

**Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

**PEDRO ISAIAS SÔNEGO BÚRIGO**

**Mutação Constitucional no Âmbito do Artigo 52, X, da Constituição da  
República Federativa do Brasil**

**Porto Alegre**

**2010**

**PEDRO ISAIAS SÔNEGO BÚRIGO**

**Mutação Constitucional no Âmbito do Artigo 52, X, da Constituição da  
República Federativa do Brasil**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Luís Afonso Heck

**Porto Alegre**

**2010**

**PEDRO ISAIAS SÔNEGO BÚRIGO**

**Mutação Constitucional no Âmbito do Artigo 52, X, da Constituição da  
República Federativa do Brasil**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre. 1º de dezembro de 2010.

Conceito atribuído: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

Prof. Roberto José Ludwig

---

Prof. Anízio Pires Gavião Filho

---

Prof. Dr. Luís Afonso Heck  
Orientador  
UFRGS

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, ao Professor Dr. Luís Afonso Heck pela seriedade com que tratou a orientação da presente monografia, colocando-se, pacientemente, sempre à disposição para prestar esclarecimentos e sugerir caminhos. Aproveito o ensejo para agradecer, ainda, pelo conhecimento passado, não apenas durante a orientação, mas, também, ao longo do convívio acadêmico, cuja importância foi fundamental na formação e ampliação de meu horizonte jurídico.

Pelo incentivo irrestrito durante a produção da monografia, por sempre acreditar no meu potencial, bem como por sua compreensão pelos momentos de ausência, agradeço a Nathália.

Por fim, em especial, agradeço a meus pais José Sérgio e Débora Mabel, também a minha irmã, Theodora, pelo apoio incondicional e confiança em mim depositada ao longo de toda a minha vida e por estarem sempre amorosamente presentes.

## RESUMO

A investigação tem por objeto a análise crítica da tese que defende a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição da república federativa do Brasil: *compete privativamente ao senado federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal*. Para isso, fixa, primeiramente, o conceito de constituição colocando em perspectiva sua dimensão normativa em conexão com realidade constitucional. Por conseguinte, trata da reforma da constituição, enquanto modificação no texto constitucional, abordando a questão, também, sob o ponto de vista da constituição vigente. Nessa primeira parte, ainda, verifica o conceito de mutação constitucional. Na segunda parte, é feito o levantamento sobre o surgimento da norma constitucional e sua evolução na tradição jurídico-constitucional brasileira. Aborda-se sua aparição nas constituições brasileiras para, então, compreender qual seu fundamento histórico e, portanto, sua função jurídico-constitucional. Por fim, na última parte, enfrenta-se a tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, propriamente dita, reconstruindo seu raciocínio para, no último momento, então, tecer objeções pertinentes.

**Palavras-chave:** Mutação Constitucional. Senado Federal. Emenda Constitucional. Controle Difuso de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

**Título:** Mutação Constitucional no Âmbito do Artigo 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

## ABSTRACT

The investigation's purpose is to review the thesis that supports the occurrence of the constitutional mutation in the scope of article 52, X, of the federative republic of Brazil's constitution: *it is private competency of the federal senate to suspend the execution, in whole or in part, of the law declared unconstitutional by final decision of the supreme federal court*. To this, fixes, firstly, the concept of constitution collocating in perspective its normative dimension in connection with the constitutional reality. Ergo, attend the constitutional reform, as modification in the constitutional text, approaching the issue, as well, under the terms of the current constitution. In this first part, also, finds the concept of constitutional mutation. In the second part, it is made a research about the appearance of the constitutional norm and its evolution in the brazilian legal-constitutional tradition. It approaches its appearance in the brazilian constitution to then understand what its historical base is and, therefore, its legal-constitutional function. Finally, in the last part, faces the thesis of the constitutional mutation in the scope of article 52, X, itself, reconstructing his reasoning to, in the last moment, make relevant objections.

**Keywords:** Constitutional mutation. Federal Senate. Constitutional Amendment. Diffuse Control of Constitutionality. Supreme Federal Court.

**Title:** Constitutional Mutation in the Scope of Article 52, X, of the Federative Republic of Brazil's Constitution.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>1.MUDANÇAS NA CONSTITUIÇÃO</b> .....	<b>8</b>
1.1 A constituição como enlace entre realidade e norma .....	8
1.2 Formas para a modificação na constituição .....	13
1.3 Conceito de mutação constitucional .....	21
<b>2.OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DISPOSTO NO ART. 52, X, CRFB     INSERIDOS NA TRADIÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> ...	<b>28</b>
2.1 Histórico das aparições do dispositivo nas constituições do Brasil .....	28
2.2 Histórico sobre a origem da competência: garantias na jurisdição constitucional e separação harmônica dos poderes .....	35
2.3 A controvérsia doutrinária acerca da competência do senado federal frente à declaração de inconstitucionalidade em concreto pelo supremo tribunal federal: exercício vinculado ou não? .....	46
<b>3.O ARTIGO 52, X, DA CRFB/88: UM “CASO CLÁSSICO DE MUTAÇÃO     CONSTITUCIONAL”?</b> .....	<b>49</b>
3.1 A tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X .....	49
3.2 Objeções à tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X ....	53
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>63</b>

## INTRODUÇÃO

A investigação tem por objeto a análise crítica da tese que defende a ocorrência do fenômeno da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição da república federativa do Brasil: *compete privativamente ao senado federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal.*

Com esse intuito, primeiro coloca a questão sobre o conceito de constituição enquanto relação entre sua dimensão normativa e sua dimensão na realidade histórico-concreta regulada. Disso, resultam as questões acerca das modificações constitucionais e, nesse sentido, diferenciam-se as modificações com ou sem mudança no texto constitucional. Aqui, faz-se uma análise paralela com a constituição de 1988, verificando o procedimento de reforma constitucional, enquanto modificação no texto constitucional, nela previsto. Por fim, a monografia busca na doutrina o conceito de mutação constitucional e seus limites, enquanto modificação constitucional sem mudança no texto constitucional.

Vencida essa questão, faz-se necessária o estudo histórico da competência contida no dispositivo sob análise. Para isso, o levantamento das aparições do dispositivo, bem como dos seus fundamentos históricos na tradição jurídico-constitucional brasileira, surge como importante. Ainda, é feita menção a divergência doutrinária sobre a vinculatividade do senado federal no âmbito de sua competência.

Fixadas as bases da investigação, é abordada a tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição de 1988, propriamente dita. Aqui, é necessária apontar na tese os seus aspectos fundamentais para, em seguida, serem feitas objeções entendidas como pertinentes.

O método utilizado neste trabalho foi o dedutivo. Para a realização da pesquisa servi-me de legislação, jurisprudência e doutrina.

## 1. MUDANÇAS NA CONSTITUIÇÃO

### 1.1 A constituição como enlace entre realidade e norma

A investigação pergunta, primeiramente, pela conceituação da constituição jurídica e seu relacionamento com a realidade que ela pretende regular. Isso porque num conceito de constituição não está dado a forma como esta se comporta na realidade, justamente porque tal fenômeno só pode ser verificado a cada vez, devido à singularidade de cada vida histórico-concreta por uma constituição regulada.

Sob uma visão de ordenamento jurídico como construção escalonada de normas<sup>1</sup> jurídicas, a constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado.<sup>2</sup> E, devido à peculiaridade do direito de auto-regular sua produção, é com relação à constituição que as normas jurídicas devem se enformar porque dela devem retirar seu fundamento de validade. Isso significa que se determinada norma for produzida em desconformidade com a constituição, ela será inválida.

Sob esses fundamentos teóricos, Hans Kelsen conceituou constituição como sendo o conjunto de normas jurídicas que determinam o processo de produção das normas e que ainda podem determinar, em certa medida, o conteúdo das normas<sup>3</sup> a serem produzidas<sup>4</sup>.

O conceito desenvolvido por Kelsen, ainda que necessário e conveniente como fundamento lógico-jurídico, não pode responder adequadamente a questão colocada de o que é constituição desde um ponto de vista de seu relacionamento

---

<sup>1</sup>O termo “norma” entendido como algo que é um “dever” (*Sollen*). Cf. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 3ª ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 4.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>3</sup> “A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo; por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição, quando excede os limites estabelecidos por esta.” KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. 2ª ed. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. Teoria pura... p. 240. Na doutrina brasileira a Constituição é conceituada ora como “considerada sua lei fundamental seria (...): um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37 e s.); ora como “o ordenamento supremo do Estado” (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.); ora 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 de poder para governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos” (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2).

com a realidade, porque apenas limita seu posicionamento na ordem jurídica e suas características fundamentais.

Diante da dificuldade de se conceituar universalmente uma constituição, Konrad Hesse esclarece que “como a normatividade da Constituição vigente é a de uma ordem histórico-concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é vida histórico-concreta, pode, no quadro da tarefa de uma exposição dos elementos fundamentais do Direito Constitucional vigente, somente *ser perguntado pela Constituição atual, individual-concreta*”<sup>5</sup>. E nesse sentido prossegue, explicando que “a compreensão que está na base, cada vez, do Estado atual e da Constituição atual é, muitas vezes, antes pressuposta que explicitamente fundamentada”, após a afirmativa de que “a doutrina do Direito Constitucional atual não esclareceu o conceito e peculiaridade da Constituição, mesmo que se achem amplas concordâncias, até ao consenso de uma ‘opinião reinante’”<sup>6</sup>. No quadro formulado no sentido da questão colocada por Hesse, “‘Constituição’, somente pode ser compreendido desde a tarefa e a função da Constituição na realidade da vida histórico-concreta. Nela estão dadas inevitavelmente, unidade política e ordem jurídica”<sup>7</sup> e partindo de tais tarefas expostas conclui por ser a constituição atual “a ordem fundamental jurídica da coletividade. (...) o plano fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1998. p. 25. nº de margem 1.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>7</sup> “Dada está unidade política do Estado. Porque Estado e poder estatal não podem ser pressupostos como algo encontrado. Eles ganham realidade somente na medida em que dê certo unir a pluralidade de interesses, aspirações e modos de comportar-se, existente na realidade da vida humana, para atuação e atividade uniforme, formar unidade política. Essa fusão da pluralidade nunca está definitivamente concluída, de modo que ela pudesse, sem mais, ser pressuposta como dada, senão é um processo permanente e, por causa disso, sempre também dado. É uma tarefa que, enquanto não está sujeita a nenhuma discricção, como convivência humana, somente no Estado e pelo Estado é possível”. (HESSE, Konrad. Elementos... p. 29, número de margem 6.) “Somente por colaboração conforme o plano, consciente, isto é, porém, organizada, pode nascer unidade política. Como esse nascimento é um processo permanente, ele necessita de um procedimento ordenado se, de outra forma, ele não deve ficar a cargo da causalidade das lutas pelo poder sem regras; não menos carece o Estado, para tornar-se capaz de atuar em seus poderes, da constituição desses poderes por meio de organização e, para poder cumprir suas tarefas, das regulações de procedimento: colaboração organizada, procedimentalmente ordenada, torna ordem jurídica necessária, e, precisamente, não uma discricional, senão uma ordem determinada, que garante o resultado da colaboração formadora de unidade e o cumprimento das tarefas estatais e que exclui um abuso das faculdades de poder confiados ou respeitadas por causa daquele cumprimento de tarefas – em que tal garantia e asseguramento é, não só uma questão da normalização, mas, sobretudo também da atualização da ordem jurídica”. (Ibidem, p. 35, número de margem 12).

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 37, número de margem 17.

Se o caminho percorrido até aqui se apresenta frutífero, a pergunta sobre a efetividade real de uma constituição emerge como fundamental para a tarefa colocada. Isso, porque descrever o conceito de constituição não responde, por si, à questão de como esta se comporta na realidade. Nesse ponto, o modo como constituição escrita e realidade constitucional se relacionam joga papel fundamental<sup>9</sup>.

A classificação ontológica das constituições desenvolvida por Karl Loewenstein mostra-se adequada como pressuposto à verificação de como as constituições podem se comportar frente à realidade<sup>10</sup>. Loewenstein justifica a nova classificação proposta *“en lugar de analizar la esencia y el contenido de las constituciones, el criterio del análisis ontológico radica en la concordancia de las normas constitucionales con la realidad del proceso del poder. Su punto de partida es la tesis que una constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una constitución es lo que los detentores y destinatarios del poder hacen de ella en la realidad práctica”*.<sup>11</sup>

Segundo o critério ontológico, as constituições podem ser diferenciadas segundo seu caráter normativo, nominal e semântico<sup>12</sup>.

A constituição será normativa quando passaram por uma “simbiose” constituição e comunidade<sup>13</sup>. Isso porque para ser real e efetiva, a constituição terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade estatal, e esta, nela. Somente neste caso pode-se falar em constituição

---

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1991. p. 13.

<sup>10</sup> As classificações tradicionais mostram-se insuficientes na formulação da pergunta aqui proposta posto que não abordam o problema colocado sobre o enlace da constituição jurídica com a realidade constitucional. Sobre as classificações tradicionais: quanto ao conteúdo podem ser materiais ou formais; quanto à forma podem ser escritas ou não-escritas; quanto ao modo de elaboração podem ser dogmáticas ou históricas; quanto à origem podem ser populares ou outorgadas; quanto à estabilidade podem ser rígidas, flexíveis, ou semi-rígidas. SILVA, José Afonso da. Curso.... p. 40.

<sup>11</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Tradução para o espanhol de Alfredo Gallego Anabitarte. 4ª reimpressão. Barcelona: Editora Ariel, 1986. p. 217.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 216. Sobre a relevância de, para classificar uma constituição conforme o critério ontológico, uma análise não apenas textual da constituição, mas, também, uma análise da realidade constitucional da vida estatal de determinado Estado: “La clasificación de una constitución como normativa, nominal o semántica no podrá ser hecha a partir del texto, y esto con más razón dado que las constituciones suelen guardar silencio sobre algunos de los aspectos más importantes del proceso del poder, como, por ejemplo, el sistema electoral, los partidos políticos y los grupos pluralistas.” (Ibidem, p. 219)

<sup>13</sup> Ibidem, p. 217.

normativa: suas normas dominam o processo político ou, ao inverso, o processo político se adapta às normas da constituição e somente a elas<sup>14</sup>.

