norma constitucional, não pode ser reduzida à 'interpretação aplicadora' do texto normativo, a qual oferece diversas possibilidades de compreensão e constitui apenas um aspecto parcial do programa normativo como 'o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual. [...] Se o âmbito normativo, que importa uma função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso, não se constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é atingida. Faltam, então, as condições e os pressupostos para a 'produção' da *norma jurídica* – 'que rege mediatamente um caso determinado' – e, portanto, da *norma de decisão* – 'imediatamente normativa, reguladora do caso determinado. Nesse contexto não se fala da legislação e da atividade constitui como procedimentos de produção de norma jurídica (geral), mas sim de emissão de texto legal ('Gesetzestextgebung) ou de emissão de texto constitucional ('Verfassungstextgebung'). A norma jurídica, especialmente a norma constitucional, é produzida no decorrer do processo de concretização.

Após o percurso trilhado quanto aos aspectos da metódica estruturante de Müller e sua importância na formação da norma de decisão, que é "o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica" (Müller, 2008, p. 148), oportuno ser agregada a visão da concretização normativa e suas possibilidades normativas, correlacionando a validade da norma jurídica à condição espaço-temporal.

Por Hans Kelsen (2006, p. 57) o contexto de tempo e espaço da norma se correlaciona com seu intérprete, o qual adapta a sua validade na solução concreta do caso, conforme as transformações sociais

A validade das normas que regulam o comportamento humano – em geral – e, por conseguinte, a validade das normas jurídicas, em particular, é uma validade espaço-temporal, na medida em que essas normas têm, como conteúdo, eventos espaço-temporais.

Que a norma tem validade significa sempre que vale para algum espaço e algum tempo, a saber, que a referência da norma a espaço e tempo é o âmbito da validade espacial e temporal da norma. Esse âmbito de validade pode ser limitado, mas também ilimitado.

O pressuposto espaço-temporal se destaca, haja vista que a construção interpretativa relacionada à norma-realidade se efetiva na observância dos dados das transformações históricas.

Portanto, neste universo da interpretação constitucional pós-positivismo, temos a possibilidade da evolução do texto normativo constitucional, ante a dinâmica das normas, as quais se apresentam mutantes em sua essência, diante das relações sociais pertencente a épocas distintas e seus diversos interesses.

Toda essa estruturação se correlaciona com a busca pela compreensão da concretização normativa, sem o esvaziamento das normas constitucionais.

E é por esta perspectiva que Adriano Sant'Ana Pedra (2013, p. 68-69) anota o processo de concretização e a mutação constitucional ao afirmar que

A multiplicidade semântica não traz consigo os critérios necessários para fazer uma escolha metódica normativa adequada. E, como a normatividade surge apenas no processo de concretização, a mutação constitucional passa a ser vista como uma dimensão da necessária realização da norma. Nesse sentido, toda norma é essencialmente mutante. [...] a mutação constitucional parte do pressuposto básico de que é preciso que exista uma norma constitucional devidamente concretizada para que esta seja objeto de mutação.

Portanto, o emprego da mutação constitucional como meio para adequação da norma à realidade temporal a que ela é suscitada, em face de um problema concreto, parte de uma pré-compreensão da mesma, que por meio do método

concretizado da hermenêutica constitucional passa a alcançar um novo sentido a regular o caso concreto (SARMENTO, 2003, p. 134)

A concretização da norma constitucional pressupõe a sua pré-compreensão, que consiste na formulação de uma idéia antecipada sobre o seu conteúdo e limites, de modo abstrato. A partir da pré-compreensão, o intérprete aproxima-se do caso concreto, através de uma atuação tópica, orientada ao problema, mas limitada pela norma.

Assim sendo, interessante notar que a mutação constitucional se faz satisfatória quando respaldada por uma base teórica que, neste estudo, se baseia no processo de concretização alicerçada na teoria estruturante do direito idealizada por Müller, por se apresentar com um mecanismo de integração entre a realidade e a norma, e não apenas como uma simples superação da separação do ‘ser’ e do ‘dever ser’.

Evidenciada as premissas desta “nova hermenêutica” – concretista – importante ser analisada a proposta de atribuir efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade por meio da mutação constitucional na Reclamação n. 4335/AC por uma interpretação que, apesar de superar a tensão “ser” e “dever ser”, necessária ao progresso constitucional, não abandona por completo o pensamento positivista, visto que o fenômeno da mutação constitucional se constitui em uma visão destinada a abranger as transformações históricas, correlacionando a realidade e a norma e assim permitindo o maior dinamismo constitucional, sem qualquer infringência à democracia e a direitos e garantias fundamentais.

4 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EFICÁCIA VINCULANTE DO PRECEDENTE

A compreensão da matéria a ser tratada no presente trabalho demanda a prévia análise dos argumentos apresentados pelos demais Ministros do Supremo Tribunal Federal que, até o presente momento, proferiram seus votos na multicitada Reclamação n.º 4335/AC.

Essa pretensão tem por enfoque o profuso debate travado entre os Ministros daquela Corte, onde, por três votos contra dois, ricos argumentos foram expostos, contra e a favor, da extensão dos efeitos *erga omnes* e vinculantes ao controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, necessário conhecer os principais fundamentos apresentados pelo Ministro Eros Graus, que robustecem o voto proferido pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, a favor da mencionada extensão, por meio de uma releitura interpretativa do artigo 52, X, da Constituição Federal.

De outro lado, importa também conhecer os argumentos centrais contrários, consoante os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski, bem como a discussão quanto a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, que se apresente como pano de fundo no presente dissertar.

Por questões didáticas, dar-se-á início ao estudo pelo voto do Ministro Eros Graus, haja vista coadunar do mesmo entendimento apresentado no Voto do Ministro Relator.

