

OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA ANÁLISE DAS ADIS 3.470 E 3.406

Yuri Andrei Buri Santana dos Santos¹

Prof. Me. Belcorígenes de Souza Sampaio Júnior²

RESUMO: O presente artigo trata da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição da República, dispositivo que determina o papel do Senado Federal em dar efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3.406 e 3.470, o Supremo adotou o entendimento de que ocorreu uma mutação constitucional no referido dispositivo legal, de modo que caberia ao Senado somente dar publicidade à decisão. A finalidade do presente estudo é analisar o instituto da mutação constitucional e a possibilidade de sua aplicação para alterar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo por não está sujeito as mesmas limitações dos modos formais de reforma constitucional. Para isso, é necessário analisar o conceito de Constituição, sua rigidez e necessidade de adequação às evoluções sociais, posteriormente, explorar o instituto da mutação constitucional e do controle de constitucionalidade no Brasil. Ao final foi verificado que no Brasil há a possibilidade de se aplicar o referido mecanismo de alteração informal nos moldes como decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 3.406 e 3.470, principalmente após a Constituição de 1988 trazer à tona os institutos da repercussão geral na seara dos recursos extraordinários julgados pelo Supremo e da Súmula Vinculante.

Palavras-Chaves: Mutação constitucional; Limites da mutação constitucional; Controle difuso de constitucionalidade; Abstrativização do controle difuso.

¹Graduando em Direito na Universidade Católica do Salvador – UCSAL (2018.2).

²Mestre em Direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco) desde (2003); Mestre (D.E.A.) em Direito pela UBU (Universidade -Pública- de Burgos - Espanha), desde 2008 ; Especialista em Direito Processual Civil pela UESC (Universidade Estadual de Santa Cruz - Bahia) desde 2000; Graduado em Direito pela UESC (Universidade Estadual de Santa Cruz - Bahia). Professor Assistente da UCSAL (Universidade Católica do Salvador - Bahia) no Curso de Direito, lecionando as disciplinas de Direito Constitucional e Filosofia do Direito. Pesquisador, tendo exercido cargos de gestão em instituições de ensino superior (Diretoria Acadêmica, Coordenadoria de Curso de Direito, Coordenadoria de NPJ). Advogado. Orientador.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1. DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – MODO DE REFORMA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO 1.1. A CONSTITUIÇÃO E SUA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO ÀS EVOLUÇÕES SOCIAIS 1.2. DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO 1.3. LIMITES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO 1.4. ORIGEM E CONCEITO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL 1.5. LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL 1.6. MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL 2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO 2.1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E O PAPEL DO SENADO 2.2. A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE 3. DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.406 E 3.470 3.1. DO OBJETO DAS ADIS 3.406 E 3.470 3.2. BREVE ANÁLISE DOS VOTOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico destina-se à análise dos limites da proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, suscitada no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.470 e 3.406.

Em 2014, no julgamento da Reclamação Constitucional 4.335-AC, que tratou da proibição da progressão de regime em crimes hediondos e equiparados, e alegava violação à decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus 82959/SP, o STF, por maioria, julgou procedente a Reclamação.

Contudo, verifica-se que para a maioria dos ministros, a citada Reclamação foi conhecida devido a decisão de primeira instância ter violado a Súmula Vinculante 26, de modo que o Supremo não teria adotado a teoria da abstrativização, que afirma que, no caso do tribunal pleno decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei em controle difuso, a decisão deve gerar efeitos vinculantes e *erga omnes* por si.

O principal expoente dessa tese de mutação do artigo 52, X foi o Ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação mencionada. O Ministro sustentou que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, que permite ao Senado Federal suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo em sede de controle difuso, não estaria mais em harmonia com a atual ordem constitucional, já que a decisão do Supremo no controle

difuso teria força normativa de por si. Portanto, afirmou, à época, que haveria verdadeira mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Lei Maior, uma vez que caberia ao Senado Federal dar publicidade à decisão, não decidindo mais sobre a suspensão ou não da execução da lei ou do ato normativo.

Posteriormente, no ano de 2017, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3.470 e 3.406, que tratavam da discussão acerca da proibição de normas que permitiam a extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto, o Supremo Tribunal Federal, de maneira incidental, declarou inconstitucional o artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995 e proibiu o seu uso em todo o Brasil.

Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, a partir da tese suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, entendeu que a inconstitucionalidade declarada incidentalmente gerava efeitos vinculantes e *erga omnes*. Desta forma, é possível concluir que a decisão proferida pelo STF nos autos das ADIs 3.470 e 3.406 foi, em tese, amparada pela na mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal e, ainda que implicitamente, na Teoria da Abstrativização do Controle Difuso de Constitucionalidade.

Portanto, tendo em vista que artigo 52, inciso X, da Constituição Federal traz expressamente o papel do Senado Federal e a Constituição veda a realização de emendas que atentem contra a separação dos Poderes, a pesquisa revela-se importante para que se possa compreender se a decisão do STF extrapolou os limites do instituto da mutação constitucional.

Nesse contexto, indaga-se: é legítima a reforma informal do artigo 52, X, sem que seja promovida qualquer alteração em seu texto, como preconiza a atual jurisprudência do STF diante do julgamento das ADIs 3.470 e 3.406?

Nesta perspectiva, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar se a decisão do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.406 e 3.470, fundada na tese de que ocorreu a mutação do artigo 52, inciso X, da Carta Magna, extrapola os limites do instituto da mutação constitucional.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar o conceito e os limites da mutação constitucional em comparação com o processo de reforma formal da Constituição Federal; abordar o atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro; analisar os fundamentos da decisão do Supremo nos autos das ADIs 3.406 e 3.470.

Parte-se da hipótese de que o Supremo nestas ações extrapolou os limites da mutação constitucional, porquanto o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal traz de forma expressa

o papel do Senado Federal, bem assim a Constituição veda a realização de emendas que atentem contra a separação dos Poderes.

Nesta perspectiva, realiza-se uma pesquisa de natureza exploratória e, para conduzi-la, a metodologia utilizada é fundada no método da revisão bibliográfica, com destaque às obras autores Uadi Lammêgo Bulos e Anna Candida da Cunha Ferraz, que se revelam os principais trabalhos em língua portuguesa sobre o tema das mutações constitucionais. Utiliza-se também a sistematização documental, visando a análise dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal que ensejaram o grande debate acerca do tema.

