



## A EXTENSÃO DA EFICÁCIA *ERGA OMNES* E DO EFEITO VINCULANTE ÀS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE DIFUSO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HIPÓTESE DE MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL

**Glauco Salomão Leite**

Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP;

Prof. de Direito Constitucional da Faculdade Integrada do Recife (FIR) e da Faculdade de

Direito de Caruaru (ASCES);

Advogado.

**SUMÁRIO:** 1.0 Introdução: colocação do problema. 2.0 O Senado Federal diante do atual modelo de controle de constitucionalidade: os fundamentos da mutação constitucional. 3.0 Análise da mutação constitucional sobre o preceito do art. 52, X, da Constituição Federal. 3.1 Mutações constitucionais e a distinção entre texto normativo e norma jurídica. 3.2 O (mero) dever de publicidade das decisões definitivas de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal para o Senado Federal: tradição? 3.3 Mutações constitucionais e violação do princípio da separação dos poderes. 4.0 A súmula vinculante como alternativa para a dispensa da participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade. 5.0 Conclusões. 6.0 Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Este trabalho discute a extensão do efeito vinculante e geral (*erga omnes*) às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Assim, através de uma mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei por essa Corte, caberia ao Senado Federal apenas publicar sua decisão na imprensa oficial.

**PALAVRAS-CHAVES:** Efeito vinculante – controle difuso de constitucionalidade – mutação constitucional.

**RESUME:** This work discusses the extension of binding and general (*erga omnes*) effects to decisions taken by Federal Supreme Court in the constitutionality diffuse control. Thus, through a informal change of art. 52, X, of the Federal Constitution, once recognized the unconstitutionality of a law by that Court, Federal Senate should only publish its decision in official press.

**KEY-WORDS:** Binding effect – diffuse control of constitutionality - informal change of Constitution.

“(...) os processos de mutação manifestamente *inconstitucional* alteram, transformam, mudam, substituem e até mesmo destroem normas constitucionais, ou a Constituição por inteiro. (...)

Inadmissíveis teoricamente diante da concepção de Constituição, obra de um poder mais alto, reflexo de uma idéia de direito na comunidade, decisão política fundamental positivada, dotada de caráter impositivo que deve prevalecer sobre todo o sistema jurídico e político, abarcando, a um só tempo, todos os atos dos governantes e governados, perduram, todavia, na prática.

Combatê-los e repeli-los é, pois, imperativo indiscutível.”

(FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 249-250)

## 1.0 Introdução: colocação do problema.

Como se sabe, existe no Brasil o que se pode denominar “modelo híbrido” de controle jurisdicional de constitucionalidade das normas, mesclando elementos do sistema concentrado, de inspiração européia, e do sistema americano, cujo berço é a conhecida *judicial review*.

Sendo assim, na tradição jurídica pátria, as decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade de uma norma pela via difusa apenas produzem eficácia entre as partes do processo (efeito *inter partes*). O mesmo se aplica a uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) nesse tipo de controle. Portanto, a despeito de ser reconhecida como incompatível com a Constituição, a norma inválida não é afetada em sua vigência, permanecendo no ordenamento jurídico e aplicável a outros casos concretos. Para que essa norma seja eliminada do sistema jurídico-positivo, em caráter definitivo, é necessária a sua suspensão pelo Senado Federal, após a decisão definitiva de mérito do STF pela sua inconstitucionalidade, consoante dispõe o art. 52, X, da Constituição Federal (CF)<sup>1</sup>. Sem a intervenção desse órgão legislativo, a norma declarada inconstitucional por essa Corte no modelo difuso não é expulsa do ordenamento.

Por outro lado, no modelo concentrado ocorre o inverso. Nesse sistema, as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF acarretam a eliminação automática da norma inválida, atuando como um “legislador negativo”<sup>2</sup>, na expressão cunhada por Hans Kelsen, idealizador do controle concentrado de leis. Por essa razão, não há a necessidade de participação do Senado, pois não tem sentido eliminar do ordenamento o que já não mais existe juridicamente. Essas decisões, portanto, possuem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas esferas federal, estadual e municipal.

Pois bem, diante da nova feição com que se apresenta a práxis do

---

<sup>1</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:  
(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>2</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 150-154. Para uma abordagem sobre a tese do “legislador negativo”, cf. LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 108-114; SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, 2000, pp. 170-171; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 20 e ss.

controle de constitucionalidade no país, destaca-se nessa oportunidade a discussão acerca da possibilidade de extensão da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF também no âmbito do controle difuso.