O primeiro ponto de ponderação posto pelo citado Ministro (EROS GRAUS, Rcl n. 4335/AC, p. 09-10), correlacionado à possibilidade da mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4335/AC, dar-se pela proposição de alterar o próprio texto normativo, afirmando não se tratar de subversão ao texto, mas de mutação constitucional compatível com a ordem jurídica presente

a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]. [...] O eminente Relator não está singelamente conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. Não extrai uma norma diretamente desse texto, norma essa cuja correção possa ser sindicada segundo parâmetros que linhas acima apontei. Aqui nem mesmo poderemos indagar da eventual subversão, ou não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas uma certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição.

Fortalecendo o argumento exposto, o Ministro (EROS GRAUS, Rcl. n. 4335/AC, p. 14) fundamenta em seu voto a condição de Guardiã da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Constituição de 1988, ao afirmar que

Sucedem que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição.

E por fim, suscita o Ministro Eros Graus (Rcl. n. 4335/AC, p. 19) que “as decisões do Supremo contêm força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional”.

Contra-pondo-se aos argumentos favoráveis a mutação constitucional da competência privativa do Senado Federal, quanto à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, até o presente momento, tem-se os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, ora aposentado, Joaquim Barbosa Ricardo Lewandowski.

O Ministro Sepúlveda Pertence (Rcl. n. 4335/Ac, p. 4-5) proferiu o primeiro voto divergente à proposta de mutação constitucional discursando sobre a desnecessidade da pretensa mudança informal, haja vista, a existência da Súmula Vinculante²⁶, incluída pela Emenda Constitucional n. 45, que concede ao Supremo Tribunal Federal o ‘poder’ de vincular suas decisões, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto – concordo – esse mecanismo [art. 52, X, CF]; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado – com a permissão generosa dos dois Colegas – de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário.

A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormenta discussão.

Reforça o posicionamento contrário à mutação constitucional, o Ministro Joaquim Barbosa, o qual, preliminarmente, não conheceu da reclamação, mas de ofício recebeu como pedido de *Habeas Corpus*. E no mérito, ponderou pelo afastamento da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, acompanhando o exposto pelo Ministro Sepúlveda Pertence quanto a possibilidade de edição de súmula vinculante (informativo 463 do STF, p. 04)²⁷

Considerou que, apesar das razões expostas pelo relator, a suspensão da execução da lei pelo Senado não representaria

²⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

²⁷ Trata-se de transcrição integral do citado informativo, em decorrência da impossibilidade de obtenção da íntegra do voto do Ministro Joaquim Barbosa.

obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Aduziu, de início, que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, pois o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar ampla eficácia à decisão do STF, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Em razão disso, afirmou que resolveria a questão o habeas corpus concedido liminarmente pelo relator. Afirmou, também, na linha do que exposto pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante. Dessa forma, haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF. Afastou, ainda, a ocorrência da alegada mutação constitucional. Asseverou que, com a proposta do relator, ocorreria, pela via interpretativa, tão-somente a mudança no sentido da norma constitucional em questão, e, que, ainda que se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários dois fatores adicionais não presentes: o decurso de um espaço de tempo maior para verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Por fim, enfatizou que essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição.

Por derradeiro, o Ministro Ricardo Lewandowski (Rcl. n. 4335/AC, p. 17) acompanha o Ministro Sepúlveda Pertence, no que concerne ao argumento da Súmula Vinculante, afirmando ser “sem necessidade de se proceder à nova interpretação do disposto no inciso X do art. 52 da Carta Maior” quando “basta lançar mão das súmulas vinculantes”.

Apartados os fundamentos expostos pelos Ministros que até o presente momento votaram, passa-se a analisar dentre os argumentos postos que se consideram mais salutares ao debate proposto.

4.1 SÚMULA VINCULANTE E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

Dentre os apontamentos em debate na Reclamação 4335/AC, cumpre iniciar com o argumento preponderante concernente a Súmula Vinculante, ponto de convergência entre os votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski, que em resumo, se faz representada nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence (Rcl n. 4335/AC, p. 05) ao afirmar que

A emenda constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-

me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45 de 2004, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão.

E com base na promulgação da Súmula Vinculante, complementou o Ministro Lewandowski em seu voto (Rcl. n. 4335/AC, p. 17)

A corroborar essa afirmação, lembro que em 23/12/2009 foi publicada a Súmula Vinculante 26 desta Corte, que inclui em sua redação o tema discutido no julgado paradigma desta reclamação, cujo teor transcrevo:

'PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLOGICO'

Como se vê, sem necessidade de se proceder à nova interpretação do dispositivo no inciso X do art. 52 da Carta Maior, atingiu-se idêntica finalidade, qual seja, a de se conferir eficácia contra todos e efeito vinculante a um entendimento sufragado por este Tribunal no julgamento de um processo de índole subjetiva.

Desse modo, a leitura realizada pelos presentes Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski se mostra correlacionada a uma leitura tradicional do artigo 52, X, da Constituição Federal, ante a possibilidade da produção de efeitos *erga omnes* e vinculantes por meio da já autorizada, constitucionalmente, Súmula Vinculante.

A priori, oportuna à compreensão do instituto da Súmula Vinculante e seus efeitos, dispostos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 103-A, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso

Em atenção ao dispositivo constitucional, conceitua Odemir Bilhalva Teixeira (2008, p. 76) o instituto da Súmula Vinculante, pelos seguintes termos

As súmulas vinculantes podem ser definidas como pronunciamentos jurisdicionais decorrentes de reiteradas decisões sobre matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que condicionam os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas, estadual e municipal, a seguirem a mesma interpretação em suas decisões.

Dessa forma, a partir da positivação das súmulas com efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, o magistrado passa a ter a obrigação de seguir a linha interpretativa sumulada na aplicação concreta do direito. [...]

O legislador brasileiro, ao atribuir efeito vinculante às súmulas, passou a dizer que as súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal terão força cogente (obrigatória) sobre as demais decisões de juízes e tribunais, ou seja, proíbe o julgador de interpretar e decidir questões do mesmo teor de maneira contrária ao realizado, regido e 'normatizado' pela súmula.