No primeiro capítulo é abordado a rigidez, mutabilidade e necessidade de adequação às evoluções sociais da Constituição Federal, o processo de reforma formal e a mutação constitucional da Lei Maior, assim como os seus limites. No segundo capítulo é debatido o atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. No terceiro capítulo são analisados os fundamentos da decisão do Supremo nos autos das ADIs 3.406 e 3.470.

Por fim, conclui-se que os objetivos da pesquisa são atendidos e a pergunta norteadora é respondida negando a hipótese suscitada, indicando que o instituto da mutação constitucional, que é um modo de reforma informal da Constituição, não está sujeito a limites objetivos, nem aos mesmos limites dos métodos formais de reforma, de modo que deve refletir as evoluções sociais.

1 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL – MODO DE REFORMA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO

1.1 A CONSTITUIÇÃO E SUA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO ÀS EVOLUÇÕES SOCIAIS

Antes de iniciar a análise acerca mutação constitucional, como modo de reforma informal da Constituição, tal como foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.406 e 3.470, primeiro é essencial conceituar e analisar o que vem a ser a Constituição de um Estado, assim como sua capacidade de estabilidade, reforma e necessidade de adequação às evoluções sociais.

É um termo que possui diversas acepções, mas juridicamente a Constituição deve ser entendida como:

a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos (CANOTILHO e MOREIRA *apud* MORAIS, 2018, p. 53).

Bonavides (2011) denomina a Constituição do Estado como “Constituição política” e, nesse aspecto, distingue duas acepções no termo Constituição. O conceito material de Constituição para Bonavides (2011, p.80) é:

O conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo que for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

As Constituição formais dizem respeito às matérias tidas como constitucionais apenas por serem introduzidas nas Constituições, mas que não se referem aos elementos básicos ou institucionais da organização política (BONAVIDES, 2011).

Portanto, a Constituição é a lei fundamental do Estado, elaborada a partir da vontade do povo e estabelece normas quanto à forma do Estado e sua organização política, estipula limites ao poder do Estado e institui direitos e garantias fundamentais.

Sendo a Constituição a lei fundamental do Estado e por regular matérias tão importantes à sua composição, se presume que é dotada de estabilidade, que é de grande relevância para a manutenção das instituições e do respeito aos direitos fundamentais. Entretanto, essa estabilidade não deve significar a imutabilidade da Lei Maior.

As exigências da sociedade se modificam ao logo do tempo, de modo que a realidade social está sempre em evolução, razão pela qual o Direito não pode permanecer afastado desta situação. Assim, as Constituições devem sofrer as alterações necessárias para a sua adequação à realidade social.

Significa dizer que a estabilidade não se confunde com a inalterabilidade, “porquanto o dinamismo da realidade social, com situações e exigência sempre novas, em constante evolução, obriga a adaptação das normas constitucionais aos ditames da vida”. E se para as constituições serem socialmente eficazes, ou seja, observadas e cumpridas na prática, devem corresponder, ao menos em sua essência, aos fatores reais do poder, que sempre variam, evoluem, e se modificam, resta evidente que as Constituições devem seguir o ritmo das mudanças sociais (BULLOS, 1997).

Para Silva (2013, p. 48), “a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para a sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição [...]”.

Nesta perspectiva, Bullos (1997) chama a atenção para necessidade de se analisar o princípio da rigidez em conformidade com a mutabilidade informal, porquanto a rigidez constitucional seria corolário do fenômeno da mutabilidade.

Para o autor é necessário estudar a rigidez constitucional perante os elementos estáticos e dinâmicos, porquanto através do elemento estático, a Constituição reveste-se de certa estabilidade, de certo equilíbrio, pois a instabilidade do Texto Maior seria responsável pela instabilidade do próprio Estado (BULLOS, 1997).

Pimenta Bueno (1857) *apud* Miranda (2013, p. 40) já dizia que:

As melhores e mais perfeitas leis são obras dos homens, e por isso mesmo serão imperfeitas como seus atora. Embora sejam as mais apropriadas às circunstâncias da sociedade, ao tempo em que são detectadas, essas circunstâncias mudam; a ação do tempo opera revoluções mais ou menos lentas, porém importantes, nas idéias, costumes e necessidades sociais, revoluções que é impossível obstar. Se um ou outro princípio pode e deve ser imutável, outro tanto não acontece com o todo das disposições constitucionais. [sic]

Como bem define Silva (2013), a Constituição é “o simples modo de ser do Estado”. Logo, deve refletir a realidade social de seu povo e, para que essa adequação do texto constitucional à situação fático social seja concretizada, a Constituição não pode ser estática, pois a sociedade está em constante evolução.

Pedro de Veja (2000, p. 180-181) *apud* Vecchi (2005, p.46) chama a atenção para duas circunstâncias relevantes no estudo da mutação constitucional:

Em primeiro lugar, a dinamicidade imposta ao ordenamento constitucional pela realidade política e social, rendendo ensejo às transformações e modificações do mesmo, seja através da reforma, seja através da mutação, em ambos os casos como necessidade inexorável de adaptação da realidade jurídico-normativa à realidade histórica. Em segundo lugar, mutação e reforma são, num certo sentido, termos complementares e excludentes. À medida que um ordenamento se veja submetido a reformas contínuas, a mutação deixará de ter sentido. Ao revés, onde se tem receio de recorrer à reforma, proliferam inelutavelmente como substitutivos as mutações constitucionais.

Para Vecchi (2005, p. 42) “em todo o vasto campo da experiência jurídica, é no direito constitucional que se apresenta com maior clareza o contraste entre a força das leis e a força dos fatos”.

Diante dessa necessidade de adequação às demandas sociais é que se verificam os meios formais e informais de reforma da Constituição. No constitucionalismo brasileiro as mudanças formais referem-se, tão somente, às emendas constitucionais e à revisão constitucional. A mutação constitucional, por sua vez, é compreendida como um modo informal de operar-se tal reforma.