O interesse nessa temática advém da circunstância de ela atualmente ser objeto de importante controvérsia no próprio STF. De fato, na Reclamação (RCL) nº 4335/AC, seu relator, o Min. Gilmar Mendes, levantou como questão de ordem a viabilidade e conveniência de se estender a eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões de inconstitucionalidade daquela Corte quando proferidas no modelo difuso de controle de normas. Dessa maneira, ficaria superada a concepção tradicional de que as decisões nesse sistema produzem apenas efeitos entre as partes do processo. Agora, não mais seria a resolução do Senado o ato responsável pela atribuição de eficácia geral às decisões do STF em controle difuso. Esse efeito seria, a rigor, uma decorrência automática da própria decisão da Corte, assim como ocorre no controle concentrado de normas. Então, cabe indagar: se o Senado Federal não mais suspenderia a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso, qual seria sua nova função? Ao Senado caberia tão-somente dar publicidade, através do Diário Oficial do Congresso Nacional, às decisões do STF. O ponto principal, nessa polêmica, é que a própria decisão do STF, também na via difusa, teria força normativa para suspender a eficácia da lei inconstitucional, dispensando a vetusta participação do Senado, baseada no art. 52, X, da CF. Logo, a vingar a tese levantada, todas as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, seja no controle difuso ou no concentrado, teriam caráter obrigatório e eficácia *erga omnes*.

Convém observar que a mudança de concepção a respeito da competência do Senado não seria proveniente de uma reforma constitucional, ou seja, não seria fruto de uma alteração através de emenda constitucional, seguindo o rito próprio fixado no art. 60, da CF. Essa mudança resultaria de uma *nova interpretação* que o STF daria ao enunciado do art. 52, X, da CF, ao resolver a questão de ordem

---

suscitada na Reclamação antes indicada.

Aderindo à posição do Min. Gilmar Mendes, o Min. Eros Grau ressalta que haveria uma autêntica *mutação constitucional*<sup>3</sup> sobre o referido preceito constitucional. Por isso, esse dispositivo passaria por uma releitura, ganhando um sentido mais adequado com o modelo de controle de normas existente atualmente no país<sup>4</sup>.

No presente estudo, pretende-se analisar, a partir de um viés crítico, os fundamentos jurídicos que apóiam a tese defendida pelo ilustres magistrados. Com isso, almeja-se indagar se é possível ocorrer essa mutação constitucional através de interpretação judicial desenvolvida pelo STF.

Embora se reconheça o relevante papel que toca ao STF como especial agente concretizador da Constituição, parte-se do pressuposto de que esta se insere em uma esfera pública pluralista. Logo, afasta-se qualquer espécie de redução organicista que pretende confinar a interpretação da Constituição ao desenvolvimento de um único operador jurídico, como seria uma Suprema Corte<sup>5</sup>. Em outros termos, a Constituição não possui um “dono”, mas sim vários intérpretes<sup>6</sup>. Sob essa perspectiva, busca-se

---

<sup>3</sup> Como aponta Anna Cândida da Cunha Ferraz: “Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre *reforma constitucional* e *mutação constitucional*; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas) pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.” (*Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.)

<sup>4</sup> Apresentaram entendimento contrário a esta orientação o Min. Sepúlveda Pertence e o Min. Joaquim Barbosa. Mais adiante, seus argumentos serão apresentados. No momento, o julgamento da RCL nº 4335/AC está suspenso em razão do pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowsky. (Cf. *Informativo STF*, nº 463).

<sup>5</sup> CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 24.

<sup>6</sup> Oportuna é observação de Peter Häberle: “(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Mais adiante, esclarece: “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os

lançar novos elementos na discussão, tentando contribuir para este profícuo debate.

## **2.0 O Senado Federal diante do atual modelo de controle de constitucionalidade: os fundamentos da mutação constitucional.**

O primeiro fundamento a favor da mutação constitucional em tela parte da constatação de que, a partir da Constituição de 1988, houve uma significativa expansão dos mecanismos de controle concentrado de normas. Como consequência, verificou-se um estreitamento na utilização da via difusa. Essa nova realidade demandaria uma reapreciação da competência do Senado no controle difuso de constitucionalidade.

Na história constitucional brasileira, como se sabe, primeiramente foi implantado o controle difuso de constitucionalidade sob a influência de Ruy Barbosa, o que ocorreu com a Carta republicana de 1891. Assim, todo órgão jurisdicional adquiriu competência para declarar, nos litígios sob exame, a inconstitucionalidade de alguma norma, sendo que os efeitos dessa decisão ficavam circunscritos às partes do processo.

Entretanto, embora tenha sido a *judicial review* norte-americana a fonte de inspiração para a criação do controle difuso na Constituição de 1891, não se introduziu no Brasil um mecanismo equivalente ao precedente obrigatório (*stare decisis*), por meio do qual as demais instâncias judiciais devem seguir a orientação firmada pela Suprema Corte norte-americana. De fato, com a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, aquela simples não-aplicação, restrita ao caso concreto sob análise, acaba “por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros

---

intérpretes jurídicos que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.” (*Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 13-15).

casos, da lei inconstitucional”<sup>7</sup>.

Por outro lado, em razão da ausência do *stare decisis* nos sistemas jurídicos de filiação romano-germânica<sup>8</sup>, no direito brasileiro todas as decisões sobre a legitimidade de normas valeriam apenas para um único caso, inclusive as do STF, órgão máximo da jurisdição constitucional, revelando-se, portanto, desprovidas de força para se impor aos outros juízes e tribunais. Nesse cenário, tem-se a situação iníqua em que a uma mesma norma é inválida para uns e permanece válida para outros, na hipótese de outros juízes entenderem que a norma é constitucional.