Neste diapasão, sobre as Súmulas Vinculantes, destaco os seguintes aspectos: (i) são de competência do Supremo Tribunal Federal; (ii) tem por requisito a aprovação por 2/3 de seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional; (iii) e por efeito *erga omnes* e vinculante a partir de sua publicação.

Fomentando o debate, tem-se a registrar por dizeres sucintos, haja vista a predefinição em capítulo anterior, que a Constituição Federal conferiu em seu artigo 52, X, competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional, em controle difuso de constitucionalidade, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Neste contexto, o dispositivo constitucional se traduz na produção dos mesmos efeitos dado a Súmula Vinculante – efeitos *erga omnes* e vinculados – por resolução do Senado Federal, da decisão definitiva do Supremo Tribunal

Federal, entretanto, por *quórum* simples, que declarou a inconstitucionalidade, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

E neste ponto, correlacionada a fragilidade do *quórum* de votação que se apresentará caso seja atribuído efeito vinculante a decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade, com a mutação constitucional pretendida na Reclamação n. 4335/AC, contrapõem Lenio Luís Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2007, p. 52-53), pelos seguintes fundamentos

Decidir – como quer, a partir de sofisticado raciocínio, o Min. Gilmar Mendes – que qualquer decisão do Supremo Tribunal em controle difuso gera os mesmos efeitos que uma proferida em controle concentrado (abstrato) é, além de tudo, tomar uma decisão que contrária a própria Constituição. Lembremos, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida. Ora, uma decisão que não reúne sequer o *quorum* para fazer uma súmula não pode ser igual a uma súmula (que tem efeito vinculante – e, aqui, registre-se, falar em ‘equiparar’ o controle difuso ao controle concentrado nada mais é do que falar em efeito vinculante). E súmula não é igual ao controle concentrado.

Por outros termos, Tania Lobo Muniz e Lucas Franco de Paula (2013, p.21) reforça a crítica à fragilidade do quórum simples para produção dos efeitos *erga omnes* e vinculantes, advindos com a decisão definitiva em controle difuso de constitucionalidade

Um paradigma a ser estabelecido é o de que, caso se estabeleça o efeito vinculante a qualquer decisão proferida em sede de controle difuso nos moldes pretendidos, será possível, por exemplo, uma decisão apertada de 6 a 5, ainda não amadurecida, obter força igual ou maior do que uma súmula vinculante. Ora, uma decisão que não reúne sequer o quórum para a edição de uma súmula não pode ser igual a uma súmula.

O legislador, ao criar a Súmula Vinculante, pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentada pela Lei n. 11.417/2006, permitiu ao Poder Judiciário o ‘caráter transcendente’ das suas decisões, todavia, respaldado por regras que buscam um amadurecimento do tema versado pela Súmula Vinculante, dado que “pela sua ‘gravidade’ o conteúdo da súmula vinculante não pode representar apenas o pensamento imediato e isolado do

STF,” (TAVARES, 2007, p. 15) daí a rigidez quanto ao quórum na edição das Súmulas Vinculantes.

O quórum exigido pela Emenda Constitucional n. 45/06 se apresenta como um diferencial na edição das Súmulas Vinculantes, não apenas por ser qualificado, mas porque propicia a retomada aos debates concernentes aos fundamentos da decisão capaz de ensejar os termos a serem sumulados, momento que se promoverá o ‘amadurecimento’ para formação da *ratio decidendi* da Súmula Vinculante. Esta afirmação é justificada nos termos prelecionados por André Ramos Tavares (2007, p. 46)

é perfeitamente possível que os ministros concordam com a inconstitucionalidade de uma determinada lei em sua maior absoluta e discordem totalmente quanto à fundamentação dessa inconstitucionalidade. Basta, para tanto, que parte a considere inconstitucional por vício formal (podendo haver aqui, uma nova discordância dentro dessa categoria, v.g., quanto à natureza do vício formal) e parte a considere inconstitucional por vício material (novamente podendo haver indicação de normas constitucionais diversas, entre os ministros, que estariam sendo violadas).

Esse problema está claramente a demonstrar que é necessário haver harmonia, ainda que não seja imposta pela Constituição ou pelas leis, quanto à *fundamentação* da decisão, para haver decisão capaz de ensejar o processo de produção de súmula vinculante. Do contrário, as decisões reiteradas podem significar uma falsa representação do pensamento do Tribunal ou mesmo uma inútil representação desse pensamento para fins de transposição do concreto para o geral-abstrato (processo da súmula vinculante).

Por esse norte, a pretensão proferida no voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, quanto à atribuição de efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade por meio da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, que equipará os efeitos do controle difuso aos da Súmula Vinculante, pode parecer num primeiro momento, caminhar junto aos demais anseios democráticos de maior segurança jurídica, respaldado no fundamento da razoável duração do processo.

Contudo, não se pode ignorar que a ausência de amadurecimento na formação da *ratio decidendi* poderá ensejar decisões frágeis em sua formação, que a depender da prevalência da interpretação proposta pelo Relator da multicitada Reclamação, produzirão efeitos *erga omnes* e vinculantes, podendo, por

ausência de muita reflexão, trazer não apenas insegurança jurídica às relações que se formam, mas também instabilidade e desigualdade de tratamentos.

Deve-se lembrar que as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, de caráter *incidenter tantum*, demandam maioria simples de votos, independente da coerência dos fundamentos formadores do dispositivo declaratório da inconstitucionalidade, enquanto que a edição da Súmula Vinculante deve respeitar norteamentos formais e rígidos para a sua formação e conseqüente vinculação aos demais órgãos de instâncias inferiores, esgotando qualquer debate sobre a matéria. Daí a crítica à extensão dos efeitos daqueles julgados fracionários, devido à simplicidade e aparente fragilidade do procedimento por quórum simples.