1.2 DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Nesse contexto, revela-se importante também tratar do Poder Constituinte, que é poder competente para elaborar a Constituição de um Estado e de modificar as normas daquelas já existentes. Cunha Júnior (2014) afirma que o Poder Constituinte é a força social capaz de criar uma nova constituição ou de proceder às reformas necessárias à sua atualização.

A partir dessas atribuições inerentes ao Poder Constituinte é que se permite classificar em Originário como o poder de elaborar uma nova Constituição de um Estado, e em Derivado como o poder de modificar as normas constitucionais.

Ocorre que, conforme afirma Cunha Júnior (2014), o Poder Constituinte é único, indivisível e indissociável, não podendo ser dividido em categorias, de modo que a classificação ou divisão do Poder Constituinte, em originário e em derivado, contraria sua essência e natureza.

Sucedo, pois que o Poder Constituinte estabelece que outros poderes, constituídos por ele, respeitados os limites que são impostos, terão legitimidade de: ou reformar o texto da constituição, ou organizar os Estados-membros ou federados através de uma constituição, respeitando os dispositivos da Constituição do Estado Federal. Assim, somente nesse contexto é que se pode apresentar a seguinte tipologia do Poder Constituinte: Originário e Derivado (ou constituído) (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 197).

O que interessa ser analisado no presente artigo é o Poder Constituinte Derivado de Reforma da Constituição, dado que o objeto de estudo deste trabalho é a mutação constitucional, que também é responsável pela modificação das normas estabelecidas na Lei Maior, e consiste, em síntese, em alterar sentido do texto constitucional sem mudar sua escrita.

Para Cunha Júnior (2014) esse Poder Derivado, consiste, verdadeiramente, em uma competência constitucional concedida pelo Poder Originário, que é o legítimo Poder Constituinte, a certos órgãos constituídos.

O Poder Constituinte Derivado ou Constituído logra existência a partir do Poder Constituinte Originário, seu instituidor, de onde retira sua força motriz. Logo, se insere na Constituição, conhece limitações expressas e tácitas, e define-se como um poder jurídico, que tem por finalidade ou a reforma da obra constitucional ou a instituição de coletividades (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 201).

No mesmo sentido, explica Silva (2013, p. 67):

que no fundo, contudo, o agente ou sujeito da reforma, é o poder constituinte originário, que, por esse método, atua em segundo grau, de modo indireto, pela outorga de competência a um órgão constituído para, em seu lugar, proceder às modificações na Constituição, que a realidade exige.

Portanto, indaga-se se a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, tal como defendida pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito das ADIs 3.406 e 3.470, torna essa Corte um poder constituinte ilegítimo, tendo em vista que o texto constitucional é claro ao determinar ser papel do Senado Federal promover os efeitos vinculante e *erga omnes* das decisões do Supremo que declarem a inconstitucionalidade da lei de forma incidental.

O poder de reforma da Constituição se manifesta por meio das emendas constitucionais, cuja previsão consta do artigo 60, da Constituição Federal, que determina os critérios para realização das emendas.

O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo (MORAIS, 2018, p. 93).

Anteriormente também poderia se manifestar por meio das emendas revisionais (art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mas elas foram previstas na Constituição para acontecerem somente uma vez.

Em que pese o presente trabalho não comporte tratar de todas as classificações adotadas pela doutrina quanto à estabilidade das Constituições, cumpre mencionar que a doutrina costuma classificar as constituições quanto a sua alterabilidade em flexível, semirrígida, rígida, super-rígida e imutável. A Constituição de 1988 classifica-se como rígida, porquanto exige procedimento diferenciado para alteração de seu texto, mais rígido do que aquele adotado para a reforma das demais normas infraconstitucionais. Neste sentido, Cunha Júnior, (2014) afirma que basta confrontar o artigo 60 da Carta Magna, que prevê um processo legislativo complexo de emenda constitucional, com o artigo 61, que prevê um singelo processo legislativo ordinário.

1.3 LIMITES AO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Para Cunha Júnior (2014), o Poder Constituinte Derivado é, essencialmente, um poder limitado, porquanto se insere na Constituição e é limitado por ela. O Poder Constituinte Derivado ou Constituído tem sua existência estabelecida a partir do Poder Constituinte Originário, seu instituidor, de onde retira sua força motriz. Assim, está sujeito às limitações expressas e tácitas da Constituição da República.

Silva (2013, p. 67), por sua vez, afirma que o Poder de Reforma Constitucional:

É inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode

arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.

Justamente por ser um poder instituído, o poder de reforma encontra limites na própria Constituição. Neste sentido, Bulos (1997, p. 33) afirma:

“De fato, sendo o poder reformador subordinado e instituído pelo instrumento que lhe traçou o perfil e editou a sua competência, qual seja o poder constituinte originário, nem tudo ele pode, nem a todas as manifestações solicitadas poderá satisfazer”.

A doutrina brasileira costuma apresentar a seguinte classificação das limitações ao poder de reforma da Constituição da República: limitações temporais, circunstanciais, formais e matérias, esta última que se subdivide em explícita e implícita.

São classificadas como limitações temporais aquelas que determinam proíbem a realização de reforma na Constituição durante determinado período. As limitações temporais, são, para Cunha Júnior (2014, p. 203), “todas aquelas que vedam as reformas constitucionais durante determinado período de tempo”.

As limitações circunstanciais, são ocasiões específicas em que a Constituição irá proibir que seja promovida sua alteração. O § 1º, do artigo 60 da Constituição Federal estabelece que não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (BRASIL, 1988).

As limitações formais estão relacionadas ao processo legislativo de criação das emendas. As formalidades exigidas para alterar a Constituição Federal estão estabelecidas no artigo 60, incisos I, II e III, assim como nos parágrafos 2º, 3º e 5º (BRASIL, 1988).

“Caso a emenda constitucional não seja aprovada de acordo com as formalidades exigidas pelo texto constitucional, a norma constitucional (emenda à Constituição) será inconstitucional” (PADILHA, 2018, p. 135).

Já as limitações materiais expressas significam que “o poder constituinte originário pode estabelecer que certas opções que tomou são intangíveis” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 178). Na Constituição Brasileira de 1988 estão elencadas no artigo 60, § 4º, que veda as propostas de emenda tendentes a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e; os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

São as cláusulas pétreas que preservam a essência dos institutos. Para Mendes e Branco (2017, p. 182):

O significado último das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição.