A constituição nominal<sup>15</sup>, por sua vez, é aquela em que os pressupostos sociais e econômicos existentes no momento atual operam contra uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo de poder. A situação de fato impede, ou não permite, nesse momento, a completa integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política<sup>16</sup>. Loewenstein complementa afirmando que a função primária da constituição nominal é educativa: seu objetivo é, num futuro mais ou menos distante, converter-se em constituição normativa<sup>17</sup>.

A constituição semântica, por fim, apresenta-se como a formalização da existente situação de poder político em benefício exclusivo dos detentores do poder de fato, que dispõem do aparato coativo do estado<sup>18</sup>. É esse tipo de constituição o encontrado em regimes autocráticos porque neles a existência da constituição não joga papel relevante para o desenvolvimento fático do processo de poder, ou seja, a própria existência da constituição é supérflua: sem ela o desenvolvimento do processo de poder não seria muito diferente<sup>19</sup>.

Conforme o caminho percorrido até aqui, não há dúvidas de que aquela força normativa da constituição desenvolvida por Hesse só pode realizar-se quando estivermos diante de uma constituição normativa como na classificação de Loewenstein. Isso porque, como já abordado<sup>20</sup>, a constituição só pode ser compreendida dentro da vida histórico-concreta que pretende regular, estando, por isso, condicionado o grau da força normativa de uma constituição ao grau de vontade para a constituição da vida histórico-concreta a qual pretende regular. Ou seja, em outras palavras, a força normativa de determinada constituição depende da

---

<sup>14</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 217.

<sup>15</sup> Aqui cabe o alerta de Loewenstein: *“El carácter normativo de una constitución no debe ser tomado como un hecho dado y sobrentendido, sino que cada caso deberá ser confirmado por la práctica. Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal.”* LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 218.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>19</sup> No sentido de Loewenstein, a autocracia como concentração de poder, em oposição a constitucionalismo como descentralização de poder.

<sup>20</sup> Supra, p. 9.

vontade de seus destinatários em vivê-la efetivamente<sup>21</sup>. Quando não for assim, a constituição sucumbirá perante os fatores reais de poder, na acepção de Ferdinand Lassalle<sup>22</sup>, afinal, uma constituição por si só não possui força criadora. E é exatamente nesse sentido a resposta dada por Hesse à questão: “Concluindo, pode-se afirmar que a constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de constituição (Wille zur Verfassung)”<sup>23</sup> e, também: “Depende, por isso, (a possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição) decisivamente daquela vontade que, por sua vez, assenta-se sobre o consenso fundamental que assegura à ordem jurídica existência duradoura (...). Quanto mais intensa é a ‘vontade para a constituição’, tanto mais longe ela é capaz de ampliar os limites da possibilidade de realização da Constituição”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> “Onde a constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado [estado], que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, realize-se”. HESSE, Konrad. Elementos... p. 48, número de margem 43.

<sup>22</sup> Ao descrever o que acontecia na realidade constitucional da Alemanha de 1862, Lassalle foi enfático ao afirmar que aquela constituição não era mais do que “uma folha de papel” (alusão ao termo utilizado pelo Rei Frederico Guilherme IV ao afirmar que “nem agora nem nunca permitirei que entre o Deus do céu e meu país se deslize a *folha escrita* à guisa de Segunda Providência...” p. 53), evidenciando assim, tratar-se de uma constituição semântica aquela experimentada pela Alemanha naquela época, haja vista a completa submissão da constituição escrita aos fatores reais de poder. Interessante referir, ainda, que uma das grandes questões colocadas naquela época era a problemática da submissão do Rei à lei orçamentária, problema esse ainda não encerrado no Brasil, especialmente no âmbito da possibilidade de controle da lei orçamentária pela jurisdição constitucional. LASSALLE, Ferdinand. O quê é uma constituição? Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

<sup>23</sup> HESSE, Konrad. Força normativa... p. 19.

<sup>24</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 49, número de margem 44.

## 1.2 Formas para a modificação na constituição<sup>25</sup>

A problemática da reforma constitucional se coloca porque as regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas<sup>26</sup>. Uma constituição ideal seria aquela que pudesse prever, enquanto ordem normativa conformadora do processo político, todo o desenvolvimento, econômico, social, cultural, de dada comunidade, de modo que desnecessárias seriam quaisquer modificações<sup>27</sup>.

Da incompletude da constituição resulta sua abertura. A abertura da constituição pode ter a sua razão no fato de, por regular vida histórico-concreta, somente regular aquilo que aparece como importante e carente de determinação. Também pode ser importante deixar sem normalização jurídica âmbitos da vida para a livre discussão e configuração<sup>28</sup>. Hesse esclarece que *“por causa disso, a constituição de antemão não propõe a pretensão de uma ausência de lacunas ou até de unidade sistemática”*.<sup>29</sup>

Essa abertura, contudo, não significa a completa desordem, “na qual a constituição não estaria em condições de dar à vida da coletividade apoio dirigente”<sup>30</sup>. Nesse sentido, Hesse alerta que não devem ficar abertas a ordem da coletividade, a construção estatal e o procedimento para a solução das questões deixadas abertas<sup>31</sup>. Tudo isso porque “a constituição procura criar uma existência firme daquilo que deve ser considerado como decidido, produzir efeito estabilizador e aliviante”<sup>32</sup>.

O esforço desenvolvido por Hesse aqui conduz à função da constituição: “Pela ordem do procedimento da formação de unidade política, pela fundamentação, sempre limitada, das faculdades de poder estatais, pela regulação procedimental vinculativa do exercício dessas faculdades e pelo controle dos poderes estatais, procura ela limitar poder estatal e preservar um abuso desse poder: em sua função, que possibilita e garante um processo político livre, constitutivo, estabilizador,

<sup>25</sup> Sempre que se falar “Constituição”, a referência é a uma Constituição escrita.

<sup>26</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 38, número de margem 19.

<sup>27</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 164.

<sup>28</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 39, número de margem 21.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 39, número de margem 21.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 40, número de margem 24.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 41, número de margem 25 e 26.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 41, número de margem 25.

racionalizador, limitador do poder e, em tudo isso, que assegura liberdade individual, consiste a *peculiaridade da Constituição*.<sup>33</sup>

Tais características da constituição, abertura e amplitude da normalização jurídica e determinação obrigatória, são essenciais para o desenvolvimento da própria força normativa da constituição. Diante da impossibilidade de previsão acerca do futuro, eventual tentativa de normalização excessiva poderia tornar insuportável a existência da constituição frente às necessidades urgentes do mundo da vida. Uma elasticidade excessiva, por sua vez, retiraria da constituição seu caráter normativo, deixando a comunidade sem bases dirigentes ou segurança jurídica. Cada uma dessas constituições não teria força suficiente para concretizar-se e provavelmente permaneceriam como letra sem efeito, sucumbindo aos próprios fatores reais de poder da ordem que pretendia regular.

É por isso que numa constituição escrita<sup>34</sup> e que uma abertura e determinação obrigatória, como a brasileira, o decisivo está na *“polaridade desses elementos”*: essa questão, sobre “rigidez” e “mobilidade” da constituição, não é uma questão de alternativa, senão uma questão *“coordenação exata desses elementos”*.<sup>35</sup>

Temos, portanto, que a questão da reforma no texto constitucional se constitui lá onde falta amplitude e abertura para a solução de determinado problema. Quanto maior o grau de detalhamento das determinações obrigatórias, mais rápido se alcança o ponto onde falta amplitude e abertura.<sup>36</sup>

Diante dessa incompletude da constituição, incompletude essa necessária à própria existência da constituição, tornam-se inevitáveis as modificações com o objetivo de que o direito constitucional e realidade constitucional voltem a se acomodar<sup>37</sup>.

Seguindo a classificação de Loewenstein, existem duas maneiras de modificar uma constituição: a reforma constitucional e a mutação constitucional<sup>38</sup>. Aqui veremos apenas a reforma constitucional, como modificação no texto, e

---

<sup>33</sup> HESSE, Konrad. Elementos.... p. 43, número de margem 31.

<sup>34</sup> “o efeito estabilizador e racionalizador da Constituição é reforçado quando a Constituição é Constituição escrita.” HESSE, Konrad. Elementos.... p. 43, número de margem 32.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 45, número de margem 36.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 46, número de margem 38.

<sup>37</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 164.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 164.

deixaremos a mutação constitucional, como modificação sem mudança no texto, para adiante<sup>39</sup>.

Assim, Loewenstein atribui à reforma constitucional dois significados: um formal e um material. O sentido formal se entende pela técnica por meio da qual se modifica o texto da constituição. O sentido material, por outro lado, é o resultado do procedimento de emenda constitucional, isto é, o objeto a que dito procedimento se refere.<sup>40</sup>

Uma reforma constitucional ocorre quando (1) se anexa um texto a constituição; (2) se suprime um texto da constituição; ou, (3) se substitui um texto da constituição por outro.<sup>41</sup>

Primeiramente, a análise sobre a reforma constitucional deve esclarecer quem é o competente para reformar e quem pode propor a reforma, ou seja, quem possui direito à iniciativa para propor a emenda. Loewenstein aponta para três técnicas que podem ser utilizadas no procedimento de reforma: (a) maiorias parlamentares qualificadas; (b) participação do eleitorado; e, (c) o referendo constitucional<sup>42</sup>.

Na primeira técnica, maiorias parlamentares qualificadas, a competência e a iniciativa são preponderantemente legislativas e se constitui por exigir maiorias parlamentares qualificadas para a aprovação da emenda. A “via legislativa” com maioria qualificada é a forma mais utilizada nas constituições contemporâneas e não é diferente no Brasil<sup>43</sup>, uma vez que assim dispõe a constituição de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

---

<sup>39</sup> Infra, p. 21.

<sup>40</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 165.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 175.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 176 e s.

<sup>43</sup> José Afonso da Silva, entretanto, afirma que, por uma interpretação sistemática da Constituição brasileira, também o eleitorado dispõe de poder de iniciativa para propor uma emenda constitucional. Sua argumentação fundamenta-se: no artigo 1º, parágrafo único, (todo o poder emana do povo e será exercido por meio de representantes ou diretamente); no artigo 14, II, (a soberania popular será exercida também por referendo e iniciativa populares); e, no artigo 49, XV, (cabe ao Congresso Nacional autorizar referendo facultativo sem especificação) o que permitiria o referendo facultativo constitucional. Aduz ainda que a iniciativa popular para emenda deve obedecer o quórum previsto no artigo 61, § 2º. SILVA, José Afonso da. Curso... p. 63 e 64.

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Na segunda técnica, a participação do eleitoral, por sua vez, a intervenção do eleitorado no procedimento de reforma pode acontecer de duas formas: (a) a dissolução do parlamento depois da aprovação da reforma pelo mesmo, a celebração de novas eleições e a nova aprovação pelo novo parlamento; e, (b) a própria atitude do eleitorado expressa em um referendo<sup>44</sup>.

Na terceira técnica, o referendo constitucional, por fim, trata-se de efetiva participação do eleitorado no procedimento de reforma constitucional, seja através de votação popular sobre a emenda, seja através de iniciativa popular para propor emenda<sup>45</sup>.

Vencida a questão da técnica de reforma, que engloba competência para aprovação ou rejeição e competência para iniciativa, a questão sobre os limites para reformar a constituição joga papel importante no desenvolvimento da constituição.

A doutrina consagra, de maneira geral, três limites para reformar a constituição: (a) limites temporais; (b) limites circunstanciais; e (c) limites materiais explícitos e implícitos<sup>46</sup>.

Os limites temporais são prazos de espera impostos pela constituição ao poder reformador. Assim, tal limitação pode ser entendida como maneira de dar tempo para que constituição escrita e realidade constitucional possam se estabilizar uma a outra. Na história constitucional do Brasil, apenas a constituição imperial previu tal limitação<sup>47</sup>.

Os limites circunstanciais dizem sobre determinado momento em que, ordinariamente por sua excepcionalidade, impôs a constituição limite de reforma ao

---

<sup>44</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoria... p. 179.

<sup>45</sup> Ibidem, p. 180 e s.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 198; HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 113; SILVA, José Afonso da. Curso... p. 65; LOEWENSTEIN, Karl. Teoria... p. 88.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. Curso... p. 65.

poder reformador. Na constituição brasileira tal espécie de limitação foi estabelecida:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

Os limites materiais, por fim, são restrições impostas pela constituição ao poder reformador no âmbito de disposições valoradas como fundamentais à própria existência do estado e da constituição por constituírem valores que são ou devem ser consenso, na vida histórico-concreta a ser regulada, para que a constituição possa produzir aquele efeito estabilizador e alivante. Tais disposições intangíveis, conforme denominação de Loewenstein, podem ser (a) medidas para proteger certa instituição constitucional, ou (b) medidas para garantir determinados valores fundamentais para a constituição, não necessariamente expressos, podendo ser “imanescentes”, “implícitos” ou “inerentes” à constituição<sup>48</sup>.

Na constituição brasileira são limites materiais explícitos<sup>49</sup>:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Tal disposição não deixa dúvidas de que uma modificação constitucional que afete o núcleo material da constituição está excluída, proibida, e de maneira absoluta: “Ordem fundamental jurídica da coletividade – não só de uma maioria de dois terços – a Constituição só pode ser se ela efetua fixações materiais e procedimentais e estabelece estas como absolutas. A história pode passar por cima de tal estabelecimento ‘definitivo’. Mas isso está na essência do Direito Histórico, que nunca pode aspirar e produzir mais que a *conservação da continuidade na transformação histórica*. A essa tarefa servem a abertura da Constituição e, onde

<sup>48</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 189.