Para atenuar essa problemática, foi criada, pela Constituição de 1934, a competência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF<sup>9</sup>. Como observa Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a atribuição dessa competência ao Senado Federal tinha como objetivo reduzir o trabalho do Judiciário, “evitando tivesse de pronunciar-se, repetidas vezes, em cada caso que fosse chamado a julgar, por estar o texto, a seu ver, inquinado de vício de inconstitucionalidade, portanto, sem eficácia.”<sup>10</sup>.

Outrossim, a criação dessa competência para o Senado também revela uma opção política do constituinte em não atribuir força obrigatória geral às decisões do STF em controle difuso, o que se explica pela concepção prevalecente, à época, a respeito da separação dos poderes e pelo receio de se estabelecer um “governo de juízes”<sup>11</sup>.

Apenas em 1965, com a Emenda Constitucional (EC) nº 16 à Carta de 1946, foi criada a representação de inconstitucionalidade (hoje denominada ação direta

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 82. Ver também: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 44-45.

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushtasky, 1980, p. 183.

<sup>9</sup> Cf. Art. 91, IV c/c art. 96, da CF/1934.

<sup>10</sup> *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushtasky, 1980, p. 168.

<sup>11</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 124; BARROS, Sérgio Resende de. O Senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 166, jan./jun. 2003.

de inconstitucionalidade), introduzindo-se o modelo concentrado-abstrato de normas a ser realizado pelo STF. Todavia, mesmo com a introdução desse novo modelo, na prática ainda predominava o controle difuso de constitucionalidade. Isto porque, considerando que o único legitimado ativo para propor essa ação era o Procurador-Geral da República, a utilização do controle abstrato ainda era incipiente.

Entretanto, a Constituição de 1988 mudou de forma significativa o cenário do controle de constitucionalidade, dando maior ênfase ao sistema concentrado. Dessa maneira, foi ampliado o rol de legitimados ativos para propor ação direta perante o STF; criou-se a ação declaratória de constitucionalidade (EC nº 03/93); essas ações ganharam uma disciplina legal específica (Lei nº 9.868/99), assim como foi regulamentada a argüição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882/99)<sup>12</sup>, apenas para destacar os principais mecanismos processuais que integram o controle concentrado. Diante disso, não restam dúvidas de que as principais controvérsias políticas, econômicas e sociais passaram a desaguar no STF mediante o controle concentrado, provocando o que se tem denominado “politização” da jurisdição constitucional<sup>13</sup>.

O interesse nesse breve relato da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil consiste em que as decisões de inconstitucionalidade do STF proferidas nessas ações de controle concentrado possuem, todas elas, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Logo, dado o predomínio do modelo concentrado em detrimento do difuso, a regra geral passou a ser que as decisões de inconstitucionalidade do STF, de pronto, nulificam o ato inconstitucional, haja vista possuírem a força obrigatória geral. Por isso, em todas essas hipóteses, não há necessidade de intervenção do Senado Federal. O resultado é a constatação de que a

---

<sup>12</sup> Para todas essas ações, os legitimados ativos são os mesmos e estão indicados no art. 103, da CF, com a redação dada pela EC 45/04: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>13</sup> Sobre o assunto, cf. LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas

competência desse órgão legislativo, prevista no art. 52, X, da CF, tornou-se obsoleta e ultrapassada<sup>14</sup>. Assim, em vez de o Senado atribuir caráter geral às decisões do STF em controle incidental, restaria conferir-lhes apenas publicidade na imprensa oficial. Eis, portanto, a mutação constitucional em sua dinâmica.

O segundo fundamento em prol da tese da mutação constitucional se baseia no imperativo da economia processual. O Min. Eros Grau observa que “o crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil.”<sup>15</sup>.

Em síntese, poder-se-ia afirmar que mutação constitucional almejada pelo Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Eros Grau se fundam a) nas transformações pelas quais passou o modelo de controle de constitucionalidade pátrio, resultando no alargamento do modelo concentrado e b) na conveniência em se evitar que o STF venha a repetir decisões sobre questões a respeito das quais já havia se pronunciado, o que contribuiria com a diminuição de processos nessa Corte. Cabe, agora, avaliar a procedência da mutação constitucional em comento.

---

Luhmann. In: *Cadernos de soluções constitucionais*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, pp.145-182.

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 270-280; CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 124-125; BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 111. É importante observar que Clémerson Merlin Cléve e Luís Roberto Barroso, embora concordem com o caráter anacrônico da competência do Senado no contexto atual da jurisdição constitucional brasileira, silenciam sobre a possibilidade de essa competência ser alterada mediante mutação constitucional. Por isso, não se pode afirmar, com base nas obras citadas, que esses autores endossam a tese da mutação constitucional aqui discutida.

<sup>15</sup> Voto-vista proferido na Rcl. nº 4335/AC.

### 3.0 Análise da mutação constitucional sobre o preceito do art. 52, X, da Constituição Federal.

#### 3.1 *Mutação constitucional e a distinção entre texto normativo e norma jurídica.*

É entendimento cediço que a mutação constitucional é compreendida como uma alteração no sentido atribuído ao texto constitucional, isto é, uma modificação no seu significado. Em outros termos, muda-se o conteúdo do enunciado constitucional, mas sem alterar sua redação.