Noutro norte, parece que a atribuição de efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade por mutação constitucional informal não seria o melhor caminho para o deslocamento da competência legislativa, conferida originariamente ao Senado Federal pelo artigo 52, X, da Constituição Federal, por tangenciar verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes, o que persistiria até mesmo diante da proposta de releitura deste princípio apresentada pelo Ministro Relator Gilmar Mendes na Reclamação n. 4335/AC, a qual passa a ser analisada.

4.2 RELEITURA DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTEXTO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Dentre os argumentos apresentados pelo Ministro Relator Gilmar Mendes (Rcl. n. 4335/AC, p. 27), na Reclamação sob análise, mostra-se pertinente a transcrição da proposta de releitura do papel do Senado Federal, no contexto do princípio da separação dos poderes, por considerar ultrapassada a competência ditada pelo artigo 52, X, da Constituição Federal

A amplitude conferida ao controle abstrato de norma e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes –

hoje inevitavelmente ultrapassada. [...] A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. [...] Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade.

Antes, porém, de adentrar a questão suscitada no voto do Ministro Gilmar Mendes, cumpre delinear o Princípio da Separação dos Poderes constante na Constituição Federal Brasileira, visando robustecer o debate aqui travado.

A separação dos poderes versa em sua origem conceitual tracejada por Aristóteles (1991, p.113), na obra “Política”, na distinção das funções estatais, pertencentes à estrutura organizacional de um Estado Soberano, tripartida em legislativa, administrativa e jurisdicional, sendo estas direcionadas a poderes correlatos, denominados Legislativos, Executivo e Judiciário

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

Montesquieu (1987, p. 24) na obra “O espírito das leis” consagra a teoria da separação dos poderes elevando-a em princípio fundamental para organização política do Estado Liberal.

Este dogma se solidificou na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, sendo prelecionada em nossa Constituição Federal de 1988, através de seu artigo 2º.²⁸

A separação dos poderes é um princípio fundamental correlacionado à democracia, adotado pela Constituição Federal de 1988, que define pormenorizadamente as competências funcionais correspondentes a cada poder, protegendo a todo o momento qualquer meio que ocasione a subordinação entre eles.

²⁸ <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

O princípio da separação dos poderes se orienta pela 'engenharia' dos freios e contrapesos, no qual o poder é seu próprio limitador, constatação admitida nas palavras de Mariotti (1999, p. 09)

Para que o poder freie o poder e o governo seja organizado de forma a não ameaçar a liberdade, é indispensável que as três espécies de poderes que existem em cada Estado estejam separadas, isto é, atribuídas a diferentes titulares, autônomos uns em relação aos outros.

Nesta direção, podemos asseverar que a separação dos poderes deve ser protegida, tendo por destaque a devida definição à função legislativa, pois é mediante esta que resguardamos as liberdades por meio de garantias dos direitos, opondo-se a autoridade administrativa (MARIOTTI, 1999, p 13).

E é sob esta perspectiva que a dinâmica do princípio da separação dos poderes permeia a sua independência e, concomitantemente, a sua condição harmônica, visto que são estes dois requisitos que direcionam a 'engrenagem' da democracia, por meio da autonomia entre os poderes, quando possibilitam sua auto-executoriedade, bem como o trato mútuo.

O respeito ou desrespeito a estes pressupostos pode vir a ocasionar o fortalecimento ou enfraquecimento da democracia, uma vez que, evidenciada a sobreposição do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo e até mesmo em relação ao Poder Judiciário, a superioridade de um deles poderá oprimir os demais. Assim, o princípio fundamental da separação de poderes foi arquitetado objetivando a resistência ao poder absoluto, seja ele qual for.

Essa reflexão é oportuna, haja vista que, no Brasil, situações similares de despotismo de poderes foram vivenciadas, em especial pelo Poder Executivo, como na proclamada 'Era de Getúlio Vargas' (CÁRCERES, 1995, p. 272-282) e o Golpe Militar (CÁRCERES, 1995, p. 324-356), momentos de opressão, no qual muitos direitos e garantias foram desrespeitados, ante a ausência de equilíbrio entre os poderes governamentais.

Hodiernamente, a democracia é o pilar de todo nosso sistema constitucional, e o cuidado e atenção quanto a possíveis afrontas a esta estrutura devem ser veementemente repelidas, para que não se venha a sofrer novamente com ditaduras, de qualquer dos poderes, inclusive do próprio Poder Judiciário, na imposição de interpretações legislativas que afrontem o desejo da maioria.

Na obra “O Espírito das Leis”, traduzida por Pedro Vieira Mota (1987, p. 24), Montesquieu define pontualmente a divisão das funções governamentais inerentes a cada poder estatal, condicionando que as liberdades políticas se apresentam constrangidas se não houver a devida delimitação normativa entre eles, uma vez que a independência, advinda da divisão, somente se harmoniza com o poder de freio de um em relação ao outro

A Liberdade política existe, conforme Montesquieu, quando ninguém pode ser ‘constrangido a fazer as coisas que a lei não obrigue, ou a não encontrar os limites’

Por isso necessária a divisão dos Poderes. Para que cada Poder freie o outro, impeça o abuso por parte deste.

Esse o fundamento da divisão dos Poderes

Montesquieu constata que existem no Estado Três Poderes: o Legislativo, Executivo e o Judiciário.

Sua doutrina é, pois tripartida.

O Legislativo ‘faz as leis para algum tempo ou para sempre, e corrigem ab-roga as que estão feitas’

O Judiciário ‘pune os crimes ou julga as demandas dos particulares’

E o Executivo, sendo o restante poder, exerce as demais funções do Estado; exerce a administração geral do Estado, constituindo-se por isso no executor das leis em geral.