A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se

evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

Por fim, as limitações implícitas são, nos dizeres de Cunha Júnior (2014, p. 205), “[...] aquelas limitações não previstas expressamente no texto da Lei Maior, mas que, sem embargo, são inerentes aos regimes e princípios que ela adota.”

A mutação constitucional, malgrado se trate de modo informal de reforma da Constituição, também se sujeita a limites. Nesse contexto é que se analisará a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas 3.470 e 3.406, porquanto encontra-se amparada na tese da mutação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

1.4 ORIGEM E CONCEITO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Foi a doutrina alemã que primeiramente verificou o fenômeno da mudança constitucional informal quando se constatou que a Constituição de 1871 estava sofrendo mudanças em relação ao funcionamento das instituições do *Reich*, contudo as normas constitucionais mantinham-se formalmente inalteradas (BULOS, 1997).

Portanto, os primeiros trabalhos teóricos sobre a mutação constitucional surgiram no marco histórico da Constituição Imperial Alemã, que despertou o problema da mutação constitucional (URRUTIA, 2000 *apud* VECCHI, 2005).

Paul Laband, após analisar a Constituição alemã de 1871, de fato apurou que o texto constitucional estava sendo objeto de mudanças para adequar à atual situação do império, sem que fossem acionados os mecanismos de reforma constitucional. Traçou então uma distinção entre *verfassungänderung* (reforma constitucional) e *verfassungswandel* (mutação constitucional) (BULOS, 1997).

Evidencia-se, inclusive, que Laband considerava ser impossível exercer controle jurídico sobre os processos informais de alteração da Constituição. Razão pela qual conclui-se que Laband atribuía força normativa à Constituição, mas não superioridade hierárquica sobre as leis do Parlamento (URRUTIA, 2000 *apud* VECCHI, 2006).

Georg Jellinek também foi um dos primeiros doutrinadores a estudar o instituto das mutações constitucionais. Vecchi (2005) afirma que do conceito fornecido por Jellinek acerca da reforma constitucional, é possível constatar que o autor entende tal fenômeno como um ato de vontade. Para Jellinek (1991, p. 7 *apud* BULOS, 1997, p. 55):

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 cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación (JELLINEK, 1991, p. 7 *apud* BULOS, 1997, p. 55).

Mais tarde, no início da década de 30, Hsü Dau-Lin, “após entender que a mutação constitucional é a separação entre o preceito da Lei Suprema e a realidade, constatou que as normas constitucionais são modificadas lentamente, sem interferências do poder de reforma” (DAU-LIN, 1932, p. 29 *apud* BULOS, 1997, p. 55).

Atualmente, entende-se que a mutação constitucional consiste no processo de mudança informal da Constituição face às novas realidades sociais, ou seja, é a mudança de sentido ou contexto sem alteração formal no dispositivo.

“Na verdade, a mutação constitucional é um processo informal de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social” (CUNHA JÚNIOR, 2014, p. 209).

Segundo Bulos (1997, p. 54) “o fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisão ou emendas, denomina-se mutação constitucional”.

Ferraz (2015, p.10), por sua vez, afirma que o termo mutação constitucional designa “todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la”.

MIRANDA, 2000 *apud* PADILHA, 2018 afirma que a mutação constitucional é a exteriorização do poder constituinte derivado difuso, que é um meio informal de alteração da Constituição, na medida em não deriva explicitamente dela.

1.5 LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional, por se tratar uma das modalidades de alteração da Constituição da República e, principalmente, por ser um modo informal de operar essa reforma, está sujeita a limitações.

Questionar acerca dos limites da mutação constitucional e da sua aplicabilidade é indagar quais seriam os seus limites de alteração conferido ao intérprete do texto constitucional na formação de um novo significado para aquele texto.

A análise destes limites é de extrema importância e deve ser feita de maneira bastante ponderada, pois trata-se de promover a alteração de modo informal da Constituição, lei fundamental do Estado e parâmetro para todo o ordenamento jurídico do Estado, que, inclusive é classificada como rígida quanto a sua estabilidade, só podendo ser alterada através de processo mais rigoroso do que o adotado para as norma infraconstitucionais. Ademais, a aplicação de tal instituto de forma equivocada pode acabar por atribuir ao interprete do texto constitucional um Poder Constituído Derivado ilegítimo, contrariando o princípio da separação dos poderes, instituído na própria Constituição, que incumbiu ao legislativo federal a competência para reformar e revisar o texto constitucional.

Primeiramente, é preciso consignar que inexistente estudo sistemático tratando das limitações dos processos informais de reforma das constituições, porquanto a doutrina não enfrentou o tema sistematicamente (BULOS, 1996, p. 41).

A dificuldade em traçar limites objetivos à mutação constitucional consiste no fato de se tratar de justamente de um processo de reforma informal, decorrente das modificações sociais e da necessidade da Constituição se adequar a elas. Portanto revela-se um trabalho árduo estabelecer limites a um processo informal que decorre dos anseios da sociedade.

Nesse sentido é que Bulos (1996, p. 41), afirma:

Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação.

Para o autor, isso decorre ainda do fato das mutações constitucionais não se originarem de meios convencionais e de um Direito Constitucional estático, mas, em verdade, elas ocorrem por outros meios como a interpretação, os usos e costumes, construção judicial, entre outros (BULOS, 1996, p. 41).

Todavia, para Heller (1968) *apud* Bulos (1996), o fenômeno da mutação constitucional encontra limites na própria normatividade da Constituição.

Não há como conceber a mutação constitucional como um poder de reforma ilimitado, mesmo que seja um processo decorrente dos fatos. Contudo, não há como determinar que à mutação constitucional aplica-se todos aqueles limites determinados aos demais modos de reforma da Constituição brasileira, porquanto sua natureza é completamente distinta a da reforma formal da Constituição.

É que, a mutação constitucional, diferentemente do que ocorre com a reforma formal da Constituição, “não segue limites previstos pelo legislador, nem tampouco formas expressas e sacramentadas. Surge espontaneamente, de modo subreptício, sem previsões de quando irá ocorrer” (BULOS, 1996, p. 42)

Portanto, Bulos (1996, p. 43) conclui que:

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir mas de natureza subjetiva, e, até mesmo psicológica, seria a consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior.