Em torno dessa idéia de mutação constitucional, é reconhecida a não-identidade entre texto de norma ou enunciado normativo e norma jurídica. No âmbito da teoria da interpretação jurídica, tem-se entendido que as leis em geral não carregam um sentido unívoco e clarividente, especialmente a Constituição, cujos enunciados são normalmente mais vagos e imprecisos. Aquilo que é veiculado por elas, ou seja, um conjunto de textos normativos, é apenas a “ponta do iceberg”<sup>16</sup>, vale dizer, o ponto de partida de um (complexo) processo interpretativo. A norma jurídica propriamente dita é o resultado do processo interpretativo, realizado à luz de um caso concreto. Isso significa que a norma não é um *dado*, ou seja, uma solução rígida previamente fixada pelo legislador, mas sim um *construído* pelo intérprete.

Considerando que no processo hermenêutico concorrem não apenas o grau variável de plurivocidade semântica dos enunciados normativos, senão também a

---

<sup>16</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumman. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53. Acolhendo a distinção entre texto normativo e norma jurídica, cf., dentre outros, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.200 e ss.; CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 59; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20; ADEODATO, João Maurício Leitão. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3., dez. 2006, São Paulo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006. p. 328 e ss.; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18 e ss.; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22 e ss.; TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 218 e

pré-compreensão do intérprete e as circunstâncias de cada caso, é possível que seja construída mais de uma norma a partir de um mesmo texto legal ou constitucional.

Tendo isso em vista, a mutação constitucional consiste em uma modificação da norma jurídica (resultado da interpretação), impulsionada por novos fatores sociais, políticos e/ou econômicos, mas mantendo-se intacto o texto constitucional. Em princípio, teria sido este o sentido e o alcance dado pelo Min. Eros Grau ao fenômeno da mutação constitucional, como se depreende da seguinte passagem de seu voto:

A mutação constitucional é a 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<sup>17</sup>.

Curiosamente, logo adiante o Min. desenvolve um conceito diferenciado de mutação constitucional, asseverando que, através de tal processo, não se altera apenas a *norma jurídica*, proveniente da interpretação, mas sim o próprio *texto normativo*. Em outras palavras, haveria uma modificação no *texto* da própria Constituição Federal levada a cabo pelo STF:

Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. *Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é*

---

ss.; STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 595 e ss.

<sup>17</sup> Voto-vista proferido na Rcl. nº 4335/AC.

*alterado*<sup>18</sup>. (destaque nosso)

Aplicando essas premissas à problemática da mutação constitucional discutida aqui, o Min. Eros Grau afirma estarmos diante da substituição de um texto (“compete privativamente ao Senado Federal *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*”) por 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*”).

Entende-se que essa mutação constitucional é ilegítima por ultrapassar os limites da atuação da jurisdição constitucional no que tange à interpretação do texto constitucional. Sendo a mutação constitucional, no fundo, uma mudança de interpretação, convém ressaltar alguns limites a esta atividade.

Embora se compartilhe com a posição segundo a qual é o intérprete quem constrói a norma diante do caso concreto, o processo hermenêutico não deve ocorrer de forma absolutamente livre. Primeiramente, o próprio texto normativo representa um importante limite hermenêutico<sup>19</sup>. Assim, quanto mais preciso for o texto normativo, menor será o espaço de discricionariedade judicial, o que reduz, conseqüentemente, o leque de interpretações válidas. De modo inverso, quanto menos preciso for o enunciado, maiores são a liberdade do intérprete e as chances de divergência interpretativa<sup>20</sup>. Destarte, como ressalta Cristina Queiroz, é essa precisão

---

<sup>18</sup> Voto-vista proferido na Rcl. nº 4335/AC.

<sup>19</sup> Como destaca João Maurício Adeodato, “O texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”. (Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3., dez. 2006, São Paulo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006, p. 331.)

<sup>20</sup> Em sentido semelhante, Dimitri Dimoulis sugere o conceito de “densidade normativa”: “O texto das normas jurídicas deve ser visto como filtro ou tecido, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela ‘peneira’ do próprio texto. A regra da densidade normativa pode ser formulada da seguinte maneira: *Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa).*” (Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 248. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2).

ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz<sup>21</sup>.

Outrossim, não se defende, no campo da interpretação jurídica, as teses do realismo jurídico norte-americano, pelo qual o que está disposto nos textos normativos (*paper rules*) carece de imperatividade, pois o que importa é a decisão judicial concreta (*real rule*). Essa corrente pode, no limite, levar a um total descrédito em relação à força normativa da Constituição.

Feitas essas ressalvas e tendo em vista que o próprio texto constitucional representa um limite à atividade hermenêutica, a mutação constitucional apenas pode ser realizada, de maneira legítima, no quadro das possibilidades semânticas que o texto constitucional permitir. Sob essa perspectiva, percebe-se que a mutação constitucional ocorre, com maior probabilidade, em relação aos preceitos constitucionais mais vagos e imprecisos, cujos sentidos podem ser mais facilmente modificados em face de novas circunstâncias políticas, sociais ou econômicas. Por isso, ela normalmente se dá sobre preceitos constitucionais que estabelecem princípios jurídicos, direitos fundamentais e demais cláusulas de conteúdo indeterminado, responsáveis por uma certa *abertura* da Constituição<sup>22</sup>. Logo, em relação a tais preceitos, os órgãos judiciais encarregados de concretizá-los, em particular um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema, naturalmente exercerão uma maior capacidade criadora, culminando no aumento de produção normativo<sup>23</sup>.