<sup>49</sup> HORTA, Raul Machado. Direito... p. 113.

essa abertura não mais possibilita uma adaptação na transformação das situações históricas, a autorização do legislador modificador da Constituição, de modificar ou complementar a Constituição com maioria qualificada. A ela serve também a proibição de abolir a identidade da Constituição e, com ela, a continuidade da ordem fundamental jurídica da coletividade. A Constituição contribui o seu possível para a conservação daquela continuidade ao impedir que um suicídio da democracia estatal-jurídica, em formas de legalidades, possa ser efetuado.”<sup>50</sup>

Isso significa, portanto, que a constituição autoriza ao legislador modificador apenas a sua modificação e não a sua abolição ou a sua eliminação<sup>51</sup>. Essa proibição não abrange somente a eliminação ou a abolição como um todo, mas também a eliminação ou abolição, a cada vez. Dessa forma, a constituição exclui, implicitamente no caso da constituição brasileira, que se ponha de lado a constituição em cada caso particular, mesmo que isso suceda com as maiorias qualificadas, enquanto a constituição, de resto, continua a vigor<sup>52</sup>. Essa prática, proibida, de desvio, a cada vez, da constituição é denominada *rompimento constitucional*, e pode se dar tanto por reformas com modificação de texto quanto por reformas sem modificação no texto, como por interpretação, por exemplo.

Além disso, depreende-se, da limitação implícita, estar fora do âmbito do poder reformador: a modificação do órgão competente para iniciar e aprovar ou reprová-la a reforma constitucional e, tampouco, a modificação do procedimento de reforma constitucional.

Especificamente, a constituição brasileira vigente contemplou dois meios de reformar a constituição: (1) a emenda constitucional e (2) a revisão constitucional. Diz-se da emenda constitucional, via permanente de reforma, e diz-se da revisão constitucional, via extraordinária e transitória de reforma<sup>53</sup>.

A emenda constitucional está prevista no artigo 60 da constituição brasileira e é a via normal de se modificar o texto da constituição. Contudo, a constituição retira

---

<sup>50</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 511, número de margem 701.

<sup>51</sup> “A Lei Fundamental autoriza, por isso, o legislador modificador da Constituição somente para a modificação, não, porém, para a eliminação ou abolição da Constituição. Essa limitação contém não só a proibição de eliminar a Lei Fundamental, como todo. Ela exclui também cada ‘modificação constitucional’ que iria abolir a identidade da ordem histórico-concreta que fundamenta a Lei Fundamental. Isso seria o caso, em uma modificação do núcleo material da Constituição, isto é, dos elementos fundamentais da ordem democrática e estatal-jurídica da Lei Fundamental.” Ibidem, p. 512, número de margem 702.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 508, número de margem 698.

<sup>53</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 207 e s.

do âmbito do poder modificador algumas matérias que, por isso, como já referido pouco acima, formam o seu núcleo material. Dado o núcleo da constituição, qualquer modificação efetuada deve observar tais prescrições, sob pena de rompimento constitucional<sup>54</sup>.

A revisão constitucional, por sua vez, está prevista no artigo 3º do ato das disposições constitucionais transitórias e é a via “extraordinária” ou “transitória” de se modificar o texto da constituição. Diz-se via “extraordinária” ou “transitória” pelo fato de a constituição ter previsto uma, e apenas uma, revisão constitucional<sup>55</sup>, não figurando, tal técnica modificadora, entre as hipóteses de processo legislativo estabelecido pelo artigo 59 da constituição<sup>56</sup>.

Segundo a lição de Paulo Bonavides, a revisão constitucional estava limitada a regulamentar a previsão do artigo 2º da ADCT<sup>57</sup>, ou seja, sua aplicação estava atada ao resultado do plebiscito sobre a forma e o sistema de governo do País. Como o resultado foi pela manutenção da forma republicana e pelo sistema presidencialista, a revisão esteve vinculada a esse objetivo; estavam, portanto, fora do âmbito revisional do poder modificador, todos os dispositivos que não aqueles sobre a forma republicana e o sistema presidencialista.

Por sua vez, Horta entende que a limitação da revisão constitucional estava atada aos limites materiais explícitos e implícitos da constituição vigente<sup>58</sup>. Na construção de seu raciocínio, aponta que revisão constitucional *não é ruptura da constituição. É o procedimento de alteração material sem a erosão dos fundamentos*

<sup>54</sup> Bonavides inclui como imodificáveis, por exemplo, também, o pluripartidarismo e a soberania nacional (Ibidem, p. 209).

<sup>55</sup> Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

<sup>56</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

<sup>57</sup> Mais interessante é a discussão acerca da modificabilidade da forma Republicana suscitada por José Afonso da Silva, tendo em vista o artigo 2º do ADCT (No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País. (A emenda constitucional nº 2 antecipou o plebiscito para o dia 21 de abril de 1993)

<sup>58</sup> HORTA, Raul Machado. Direito... p. 87.

*da constituição*<sup>59</sup>. Nesses termos, o jurista limita o poder de revisão aos limites expressos no artigo 60, § 4º e aos limites deles implicitamente decorrentes<sup>60</sup>.

Todo o exposto aponta, portanto, para a emenda constitucional como técnica permanente dada pela constituição brasileira para a sua própria modificação textual; ou seja, toda a reforma no texto constitucional brasileiro deve obedecer ao procedimento estabelecido de emenda constitucional, observados, também, obrigatoriamente, os limites materiais impostos pelo § 4º do artigo 60.

---

<sup>59</sup> HORTA, Raul Machado. Direito... p. 88.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 88.

### 1.3 Conceito de mutação constitucional

A criação do termo “mutação constitucional” é atribuída à Laband<sup>61</sup> e o seu conceito está consagrado na doutrina de forma geral como modificação constitucional sem que haja mudança no texto constitucional<sup>62</sup>, ou seja, sem que haja atualização do texto constitucional; diferindo-se, portanto, da reforma constitucional na medida em que essa mudança se dá com modificação do texto.

Pode-se dizer que, apesar de o termo mutação constitucional ter surgido na obra de Laband, foram Jellinek e Dau-Lin os pioneiros no estudo de tal instituto. Os quais resultaram em suas obras “Reforma e mutação da constituição” e “Mutação constitucional”, respectivamente.

Jellinek, acerca da mutação constitucional, conceitua: “... *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 consciência, de tal mutación.*”<sup>63</sup> Assim, para Jellinek, a ausência do aspecto volitivo ou consciente da modificação constitucional é relevante para conceituar “mutação constitucional”.

Cumprir referir que Jellinek, em sua obra, procurou de forma mais acentuada registrar práticas estatais de seu tempo que, segundo seu critério, eram hipóteses de mutação constitucional, sem uma teorização rigorosa sobre este instituto jurídico. Da observação das práticas constitucionais Jellinek concluiu que as mutações constitucionais podem ocorrer por prática (a) parlamentar; (b) administrativa; e, (c) judicial<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Nesse sentido, JELLINEK, Georg. Reforma y mutación de la constitución. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7; DAU-LIN, Hsü. Mutación de la constitución. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 29.

<sup>62</sup> JELLINEK, Georg. Reforma... p. 7; HESSE, Konrad. Elementos... p. 46, número de margem 39; LOEWENSTEIN, Karl. Teoría... p. 165. Na doutrina brasileira: “Assentadas essas premissas, as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação...” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 152.); “O fenômeno, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas, denomina-se mutação constitucional.” (BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 54.); “Assim, em síntese, mutação constitucional altera o sentido, o significado, o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito.” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. Processos informais de mudança na constituição. 1ª ed. 1986. p. 10.)

<sup>63</sup> JELLINEK, Georg. Reforma... p. 7.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 15.

No entanto, dois excertos em especial aparecem como importantes. Um para aclarar como o autor enxerga mutação constitucional, extraído de seu entendimento acerca da mutação constitucional ocorrida por meio de prática parlamentar, administrativa ou judicial. E outro que poderá servir para reforçar a conclusão do presente trabalho.

Nesse primeiro excerto, Jellinek, constrói o seguinte raciocínio: *“Lo que parece em um tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme a la constitución y así la constitución sufre, mediante el cambio de sua interpretación, una mutación. No sólo el legislador puede provocar semejantes mutaciones, también pueden producirse de modo efectivo mediante la práctica parlamentaria, la administrativa o gubernamental y la de los tribunales. Han de interpretar las leyes y también las normas constitucionales, pero de modo subrepticio una ley constitucional puede adquirir, poco a poco, um significado totalmente distinto al que tenía em el sistema jurídico originario. En lo que atañe a los parlamentos em principio tienen que decidir, ante todo, sobre la constitucionalidad de sus resoluciones. Si la resolución del parlamento depende de um acto del gobierno para alcanzar su validez, entonces cabe la posibilidad de evitar uma desviación de la constitución. Sin embargo, cuando la decisión gubernamental coincide com la parlamentaria, entonces no hay ningún medio para evitar tal desviación. Ahora bien, si uma cámara aprueba de manera definitiva una resolución que contraviene a la constitución, entonces no hay posibilidad alguna de que tengan validez las prescripciones constitucionales. Si se da de forma constante una actuación inconstitucional de este tipo, puede seguir uma mutación de la constitución.”*<sup>65</sup>

Infelizmente Jellinek não se pergunta sobre eventuais limitações à mutação constitucional. No entanto, frente a muitos dos exemplos dados, aparentemente o autor não vislumbra limites rígidos para a prática da mutação constitucional, atribuindo, assim, maior força à realidade constitucional do que à normatividade da própria constituição, limitando, por isso, a própria força normativa da constituição.

No segundo excerto, Jellinek, ao perguntar-se sobre se o desuso de uma competência implica em perda de tal competência, discorre: *“De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que por el desuso de uma competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales*

---

<sup>65</sup> JELLINEK, Georg. Reforma... p. 16.

*y legales resultan obsoletas. En este sentido se puede decir que el Derecho supremo del Estado según su esencia es imprescriptible. Por eso, una de las investigaciones más difíciles consiste en determinar, en el caso particular, en qué medida un poder nunca ejercido de hecho tiene relevancia jurídica o no. Es decir, si es válido, si es capaz de cumplir, em algún caso, su propósito normativo para la vida estatal.*<sup>66</sup>

Desse excerto extrai-se, apesar da tendência do autor em atribuir maior peso à realidade constitucional do que às normas constitucionais, que o desuso de uma competência não implica em perda da competência. Tal constatação é importante no âmbito do problema do artigo 52, X, da constituição de 1988, como aqui colocado.

Dau-Lin, por sua vez, conceitua mutação constitucional como *“quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por um lado y la realidad constitucional por otro”*<sup>67</sup>, sendo acompanhado na doutrina brasileira por Horta<sup>68</sup>. Dau-Lin prossegue sua exposição diferenciando quatro classes de mutação constitucional: (1) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; (2) mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; (3) mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; (4) mediante a interpretação constitucional<sup>69</sup>.

O mérito de Dau-Lin é procurar o fundo da questão sobre a mutação constitucional. Contudo, disso não resulta a ausência de problemas em sua tese. É especialmente problemática aquilo que denomina “dupla natureza do conceito de mutação constitucional”<sup>70</sup>. Para o autor, o conceito de mutação constitucional comporta duas acepções: uma formal e uma material: (a) fala-se em mutação constitucional formal quando as normas positivas de uma Constituição escrita já não guardam congruência com a situação constitucional real: e, (b) fala-se em mutação constitucional material, por outro lado, quando na realidade estatal se desenvolvem

---

<sup>66</sup> JELLINEK, Georg. Reforma... p. 51. Na doutrina brasileira: “Importa o desuso em revogação ou derrogação da norma constitucional? Não. Na verdade o desuso importa, apenas, na paralisação do uso da norma constitucional; paralisação com ânimo definitivo, é certo. Mas tão somente inoperância ou o não uso da norma constitucional. Esta não é revogada, ab-rogada ou derogada pelo desuso. A norma constitucional escrita, consoante já se mencionou, só é revogada mediante reforma constitucional ou diante de nova Constituição.” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos... p. 235)

<sup>67</sup> DAU-LIN, Hsü. Mutación... p. 29.

<sup>68</sup> HORTA, Raul Machado. Direito... p. 104.

<sup>69</sup> DAU-LIN, Hsü. Mutación... p. 31.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 169.

relações jurídicas “contrapostas ao sistema” incorporadas na constituição, e exemplifica: *“Puede ser um instituto jurídico que no corresponde enteramente al sistema indicado em la Constitución, pueden ser circunstancias reales que impieden la realización de una intención declarada em las normas constitucionales. Es indiferente, si esta realidad está en contradicción directa com ciertas normas de la Constitución, o si formalmente ni siquiera toma contacto com el texto de la Constitución: Mutación constitucional em sentido material, transformación del sistema o de su significado.”*<sup>71</sup>

Sobre eventuais limites à mutação constitucional, Dau-Lin afirma que no âmbito daquilo que denomina de mutação constitucional em sentido formal não se colocam problemas e no âmbito daquilo que denomina de mutação constitucional em sentido material *“plantea, necesariamente a la vez, una negación de los limites de la mutación constitucional em el sistema constitucional”*<sup>72</sup>.

A pré-compreensão do autor no âmbito do direito constitucional, talvez se deixe aclarar pelo seguinte fragmento, de forma a possibilitar um melhor entendimento daquilo que ele pretende dizer: *“Si la singularidad valorativa del derecho constitucional se deduce como necesaria para la realidad estatal y así la mutación constitucional es algo permitido por la intencionalidad de la Constitución, entonces la mutación constitucional no es quebrantamiento de la Constitución, ni simple regla convencional, sino derecho. Es derecho, aunque no concuerde con el texto de la ley; es derecho, aunque no pueda comprenderse y entenderse mediante los conceptos y construcciones jurídicas formales. Su funcionamiento jurídico se encuentra em la singularidad valorativa del derecho constitucional; em la llamada necesidad política; em las exigências y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado.”*<sup>73</sup>

Da exposição de Dau-Lin emerge, ainda mais forte do que da exposição de Jellinek, ampla valorização da realidade constitucional em detrimento da normatividade constitucional. Levada a cabo, tal teoria das mutações constitucionais nega a própria vigência da constituição enquanto norma jurídica, isto é, sua deonticidade. Se as mutações constitucionais não enfrentam limites no texto da constituição, o próprio texto da constituição é irrelevante, sendo completamente inútil

---

<sup>71</sup> DAU-LIN, Hsü. Mutación... p. 169.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 166.

e incapaz perante a força da realidade constitucional. Na verdade, o conceito de mutação constitucional nos termos desenvolvidos pelo autor mais se aproxima de um rompimento constitucional do que de uma modificação constitucional. Ao atribuir a uma constituição demasiada elasticidade, as funções da constituição atual, nos termos de Hesse, não podem produzir o efeito estabilizador e aliviante almejado dentro da vida estatal por uma constituição regulada. Se se admite que uma modificação constitucional pode ir de encontro ao texto constitucional, então a constituição é violada duplamente: (a) ao se negar vigência ao texto rompido e (b) ao se negar vigência do texto em que se dispõe sobre o procedimento de reforma constitucional. Por isso, uma mutação constitucional nesses termos deve estar excluída pela constituição.