Como qualquer das modalidades de reforma da Constituição da República, a mutação constitucional encontra limites na própria Constituição, neste sentido é que Mendes e Branco (2017) afirmam: “a nova interpretação há, porém, de encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional”.

1.6 MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não há na doutrina uma conformidade quanto às espécies ou modalidades de mutação constitucional. Campos (1960) *apud* Ferraz (2015) destaca a complementação legislativa, a construção judiciária e o consenso costumeiro como processos de mutação constitucional.

Meirelles Teixeira (1961) *apud* Ferraz (2015), por sua vez, aponta os seguintes processos de mutação constitucional: a interpretação constitucional, os costumes e as leis complementares.

Ferraz adota a classificação de Biscaretti di Ruffia, que distingue os processos de mutação pela interpretação constitucional e pelos usos e costumes constitucionais. (BISCARETTI DI RUFFIA, 1966 *apud* FERRAZ, 2015)

Portanto, tem-se a interpretação constitucional como a modalidade de mutação mais clássica tratada pela doutrina.

Para Ferraz (2015), a noção de interpretação constitucional pressupõe a noção interpretação e a de Constituição. A interpretação, para a autora, consiste em atribuir significado a coisas, sinais, fatos ou acontecimentos, ou seja, desentranhar o sentido de uma expressão, dar o significado a um vocábulo e, ainda, reproduzir, por outras palavras, um pensamento

exteriorizado. Quanto ao conceito de Constituição, diante dos diversos aspectos que existem, adota o conceito de Constituição formal, escrita e rígida (FERRAZ, 2015).

Portanto, a interpretação constitucional como uma espécie de mutação constitucional trata-se, por óbvio, de realizar a interpretação para a produção de uma norma jurídica.

A interpretação da Constituição é de grande relevância para a evolução da Lei Maior em razão das demandas sociais que se modificam ao longo do tempo, especialmente em razão da rigidez que se exige em nosso ordenamento jurídico. Bonavides (2011, p. 458) reconhece essa importância:

Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismo e artifícios teóricos levantados no texto pela técnica das Constituições.

Já o costume seria “uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diuturna e uniforme que lhe dá força de lei” (MAXIMILIANO, 1980, p. 188 *apud* FERRAZ, 2015, p. 177).

Bulos (1997), no entanto, elege as seguintes espécies: as mutações constitucionais operadas em virtude da interpretação constitucional, as mutações decorrentes de práticas constitucionais, as mutações por meio da construção constitucional e as mutações inconstitucionais.

2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO

2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO E O PAPEL DO SENADO

À luz da compreensão da Supremacia constitucional, a Constituição passa a ser concebida como norma jurídica fundamental dotada de Supremacia. Isso porque, além de estabelecer a estrutura e organização dos Estados, expressa a própria vontade social nela estabelecida, razão pela qual as demais leis devem ser compatíveis com ela.

A Constituição Federal de 1988 é rígida, portanto soberana, logo, toda a autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Ademais,

todas as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, só serão válidas se estiverem em conformidade com as normas da Constituição (SILVA, 2013).

Diante da Supremacia da Constituição, compreendida como pilar do próprio Estado Democrático de Direito, o sistema do controle de constitucionalidade apresenta-se como de extrema relevância. Neste sentido, Silva (2013), afirma que “para defender a Supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades, a própria Constituição estabelece técnica especial, que a teoria do Direito Constitucional denomina controle de constitucionalidade das leis [...]”.

Portanto, o controle de constitucionalidade pressupõe a Supremacia e rigidez da Constituição no sentido de que nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir se estiver em desconformidade com a Carta Magna (BARROSO, 2011).

No Brasil, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público, de natureza repressiva e de origem jurisdicional, inspirou-se tanto no modelo austríaco (concentrado, em abstrato, em caráter principal) quanto no norte-americano (difuso, em concreto, em caráter incidental), construindo-se, ao final, um modelo misto, a exemplo do que ocorre com o sistema português (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é denominado pela doutrina como jurisdicional misto, tendo em vista que a constitucionalidade de uma lei poderá ser questionada por meio difuso-incidental a qualquer juiz ou tribunal, ou pelo meio concentrado-abstrato exercido somente pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Cunha Júnior (2014), afirma que o controle de constitucionalidade se classifica, quanto ao número de órgãos competentes para realiza-lo, em controle difuso e controle concentrado. Difuso é aquele conferido a uma pluralidade de órgãos, e o concentrado é o reservado a um único órgão.

No Brasil, o controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal, é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela. Cabe a todo juiz interpretar a Constituição, com o poder e o dever de não aplicar as leis que lhe sejam contrárias nos casos levados a seu julgamento (CUNHA JÚNIOR, 2014; BARROSO, 2011).

A decisão que for proferida em sede de controle difuso, tem eficácia limitada às partes do processo, não afeta terceiros. Produz, portanto, efeitos *inter partes* (somente às partes que integraram a relação processual que ensejou este tipo de controle) e efeitos *ex tunc* (retroativo).

O controle de constitucionalidade concentrado, por sua vez, é exercido por um único órgão, o Supremo Tribunal Federal. “Se dá em face do ajuizamento de uma ação direta, cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. (CUNHA JR., 2014, p. 272). A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem repercussão para todos os juízes e tribunais, ou seja, produz efeito vinculante em face de todos e *erga omnes*.

A forma mais comum do Supremo apreciar, por meio do controle difuso, a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo é mediante o recurso extraordinário, ressalvados, no entanto, os casos de competência originária em que o incidente é suscitado no processo em trâmite diretamente no STF.

A previsão de exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo STF, através do recurso extraordinário decorre do que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 102, inciso III (BRASIL, 1988).

Contudo, em caráter excepcional, o controle difuso de constitucionalidade poderá produzir efeitos *erga omnes*. Quando se tratar de controle difuso apreciado pelo Supremo e for declarada inconstitucional a lei, o Senado Federal poderá, conforme estabelece o artigo 52, X, da Constituição Federal, suspender a execução, no todo ou em parte, desta lei (BRASIL, 1988). Neste caso, os efeitos da inconstitucionalidade declarada incidentalmente serão *erga omnes*.