Todavia, no caso do dispositivo do art. 52, X, a CF, acredita-se que ele estabelece, de forma precisa e bastante objetiva, uma específica competência para o

---

<sup>21</sup> *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 104.

<sup>22</sup> "A abertura constitucional permite a realizabilidade do direito constitucional material por parte daqueles encarregados de aplicar a Norma Maior. Certamente, não se pode olvidar do fato de esta estrutura aberta do Texto Constitucional ser devida em grande parte à presença dos princípios na Constituição. A presença de normas principiológicas na Constituição conduz a uma *flexibilidade* da Constituição, ensejando sua alteração mediante interpretação constitucional." (LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 156.)

Senado Federal, o que restringe, sobretudo, as possibilidades interpretativas. De fato, é inviável, hermeneuticamente, sustentar que o preceito que defere ao Senado a atribuição para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo STF*” perca, de maneira definitiva, esse significado e adquira em substituição, e por uma simples “releitura”, o sentido pelo qual caberia ao Senado apenas “realizar a *publicação de decisão* do STF que declarou, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a inconstitucionalidade de lei, no todo ou em parte”<sup>24</sup>. Logo, essa mutação agride as possibilidades semânticas do texto constitucional, resultando em inovação não comportada por tal enunciado, o que implica no reconhecimento de sua ilegitimidade. Cuida-se, portanto, de uma mutação *inconstitucional*.

Mediante a pretendida mutação, importa observar, é implementada a perda de uma competência que fora atribuída ao Senado por uma decisão política do constituinte originário. De fato, se a Constituição, em sua dicção originária, conferiu ao Senado a competência para suspender a execução da lei reputada inválida pelo STF, excluindo-a do ordenamento jurídico, é porque esse efeito não decorre automaticamente da decisão do STF<sup>25</sup>. Em outros termos, consoante a formatação dada pelo constituinte originário ao controle difuso, as decisões de inconstitucionalidade, inclusive as do STF, continuam produzindo apenas eficácia *inter partes*, o que, de resto, nada mais representa do que a propagação de uma tradição jurídica brasileira iniciada com a Constituição de 1891. E tal ocorre por conta de uma opção do próprio constituinte originário, que reintroduziu, no art. 52, X, da atual CF, a referida competência do Senado. Por isso, por mais que se admita a ênfase dada pela

---

<sup>23</sup> Cf. LEITE, Glauco Salomão. O (inevitável) aumento a produção normativa pela jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru: Ideia, vol. 38, n° 1, 2007, pp. 127-140.

<sup>24</sup> Com veemência, concluem Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni e Martônio Mont’Alverne Barreto de Lima: “Excluir a competência do Senado – 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 (...)” (A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <[http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo\\_lenio07.pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2008.)

Constituição atual ao controle concentrado em detrimento do difuso, bem como o elevado número de processos no STF, não se pode simplesmente ignorar um preceito constitucional ainda em vigor por critérios de conveniência e/ou pragmatismo.

Além disso, é oportuno ressaltar que esse realce dado ao modelo concentrado pela Carta de 1988, utilizado como um dos fundamentos para a mutação constitucional, advém de várias decisões políticas não apenas do poder constituinte como também do poder reformador em prol da expansão de tal modelo, o que se verifica pela manutenção da ação direta, pela ampliação do seu rol de legitimados ativos, pela criação da ação declaratória de constitucionalidade e pela criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ora, se essas decisões políticas, realizadas seja pelo poder constituinte seja pelo reformador, são respeitadas e seguidas, vislumbra-se certa incongruência em não respeitar outra decisão do mesmo constituinte, vale dizer, aquela que decidiu outorgar ao Senado a competência para suspender a eficácia da lei tida como inconstitucional na via difusa, o que significa, por outro lado, que essa suspensão não é provocada pela decisão do STF.

Portanto, é preciso reconhecer que, apesar de todo o fortalecimento do controle concentrado com a Constituição de 1988, esta manteve incólume a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF na via difusa, o que expressa o reconhecimento de que as decisões dessa Corte, nesse tipo controle, não anulam a lei inconstitucional, pois seus efeitos são apenas *inter partes*. No fundo, trata-se de aplicar o direito constitucional positivo tal como ele é, e não como *deveria ser* a partir da ótica de cada intérprete.

Com tais afirmações, não estamos sustentando a adoção do originalismo na interpretação constitucional, pelo qual o intérprete deveria ir em busca da vontade dos “pais fundadores” (*founding fathers*) da Constituição no momento de sua aplicação no presente. Admitimos a possibilidade (e, por vezes, a necessidade) de mutações constitucionais com vistas à atualização da Constituição a uma nova realidade histórico-concreta, especialmente em relação à compreensão do catálogo de direitos

---

<sup>25</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio

fundamentais. No entanto, como já ressaltado, essa mutação deve ocorrer dentro dos limites semânticos estabelecidos pelos enunciados constitucionais.