Ainda na lição de Dau-Lin, encontra-se também a questão da validade da norma em desuso ou obsoleta. Para o autor, quando constatado que uma proposição jurídica constitucional é obsoleta, há de negar-lhe qualquer efeito porque sua existência formal residual não tem significado algum<sup>74</sup>. Novamente, aqui, e diferentemente de Jellinek nesse ponto, Dau-Lin deixa transparecer com mais força a tese de que a norma constitucional é refém da realidade constitucional e, mais uma vez, nega força à constituição.

Jellinek e Dau-Lin têm em comum, no âmbito do tema mutação constitucional, por isso, posições não iguais, porém, semelhantes, ainda que na obra de Dau-Lin apareça ainda com mais ênfase a supremacia da realidade constitucional sobre a norma constitucional.

Uma conceituação de mutação constitucional, como modificação constitucional que deixa o texto intacto para que realidade constitucional e direito constitucional voltem a se acomodar um ao outro, que não esteja limitada pelo texto constitucional<sup>75</sup>, no entanto, não é possível dentro do quadro das tarefas de uma

---

<sup>74</sup> DAU-LIN, Hsü. Mutación... p. 73.

<sup>75</sup> Na doutrina brasileira, sobre os limites da mutação constitucional: “Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontrariam limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza objetiva, 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.” (BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação... p. 91.); “Essa a característica fundamental da noção de mutação constitucional que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.” (FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Processos... p. 10.); **curiosamente**: “Por isso é que todos os juristas, e não apenas os intérpretes/aplicadores da Constituição, quando analisam os processos informais de criação do direito por via interpretativa, advertem, à partida, que uma coisa são as

constituição. Conforme colocado, sem uma limitação como essa, a constituição fica desprovida de força normativa: se seu texto não significa nada, então não há necessidade do texto.

Nesse sentido, Hesse ao conceituar mutação constitucional: “Ela [a modificação constitucional] deve, finalmente ser ressaltada da “mutação constitucional”, que não afeta o texto como tal – esse fica inalterado –, senão a concretização do conteúdo das normas constitucionais; esta pode, nomeadamente em vista da amplitude e abertura de muitas determinações constitucionais, sob pressupostos alterados, conduzir a resultados diferentes e, nesse aspecto, produzir uma “mutação”. A problemática da modificação constitucional começa lá onde as possibilidades de uma mutação constitucional terminam.”<sup>76</sup>, e, em seguida, clarifica os limites de uma mutação constitucional: “No entanto, as possibilidades de uma tal mutação constitucional são limitadas e elas nada modificam nisto, que a realização das normas constitucionais sempre fica vinculada justamente a essas normas. Conteúdos que são realizados em contradição com elas também não podem, por isso, ser ‘realidade constitucional’, isto é, Constituição realizada, em todo o caso, então não, se o conceito deve conter mais que uma irreflexão. A realização de normas constitucionais deve, sem dúvidas, inevitavelmente, em parte mais, em parte menos, ficar atrás das exigências que essas normas fazem à conduta humana e a contraposição entre Direito Constitucional e realidade constitucional tem sua justificação se ela deve circunscrever essa diferença. Mas não existe realidade constitucional *contra constitutionem*. A afirmação de uma contradição entre Direito Constitucional e realidade constitucional é adequada não só para obscurecer, mas também para remover a verdadeira situação problemática, ao bem dizer, realidade inconstitucional ser qualificada de realidade constitucional. É atribuída a essa realidade uma força normalizadora e essa aparece, como força normalizadora da ‘realidade’, de antemão superior à força normalizadora do ‘direito’. A designação da realidade inconstitucional como realidade constitucional contém, por conseguinte,

---

leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distintas, são as criações sub-reptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso... p. 154.)

<sup>76</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 46, número de margem 39.

uma opção – muitas vezes naturalmente inconsciente – contra a Constituição, que é negada à consideração jurídico-constitucional.”<sup>77</sup>

A única opção, consideradas as funções da constituição e as tarefas impostas pela constituição, é compreender mutação constitucional no quadro conceitual segundo Hesse. Uma mutação constitucional está, portanto, limitada ao texto constitucional; uma realidade que esteja fora do quadro normativo segundo a constituição é realidade inconstitucional e a solução para a tensão entre norma e realidade quando tal realidade não se deixa abarcar na norma constitucional é a modificação textual da constituição pelo mecanismo por ela previsto, no caso do Brasil, uma emenda constitucional.

---

<sup>77</sup> HESSE, Konrad. Elementos... p. 51 e s., número de margem 47.

## 2. OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO DISPOSTO NO ART. 52, X, CRFB INSERIDOS NA TRADIÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

### 2.1 Histórico das aparições do dispositivo nas constituições do Brasil

Ao longo das sete constituições já promulgadas no Brasil independente, uma no período monárquico e as outras seis no período republicano, encontramos disposição semelhante ao disposto no artigo 52, X, da constituição de 1988, em quatro delas.

Cumprе salientar, ainda, que a disposição surge num contexto histórico jurídico brasileiro no qual apenas existia a possibilidade de controle posterior de constitucionalidade por meio de casos concretos, ou seja, a discussão acerca da constitucionalidade de uma referida norma frente à constituição somente poderia ser feita, judicialmente, incidentalmente em um litígio; negligenciando, assim, a possibilidade do controle abstrato de uma norma frente à constituição. Seguiu nesse ponto, como em tantos outros, a tradição norte-americana<sup>78</sup>.

Pois bem, foi na constituição federal de 24 de Fevereiro de 1891, a primeira republicana, em que se consagrou o modelo norte-americano de controle incidental de constitucionalidade. Tal constituição importou da constituição norte-americana, dentre outros institutos, o federalismo, o presidencialismo, a república, o habeas corpus, o controle de constitucionalidade das leis<sup>79</sup>. Em seu artigo 59, dispunha, inaugurando a tradição jurídico-brasileira de controle incidental de constitucionalidade:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a

---

<sup>78</sup> Sobre o sistema difuso de controle de constitucionalidade brasileiro, conforme o modelo norte-americano, dentre outras, a lição de: BARBOSA, Rui. A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893.

<sup>79</sup> HORTA. Raul Machado. Direito... p. 54.

decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Não há, contudo, qualquer disposição atribuindo ao senado federal competência para participação no procedimento de rejeição da norma declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal.

É na constituição federal de 16 de julho de 1934 em que se inaugura a participação do senado federal nesse procedimento. Tal constituição recebeu influência das constituições sociais do pós-guerra de 1914-1918, como as de Weimar de 1919, da Alemanha, e a mexicana de 1917, incluindo, por exemplo, um rol de direitos sociais<sup>80</sup>. A proposição foi positivada da seguinte forma:

Art. 91 - Compete ao Senado Federal:

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

A norma surge, como já referimos, num contexto de controle de constitucionalidade incidental dos atos normativos cujos efeitos são exclusivamente para as partes do processo onde foi suscitada a questão<sup>81</sup>. Assim, diante da possibilidade de elaborar uma nova constituição, o poder constituinte de 1934 buscou uma solução conveniente para problemas jurisdicionais decorrentes da limitação dos efeitos do ato normativo declarado inconstitucional para as partes, qual seja, instituiu um procedimento que permitiu o alargamento dos efeitos do ato normativo declarado inconstitucional para todos, com efeito *erga omnes*, e atribuiu essa competência ao senado federal<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> HORTA, Raul Machado. Direito... p. 55 e s.

<sup>81</sup> Para Bonavides, a constituição de 1934 foi um marco expressivo na progressão do País rumo a um modelo direto de constitucionalidade por quatro razões: "a) o instituto da maioria absoluta de votos da totalidade dos juízes, como requisito indispensável à declaração, pelos tribunais, da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público; b) a competência do Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade haja sido declarada pelo Poder Judiciário; c) a provocação do Procurador-Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro em caso de inobservância de certos princípios constitucionais, e lhe declarasse a constitucionalidade; d) a instituição do mandado de segurança 'para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.'" BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 328.

<sup>82</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. Revista Informação Legislativa, a. 15, nº 57, jan./mar. de 1978. p. 234.

A discussão travada, na assembléia constituinte de 1933, que acarretou, posteriormente, a redação do artigo 91, IV, instalou-se após a leitura da proposta para o artigo 57 assim redigido:

“Art. 57 – Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.

§1º - O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terço dos seus Ministros.

§2º - Só o supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá ex officio, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal.

§3º - Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo o direito certo e incontestável.”

O deputado Godofredo Viana sugeriu uma das primeiras emendas ao dispositivo, propondo o seguinte acréscimo:

“Art. 57 – Acrescente-se:

§4º - Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente. O Procurador-Geral da República mandará publicar a decisão no órgão oficial da União e no do Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.”

“Justificação

I. A questão da inconstitucionalidade das leis, na vigência da primeira República, foi posta em seus devidos termos nos excelentes “Comentários” do eminente Sr. Carlos Maximiliano, nº 89: ‘Intérprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário. Não age, todavia, sponte sua; pronuncia-se contra a validade de atos do Executivo ou do Congresso Nacional, quando os prejudicados o reclamam, empregando o remédio jurídico adequado à espécie, obedecendo preceitos formais para obter restabelecimento do direito violado. Os tribunais, ao tomarem conhecimento de casos concretos, não se sobrepõe ao Executivo, nem ao Congresso. Evitam, apenas, incorrer na mesma falta daqueles poderes, com o decidir em desacordo com o estatuto fundamental. Interpretam, automaticamente, o dispositivo básico, e concluem adotando a exegese do litigante embora contrária à das Câmaras ou do Chefe do Estado. Forçado pelo propositura da ação a restabelecer o direito violado e achando-se em face de dois textos em conflito, optam e de malgrado, com a mais discreta

reserva, pelo que tem a preeminência; aplicam a Constituição em vez de lei ordinária; preferem esta ao simples regulamento, decreto executivo, aviso ou portaria. Não anulam a lei em seu conjunto, de modo que deva a mesma ser como se nunca tivesse existido, em relação ao caso especial sujeito a julgamento.' Não é outra a lição de João Barbalho, 'Com.', nem outra a de Araujo Castro, 'Manual da Constituição Brasileira'. Assentam na doutrina norte-americana e na 'torrent' dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

- II. Como encaram a matéria as modernas Constituições? 'A questão do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tem sido abundantemente estudada. A própria idéia de poder constituinte, a idéia da supremacia da Constituição, deu como resultado a superlegalidade constitucional em relação com a legislação ordinária. A partir do fim do século dezoito, a idéia dessa superlegalidade dos textos constitucionais espalhou-se pelo mundo. Diversas constituições novas reconheceram o controle de constitucionalidade das leis. Na Irlanda, na Rumânia, na Grécia, foi adotado o sistema norte-americano. Na Áustria, na Tchecoslováquia, ao contrário, foi criado um organismo especial de controle constitucional que funciona, não por iniciativa do particular, mas por exigência das instituições do Estado; a lei reconhecida como não constitucional para um caso dado perde sua força por esse fato e é revogada. O sistema tchecoslovaco oferece a vantagem de que em lugar de ser necessária uma recusa individual de aplicar a lei inconstitucional, esta é formalmente revogada para o país todo. Na Áustria o reconhecimento do caráter não constitucional de uma lei exige a publicação da anulação' Mirkine – Guezevitch. Les Constitutions de l'Europe Nouvelle, 2<sup>a</sup> édition, pág. 31 e as As novas Tendências do Direito Constitucional, trad. De Cândido Mota Filho, pág. 71. Interessantíssimo também o que a respeito escreve o Dr. Pontes de Miranda no seu magnífico livro Os fundamentos atuais do Direito Constitucional, págs.393 e seguintes.
- III. O anteprojeto procurou resolver de modo inteligente o assunto. Eis o texto do art. 57: 'Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. §1º - O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terço dos seus Ministros. §2º - Só o supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal. §3º - Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo o direito certo e incontestável.'

Vê-se pelo anteprojeto que, apesar de ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a lei continua de pé, ao contrário do que se passa no sistema austríaco, como vimos acima.

Vale dizer que esta continua a obrigar. De modo e maneira que o Executivo pode utilizar-se dela e às vezes tem mesmo o dever de se utilizar dela. Nem só o Executivo, senão o próprio Legislativo. Continua, também, a reger nos casos futuros as relações de direitos que lhe deram origem. Não estanca a fonte dos atos inconstitucionais e, conseqüentemente, de novos ônus para a Fazenda Pública.

Ora, não parece que devemos manter essa situação.

Bem sei que vai argumentar com a independência harmônica dos poderes, com necessidade de evitar a supremacia de um em prejuízo de outro, mesmo em se tratando do Judiciário – Carlos Maximiliano, comentários no artigo 55, passim.

Mas, convém que não nos aferremos a princípios demais rígidos. Precisamos defrontar com segurança a realidade. É o que propõe a emenda, de resto, como simples sugestão e base provisória para o estudo do assunto. Por ele talvez se encontre uma formular melhor.

A leitura do artigo 57 desperta ainda outras considerações. O texto fala em lei federal, em ato do Presidente da República. E quando se tratar de lei estadual ou postura municipal? De atos dos Presidentes de Estado ou de Prefeitos?

Sugere também reparos o §3º desse artigo. Que remédio é esse a que se refere? Evidentemente o do §21º do artigo 102. Mas, com as complicações nele contidas, não será melhor para ‘todas as pessoas que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso’ propor uma verdadeira ação?

Levam apenas em mira estas observações chamar para o caso a esclarecida atenção da douta Comissão dos 26.”<sup>83</sup>

O trecho transcrito tem por objetivo apenas colocar em que termos foi posta a discussão acerca necessidade de estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para todos. O fundamento pelo qual resultou a atribuição da competência para a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal será abordado em momento oportuno<sup>84</sup>; por ora, basta o esclarecimento sobre a intenção daquela constituinte em dar efeitos *erga omnes* as decisões sobre a constitucionalidade dos atos normativos pelo supremo tribunal federal.