Ou seja, no controle difuso a decisão tem efeitos apenas entre as partes envolvidas e para que passe a produzir efeitos *erga omnes*, dependerá de ato do Senado Federal, nos termos artigo 52, X, da Constituição da República.

2.2 A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A discussão objeto deste estudo se apresenta quando surge na doutrina brasileira a tese da ocorrência de mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da Carta Magna.

Como dito anteriormente, excepcionalmente, poderão ser atribuídos efeitos *erga omnes* às decisões na seara do controle de constitucionalidade difuso operado pelo Supremo Tribunal Federal. Declarada a lei inconstitucional, no controle difuso, pelo Supremo, e respeitada a cláusula de plenário, o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, confere ao Senado Federal, privativamente, a competência para suspender a execução, integral ou parcial, da lei declarada inconstitucional em decisão do STF.

Pela chamada “teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade”, defende-se uma aproximação dos efeitos dos controles abstrato e difuso de constitucionalidade, e consiste na compreensão de que seja dada uma nova interpretação ao artigo 52, inciso X da Lei maior, para que remanesça ao Senado Federal a função de dar publicidade às decisões do Supremo em sede de controle difuso, tendo em vista que o próprio STF poderia atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Streck (2018, p. 206) aponta que:

[...] atribuir eficácia erga omnes e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará.

Mas para Gilmar Mendes (2004), Ministro do Supremo Tribunal Federal, principal expoente desta teoria no Brasil, a competência do Senado Federal para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal, consiste apenas em dar publicidade à declaração do STF, a qual já contém efeito vinculante *erga omnes*. Entende que quando o instituto da suspensão pelo Senado foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada.

Para o ministro o instituto da suspensão pelo Senado só se sustenta em razão de índole exclusivamente histórica. Ademais, entende 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, porquanto o Senado não declara a inconstitucionalidade da lei, mas apenas fixa a orientação constitucionalmente adequada ou correta (Mendes, 2004). Sustenta ainda que:

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 (MENDES, 2004, p. 45).

Outro argumento que sustenta a tese da mutação no referido disposto constitucional, é a previsão da possibilidade de edição da súmula vinculante pelo Supremo, criada com a Emenda Constitucional 45/2004. Prevista no artigo 103-A, da Constituição Federal, consiste na súmula aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988).

3 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.406 E 3.470

3.1 DO OBJETO DAS ADIS 3.406 E 3.470

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937 contra a Lei 12.687/2007, do Estado de São Paulo, que proibia o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham amianto no território estadual (BRASIL, 2017b; STF 2017c).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, na sessão ocorrida no dia 24 de agosto de 2018, improcedente os pedidos formulados. Na decisão, os ministros do Supremo também declararam a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995 de modo incidental ao processo original. Tal lei federal refere-se à extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto/absteto na variedade crisotila (asbesto branco) no Brasil (BRASIL, 1995).

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3406 e 3470, julgadas conjuntamente na sessão realizada no dia 29/11/2018, ambas propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria contra a Lei 3.579/2001, do estado do Rio de Janeiro, que refere-se à substituição progressiva dos produtos contendo o denominado amianto branco, os ministros confirmaram entendimento da Corte no sentido de proibir extração, industrialização, comercialização e distribuição do uso do amianto na variedade crisotila no país.

Nessa ocasião, o Supremo decidiu novamente pela necessidade de se declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995. Ocorre que a inconstitucionalidade do dispositivo já havia sido incidentalmente declarada no julgamento da ADI 3937, mas na sessão realizada no dia 29/11/2018 os ministros deram efeito vinculante e *erga omnes* para esta decisão, demonstrando acolhimento da tese da ocorrência da mutação constitucional no artigo 52, X, da Constituição Federal, assim como, ainda que de forma implícita, da teoria da “abstrativização do controle difuso”.

Essa proposta de se fazer uma releitura do papel do Senado Federal estabelecido no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal foi suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes, principal expoente dessa tese, durante o julgamento conjunto.

Veja-se a decisão proferida nos autos das mencionadas ADIs:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017 (BRASIL, 2017b; BRASIL, 2017c).

Portanto, ao julgar incidentalmente inconstitucional o art. 2º da Lei Federal, o Supremo atribuiu efeito vinculante a uma declaração de inconstitucionalidade incidental em controle concentrado, reconhecendo uma mutação do papel do Senado definido no artigo 52, X, da Constituição Federal.

Ao decidir conferir eficácia vinculante e efeito geral à decisão incidental, o STF superou a literalidade do artigo 52, X, da Constituição. No caso, a questão estava sendo debatida em sede de controle incidental de constitucionalidade, ainda que no bojo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nessa hipótese, a questão constitucional principal, por expressa disposição legal, faz coisa julgada *erga omnes* e produz efeito vinculante, mas a questão incidental, mesmo que resolvida em sede de ação de controle concentrado-abstrato, não produz eficácia geral, mas apenas *inter partes*.

3.2 BREVE ANÁLISE DOS VOTOS

Até a conclusão do presente artigo, os acórdãos proferidos nas ADIs 3.406 e 3.470 ainda não haviam sido publicados no sítio eletrônico do STF, razão pela qual utilizou-se na elaboração deste trabalho as informações extraídas do Informativo de Jurisprudência 886 do Supremo Tribunal Federal, onde foi noticiada a decisão, assim como o vídeo da sessão de julgamento conjunto das referidas ações, realizada no dia 29/11/2018, disponibilizada no canal oficial do STF, na plataforma *Youtube*.

Durante a sessão de julgamento conjunto das mencionadas ações, o Ministro Gilmar Mendes suscitou a proposta de se fazer uma releitura do texto constitucional, do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cumprindo ao Supremo comunicar ao Senado acerca decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que o Senado apenas faça a publicação, para que intensifique a publicidade, mas a decisão já seria bastante em si.

Tendo em vista que não houve a suspensão da execução da Lei 9.055/95, declarada incidentalmente inconstitucional por maioria absoluta dos ministros do Supremo nos autos da

ADI 3.937, o ministro propôs a realização de uma revisão dessa questão, que estaria reforçada por conta da norma do 927, inciso III, do Código de Processo Civil (CPC), para que a inconstitucionalidade incidental tivesse eficácia *erga omnes* e vinculante.