Por isso que, no presente caso, haja vista a precisão com que foi positivado o art. 52, X, da CF, a mutação constitucional em tela representa uma verdadeira abrogação do preceito constitucional através de uma decisão do STF, pois, como afirma o próprio Min. Eros Grau, “não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”. Ora, se o texto em si é atingido, se a letra da Constituição é afetada, é porque a jurisdição constitucional desbordou de seus limites.

Na lúcida advertência de Anna Cândida da Cunha Ferraz, “(...) o caminho aberto às adaptações constitucionais não deve servir de veículo para violações constitucionais, pretendidas ou não, intencionais ou não”<sup>26</sup>.

### 3.2 O (mero) dever de publicidade das decisões definitivas de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal para o Senado Federal: tradição?

O Min. Eros Grau sustenta que a modificação do *texto* constitucional em tela é legítima, desde que sua “tradição” seja mantida e o *novo texto* seja coerente com o todo, em seu contexto, pois “é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar”<sup>27</sup>. Daí, conclui que o novo sentido atribuído ao art. 52, X, da CF não é “inusitado”, já que fora sustentado pelo jurista Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, em obra publicada em 1949<sup>28</sup>.

Antes de mais nada, vale ressaltar que, sendo a presente tese da mutação constitucional inadmissível, por ultrapassar os limites do preceito constitucional, esse argumento já seria suficiente para desconsiderar a questão de saber se o novo texto está ou não de acordo com a “tradição”.

Não obstante isso, dois pontos merecem análise. Em primeiro lugar, se

---

de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

<sup>26</sup> *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p.250.

<sup>27</sup> Voto-vista proferido na Rcl. nº 4335/AC.

<sup>28</sup> A obra referida é *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*.

existe uma leitura do art. 52, X, da CF, que seja congruente com a “tradição”, como sugere o Min. Eros Grau, é precisamente aquela que atribui ao Senado, e não ao STF, a competência para suspender a execução da lei inconstitucional. Isso porque um dos traços característicos do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, implantado desde 1891, é que as decisões judiciais, incluindo as do próprio STF, produzem apenas efeitos entre as partes do processo. Ora, foi precisamente esta a razão de se ter criado, na Constituição de 1934, a competência do Senado para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF, já que essa suspensão não se daria pela decisão da Corte.

Outro dado robustece ainda mais essa tradição. É que o preceito inscrito na Carta de 1934, referente a essa competência do Senado, foi repetido em todas as posteriores constituições até chegar a de 1988<sup>29</sup>. Logo, o tradicional, no âmbito do controle difuso praticado no país, é que a lei declarada inconstitucional não é excluída do ordenamento pela decisão definitiva do STF, pois sempre se fez necessária a intervenção do Senado para tal mister.

Poder-se-ia compreender que o “contexto” a que se refere o Min. Eros Grau seja o de prevalência do controle concentrado, em que as decisões do STF têm eficácia geral e obrigatória. Realmente, a extensão desses efeitos às decisões em controle difuso seria consentâneo com as decisões em controle concentrado, que passou o prevalecer na prática. Porém, isso não legitima ignorar um comando constitucional ainda vigente, enxertando-lhe um sentido que ele não comporta. Mais uma vez, o texto constitucional impõe uma barreira que não pode ser simplesmente transposta, ou ignorada, sob o argumento de se querer “adequar” o controle difuso ao (prevalente) controle concentrado, nem sob a alegação de se pretender desafogar a pauta de processos da Corte<sup>30</sup>.

Em segundo lugar, também não convence o argumento utilizado pelo Min. Eros Grau no sentido de que, apenas em razão de um respeitado autor ter

---

<sup>29</sup> Cf. art. 45, IV, CF/1946; art. 45, IV, CF/1967 e mantido pela EC/69 em seu art. 42, VII.

sustentado, no passado distante, que o Senado deveria apenas dar publicidade à decisão do STF, isso não quer dizer que esta interpretação não seria inusitada perante a nova ordem constitucional. A circunstância de a doutrina, por mais expressiva que seja, sustentar uma posição acerca de determinado assunto jurídico não significa que seu entendimento encontra respaldo no direito positivo vigente. Seria confundir o discurso doutrinário com o discurso prescritivo do direito positivo, objeto da interpretação jurídica. Exemplificando, o fato de um jurista repudiar a prerrogativa de foro para determinados agentes políticos, por entender que ela pode conduzir à impunidade, não significa que tal prerrogativa não existe no direito constitucional positivo e, como tal, deve ser compreendida<sup>31</sup>. De igual modo, esse jurista não poderia sobrepor sua posição particular a uma norma jurídica vigente, por entender que seu entendimento é mais progressista ou que melhor atender a valores morais.

Por isso, embora Carlos Alberto Lúcio Bittencourt sustentasse, na década de 40, que a decisão do STF já teria força normativa suficiente para suspender a lei inconstitucional, sua doutrina também esbarrava no texto constitucional vigente à época, que previa a competência do Senado para suspendê-la. Por conseguinte, sua posição não vingou, como relata Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>32</sup>, e as Constituições seguintes mantiveram essa competência do Senado. Portanto, a posição daquele autor não apenas não encontrou amparo na Constituição vigente à época, como igualmente não corresponderia ao que existe na atual Carta Magna.