Destarte, coesa é a doutrina ao apontar que, pela distinção dos poderes e o controle mútuo, busca-se um equilíbrio a obediência da norma posta pela Constituição, evitando as constantes influências políticas sobre o ditar da democracia, visando assim um afastamento de interesses pessoais ou até mesmo partidários.

A ordem jurídico/normativa se apresenta importante pelo simples fato de que por meio da separação dos poderes o Estado passa a ser limitado por uma ordem jurídica, que delinea a estrutura da ordem organizacional do poder, evitando a sua utilização pelo Estado de modo arbitrário e desrespeitoso com o povo, a quem ele representa e rege.

Dentro desta temática, visando justamente o equilíbrio, a norma legal preleciona a harmonia dos poderes na busca de um fim único, qual seja: atingir o “bem comum”, através da conjugação de atuações.

Perante o esquadramento traçado neste tópico, pertinente se fez apontar a dinâmica orientadora do princípio da separação dos poderes, visando uma análise a atuação entre o Legislativo e o Judiciário, no que concerne a interferência recíprocas de atuação, por meio da mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4335/AC, que visa atribuir efeito vinculante no controle difuso de constitucionalidade.

Os argumentos propostos de ‘releitura’ da separação dos poderes pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, quanto à competência privativa do Senado Federal definida no artigo 52, X, da Constituição Federal são listados pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto divergente, pelos seguintes termos (Rcl. n. 4335/AC, p. 07)

Analisando a evolução histórica do instituto, o Ministro Relator construiu as seguintes premissas: [i] não ser mais possível atualmente cogitar da divisão clássica de poderes, retratada na Constituição de 1934, que ensejou a criação do instituto da suspensão pelo Senado da eficácia de dispositivo normativo declarado inconstitucional pelo STF; [ii] a Constituição vigente, ao ampliar o rol de legitimados, no controle concentrado, acabou por reduzir o significado do controle difuso; e [iii] o Supremo Tribunal Federal, não obstante essa competência da Câmara Alta, vem conferindo caráter geral a diversas decisões prolatadas no âmbito do controle difuso.

[...] Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica.

É que, primeiro constato que a Câmara Alta, não tem descuidado cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiro lhe tem atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934. [...]

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brede e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas – se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos.[...] Não se desconhece que alguns críticos asseveram que a teoria da separação dos poderes jamais foi aplicada tal como originalmente concebida, consubstanciando mera prescrição de natureza formal. [...]

Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek.

Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeitos vinculante e eficácia *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, §2º). O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor

Portanto, fortalecendo os argumentos expostos pelo Ministro Lewandowski, os quais são adotados como tese pertencente a este dissertar, a divisão clássica de poderes, apesar de não ser aplicada rigidamente sob os termos previstos por seu mentor – Montesquieu –, atribui, desde 1934, competência ao Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade. Portanto, trata-se de um desejo constitucional do povo que se perpetuou nas constituições democráticas promulgadas até o presente momento, sem qualquer contestação.

Importante suscitar inclusive, que a discussão quanto à extensão da competência, atualmente regida pelo artigo 52, X, da Constituição Federal, não é inédita à Reclamação n. 4335/AC, tendo sido debatida no Mandado de Segurança n. 16.512 (Relator Ministro Oswaldo Tringeiro, DJ de 25.05.1966)²⁹, conforme lembrado pelo próprio Ministro Relator (GILMAR MENDES, Rcl. n. 4335/AC, p. 23), que, ao recordar, constatou que por aquela ocasião, ficou reconhecido como facultativo ao Senado Federal proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional, destacando, nesse sentido, o entendimento do Ministro Victor Nunes³⁰.

Igualmente, o Ministro Relator rememora que o debate quanto à competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais pelo Tribunal, após o julgamento do Mandado de Segurança n. 16.512, publicado em 25.05.1966, retornou em 1970, sendo firmado, já em 1977, a dispensabilidade de intervenção do Senado Federal apenas no controle

²⁹ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410>

³⁰ '(...) o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar'

abstrato (GILMAR MENDES, Rcl. n. 4335/AC, p. 27): “Passou-se, assim, a atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69.”

Entretanto, a extensão de efeitos ao controle difuso de constitucionalidade emana como uma violação ao princípio da separação de poderes, “cláusula pétrea” por excelência, conforme firmado no posicionamento exposto por Streck (*at ali*, 2007, p. 50), que ressalta a participação democrática por meio do controle difuso, haja vista que qualquer do povo é legitimado a arguir, mesmo que incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma lei, diferentemente do que ocorre nos casos do controle abstrato de constitucionalidade

O modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.*

Destarte, o redesenhar da Separação dos Poderes é possível, desde que não se restrinja competências, ou altere formalmente o texto por vias transversas. A mutação constitucional informal, como já conceituado em capítulo próprio, modifica interpretação dada à norma constitucional, cujo texto deve permanecer inalterado. Contudo, pela simples leitura no voto do Ministro Eros Graus (Rcl. n. 4335/AC, p. 10), percebe-se que a intenção da mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4335/AC visa à alteração direta do próprio texto

Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou, em parte, por decisão definitiva do Supremo]

Assim, a bem da verdade, o que se evidencia é uma alteração no texto normativo para atribuir efeito vinculante ao controle difuso de constitucionalidade por meio de uma mutação constitucional, intitulada de informal, que atingirá não apenas o texto, mas a própria a Separação dos Poderes, um dos núcleos essenciais da constituição.

4.3 FORÇA DOS PRECEDENTES: possibilidade de vinculação das decisões judiciais no Brasil

Ponto de fundo à discussão quanto à constitucionalidade da mutação pretendida no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação n. 4335/AC, encontra-se a possibilidade da consolidação da obrigatoriedade dos precedentes pelo Supremo Tribunal Federal, caso efetivada a alteração legislativa do artigo 52, X, da Constituição.