O inciso III do artigo 927 do CPC prevê que os juízes e os tribunais observarão os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (BRASIL, 2015).

O Supremo Tribunal julgou improcedentes, por maioria, os pedidos formulados nas referidas ações. Julgou também, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º, da Lei nº 9.055/1995, cujos efeitos atribuídos foram *erga omnes* e vinculante. Vencidos o Ministro Marco Aurélio e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes.

Quanto ao mérito da decisão das ações cumpre trazer o entendimento da Ministra Rosa Weber, relatora das mencionadas ações, a primeira proferir voto, acompanhado pela maioria dos demais ministros, que entendeu pela improcedência das ações.

Conforme consta do Informativo de Jurisprudência 886 do STF, a relatora observou que a lei do Estado do Rio de Janeiro não viola a competência da União para definir normas gerais sobre comércio, consumo e meio ambiente. Segundo ela, o legislador estadual agiu no âmbito de sua competência concorrente ao editar norma mais específica e restritiva do que a lei federal (BRASIL, 2017d).

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, apresentou seu voto pela procedência parcial das ADIs. Considerou que os artigos 2º e 3º da lei estadual não estão de acordo com a Constituição Federal. Afirmou, ainda, que o entendimento adotado pelo STF é de que ao Supremo cabe declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo para o caso concreto, competindo ao Senado suspender a execução da lei atribuindo efeitos gerais, se entender necessário (STF, 2017).

O Ministro Edson Fachin, proferiu seu voto pela constitucionalidade da lei estadual do Rio de Janeiro afastando as alegações de inconstitucionalidade tanto formal, quanto material, nos termos do voto da relatora Ministra Rosa Weber. Quanto à questão da declaração incidental de inconstitucionalidade da lei federal, concluiu que tal declaração opera uma preclusão consumativa da matéria, evitando que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim (STF, 2017).

Após, votou o Ministro Celso de Mello. No mérito, acompanhou integralmente o voto da relatora, julgando improcedentes os pedidos nas duas ações diretas de inconstitucionalidade, em consequência da inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 9.055/95 (STF, 2017).

Quanto à questão da declaração incidental de inconstitucionalidade da lei federal, entendeu pelo acolhimento da proposta do Ministro Gilmar Mendes. Afirmou, ainda, que a questão debatida caracterizava uma verdadeira mutação constitucional, que expande os poderes do Supremo. Para ele, o que se propôs foi uma interpretação que confira ao Senado Federal o papel de simplesmente, mediante publicação, divulgar a decisão do STF, porquanto a eficácia vinculante da decisão seria determinação do Plenário. Para o ministro não se deve fazer uma interpretação literal do dispositivo, porque, segundo ele, a interpretação gramatical é a que mais seduz e resulta no objetivo da norma em uma visão superficial dela (STF, 2017).

Segundo a interpretação que dá o ministro ao supracitado dispositivo legal, se o controle de constitucionalidade se faz de forma limitada, em determinado processo, para que haja maior extensão dos efeitos da decisão, o referido dispositivo prevê não a declaração de inconstitucionalidade pelo Senado Federal, mas apenas que suspenda a execução, no todo ou em parte, da decisão (STF, 2017).

A Ministra Presidente Cármen Lúcia, acompanhou a Ministra Rosa Weber nos dois casos. Para ela, a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937 já se tinha uma decisão pela inconstitucionalidade, ainda que declarada incidentalmente, do artigo 2º, da Lei 9.055/95, e, portanto, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações 3.406 e 3.470. Em relação à proposta apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, afirmou que o Supremo está caminhando para um reconhecimento de não mais se declarar inconstitucional cada ato normativo. Conforme se manifestou a Ministra Cármen Lúcia, na verdade, o que é concentrado é a competência para julgamento e, aí, se tem o controle abstrato (STF, 2017).

O Ministro Marco Aurélio, em divergência, julgou as ações procedentes. Afirmou que a norma prevista no inciso X do artigo 52 da CF, assegura a independência e harmonia entre os poderes. Afirma que esse fenômeno é constitutivo e não simplesmente declaratório, porquanto diz respeito à suspensão da execução da lei federal no território nacional. Quanto ao argumento das demandas repetitivas, estabelecidos no inciso III, do artigo 927, do CPC, o ministro afirmou que a lei das leis do Brasil é a Constituição Federal, e não o Código de Processo Civil, de modo que deve prevalecer a redação original do constituinte de 1988 quanto ao inciso X do artigo 52 (STF, 2017).

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, acompanhou integralmente o voto da Ministra Rosa Weber pela inconstitucionalidade da lei federal. Afirmou, ainda, haver uma equivalência entre o controle difuso e o controle concentrado, de modo que o artigo 52, X, apenas permite uma

chancela formal do Senado. Para ele, o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo (STF, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foi demonstrada a importância do fenômeno da mutação constitucional, sobretudo para que o texto constitucional esteja sempre adaptado às evoluções da sociedade. A Constituição é a lei fundamental do Estado, elaborada a partir da vontade do povo e estabelece normas quanto à forma do Estado e sua organização política, estipula limites ao poder do Estado e determina os direitos e garantias fundamentais.

Em que pese a Constituição seja dotada de estabilidade, deve estar em constante evolução para acompanhar de forma efetiva a dinâmica social. Diante dessa necessidade de adequação do texto constitucional é que a Carta Magna prevê os modos formais de reforma do texto constitucional, que são manifestações do Poder Constituinte Derivado de Reforma. Nesta lógica, revela-se importante a existência dos fenômenos informais de alteração da Constituição, notadamente as mutações constitucionais, objeto deste estudo.

Apesar da Constituição Federal ser classificada como rígida, por exigir um modo especial para promover sua alteração, determinando exigências especiais, as quais tornam as emendas mais complexas do que a alteração de uma lei infraconstitucional, as mutações constitucionais também não são ilimitadas. Deste modo, a mutação constitucional é alteração informal da Constituição sem modificar o texto constitucional e visa a adequação da norma constitucional às evoluções da sociedade. Não encontra limites objetivos, mas não deve violar os princípios basilares da Lei Maior.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é misto, porquanto a constitucionalidade de uma lei poderá ser questionada por meio difuso-incidental a qualquer juiz ou tribunal como questão incidental em determinado processo, ou pelo meio concentrado-abstrato, exercido somente pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais de Justiça dos Estados como principal pedido da ação.