Outra passagem que chama a atenção no voto do Min. Eros Grau é a seguinte:

“Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal --- competência privativa para cumprir um dever, o dever de

---

<sup>30</sup> Cf. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil*, 2008, p. 16 (no prelo).

<sup>31</sup> Cf., por exemplo, o art. 53, § 1º, da CF/88, que fixa prerrogativa de foro para Deputados Federais e Senadores.

<sup>32</sup> “LUCIO BITTENCOURT (Ob. cit. pág. 144) se manifestou favorável à tese da obrigatoriedade da decisão definitiva de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, para os outros Juízes e Tribunais e os outros poderes governamentais. *Mas não vingou por não encontrar apoio no nosso costume constitucional, na falta de texto expresse a respeito*”. (*A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushtasky, 1980, p. 183, destaque nosso)

publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional”<sup>33</sup>.

Parece um paradoxo essa afirmação do Min., pois se o novo sentido que ele empresta ao art. 52, X, da CF, é pertinente com uma “tradição”, não sendo, portanto, “inusitado”, tal sentido não deveria ser “estranho” e “peculiar”. Eis aqui o ponto crucial. É exatamente por não fazer parte de uma “tradição” e por não ser albergada pelo referido dispositivo constitucional, que a nova interpretação que lhe é agregada pelo Min. resulta “estranha”, “peculiar” e “inusitada”.

### *3.3 Mutação constitucional e violação do princípio da separação dos poderes.*

Assumindo como premissa o fato de que essa proposta de mutação constitucional repercute na própria dimensão textual da Constituição, já que resulta em novo enunciado, entende-se que ela viola o princípio da separação dos poderes. Na prática, em se acolhendo tal proposta, não haverá uma simples mudança de sentido a respeito de uma competência específica do Senado, mas sim a sua eliminação completa, destituindo o Senado de toda utilidade no controle difuso<sup>34</sup>. Portanto, está-se a discutir a própria sobrevivência de uma competência do Senado, estabelecida expressamente pela Constituição.

Destarte, o Senado deixaria de ter a atribuição para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso. Esse poder seria transferido, imediatamente, à própria Corte, restando ao Senado a singela tarefa de publicar sua decisão judicial na imprensa oficial. Nesse caso, o STF estaria promovendo uma alteração que só seria válida se realizada mediante emenda constitucional. Dito de outra maneira, sob a roupagem de uma mutação

---

<sup>33</sup> Voto-vista proferido na Rcl. nº 4335/AC.

<sup>34</sup> STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont’Alerne Barreto de; CATTONI, Marcelo Andrade. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: < [http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo\\_lenio07.pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2008

(in)constitucional, o STF realizaria uma clara usurpação de competência reformadora. Daí, a violação ao princípio da separação dos poderes.

Esse princípio encontra projeção no campo da hermenêutica constitucional através do postulado da correção ou concordância funcional. Por este, o órgão responsável pela interpretação da Lei Maior não deve adota sentidos que, de algum modo, alterem ou subvertam o modelo de distribuição das funções estatais delineado pela Constituição<sup>35</sup>.

Nesta situação, o STF, protagonista da interpretação constitucional, através de tal mutação constitucional, promove exatamente uma alteração no regime de distribuições de funções competências entre órgãos estatais. De fato, ele avoca para si uma competência que antes pertencia ao Senado Federal, em nítida contrariedade à separação dos poderes definida pela Constituição.

Por mais esse motivo, a proposta em análise se afigura inconstitucional.

#### **4.0 A súmula vinculante como alternativa para a dispensa da participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade.**

A partir da criação do mecanismo da súmula vinculante pela EC nº 45/2004, verifica-se uma interferência na competência do Senado prevista no art. 52, X, da CF.

De fato, dentre os requisitos para a criação de uma súmula vinculante (art. 103-A, da CF), figuram a necessidade de uma controvérsia atual entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Público a respeito da eficácia, interpretação e *validade* de normas determinadas, assim como é preciso que o STF profira reiteradas decisões sobre essa controvérsia, o que se dá em vários casos

---

<sup>35</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Introduccion y traduccion de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224.

concretos apreciados pela Corte.

Pois bem, se a controvérsia pode envolver validade de normas, isso significa que estará em jogo a própria constitucionalidade dessas normas, ou seja, sua compatibilidade com a Constituição. Desse modo, quando o STF se manifestar sobre essa querela, ele estará apreciando a constitucionalidade de uma norma pela via difusa, nos casos concretos que chegarem até ele.<sup>36</sup> Assim, após proferir reiteradas decisões pela inconstitucionalidade da norma objeto da controvérsia, ele poderá criar súmula com efeito vinculante, fixando sua jurisprudência e tornando-a obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, em todas as esferas da federação.