Na constituição de 10 de novembro de 1937 não há disposição semelhante. Segundo Horta, a constituição de 1937 corresponde ao tipo da constituição

<sup>83</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência... p. 235.

<sup>84</sup> Infra, p. 35.

semântica, conforme classificação de Loewenstein<sup>85</sup>; os traços autoritários daquela época são perceptíveis também no âmbito do controle de constitucionalidade, haja vista a competência *suis generis*<sup>86</sup> atribuída ao presidente da república para submeter a norma declarada inconstitucional à nova apreciação do parlamento<sup>87</sup>.

Por sua vez, a constituição federal de 18 de setembro de 1946 alargou a matéria constitucional incluindo ali os direitos econômicos e sociais, preservando as inovações instituídas pela constituição de 1934<sup>88</sup>. Repetiu, ainda, no âmbito do controle de constitucionalidade, a atribuição de competência ao senado federal, com alguma restrição àquela atribuída pela constituição de 1934, nos termos do artigo 64:

Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se não só a introdução de um novo requisito, qual seja, o caráter definitivo da decisão, bem como a restrição dos atos controlados: a suspensão da execução cingir-se-ia a *leis ou decretos*, ao passo que anteriormente havia previsão para a suspensão da execução *de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento*.

Também a constituição federal de 24 de janeiro de 1967 atribuiu tal competência ao senado federal, repetindo exatamente a constituição de 1946 na previsão do artigo 45, IV:

Art. 45 - Compete ainda privativamente, ao Senado:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

---

<sup>85</sup> HORTA, Raul Machado. Direito... p. 56.

<sup>86</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência... p. 229.

<sup>87</sup> Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>88</sup> HORTA, Raul Machado. Direito..., p. 57.

A constituição de 1988, por fim, seguiu a tradição e repetiu o preceito, mas, diferentemente de suas predecessoras, suprimiu o termo “*decreto*”, mantendo apenas o termo “*lei*”, no artigo 52, X:

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;

Frente ao exposto, percebe-se que desde o surgimento, na constituição de 1934, da competência do senado federal para a suspensão da lei julgada inconstitucional em decisão definitiva pelo supremo tribunal federal, a referida disposição, ainda que com pequenas diferenças, não esteve presente apenas na constituição semântica de 1937, sendo, por isso, uma competência tradicional no direito constitucional brasileiro.

## 2.2 Histórico sobre a origem da competência: garantias na jurisdição constitucional e separação harmônica dos poderes

No sentido do analisado, a atribuição de competência para a suspensão de ato normativo declarado inconstitucional em decisão definitiva do supremo tribunal federal ao senado federal possuía um objetivo claro, qual seja, ampliar os efeitos de tal declaração para além das partes do caso posto, irradiando, portanto, tais efeitos contra todos, sem que, contudo, houvesse revogação formal do ato normativo, senão apenas a suspensão de seus efeitos.

Contudo, a atribuição de tal competência ao senado federal foi resultado de um intenso debate travado na constituinte de 1933. Da leitura da discussão que precedeu o surgimento do dispositivo na tradição jurídico-constitucional brasileira<sup>89</sup> resulta a clara tensão havida naqueles debates entre (1) a necessidade de dar efeitos *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade, medida de segurança jurídica, e (2) a separação harmônica entre os poderes.

Pois bem, no âmbito dessas discussões uma das primeiras manifestações sobre a problemática foi a do deputado Godofredo Viana<sup>90</sup> o qual, em síntese, postulou a inclusão do §4º, ao então artigo 57, com a redação “*Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será considerada como inexistente*”, ou seja, ele pretendia atribuir às declarações reiteradas do supremo tribunal acerca da inconstitucionalidade de uma lei o efeito de oposição *erga omnes* da decisão, dependendo, apenas, para sua concretização, de um mandamento do procurador-geral da república para a publicação da decisão no órgão oficial da união ou do estado membro. Claro, portanto, que, segundo essa proposta, a inexistência da lei é conseqüência da declaração reiterada de inconstitucionalidade da lei e, por conseguinte, a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei era do supremo tribunal federal, isto é, nos termos da proposta, não havia uma competência específica para atribuir efeitos oponíveis *erga omnes* à declaração reiterada de inconstitucionalidade, senão o também a atribuição de efeito *erga omnes* seria da competência do supremo tribunal federal.

---

<sup>89</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência...

<sup>90</sup> Supra, p. 30.

Houve ainda, porém, a proposta do deputado Nilo de Alvarenga para a criação de uma corte de justiça constitucional com competência para conhecer privativa e originariamente da argüição de inconstitucionalidade<sup>91</sup>. Da justificativa apresentada pelo deputado para sustentar sua proposta transcreve-se alguns trechos relevantes para a presente investigação:

“Mas, Sr. Presidente, de nada valeriam todas estas belas conquistas da humanidade de hoje, sem uma garantia para assegurar a sua efetividade, sem uma sanção para tornar real o seu exercício de fato e de direito. Esta sanção só pode ser dada pela jurisdição constitucional.

‘Todo jurista sabe, afirma Gaston Jeze, que não basta proclamar o principio de uma liberdade para que essa liberdade exista na realidade. Para que os homens verdadeiramente gozem dela, é preciso outra cousa além da declaração do principio. É preciso garantias.’

Mas não só Gaston Jeze exige a sanção, a garantia para efetividade dos preceitos constitucionais.

Hans Kelsen, notável professor de Direito Público na Universidade de Viena, o insigne criador da teoria da hierarquia das regras de direito, assim se expressa:

‘Uma constituição, a que falte a garantia da anulabilidade [nulificabilidade]<sup>92</sup> dos atos inconstitucionais, não é plenamente obrigatória no sentido técnico. Equivale, pouco mais ou menos, sob o ponto de vista propriamente jurídico, a um voto sem força obrigatória.’

Linhas adiante, o conspícuo professor vienense ainda afirma:

‘Uma constituição, cujos dispositivos concernentes à legislação podem ser violados, sem que resulte daí a anulação das leis inconstitucionais, tem, em face dos graus inferiores da ordem estática, o mesmo carácter obrigatório que o direito internacional em frente do direito interno.’

Quer dizer: tem força obrigatória puramente platônica.

(...)

O que é certo é que, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, o sistema de controle da constitucionalidade das leis pela justiça ordinária é imperfeito, falho e incompleto.

(...)

<sup>91</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência... p. 237.

<sup>92</sup> No original do trecho citado pelo constituinte, Kelsen (KELSEN, Hans. *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, VVDStRL, Heft 5, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929. S. 78 f.) utiliza a palavra *Vernichtbarkeit* traduzida no discurso como *anulabilidade*. Heck, por sua vez, a traduz por *nulificabilidade* (HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 34, nota de rodapé 33).

É preciso, pois, confiar a jurisdição constitucional a tribunais que tenham a faculdade de decretar a nulidade das leis e dos atos inconstitucionais erga omnes, que tenham a faculdade de derogar, inteiramente, absolutamente, as leis julgadas inconstitucionais e os atos do Poder Público resultantes dessas leis.

A quem confiar, senhores, essa faculdade? Ao Poder Judiciário?

Mas aí se levante um grave, gravíssimo perigo. Iríamos criar a ditadura judiciária no País, dando ao Poder Judiciário a atribuição de julgar nulas erga omnes, as leis e atos emanados dos outros poderes.

Criemos, portanto, Srs. Deputados, um tribunal especial para o controle da constitucionalidade das leis.<sup>93</sup>

A discussão que se seguiu naquela assembléia constituinte após tal proposta é também merecedora de atenção:

“O Sr. Arruda Falcão – Não poderíamos ampliar as funções do Tribunal Eleitoral a esse fim?”

O Sr. Nilo Alvarenga – Os membros do Tribunal Eleitoral, porém, são nomeados pelo governo, pelo Presidente da República, e, assim, teríamos o predomínio de um sobre os outros poderes.

O Sr. Arruda Falcão: Modifiquemo-lo, então.

O Sr. Cardoso de Melo Neto – O orador cria um tribunal especial? E esse tribunal não fará parte do Poder Judiciário?

O Sr. Nilo de Alvarenga – Não, senhor.

O Sr. Cardoso de Melo Neto – Estão, fará parte do executivo.

O Sr. Nilo de Alvarenga – Também não: é uma como que delegação dos demais poderes da república. O ilustre colega terá paciência de me ouvir um instante, pois vou dar plena explicação da minha idéia.

O tribunal, com jurisdição constitucional, representa como que uma delegação dos demais poderes. Não é poder que se sobreponha aos demais; não é quarto poder que pretendo criar, sobrepondo-se a todos os poderes atualmente existentes, mas um poder que não é mais que uma delegação dos demais

O Sr. Vitor Russomano – Essa delegação de poderes é perigosa.

O Sr. Nilo de Alvarenga – Esclarecerei esse ponto.

De acordo com as emendas por mim apresentadas, e que estou, no momento, defendendo, esse tribunal será composto de nove membros: dois indicados pelo Supremo Tribunal Federal, o mais elevado órgão do Poder Judiciário do País, dois pelo Poder

<sup>93</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência... p. 239 e s.

Legislativo, isto é, pela Assembléia Nacional, dois outros pelo Presidente da República e os três restantes – tirados dentre as maiores expressões morais e culturais especializadas em Direito Público Constitucional – designados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.

Os juízes, ou ministros, dessa Suprema Corte de Justiça, não terão a inamovibilidade, nem a vitaliciedade dos demais magistrados; terão o exercício de suas funções restrito ao prazo de três anos apenas; serão em número igual, como delegados dos demais poderes constituídos, de modo que, repito, não representará um novo poder que se lhes sobreponha.

O Sr. Agamemnon Magalhães – A Constituição espanhola cria um tribunal como esse – o Tribunal de Garantias Constitucionais.

O Sr. Nilo de Alvarenga – Exatamente. É dessa natureza o tribunal cuja criação proponho, para acabar com os inconvenientes do judiciarismo, da ditadura do Judiciário ou a sua supremacia sobre os demais poderes.

(...)

Perfeitamente. Sobre a necessidade inclinável da criação de um tribunal com semelhantes atribuições, trago a brilhante opinião de Hans Kelsen, na comunicação apresentada pelo sábio vienense ao Instituto Internacional de Direito Público, do qual extraio o seguinte trecho:

‘Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com a instituição de um tribunal constitucional.’ (...).<sup>94</sup>

A sugestão do deputado Nilo de Alvarenga, contudo, não foi aceita pela constituinte pelos seguintes motivos: 1) o supremo tribunal federal vinha preenchendo satisfatoriamente a competência que seria atribuída a corte proposta; e, 2) tal corte constitucional tonar-se-ia, provavelmente, em uma corte política, deixando em segundo plano o aspecto jurídico do exame de constitucionalidade, âmbito que é a própria razão do pronunciamento judicial.<sup>95</sup>

Não obstante, tal proposta expressou uma solução àquela tensão dita no início deste capítulo: a necessidade de dar efeito *erga omnes* às declarações reiteradas de inconstitucionalidade de determinada lei – inconveniente do “judiciarismo” –, e a separação harmônica dos poderes – ditadura do poder judiciário ou sua supremacia.

Da proposta do deputado Godofredo Viana aproveitou-se, desde logo, a atribuição ao procurador-geral da república para a comunicação das decisões do

<sup>94</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência... p. 242 e s.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 245.

supremo tribunal federal ao poder executivo e ao poder legislativo, responsáveis pela lei, que declarassem a inconstitucionalidade de uma lei<sup>96</sup>, segundo a justificativa de Levi Carneiro:

“Não me pareceu conveniente a revogação imediata da sistemática de toda lei, ou ato, declarado inconstitucional. Mantive a regra da decisão em espécie. Já é uma tradição de nosso Direito, que tem provado bem. Entretanto, estabelecemos a regra da comunicação da decisão, pelo Procurador-Geral da República, às autoridades executiva e legislativa interessadas. É uma advertência que lhes orientará a ação, e pode mesmo determinar a revogação total da lei, ou ato, pelo poder competente.”<sup>97</sup>

O esforço argumentativo desenvolvido até aqui demonstra o reconhecimento, por aquela assembléia constituinte, dos problemas decorrentes da ausência da possibilidade de atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade do supremo tribunal federal e seus inconvenientes reflexos negativos para uma jurisdição constitucional que efetivamente pudesse dar garantias aos cidadãos<sup>98</sup>.

Colocada a problemática, no momento do surgimento da proposição normativa (o art. 52, X), propriamente dita, na tradição constitucional brasileira, temos que tal competência surge no contexto de uma constituição unicameralista no âmbito do poder legislativo, ou seja, o senado federal na constituição de 1934 era um órgão de coordenação dos poderes (federais)<sup>99</sup>, não integrante do poder legislativo.

---

<sup>96</sup> Art. 26. §2º Quando o STF, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional, na conformidade do art. . . ., dispositivo de lei ou ato governamental, compete ao Procurador-Geral da República comunicar, conforme a espécie, ao Presidente da República, ou governador do Estado, e ao Presidente da Assembléia Nacional, ou da Assembléia Legislativa Estadual, a decisão tomada. (ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência... p. 246.)

<sup>97</sup> Ibidem, p. 246.

<sup>98</sup> “Segundo Kelsen, jurisdição estatal é jurisdição constitucional e, como tal, uma garantia judicial da constituição. Ela é uma parte no sistema de medidas técnico-jurídicas que tem a finalidade de garantir a juridicidade das funções estatais, porque as próprias funções estatais têm caráter jurídico, elas apresentam-se como atos jurídicos. Garantia da constituição significa, com isso, garantia para a juridicidade dos graus jurídicos que estão imediatamente sob a constituição. E a situação jurídica, na qual se pode falar que a constituição é garantida, existe somente quando está dada a possibilidade de nulificar o ato anticonstitucional, quando o ato posto para exame, no caso de ele ser considerado antijurídico, é nulificado imediatamente pela sentença do tribunal constitucional.” HECK, Luís Afonso. Jurisdição... p. 34.