Neste cenário, este capítulo tem por pretensão a análise da adequação do precedente obrigatório no Brasil, dada a cultura do *Civil Law* em que vivemos, sem a devida importação da teoria *stare decisis*, visando verificar a possibilidade, ou não, da adoção deste instituto em qualquer decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por ser este o resultado que se alcançará com a introdução da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes proposta na Reclamação n. 4335/AC.

Atualmente no Brasil, excluídos os precedentes legalmente vinculantes – controle abstrato de constitucionalidade e Súmula Vinculante –, os demais julgamentos proferidos pela Corte Constitucional de Justiça constituem fontes de direito, sendo nominados precedentes persuasivos, ou obstativos, conforme conceituado em capítulo próprio.

Entretanto, com a introdução da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes para todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ante a equiparação dos efeitos *erga omnes* e vinculantes em ambos os Controles de Constitucionalidade, todos os juízes e Tribunais passariam a ter que decidir conforme a orientação firmada nesses julgados.

De certo modo, a Teoria dos Precedentes foi pontualmente adotada quando introduzida as alterações legislativas promulgadas após a Constituição Federal de 1988, as quais fortaleceram o Poder Judiciário, em especial as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores concernentes: (i) reserva de plenário (art. 97 CF) com o reconhecimento do efeito jurídico da transcendência à sua decisão; (ii) Recurso Obstativo (art. 557, §1º-A, do CPC); (iii) Controle de Constitucionalidade incidental em ações coletivas (Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo); (iii) Criação da Súmula Vinculante; (iv) Teoria da Nulidade; (v) Arguição de descumprimento de preceito fundamental e Ação Declaratória de Constitucionalidade, com eficácia geral de suas decisões (efeito *erga omnes*); (vi) produção de efeito vinculante, independente da intervenção do Senado, por meio do artigo 481, parágrafo único, *in fine*, do CPC; (vii) consolidação da jurisprudência nos casos notórios, que acabam por atribuir a eficácia que transcende o âmbito da decisão; e (viii) ampliação dos legitimados ao controle abstrato de constitucionalidade (art. 103, da CF), todas mencionadas, inclusive como argumentos na Reclamação n. 4335/AC, no Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes (ZANOTTI, 2012, p.75-76).

Essa compreensão é igualmente coadunada por Lucas Buril de Macêdo (2013, p. 445), ao pontuar que: “recentes inovações legislativa levam o ordenamento brasileiro para posição mais próxima de uma sistemática de respeito aos precedentes.” Essa afirmação se baseia ante ao fato de que várias das modificações ocorridas na legislação infraconstitucional vieram a propiciar uma redução na multiplicidade de processos repetitivos, alcançando assim anseios correlacionados a segurança jurídica, a estabilidade e a isonomia nas relações jurídicas.

Todavia, a introdução de um sistema com características próprias da *Common Law* à outra realidade jurídica e cultural deve ser empregada levando em consideração as peculiaridades desse outro sistema, no caso do Brasil, o *Civil Law*, que apresenta a lei como sua fonte normativa primária, sendo garantia constitucional prelecionada no artigo 5º da Constituição Federal, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim, caso seja adotada a força dos precedentes, por via da Teoria dos Motivos Determinantes, o direito brasileiro passaria a ser regido por decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que assumiriam a condição de fonte primeira do direito brasileiro, à semelhança do sistema *Common Law*.

Por essa razão, oportuno refletir sobre a formação da *ratio decidendi*, visto que, como diversas vezes pontuado neste dissertar, a força de um precedente advém da vinculação da *ratio decidendi*, que constitui o(s) fundamento(s) nuclear(es) da decisão.

Esse aparte se faz necessário, porque, historicamente, o Poder Judiciário Brasileiro firma suas decisões sob uma perspectiva claramente influenciada pelo dogma do positivismo jurídico, sem preocupação com a identificação da *ratio decidendi*, que, a rigor, não ocupa lugar de destaque no sistema do *Civil Law* (MARINONI, 2012, p. 371-372).

Sob este ponto de vista, ou seja, no que concerne a ausência de cultura de valorização dos precedentes pelo próprio Poder Judiciário a obstar a adoção de práticas próprias do sistema da *Common Law*, que é baseado primordialmente na prática consuetudinária de suas decisões, Gustavo Santana Nogueira (2013, p. 231) afirma que

Jamais tivemos uma cultura que valorizasse os precedentes. E isso vem desde o ensino jurídico nas universidades, que prestigiam o ensino do direito como direito positivado, e não o direito tal como é visto pelos Tribunais. E nem é uma característica que merece ser criticada, já que a partir do momento em que nem mesmo os Tribunais respeitam os seus precedentes, por que as universidades fariam o estudo de algo que muda constantemente?
Somo de um país enraizado na cultura do *civil law* e que muito pouco, ou nada, sabe acerca da *common law*. Em razão desse desconhecimento não conseguimos compreender corretamente o fenômeno da vinculação dos precedentes.

Neste contexto, apesar do Ministro Relator no voto proferido na Reclamação n. 4335/AC ter se apropriado da teoria da força normativa das decisões ³¹,

³¹ Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a

inspirada na teoria dos precedentes, na qual a decisão definitiva proferida pela Corte Suprema tem força de lei, a cultura jurídica brasileira, por suas práticas habituais, resiste a formação da *ratio decidendi*, constituindo, assim, um entrave ao cumprimento da orientação que se pretende vincular, conforme suscitado pelo Ministro Joaquim Barbosa (apud MACÊDO, 2013, p. 453)

Como argumento assentou o Min. Joaquim Barbosa, o único entrave à força normativa das decisões do Supremo não é a função designada constitucionalmente ao Senado Federal, mas tão-somente os juízes e tribunais que persistem em julgar contrariamente aos precedentes da Corte, sujeitando suas decisões à cassação ou reforma e emperrando a máquina judiciária.

Assim, a constante residência dos Juízes e Tribunais ao acolhimento das decisões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal constitui verdadeiro entrave à aceitação da força normativa da decisão, mesmo com a presença dos precedentes persuasivos aceitáveis no contexto jurídico brasileiro, regido pelo *Civil Law*.