Aqui se encontra outro relevante argumento contrário à mutação constitucional em foco. Se foi desenvolvido, através de emenda constitucional, todo um regime jurídico para as súmulas vinculantes, e se um dos requisitos para a sua edição é existência de *reiteradas decisões* em um mesmo sentido, é porque essas decisões, inclusive as declaratórias de inconstitucionalidade, não possuem eficácia geral e obrigatória. Do contrário, seria inútil implantar o mecanismo da súmula vinculante se as decisões singulares que estão em sua base possuísem efeito vinculante<sup>37</sup>. Vê-se, então, que se o constituinte originário considerou que as decisões em controle difuso têm efeitos apenas entre as partes, essa posição acabou sendo confirmada pelo poder reformador através da EC 45/2004, ao permitir a criação de súmula vinculante para exprimir decisões de inconstitucionalidade do STF proferidas incidentalmente.

Considerando que a súmula vinculante acabou realizando um trânsito da jurisdição constitucional difuso-concreta para o concentrado-abstrato, o entendimento do STF acaba se generalizando. Assim, apesar de a EC 45/04 não ter revogado

---

<sup>36</sup> Muito embora a Súmula vinculante nº 2 (É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingo e loterias.), tenha se originado de decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade.

<sup>37</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87.

expressamente o art. 52, X, da CF, nos casos em que o STF editar súmula vinculante baseada em decisões que reconheceram a inconstitucionalidade, em concreto, de uma determinada norma, o exercício da competência do Senado consistente na suspensão de sua eficácia será despiciendo, pois a súmula tem o condão de eliminar tal norma do sistema jurídico. Para essas situações, é possível afirmar que a EC 45/04 realizou uma revogação tácita do art. 52, X, da CF. No entanto, nos casos em que o STF simplesmente declarar a inconstitucionalidade de uma norma na via difusa, sem criar, após as reiteradas decisões, uma súmula vinculante, a competência do Senado não foi afetada, podendo ser exercida regularmente<sup>38</sup>.

Dessa forma, a súmula vinculante representa um mecanismo que pode tornar mais ágil a atribuição de caráter obrigatório às decisões de inconstitucionalidade do STF, quando proferidas em controle difuso, sem recorrer à (questionável) tese da mutação constitucional, pelo que o Senado ficaria reduzido a um órgão de mera publicidade daquela Corte<sup>39</sup>. Assim, com a súmula, dispensa-se a intervenção do Senado, sem violar a Constituição.

## 5.0 Conclusões.

Por tudo quanto se expôs, reitere-se que a alteração de interpretação do art. 52, X, da CF encontra obstáculos intransponíveis, o que caracteriza essa mutação como inconstitucional. Entende-se que não se deve promover uma verdadeira ab-rogação do preceito constitucional através de interpretação judicial por razões de pragmatismo e conveniência. Por continuar em vigor esse preceito constitucional, mesmo sendo considerado por muitos um anacronismo, ele deve ser aplicado.

---

<sup>38</sup> LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 84.

<sup>39</sup> Foi exatamente esse o entendimento do Min. Sepúlveda Pertence e do Min. Joaquim Barbosa, quando discutiram a mutação constitucional sugerida pela Min. Gilmar Mendes e pelo Min. Eros Grau (Cf. *Informativo STF*, nº 463). Na doutrina, há quem sustente que se o objetivo da mutação constitucional foi reduzir o número de processos, a súmula vinculante propicia melhores resultados. Cf. AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodium, 2008, p.67.

A elevada densidade semântica do preceito constitucional do art. 52, X, da CF impede tornar o Senado um simples órgão de publicidade das decisões do STF, mesmo em se considerando que sua participação no controle difuso representa como um anacronismo. No presente caso, a objetividade da linguagem em que foi vertido esse enunciado não autoriza tanta elasticidade semântica a ponto de transferir para o STF uma competência que, desde a Constituição de 1934, pertence ao Senado Federal.

Caso se pretenda alterar a sistemática do controle difuso neste particular, o caminho correto, do ponto de vista da ordem constitucional, é a utilização do procedimento de reforma. Apenas dessa maneira seria legítima a mudança daquele dispositivo.

Como alternativa para dispensar a intervenção do Senado no controle difuso, poder-se-ia, de maneira legítima, utilizar a súmula vinculante, por meio da qual o STF pode consolidar sua jurisprudência sobre a inconstitucionalidade de alguma norma, dotando-a de força obrigatória geral.

## 6.0 - Referência Bibliográfica

ADEODATO, João Maurício Leitão. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3., dez. 2006, São Paulo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006. p. 323-342.

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspoium, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARROS, Sérgio Resende. O Senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 163-180, jan./jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. (Estudios Constitucionales).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, 2).

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Mutação constitucional e reconfiguração do controle de constitucionalidade no Brasil*, 2008 (no prelo).

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. (Série Jurídica Max Limonad, n. 1).

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Introduccion y traduccion de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. (Coleccion Estudios Constitucionales).

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-164.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. O (inevitável) aumento a produção normativa pela jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru: Ideia, vol. 38, nº 1, 2007, p. 127-140.

\_\_\_\_\_. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: *Cadernos de soluções constitucionais*. Vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2006, p.145-182.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumman. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; LIMA, Martônio Mont´Alerne Barreto de; CATTONI, Marcelo Andrade. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: < [http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo\\_lenio07.pdf](http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo_lenio07.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2008.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