<sup>99</sup> “O segundo ponto em que a Constituição também se mostrou positiva refluindo às origens republicanas e federativas de 1891 foi tocante à reinserção do Senado como segunda Câmara legislativa na estrutura congressual do sistema. Recobrava ele assim o mesmo quadro de competências gravado na Lei Fundamental da Primeira República. Em verdade antiliberalismo predominante em 1934, atado ao vezo inovador, não poupou o Senado. Sob color de fazê-lo uma espécie de poder moderador ou magistratura política do sistema federativo, incumbindo-lhe a coordenação dos poderes federais fez baixar deveras o prestígio, a força e o alcance da função legislativa desse órgão, quando reduziu a instrumento meramente auxiliar da Câmara dos Deputados

No título I, da organização federal, daquela constituição, estão o capítulo II, do poder legislativo, e o capítulo V, da coordenação dos poderes, cuja competência estava atribuída ao senado federal nos termos do artigo 88 daquela constituição<sup>100</sup>:

Art. 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

Ou seja, o senado federal, segundo a constituição de 1934, era órgão de coordenação dos poderes federais, não integrante de nenhum dos três poderes clássicos, exercendo tal coordenação nos limites das competências constitucionalmente atribuídas.

Transcreve-se trecho do discurso de Prado Kelly, entusiasta do conselho federal, órgão de coordenação dos poderes federais (posteriormente, por meio da emenda nº 711, substituiu-se o termo conselho federal por senado federal, sem que, contudo, houvesse qualquer mudança quanto às atribuições do órgão<sup>101</sup>), sobre as atribuições de tal órgão para solucionar os problemas decorrentes da clássica teoria da tripartição dos poderes no âmbito da jurisdição constitucional:

“21. Outro vício da falha teoria da tripartição dos poderes reside no problema do ‘controle de constitucionalidade das leis’, que é um tema de todas as constituições modernas, sendo de mencionar, entre os vários tipos adotados, o da Tcheco-Eslováquia (anulação judiciária e erga omnes do dispositivo ou do ato inconstitucional, e por iniciativa da Câmara, do Senado, da Alta Corte, do Supremo Tribunal Administrativo e da Dieta) e o da Áustria, com a Alta Corte Constitucional, cuja competência se regula nos artigos 137 e

---

na elaboração de leis sobre determinadas matérias. Formalmente, o Senado Federal se viu colocado fora do capítulo do Poder Legislativo e passou a constar, naquela Constituição, do capítulo sobre a ‘coordenação dos poderes’, da qual vinha a ser constitucionalmente o instrumento específico.” BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra Editora, 1991. p. 420.

<sup>100</sup> “III EXPOSIÇÃO.1. O artigo 88 contém definição, - mas definição que, em verdade, não define, - de Senado Federal. Sente-se sob as palavras as intenções, que se puserem de-parte, do Ap., art. 68, onde o Conselho Supremo constituía <<órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas>>. O art. 88 diz-nos que ele promove a coordenação dos poderes federais entre si, mantém a continuidade administrativa, (o que não corresponde mais ao órgão que afinal se construiu), vela pela Constituição, (o que se confirma nos artigos II-IV, 8º, § 3º, 11 e 130), colabora na feitura das leis e pratica os demais actos de sua competência.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937. p. 764.

<sup>101</sup> Emenda nº 711 “Em todos os dispositivos em que se lê ‘Conselho Federal’, diga-se ‘Senado’.” ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. A competência... p. 249.

seguintes da Constituição de 1º de outubro de 1920, revista a 30 de julho de 1925<sup>102</sup>.

Nós, como a Islândia (Const., art. 16) e a Rumânia, (art. 5º), adotamos o sistema americano. Era esse o regime da Constituição de 1891. É esse o regime do atual projeto.

Pelo sistema americano, a matéria é expressamente regulada nas relações dos poderes. Decorre, implicitamente, da competência que se atribui ao Judiciário de interpretar as leis, como vem em Story: 'O poder de interpretar as leis envolve necessariamente a função de verificar se elas se conformam à Constituição, declarando-se vãs e insubsistentes, se as ofendem. Sendo a Constituição a lei suprema do país, em qualquer conflito entre ela e as leis, sejam estas dos Estados ou do Congresso, é dever do Poder Judiciário aderir ao preceito, cuja obrigação for predominante. Esta consequência resulta da própria teoria dos governos republicanos'

Mas quer nos Estados Unidos, quer no Brasil, tal competência só pode ser exercida na esfera do direito privado, isto é, quando ocorre um dano individual e se instaura o litígio. 'Não lhes cabe o poder de iniciativa, diz Wilson, não de esperar pela vontade dos litigantes', 'Nunca devem os juízes, ponderou Madison, pronunciar-se acerca de uma lei senão quando sobre ela se demandar perante eles'. Era, na frase de Dicey, a 'luta judiciária', que o federalismo substituiu à 'luta legislativa'.

Assim os efeitos das decisões se limitam às partes da demanda.

A elas, e não a terceiros, por mais fiel que seja a identidade de relação jurídica. Ou todos os interessados promovem ação regular, perante juiz competente, para se subtraírem aos efeitos do ato inconstitucional, ou esse ato é, ao mesmo tempo, eficaz e ineficaz, válido e nulo, conforme as pessoas a que se destina, enquanto não o revoga, para fins gerais e indistintos, o mesmo poder que infringiu a Constituição ao decretá-lo. É a lição do Cooley, de Lieber, de James Kent, de Bancroft, de Willoughby, de Charles Kent, de Mulford, de Hitchcock, de Tocqueville, de Curtis, de Stuart Mill, de Summer Maine, de Lowell, de Noalles, de Corbier, e bem se resume nestas palavras de Walker: O Poder Judiciário não estabelece preceitos senão para casos individuais.

Ora, um dos objetivos da racionalização dos poderes é instituir um órgão de jurisdição constitucional, não só em atenção aos interesses individuais violados, mas no interesse público da harmonia da legislação e da supremacia dos códigos fundamentais. Essa nova tendência, desconheceu-a ou refugou-a a Comissão Revisora. Porque nada lhe ocorreria fora dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

---

<sup>102</sup> A legislação citada encontra-se traduzida para o português. HECK, Luís Afonso. Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2006. p. 119 e s.

Nós outros aceitamos a teoria americana para o reconhecimento da inconstitucionalidade, quando argüida nos pleitos ordinários perante a Justiça. Mas também consultamos o interesse coletivo, dando ao Conselho Federal, que é o poder coordenador, a atribuição de declarar a nulidade de qualquer lei ou ato e regulamento emanados do Executivo e que contrariem a Constituição: diretamente, por força de autoridade, ou na extensão *erga omnes* dos arestos lançados pela Suprema Corte, nas espécies sujeitas a seu julgamento.”<sup>103</sup>

Algumas semanas depois do discurso supracitado, o deputado Hugo Napoleão sugeriu em emenda uma das atribuições do então conselho federal: *competete ao conselho federal: V – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, emanados do poder executivo, quando hajam sido declarados inconstitucionais ou ilegais, pelo órgão judiciário competente.*<sup>104</sup>

A aprovação das emendas que aprovaram a criação do conselho federal enquanto órgão de coordenação dos poderes federais gerou a insatisfação de alguns constituintes, destacando-se a declaração de voto do deputado Pedro Vergara no ponto:

“Aí é que culmina a hipertrofia do Conselho; de uma parte, se apodera de uma atribuição legislativa, pois a tanto equivale o poder de suspender a execução, isto é, a validade de uma lei; de outra parte, usurpa a mais valiosa função do Judiciário, que é esta – de firmar sua jurisprudência.

Até aqui, de fato, a jurisprudência dos tribunais só se considerou firmada quando existiram, pelo menos, três decisões uniformes, do mesmo tribunal, sobre a mesma matéria; nos termos, porém, da emenda, basta uma simples decisão, sobre uma única espécie, para que o Conselho suspenda a lei e a considere inconstitucional, embora o mesmo tribunal, julgando casos anteriores a essa suspensão possa voltar atrás, sobre o critério, que deu margem à deliberação do Conselho.”<sup>105</sup>

Em meio a toda essa discussão foi, finalmente, assentada a competência ao senado federal para *suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais*

<sup>103</sup> ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência... p. 254 e s.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 255.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 257. É curioso o fato de a preocupação do Deputado Pedro Vergara não foi assimilada pelos seus pares naquela constituinte, tendo sido, contudo, assimilada pelo constituinte de 1946. Ainda, a criação do Conselho Federal, depois denominado Senado Federal, gerou muitas controvérsias naquela Constituinte, dentre as quais se destaca a oposição ferrenha do Deputado Levi Carneiro: “Não acredito (...) que o Conselho, perturbador e irritante, fique apto, realmente, a coordenar os demais poderes.” (Ibidem, p. 264).

*pele pelo poder judiciário, frente a sua natureza de órgão coordenador dos poderes.*<sup>106</sup> Com a instituição dessa competência a constituinte deu resposta ao problema colocado, vincular contra todos as decisões de inconstitucionalidade e enfatizar o equilíbrio entre os poderes.

A questão que se coloca agora é a da transposição de tal competência da constituição de 1934, unicameralista e com um órgão de coordenação dos poderes federais, para a constituição de 1946, bicameralista e sem qualquer órgão de coordenação dos poderes federais.

No anteprojeto à constituição de 1946 não constava a aludida competência ao senado federal; não tardou, contudo, para que fosse proposta a inclusão de tal competência ao senado federal também na nova constituição. Foi o constituinte Atílio Viváqua que sugeriu a atribuição da competência dentro das atribuições privativas do senado federal.<sup>107</sup>

Novamente a emenda suscitou controvérsia entre os constituintes, transcreve-se trecho da discussão travada entre os constituintes Gustavo Capanema e Nereu Ramos:

“O Sr. Gustavo. Capanema – Sr. Presidente, sou contrário ao preceito proposto. As decisões do Poder Judiciário só envolvem a espécie. Se o Poder Judiciário decide que uma lei ou regulamento é inconstitucional, sua decisão não importa inexistência da lei ou regulamento. Se esta inexistência deve ser declarada, não é ao Senado que compete fazê-lo. Deverá declará-la o próprio órgão constitucional – o Congresso ou o Presidente – que haja decretado a lei ou o regulamento inconstitucional

O Sr. Nereu Ramos, Presidente – Peço desculpas para explicar que esse dispositivo não supre atribuição alguma do Presidente da República. A declaração de inconstitucionalidade das leis foi sempre atribuição do Poder Judiciário. A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário, inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar

<sup>106</sup> “Constatamos, no desenrolar do estudo do Projeto da Carta em foco, que os defensores da instituição do Conselho Federal procuraram relacionar a faculdade pertinente à suspensão dos atos declarados inconstitucionais, com a razão de ser do mesmo Conselho, ou seja, com a incumbência que lhe foi outorgada de coordenar os poderes federais entre si.” (ALENCAR, Ana Valderéz Ayres Neves de. A competência... p. 263). Uma questão interessante a ser colocada é a seguinte: Kelsen imaginou o tribunal constitucional como *órgão julgador* dos litígios jurídicos no âmbito da constituição total (“A repartição de competências é o cerne político da idéia federalista. Isso significa, do ponto de vista técnico, que as constituições federativas não apenas regulam o processo legislativo e estabelecem certos princípios a propósito do conteúdo das leis – como acontece com a dos estados unitários – mas também fixam as matérias atribuídas à legislação federal e a legislação local.” KELSEN, Hans. Jurisdição... p. 183.); não teria sido o conselho federal, haja vista algumas de suas competências, p. ex., as do artigo 90, imaginado como *órgão coordenador* da constituição total?

<sup>107</sup> Ibidem, p. 265.

que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional, porque desde que o Judiciário declara inconstitucional, o Presidente da República não pode declarar constitucional.”<sup>108</sup>

Ressalte-se que a competência foi proposta nos exatos termos da constituição de 1934, tendo sido aprovadas algumas emendas para a obtenção do produto devidamente positivado na constituição de 1946, das quais se citam as justificações:

“Justificação (Emenda nº 892)

A atribuição que o art. 33 (que veio posteriormente a ser o art. 64) confere ao Senado Federal é de natureza delicada. Deve ser exercida com certa limitação. Parece, pois, conveniente que a suspensão da execução se restrinja às leis e decretos. Conveniente é também que a providência não seja tomada senão em virtude de decisão definitiva dos tribunais.

Justificação (Emenda nº 1.756)

Pelo artigo 190 do Projeto, só ao Supremo Tribunal compete declarar a inconstitucionalidade, com efeito de obrigar o Senado a suspender a execução da lei, decreto ou ato declarado inconstitucional. Será a razão por que o art. 33 (que veio posteriormente a ser o art. 64) deve referir-se ao Supremo Tribunal Federal.”<sup>109</sup>

Disso resulta que, apesar de, segundo a constituição de 1946, o senado federal estar inserido no poder legislativo, a competência para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do supremo tribunal federal* foi mantida, ainda que com algumas modificações; o que importa dizer a preferência pela manutenção da solução consagrada na tradição jurídico-constitucional brasileira em detrimento de soluções inovadoras, ainda que ao senado federal não mais incumbisse a função de órgão coordenador dos poderes federais.

Frente ao exposto, constata-se, então, que, nos extremos da discussão que conduziram a criação da competência objeto da investigação, estavam *a)* de um lado as garantias que devem ser asseguradas pela jurisdição constitucional e, *b)* do outro lado, a harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Percebe-se, ainda, por meio da análise dos debates travados na assembléia constituinte de 1933, o levantamento de três modelos possíveis de solução ao

<sup>108</sup> ALENCAR, Ana Valdevez Ayres Neves de. A competência... p. 268.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 269 e s.

problema colocado: a) a proposta de Godofredo Viana, cuja solução seria considerar inexistente a lei declarada inconstitucional em mais de um aresto pelo supremo tribunal federal; b) a proposta de Nilo de Alvarenga, cuja solução seria a criação de uma corte constitucional, delegatária dos outros três poderes, a qual teria competência privativa para conhecer da inconstitucionalidade das leis em abstrato e dar efeito vinculativo *erga omnes* as suas decisões; c) a proposta de Hugo Napoleão, cuja solução foi a adotada para aquela constituição e mantida em nossa tradição jurídico-constitucional até a constituição vigente<sup>110</sup>.