Neste compasso, a ausência de acolhimento dos dispositivos das decisões, bem como de seus fundamentos, demonstram uma resistência dos Juízes e Tribunais na adoção da Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, inspirada na Teoria dos Precedentes, a qual não pode ser imposta por meio da transformação dos precedentes persuasivos em obrigatórios.

Assim, a mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4335/AC se apresenta como inconstitucional por propor uma modificação não apenas na interpretação da norma, mas uma alteração em seu próprio texto, afrontando os princípios da uniformidade constitucional e da supremacia do texto constitucional.

comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. [...] Portanto, a não publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica (Rcl n. 4335/AC, p. 59).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É verdade que diante das novas demandas da sociedade, escassamente suprida pelo Poder Legislativo, vive-se no Brasil, assim como em outras partes do mundo, uma tendência em se fortalecer as legitimações atribuídas ao Poder Judiciário, ante a confiança que vem sendo depositada na atividade jurisdicional, haja vista sua função julgadora na busca do equilíbrio das relações sociais.

Por estes termos, o fortalecimento atribuído ao Poder Judiciário, numa primeira análise, pode aparentar um desapego aos dogmas legais, na busca de suprir todo e qualquer ato de omissão do Poder Legislativo, entretanto, não se apresenta como uma afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que, a atuação jurisdicional nos termos aqui apresentados foi legalmente expandida pela própria Constituição Federal de 1988, que atribui competências outras não contempladas em constituições anteriores, portanto, evidencia-se este fortalecimento pelo próprio ordenamento jurídico.

No Brasil, os dogmas legais sempre foram o maior direcionamento para o exercício de direitos e garantias, haja vista sua cultura arraigada na Teoria do Positivismo, exercida por meio do método subsuntivo, na qual a interpretação condiciona a adequação do fato à norma, de modo que a atividade do intérprete se apresenta como mero revelador, extraindo da norma apenas o seu sentido literal.

Entretanto, embora o positivismo ainda seja a primeira metódica utilizada pelos juízes e tribunais de nosso país, uma nova compreensão surge com o Poder Judiciário a partir da Constituição Federal de 1988 e suas inúmeras emendas, as quais vêm ampliando a visão hermenêutica, mesmo que timidamente, na superação do excesso formalista do positivismo jurídico, integrando a legalidade descrita no texto normativo com as realidades sócio-políticas pertencente a nossa sociedade.

Como demonstrado no decorrer do trabalho, a nova visão hermenêutica - a Teoria da Concretização Constitucional, fundamentada na metódica jurídica de Friedrich Müller – não pretendeu a superação do positivismo jurídico, pelo abandono absoluto de seus métodos de interpretação, sendo inclusive ressaltado por Müller, quando da exposição de sua teoria, que a interpretação do teor literal da norma, base principal da metódica do positivismo jurídico, é um dos elementos primordiais ao processo de concretização, apesar de ser apenas um dos elementos componentes desse processo.

Assim, a superação da tensão existente na separação norma e realidade é o ponto de partida para a efetivação da Constituição pela concretização da norma na superação do modelo clássico (positivismo jurídico), que trilha a separação do 'ser' e do 'dever ser'.

Desse modo, suplantando a rigidez da interpretação tradicional pura, adota-se no Brasil a mutação constitucional como mecanismo de interpretação evolutiva da Constituição, capaz de atualizá-la e adequá-la às novas realidades, sendo essa mutação apresentada como formal (reforma e revisão constitucional) e informal.

E é com base no instituto da mutação constitucional informal, que o Ministro Gilmar Mendes, na condição de relator da Reclamação n. 4335/AC, apresenta a proposta de releitura do artigo 52, X, da Constituição Federal visando restringir a competência do Senado Federal à condição de publicador das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, equiparando, por conseguinte, seus efeitos ao controle concentrado.

Assim, a prevalecer à mutação constitucional proposta, introduzir-se-á no Brasil a força obrigatória dos precedentes, de forma generalizada, não apenas adstrita à Súmula Vinculante e aos precedentes firmados em controle concentrado – tal como o é hoje –, à semelhança da cultura da *Common Law*.

Por tudo quanto foi dito, neste momento, cumpre pontuar que o Brasil é regido pelo sistema da *Civil Law*, ainda é tímida a influência quanto a vinculação de decisões, de modo que não possui uma história marcada pela formação e utilização de precedente vinculante, o qual é comum ao sistema da *Common Law*, que adota a teoria *stare decisis*, conferindo força ao fundamento nuclear de uma decisão, para vincular os casos futuros.

As discussões até o momento levantadas no julgamento da Reclamação n. 4335/AC acerca da possibilidade da vinculação das decisões definitivas proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, trouxeram para o cenário jurídico nacional – de formação tipicamente positivista – construções próprias do sistema da *Common Law*, que valoriza sobretudo o debate na formação dos fundamentos que constituem a *ratio decidendi*.

Dentre os diversos obstáculos à introdução da Teoria do Precedente Vinculante no Brasil, em tese viabilizada na Reclamação n. 4335/AC, a identificação da *ratio decidendi* se apresenta como um dos maiores problemas, pois não raros são os casos em que o julgamento de determinado assunto, apesar da identidade quanto ao resultado, apresenta ausência de coesão no que se refere aos fundamentos que o embasaram, de modo que, assumindo força vinculativa, os casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal deverão ser precedidos de amplo debate jurídico e amadurecimento, em atenção à segurança jurídica, pois, no sistema vigente, a rigidez quanto à formação da *ratio* é exigida apenas nos casos de edição de Súmula Vinculante, para a qual há expressa determinação de observância de quórum qualificado.

Outro ponto ponderado, sob a exegese da Constituição Federal de 1988, é que a edição da resolução prevista pelo Senado Federal se apresenta como uma prerrogativa democrática, respaldada pelo princípio da separação dos poderes.