O controle difuso de constitucionalidade pode ser exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal, incidentalmente e no curso de uma ação judicial, levando em conta as peculiaridades do caso. A decisão proferida em sede de controle difuso tem eficácia *inter partes* (somente às partes que litigantes). Ocorre que, em sede de controle de constitucionalidade difuso realizado pelo Supremo, ao Senado Federal é permitido suspender a execução, no todo ou em parte, de

lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, razão pela qual os efeitos da lei ou ato normativo declarados incidentalmente inconstitucionais serão *erga omnes*.

Nos autos da Ações Direitas de Inconstitucionalidade 3.406 e 3.470, o Supremo Tribunal Federal julgou, incidentalmente, inconstitucional o artigo 2º da Lei Federal 9.055/1995 com eficácia vinculante e *erga omnes*, a partir da proposta suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes em reconhecer verdadeira mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cumprindo ao Supremo comunicar ao Senado acerca decisão de declaração de inconstitucionalidade para que o Senado apenas faça sua publicação, para que intensifique a publicidade.

Em que pese as Ações Direitas de Inconstitucionalidade 3.406 e 3.470 refiram-se a controle concentrado de constitucionalidade, a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei federal produz os mesmos efeitos das decisões em controle difuso.

A adoção da mutação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal para alterar o processo de controle de constitucionalidade brasileiro, promovido através das ADIs 3.406 e 3.470, é perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

A decisão não representa violação à Constituição e revela-se uma evolução diante da perda da razão do papel atribuído ao Senado Federal, porquanto o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi modificado desde quando instituída a norma do dispositivo supramencionado, com a Constituição de 1934.

A exigência da repercussão geral da questão jurídica para a admissibilidade do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil evidencia que a decisão proferida pelo Supremo em sede de controle difuso já leva em consideração uma ótica coletiva, de modo que revela-se de grande contribuição para a celeridade processual facultar ao STF que atribua efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisão sobre controle de constitucionalidade que proferir na seara difusa.

Outrossim, a previsão constitucional da possibilidade de edição das Súmulas vinculantes, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, que é dotada de efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, também favorece no sentido da mutação do dispositivo constitucional mencionado.

Portanto o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIS 3.406 e 3.470 é legítimo e não viola os limites da mutação constitucional, sobretudo por não violar a própria Constituição, tendo em vista que se trata de uma interpretação conferida em razão de

uma nova ordem constitucional que prioriza o controle difuso e embasada na quantidade de demanda submetidas ao plenário do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995**. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937** - São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio, DF, 24 de outubro de 2017a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2544561>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406** - Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 29 de novembro de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2272225>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3470** - Rio de Janeiro. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 29 de novembro de 2017c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2287108>. Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 886**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2017d]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em: 17. set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335** - Acre. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 21 de março de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381551>. Acesso em: 01 set. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º 129, jan./mar., 1996, p. 42.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. 2. ed. Osasco: Edifício, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. “O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional”. **Revista de Informa o Legislativa**. n.º 162, abr./jun. 2004, p. 149-168. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/953>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MIRANDA, Pontes de. Defesa, Guarda e Rigidez das Constitui es. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p. 23-45, dez. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14100/12968>. Acesso em: 20 set. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2013.14100>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STF. Pleno - Reafirmada inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extra o de amianto crisotila. Youtube, 30 nov. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wCOFMszwZ5Q&list=PLippyY19Z47sjzJO9yIwKMrzRznrw80rV9>. Acesso em: 20 out. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdi o Constitucional e Hermen utica**: uma nova crítica do direito. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VECCHI, Cristiano Brandão. **Mutac o Constitucional**: a origem de um conceito problemático. 2005. Disserta o (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9080@1. Acesso em: 10 set. 2018.

Documentos candidatos

migalhas.com.br/Proc... [2,85%]

moisesbello.jusbrasi... [1,75%]

jus.com.br/artigos/8... [1,47%]

ebah.com.br/content/... [1,14%]

pt.wikipedia.org/wik... [0,73%]

draflaviaortega.jusb... [0,51%]

en.wikipedia.org/wik... [0,07%]

portal.stf.jus.br/ [0,06%]

stf.jus.br/ [0,06%]

portal.stf.jus.br/pr... [0,01%]

Arquivo de entrada: OS LIMITES DA APLICAÇÃO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.docx (7442 termos)

Arquivo encontrado		Total de termos	Termos comuns	Similaridade (%)
migalhas.com.br/Proc... (https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI272900,91041-Eficacia erga omnes das decisoes do STF em controle difuso um novo e)	Visualizar	4068	320	2,85
moisesbello.jusbrasi... (https://moisesbello.jusbrasil.com.br/artigos/378880957/controle-abstrato-de-constitucionalidade)	Visualizar	3548	190	1,75
jus.com.br/artigos/8... (https://jus.com.br/artigos/8769/o-efeito-vinculante-nas-decisoes-do-supremo-tribunal-federal)	Visualizar	1975	137	1,47
ebah.com.br/content/... (https://www.ebah.com.br/content/ABAAA6IoAF/controle-constitucionalidade)	Visualizar	2163	109	1,14
pt.wikipedia.org/wik... (https://pt.wikipedia.org/wiki/Supremo_Tribunal_Federal)	Visualizar	3704	81	0,73
draflaviaortega.jusb... (https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306633425/breve-resumo-de-controle-de-constitucionalidade-abstrato-e-difuso)	Visualizar	742	42	0,51
en.wikipedia.org/wik... (https://en.wikipedia.org/wiki/Supreme_Federal_Court)	Visualizar	1804	7	0,07
portal.stf.jus.br/ (http://portal.stf.jus.br/)	Visualizar	775	5	0,06
stf.jus.br/ (http://www.stf.jus.br/)	Visualizar	775	5	0,06
portal.stf.jus.br/pr... (http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966379)	Visualizar	423	1	0,01