Portanto, do histórico do atual artigo 52, X, da constituição de 1988, depreende-se que o dispositivo é o resultado de uma escolha de política jurídico-constitucional que consistiu na separação da competência para a suspensão da execução do ato normativo declarado inconstitucional, em controle incidental, pelo supremo tribunal federal, atribuindo ao próprio supremo tribunal federal a competência para a suspensão da execução *intra partes* e, ainda, atribuiu ao senado federal a competência para a suspensão da execução *erga omnes*.

Ressalve-se que outras realidades possíveis para a solução da tensão eram conhecidas desde o surgimento da competência do senado federal *para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal*; no entanto, a competência mantém-se até os dias atuais.

---

<sup>110</sup> Supra, p. 30, 36 e 42.

### 2.3 A controvérsia doutrinária acerca da competência do senado federal frente à declaração de inconstitucionalidade em concreto pelo supremo tribunal federal: exercício vinculado ou não?

A discussão acerca da discricionariedade do senado federal para suspender ou deixar de suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal é tão antiga quanto a própria competência. Já nos debates da constituinte de 1933 a questão fora levantada por Levi Carneiro, cuja posição era contrária a instituição dessa competência, tendo Prado Kelly, defensor da instituição dessa competência, respondido a indagação de maneira obtusa<sup>111</sup>.

A doutrina, então, incumbiu-se da análise da proposição normativa a fim de esclarecer se, no exercício de sua competência para a suspensão da execução, está o senado federal vinculado ou não ao supremo tribunal federal.

Lúcio Bittencourt se posiciona no sentido da vinculação do senado federal para a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal. Em sua obra “O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis”, o autor entende que o ato do senado *não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na constituição: decisão definitiva do supremo tribunal federal*<sup>112</sup>. Prossegue afirmando que caso o senado não aja, a eficácia da decisão permanece incólume, produzindo todos os seus efeitos regularmente. O argumento para sua tese é de que o objetivo da competência do senado é o de dar publicidade à decisão do tribunal porque não há, tecnicamente, a possibilidade de se “suspender a execução” de um ato “inexistente” ou “ineficaz”<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> “O Sr. Levi Carneiro – Preciso de um esclarecimento de V. Ex<sup>a</sup> para a posteridade, para os exegetas do futuro. Essa atribuição é automática ou discricionária? Haverá suspensão? A redação comporta duas interpretações. O Conselho Federal suspende a execução sempre que a lei seja declarada inconstitucional, ou suspende e deixa de suspender a seu critério?

O Sr. Prado Kelly – Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam as partes do litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos.” ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. *A competência...* p. 260.

<sup>112</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 145 e s.

A esta corrente filia-se Gilmar Mendes<sup>114</sup>. Para sustentar sua tese de autêntica mutação constitucional no âmbito da competência do senado federal, o jurista afirma que a competência restringe-se em dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade do supremo tribunal federal, sendo, por isso, a atividade do senado federal vinculada no sentido de que a não-edição da resolução apta a suspender a execução do ato normativo, objeto da declaração do supremo tribunal federal, não impede a produção de efeitos *erga omnes* da decisão do respectivo tribunal.

Tal entendimento não é compartilhado por Paulo Brossard, por sua vez. No artigo “O senado e as leis inconstitucionais”, o jurista entende que o *senado federal é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal*<sup>115</sup>. Sua tese baseia-se na idéia de que se o senado estivesse vinculado a decisão do supremo tribunal federal, a atribuição constitucional dessa competência não faria algum sentido ou teria alguma utilidade; ou seja, se a constituição desejasse que o senado simplesmente publicasse a decisão do supremo tribunal federal, teria silenciado sobre a atribuição de tal competência; como não restou silente, contudo, entende tratar-se de atribuição de competência de natureza discricionária e política<sup>116</sup>.

Não é diferente o entendimento de Alexandre de Moraes. Segundo o autor, *ao senado federal não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por quorum suficiente e é definitiva, mas também indagar da conveniência dessa suspensão*<sup>117</sup>. Extrai tal conclusão a partir de julgados do próprio supremo tribunal federal e de pareceres do senado federal<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista Informação Legislativa, a. 41, nº 162, abr./jun. de 2004. p. 234.

<sup>115</sup> BROSSARD, Paulo. O Senado e a leis inconstitucionais. Revista Informação Legislativa, v. 13, nº 50, p.55-64, abr./jun. de 1976. p. 64.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>117</sup> MORAES, Alexandre de. Direito... p. 704.

<sup>118</sup> O autor também trás o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o assunto. No sentido da discricionariedade do Senado: Paulo Brossard, Oswald Aranha Bandeira Mello, Themístocles Cavalcanti, Nogueira da Silva, Elival da Silva Ramos e Celso de Mello Filho. No sentido da vinculação do Senado: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Michel Temer, Lúcio Bittencourt e Alfredo Buzaid (Ibidem, p. 703).

Ainda, nos comentários à constituição de 1967, Pontes de Miranda não aborda a questão sobre a discricionariedade do senado federal para a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo supremo tribunal federal<sup>119</sup>. Tampouco José Afonso da Silva, em seu curso de direito constitucional, trata diretamente a questão objeto da investigação<sup>120</sup>.

Como se vê, apesar da relativa controvérsia doutrinária, no âmbito do senado federal e do supremo tribunal federal o entendimento tradicional é de que a competência para a suspensão da execução é ato discricionário e político, conforme o posicionamento de Paulo Brossard, citando-se, para a tal fim, no supremo tribunal federal, o mandado de injunção nº 460-9/RJ, Rel. Min. Celso de Mello e o mandado de segurança nº 7.248/SP, Rel. Min. Victor Nunes Leal, e, no senado federal, pareceres: nº 154, de 1971; nº 261, de 1971; e, nº 282, de 1971<sup>121</sup>.

Interessante, por fim, observar que o senado federal vem exercendo sua competência para a suspensão da execução desde 1958 até o presente ano de 2010. Por meio de levantamento feito por Eduardo Schenato Piñeiro<sup>122</sup>, para fins de dissertação em mestrado em direito, constata-se que tiveram sua execução suspensa pelo senado federal algumas centenas de atos normativos declarados inconstitucionais em controle difuso pelo supremo tribunal federal, refutando-se, desde já, qualquer argumento no sentido de que se trata de competência em desuso ou obsoleta.

---

<sup>119</sup> “Quanto às leis, aos regulamentos, atos ou deliberações – portanto, todos os atos legislativos e executivos, ou até de deliberação do Poder Judiciário em matéria regimental e executiva – sempre que o Supremo Tribunal Federal os tenha julgado *inconstitucionais*, o que só se dá *in casu*, incumbe ao Senado Federal suspender-lhes a execução, no todo ou em parte, conforme a matéria atingida.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969. Volume 3. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1972. p. 88.

<sup>120</sup> Contudo, transcrevo dois trechos, ao tratar sobre a inconstitucionalidade por via de exceção, que permitiriam concluir pela discricionariedade do senado federal, segundo a opinião do autor: “Mas no sistema brasileiro, qualquer que seja o tribunal que a proferiu, não faz ela coisa julgada em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade, como já vimos.”; em seguida, e de forma mais decisiva: “No entanto, a lei continua eficaz e aplicável até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.” SILVA, José Afonso da. Curso... p. 54.

<sup>121</sup> MORAES, Alexandre de. Curso... notas de rodapé 1 e 3, p. 704.

<sup>122</sup> PIÑEIRO, Eduardo Schenato. Análise estrutural-comparativa do controle difuso de constitucionalidade brasileiro. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Anexo.

### 3. O ARTIGO 52, X, DA CRFB/88: UM “CASO CLÁSSICO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL”?

#### 3.1 A tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X

Já no ano de 2004, Gilmar Mendes publicou um artigo chamado *O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, onde defendeu a tese da ocorrência de *autêntica mutação constitucional* no âmbito do artigo 52, X, da constituição de 1988. Também na apreciação da reclamação 4335-5/AC<sup>123</sup>, distribuída em 2006, sob sua relatoria, pode difundir sua tese. Defende, ainda, a referida posição, em seu curso de direito constitucional<sup>124</sup>.

A tese sustentada segue o seguinte raciocínio:

a) a competência do senado federal para a suspensão da execução só se explica por razões históricas;

*“A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.”<sup>125</sup>*

b) o deslocamento do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro para a predominância da modalidade concentrada, em detrimento da difusa, após a constituição de 1988;

*“A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais*

<sup>123</sup> O julgamento da reclamação aguarda o pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski. “Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo habeas corpus de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007.” Informação no link [www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551), acessado no dia 24/10/2010.

<sup>124</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso... p. 1127 e s.

<sup>125</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel... p. 155.

*passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.*<sup>126</sup>

c) a deficiência, dentro do sistema jurídico atual, da competência do senado federal em concretizar seu objetivo de atribuir eficácia *erga omnes* a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal;

*“Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada dessa ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que se cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.*<sup>127</sup>

*“Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes? Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.*<sup>128</sup>

d) tal competência do senado federal, da maneira como foi interpretada e praticada, é uma negação da teoria das nulidades;

*“Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *extunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.*<sup>129</sup>

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel... p. 158.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 155.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 162.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 160.

e) a prática, ainda que tímida, do supremo tribunal federal no sentido de atribuir eficácia *erga omnes* a declaração de inconstitucionalidade em controle concreto, dando efeito vinculante a sua decisão, sem comunicar o senado federal;

*“Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988. É possível que a configuração emprestada ao controle abstrato pela nova Constituição, com ênfase no modelo abstrato, tenha sido decisiva para a mudança verificada, uma vez que as decisões com eficácia erga omnes passaram a se generalizar.”<sup>130</sup>*

f) a competência do Senado Federal consiste, portanto, após a entrada em vigência da constituição de 1988, em dar publicidade a declaração do supremo tribunal federal, a qual já contém efeito vinculante *erga omnes per si*.

*“Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas.”<sup>131</sup>*

*“É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.”<sup>132</sup>*

Por meio desse raciocínio, Gilmar Mendes concluiu pelo fenômeno da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição de 1988, em razão da *completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova*

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel... p. 165.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 165.

*compreensão que se conferiu à competência do senado federal*<sup>133</sup> para a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, em controle difuso, pelo supremo tribunal federal.

---

<sup>133</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O papel... p. 165.

### 3.2 Objeções à tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X

O desenvolvimento da tese sobre “autêntica mutação constitucional”, no âmbito do artigo 52, X, possui problemas. Cumpre, por isso, tecer objeções contra os argumentos lançados para a fundamentação da tese.

Contra o primeiro argumento lançado (supra, letra “a”) pode-se objetar o seguinte: as questões sobre aplicação das normas são sempre questões de validade. Por isso, pouco importa, desde o ponto de vista de vigência das normas, a “razão de assentamento” de uma norma; o decisivo é a comprovação da vigência da norma. Assim o instituto da suspensão da execução pelo senado não se assenta hoje em razão de índole exclusivamente histórica, embora a origem da competência tenha uma história; assenta-se, senão, e por isso tem força vinculante a todos os poderes do estado, no fato de ser competência constitucionalmente reconhecida, nos termos do artigo 52, X.

Nesse sentido, o argumento falha por tentar retirar normatividade da competência por meio não-jurídico, qual seja, atribuir o predicado de “antiga”, ou “anacrônica” à competência, sendo, uma observação desse tipo, completamente irrelevante para a questão acerca da verificação da validade da norma.

O argumento seguinte (supra, letra “b”), fracassa perante a objeção: ainda que admitida a modificação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, aumentando a ênfase no controle concentrado em detrimento do controle difuso, é pacífico que o controle difuso permanece parte integrante do sistema<sup>134</sup>. Ora, em assim sendo, o fato de ter acontecido suposta mudança radical da ênfase do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro em nada altera aquilo que a constituição prevê para o procedimento de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso.

Portanto, também o alargamento do modelo de controle concentrado nada pode fazer contra a vigência das normas que regulam o modelo de controle difuso.

Contra a verificação retratada no argumento letra “c” (supra), nada se pode objetar. Disso não resulta a ausência de problemas sobre o argumento em sua

---

<sup>134</sup> “Temos no Brasil duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.” BONAVIDES, Paulo. Curso... p. 325. “Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal.” SILVA, José Afonso da. Curso... p. 51.

relação com a tese. O decisivo, aqui, é o como se reage à verificação de uma competência geradora de inconvenientes à jurisdição constitucional. A doutrina de Hesse é relevante nesse sentido. Pois, se à constituição escrita atribui-se função estabilizadora e aliviante, o vencimento de problemas e inconvenientes jurídico-constitucionais só pode acontecer mediante soluções conformes à constituição; valendo a pena repisar, não existe realidade constitucional *contra constitutionem*<sup>135</sup>.

Portanto, do ponto de vista da constituição brasileira, a solução para o vencimento de inconvenientes jurídico-constitucionais associados a uma disposição constitucional obrigatória e sem abertura interpretativa deve ser por meio de uma emenda constitucional.

O argumento levantado na letra “d” (supra) é o mais problemático, por sua vez. Isso porque, primeiro coloca-se a questão acerca do significado da expressão “*suspensão da execução*”, para, só depois, perguntar-se sobre seus efeitos.

Uma olhada sobre o anotado sobre o histórico da competência aponta uma direção. Prado Kelly, ao pronunciar-se na constituinte de 1933, manifestou-se da seguinte forma, sendo relevante nova transcrição do trecho:

“Ora, um dos objetivos da racionalização dos poderes é instituir um órgão de jurisdição constitucional, não só em atenção aos interesses individuais violados, mas no interesse público da harmonia da legislação e da supremacia dos códigos fundamentais. Essa nova tendência, desconheceu-a ou refugou-a a Comissão Revisora. Porque nada lhe ocorreria fora dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nós outros aceitamos a teoria americana para o reconhecimento da inconstitucionalidade, quando argüida nos pleitos ordinários perante a Justiça. Mas também consultamos o interesse coletivo, dando ao Conselho Federal, que é o poder coordenador, a atribuição de declarar a nulidade de qualquer lei ou ato e regulamento emanados do Executivo e que contrariem a Constituição: diretamente, por força de autoridade, ou na extensão *erga omnes* dos arestos lançados pela Suprema Corte, nas espécies sujeitas a seu julgamento.”<sup>136</sup>

Repara-se a utilização da expressão “*declarar a nulidade*”, indicando que ela e o sentido da expressão posteriormente utilizada, “*suspensão da execução*”, estão em conexão. Frise-se, também, que tanto na manifestação de Prado Kelly, quanto nas de Godofredo Viana e Nilo de Alvarenga, emerge nítido interesse de que a

<sup>135</sup> Supra, p. 9 e s; p. 26 e s.