Nos termos dispostos na Reclamação n. 4335/AC, o intérprete – *in casu*, o Supremo Tribunal Federal –, suprimi os limites dados à elasticidade da norma, impressos no próprio texto normativo, bem como os princípios da unidade e

supremacia da constituição, violando a cláusula pétrea concernente ao equilíbrio entre os poderes.

Portanto, a proposta de se atribuir efeitos vinculantes pretendida na Reclamação n. 4335/AC, por meio da mutação constitucional por interpretação, mostra-se inconstitucional, porque excede os parâmetros limitativos à mutação constitucional firmados neste trabalho.

Por estes termos, para que se atenda aos critérios de constitucionalidade, melhor seria se a pretensão lançada nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus na aludida Reclamação, fosse efetivada por meio de regular aprovação e promulgação de emenda constitucional – procedimento típico de reforma legislativa.

Portanto, não se afirma neste dissertar, que não caiba no modelo jurídico brasileiro a doutrina da *Common Law*, bem como a mutação constitucional por interpretação, mas que a introdução abrupta desse sistema sem a adaptação às realidades aqui presentes, na atuação do Judiciário, pode se apresentar temerária à própria segurança das relações jurídicas e atingir, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias fundamentais

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraude à constituição**: Um atentado ao poder reformador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. **Mudança constitucional**: O Brasil pós-88. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: Os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. 22 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II.

_____. **A nova interpretação constitucional**: Ponderação, direitos fundamentais e reações privadas. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: instituto brasileiro de direito constitucional, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3 ed. São Paulo: Edipro. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Código de processo civil**. 13 ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 05.Out.1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 20.Dez.2006. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n. 11.464, de 26 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 29.Mar.2007. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n. 7347, de 24 de julho de 1985. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 25.Juh.1985. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n. 8038, de 28 de maio de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 25.Mai.1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n. 8072, de 25 de julho de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 26.Juh.1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n. 9756, de 17 de dezembro de 1998. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 05.Jan.1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Lei Ordinária n., 9869, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, DF, 11. Nov.1999. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 463** Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 4335/AC**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13.01.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13.01.2014.

BUFULIN, Vinicius Castrequini. Controle de constitucionalidade em face da mutação constitucional e da mutação legal. **Scientia Iuris**. Londrina: Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. v. 7/8. p. 447-470, 2003/2004.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997

CÁCERES, Florival. **História do Brasil**. 1 ed. São Paulo: Moderna, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

CINTRA, Antoni Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiro, 1999

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedentes judiciais**: Como fonte do direito. Rio de Janeiro: RT, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **controle de constitucionalidade, teoria e prática**, 6. ed. São Paulo: Juspodivm 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**, trad. Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. _____. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 3.

_____.; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Salvador:Juspodivm, 2011, v. 2.

FELETTI, Vanessa Maria. **Súmula vinculantes hermenêutica e jurisdição constitucional**: Interpretação e aplicação das súmulas vinculantes sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais na tarefa de julgar. São Paulo: Servanda, 2013.

FERRAZ, Anna Cândido da Cunha. **Processo Informal de mudança da Constituição**: Mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 1. ed. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1991

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución** trad. Christian Förster. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito; trad. de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 6 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Duas notas sobre o art. 52, X, da Constituição Federal e sua pretensa mutação constitucional. **Revista de Processo**. Rio de Janeiro: RT, v. 215. ano 38, p. 437-461, jan. 2013.

MARINONI, Luís Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Paraná. n. 49 p. 12-55. 2009.

_____. (Coord.) **A força dos precedentes**. 2 ed. Bahia: Juspodivm, 2012

_____.Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 906, abr. 2011.

_____. Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e a força obrigatória dos precedentes, **Revista de Processo**, Rio de Janeiro: RT, v. 184, ano 35, n. 184, p. 09-41, jun. 2010.

MARIOTTI, Alexandre. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Saraiva, 1999

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Recife: Renovar, 2008.

MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
MONTESQUIEU. **O espírito das leis**: As formas de governo e a divisão dos poderes. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **A revisão constitucional brasileira**: Como se situa, qual o seu alcance e quais seus limites. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann 4. ed. São Paulo: RT, 2010

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: RT, 2008

MUNIZ, Tania Lobo; PAULA, Lucas Franco de. Sobre a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso. **Rkadvocacia**. Belo Horizonte, 20 abr. 2013. Disponível em:
<http://www.rkadvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20130420140225.pdf> . Acesso em 24 set. 2013

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2 ed. Bahia: JusPodivm, 2013

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: Poder constituinte permanente e cláusulas pétreas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2012

_____. **Mutação constitucional: Interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2013

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: A hermenêutica constitucional como instrumento,** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição concretizada: Construindo pontes com o público e o privado,** porto alegre: livraria do advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010

SILVA, Diogo Bacha e. Da mutação constitucional à living constitution: a hermenêutica constitucional entre a sintática e a pragmática jurídica. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ,** Belo Horizonte. Ano 10, n. 12 p.113-140, jul/dez. 2012.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites das reforma constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula do efeito vinculante amplo no direito brasileiro: Um problema e não uma solução.** 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey 1998.

SILVA. José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo,** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luís; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattonide; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI** Jacarezinho: Revista Argumenta – n. 7. p. 45-68, 2007.

TARANTO, Caio Márcio Gutteres. **Precedentes Judicial: Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Arguição de Preceito Fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Nova lei da súmula vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**, São Paulo: Métodos, 2007.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Súmula vinculante: Perigo ou solução**. 1 ed. Campinas: Russell, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar. Tomo II. 2006.

VIEIRA, Andreia Costa. **Civil law e common law: Os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito: civil Law e common Law. **Revista Jurídica** ano 57. n. 384, p. 53-62, out. 2009.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**. Ano 99. v. 893, mar. 2010.

ZANOTTI, Bruno Taufner, **Controle de constitucionalidade**, 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.