<sup>136</sup> Completo supra, p. 41.

fórmula a ser adotada, a qual acabou sendo a competência para “*suspensão da execução*”, deveria permitir que todos pudessem aproveitar a declaração de inconstitucionalidade, ou seja, estava presente a noção de nulidade absoluta do ato inconstitucional<sup>137</sup>.

Nesse sentido, “*suspensão de execução*” não é mera revogação e por isso seus efeitos não são, necessariamente, os mesmos. Foi essa conclusão que teve o senador Accioly Filho, em trecho trazido por Mendes em seu artigo:

“Posto em face de uma decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de lei ou decreto, ao Senado não cabe tão-só a tarefa de promulgador desse decisório.

A declaração é do Supremo, mas a suspensão é do Senado. Sem a declaração, o Senado não se movimenta, pois não lhe é dado suspender a execução de lei ou decreto não declarado inconstitucional. Essa suspensão é mais do que a revogação da lei ou decreto, tanto pelas suas conseqüências quanto por desnecessitar da concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo. Em suas conseqüências, a suspensão vai muito além da revogação. Esta opera *ex nunc*, alcança a lei ou ato revogado só a partir da vigência do ato revogador, não tem olhos para trás e, assim, não desconstitui as situações constituídas enquanto vigorou o ato derogado. Já quando de suspensão se trate, o efeito é *ex tunc*, pois aquilo que é inconstitucional é natimorto, não teve vida (cf. Alfredo Buzaid e Francisco Campos), e, por isso, não produz efeitos, e aqueles que porventura ocorreram ficam desconstituídos desde as suas raízes, como se não tivessem existido.

Integra-se, assim, o Senado numa tarefa comum com o STF, equivalente àquela da alta Corte Constitucional da Áustria, do Tribunal Constitucional alemão e da Corte Constitucional italiana. Ambos, Supremo e Senado, realizam, na Federação brasileira, a atribuição que é dada a essas Cortes européias.

Ao Supremo cabe julgar da inconstitucionalidade das leis ou atos, emitindo a decisão declaratória quando consegue atingir o *quorum* qualificado.

---

<sup>137</sup> “O ato praticado contra declarações constitucionais, venha do executivo, ou do legislativo, é nenhum. E, quando ‘por sentença judiciária’, recebe esse estigma: ‘considera-se como se nunca tivesse existido. À sombra dele não se podem erigir direitos; os contratos, cuja procedência dele pender, são írritos; não escusa o procedimento de ninguém, que obre sob sua direção; nem os que lhe recusarem obediência, ainda antes da sentença, incorrerão em pena. Entende-se que nunca, desde seu começo, lhe assistiu a mínima autoridade legal.’ É o princípio comum: *Actus, a principio nullus, nullum proicit effectum. Actos, ipso jure nullus, convalescere non potest.*” BARBOSA, Rui. A Constituição e os atos... p. 228. “Nulidade significa que um ato, que se apresenta com a pretensão, isto é, cujo sentido subjetivo é ser um ato jurídico, especialmente, um estatal, isso não é objetivamente e, precisamente, não porque ele é antijurídico, isto é: não corresponde às condições que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve.” HECK, Luís Afonso. Jurisdição... p. 41.

Todavia, aí não se exaure o episódio se aquilo que se deseja é dar efeitos *erga omnes* à decisão.

A declaração de inconstitucionalidade, só por ela, não tem a virtude de produzir o desaparecimento da lei ou ato, não o apaga, eis que fica a produzir efeitos fora da relação processual em que se proferiu a decisão.

Do mesmo modo, a revogação da lei ou decreto não tem o alcance e a profundidade da suspensão. Consoante já se mostrou, e é tendência no direito brasileiro, só a suspensão por declaração de inconstitucionalidade opera efeito *ex tunc*, ao passo que a revogação tem eficácia só a partir da data de sua vigência.

Assim, é diferente a revogação de uma lei da suspensão de sua vigência por inconstitucionalidade.

Revogada uma lei, ela continua sendo aplicada, no entanto, às situações constituídas antes da revogação (art. 153, § 3o, da Constituição). Os juízes e a administração aplicam-na aos atos que se realizaram sob o império de sua vigência, porque então ela era a norma jurídica eficaz. Ainda continua a viver a lei revogada para essa aplicação, continua a ter existência para ser utilizada nas relações jurídicas pretéritas (...)

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, vale por fulminar, desde o instante do nascimento, a lei ou decreto inconstitucional, importa manifestar que essa lei ou decreto não existiu, não produziu efeitos válidos.

A revogação, ao contrário disso, importa proclamar que, a partir dela, o revogado não tem mais eficácia.

A suspensão por declaração de inconstitucionalidade diz que a lei ou decreto suspenso nunca existiu, nem antes nem depois da suspensão.

Há, pois, distância a separar o conceito de revogação daquele da suspensão de execução de lei ou decreto declarado inconstitucional. O ato de revogação, pois, não supre o de suspensão, não o impede, porque não produz os mesmos efeitos.”<sup>138</sup>

“*Suspensão da execução*” aqui, portanto, só pode significar suspensão dos efeitos do ato normativo. O que é dizer, por meio de uma opção política, a constituição vigente dividiu a competência para suspensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concreto em duas: a) a competência para a suspensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto para as partes em litígio, a qual ficou atribuída ao supremo tribunal federal; e, b) a

<sup>138</sup> ACCIOLY FILHO. BRASIL, 1975. p. 266-268 apud MENDES, Gilmar. O papel... p. 152 e s.

competência para a suspensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto para todos os outros não-afetos ao caso concreto, a qual ficou atribuída ao senado federal.

Quanto aos efeitos da “*suspensão da execução*” estamos diante de outra questão problemática. Por estarmos tradicionalmente apegados a teoria das nulidades, a “*suspensão da execução*” deveria ter efeitos “*ex tunc*”, por apenas estender a todos os efeitos da decisão do supremo tribunal federal reconhecedora, por ser mera declaração, de nulidade *ab initio*. Contudo, a doutrina, p. ex., José Afonso da Silva, posiciona-se que a manifestação do senado opera com efeitos “*ex nunc*”<sup>139</sup>, sendo, no mesmo sentido, a posição de Moraes<sup>140</sup>.

Ainda que a prática da competência tenha sido contrária à teoria das nulidades, o que é afirmado por Mendes, disso não se pode inferir que a própria competência é uma negação à teoria das nulidades, e é isso que se objeta contra o argumento. A verdade é que a própria teoria das nulidades não consegue vencer, muitas vezes, os problemas jurídico-constitucionais colocados<sup>141</sup> e talvez por isso a prática e a doutrina tenham se desviado dela no âmbito da competência do senado federal para a “*suspensão da execução*”.

Resta, ainda, objetar o argumento da letra “e” (supra) e contra ele o é muito simples: o fato de o supremo tribunal federal *julgar* de determinada forma não significa que o supremo tribunal federal *deva julgar*, do ponto de vista constitucional,

---

<sup>139</sup> “No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.” SILVA, José Afonso da. Curso... p. 54.

<sup>140</sup> MORAES, Alexandre. Direito... p. 706.

<sup>141</sup> Aqui entre em jogo a teoria da nulificabilidade de Kelsen. Em HECK, Luís Afonso. Jurisdição... a lição sobre a teoria da nulificabilidade das normas: “A nulificabilidade do ato antijurídico significa a possibilidade de eliminar ele com seus efeitos jurídicos. A nulificação pode, agora, ter graus distintos, e precisamente, tanto no que concerne ao seu âmbito material como no seu temporal. No primeiro sentido estão dadas as possibilidades seguintes: a nulificação (cassação) do ato antijurídico permanece limitada a um caso (concreto). Se se trata de um ato individual, então isso entende-se por si mesmo. De outra forma, quando existe uma norma geral. A cassação de uma norma geral permanece limitada a um caso concreto se o ordenamento jurídico determina que as autoridades (tribunal ou administração), das quais a norma pede para ser aplicada, é autorizada ou obrigada a recusar essa aplicação no caso concreto, quando ela considera essa norma como antijurídica, e no caso existente deve decidir ou dispor como se a norma geral, reconhecida por ela como antijurídica, não estivesse em validade. De resto, porém, permanece essa validade e deve, em outros casos por outras autoridades ser aplicada, quando essas, ou não estão autorizadas para tal exame e decisão relativa a juridicidade da norma a ser aplicada, ou, embora autorizadas, consideram essa norma como jurídica.” (p. 44 e s.) “Em sentido temporal pode o efeito da cassação ser limitado ao futuro, ou, então, estender-se ao passado, isto é: a nulificação do ato antijurídico pode realizar-se com ou sem retroatividade. Tal diferenciação tem, naturalmente, um sentido somente perante atos que têm um efeito jurídico duradouro; ela é, portanto, atual, sobretudo com referência a cassação de normas gerais.” (p. 50 e s.)

de determinada forma, ou seja, é a conhecida separação entre aquilo que “é” daquilo que é “dever”<sup>142</sup>. Transcreve-se trecho referente a essa separação entre “ser” e “dever” que reflete bem o aqui discutido:

“Porque isso tem simplesmente a finalidade de satisfazer juridicamente aquele aparecimento que nós, segundo a sua natureza, reconhecemos como extrajurídico: a destruição da proposição jurídica por uma conduta do fato do dever jurídico por um ser. Em conformidade com isso, deve ser designado como completamente malgrado quando se tenta regular juridicamente a derrogação do direito legislado por causa do funcionar antijurídico dos órgãos estatais – e somente dessa maneira pode formar-se um costume que se opõe a proposição jurídica, - ao se, por exemplo, exigir para a derrogação, que a proposição jurídica não se aplicou na maioria dos casos ou por um período determinado, sob circunstância determinadas. Porque, prescindindo totalmente disto, que os elementos citados, em geral, no fundo, não se deixam comprovar – como se poderia, porventura, provar uma maioria de casos, nos quais uma proposição jurídica deveria ter sido aplicada, embora ela não tenha sido aplicada? -, são todas as formulações semelhantes arbitrárias e, do ponto de vista do direito positivo, irrelevantes.”<sup>143</sup>

Portanto, o fato de o supremo tribunal federal vir, ainda que timidamente, reconhecendo efeito *erga omnes* a suas declarações de inconstitucionalidade em controle concreto, ignorando a competência do senado federal<sup>144</sup>, não derroga a competência constitucional do senado federal e, mais uma vez, a lição de Hesse parece fundamental: não existe realidade constitucional *contra constitutionem*<sup>145</sup>.

Analisados os argumentos, resta objetar a conclusão. Se é verdade que mutação constitucional, compreendida como modificação na constituição sem alteração do texto, para que realidade constitucional e normatividade constitucional

<sup>142</sup> “O valor atribuído a um objeto não é dado com as propriedades desse objeto sem referência a uma norma pressuposta. O valor não é inerente ao objeto julgado como valioso, é a relação desse objeto com uma norma pressuposta. Não podemos encontrar o valor de uma coisa real ou de uma conduta efetiva analisando esses objetos. O valor não é imanente à realidade natural. Portanto, o valor não pode ser deduzido da realidade. Não se conclui, do fato de que alguma coisa é, que ela deva ser ou deva ser feita, ou que não deva ou não deva ser feita. O fato de que na realidade peixes grandes comem peixes pequenos não implica que a conduta do peixe seja boa, tampouco que seja má. Não existe nenhuma inferência lógica a partir do que ‘é’ para o ‘deve-ser’, da realidade natural para o valor moral ou jurídico.” KELSEN, Hans. A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência in O que é justiça? 3ª ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 140.

<sup>143</sup> KELSEN, Hans. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre apud HECK, Luís Afonso. Jurisdição... p. 55.

<sup>144</sup> Aqui a lição de Jellinek e Dau-lin. Enquanto o primeiro defende que o desuso de uma competência não implica em sua invalidade, o segundo afirma que uma competência em desuso perde seu caráter jurídico (supra, p. 22 e 25). Nesse ponto, concorda-se com a posição de Jellinek e ainda que o Senado Federal venha sendo excluído do processo de suspensão dos efeitos, disso não resultará a perda da competência por desuso.

<sup>145</sup> Supra, p. 9 e s; p. 26 e s.

acomodem-se uma a outra, está limitada à abertura de certa disposição constitucional obrigatória<sup>146</sup>, não estamos diante de um tal caso no âmbito do artigo 52, X. A expressão “*suspensão da execução*” não comporta o significado “*dar publicidade*”, senão “*suspender os efeitos*”, e por isso uma mutação constitucional nesses termos é, na verdade, rompimento constitucional<sup>147</sup>.

Fala a favor disso, o histórico da competência: uma opção política em separar a competência para a suspensão dos efeitos do ato normativo declarado inconstitucional pelo supremo tribunal federal em controle difuso. Frise-se que já nos anos do surgimento da competência, era conhecido pelo constituinte brasileiro o modelo concentrado de competência, tornando ainda mais evidente que se tratou de uma opção política – opção que permanece vigente nos termos da constituição de 1988<sup>148</sup> –; e, portanto, no mínimo, é duvidosa uma afirmação no sentido de que teria havido uma mudança no plano da realidade constitucional brasileira.

A tentativa de alterar o sistema de controle difuso de constitucionalidade por meio da tese da mutação constitucional é, na verdade, um ato político, com suposta roupagem jurídica, de uma autoridade constitucionalmente não-competente para tal.

Uma solução assim enfraquece a posição do supremo tribunal federal<sup>149</sup>. Na medida em que a representação exercida pelo tribunal constitucional é de natureza argumentativa<sup>150</sup>, é a fundamentação racional de suas decisões por meio de argumentos que garante a sua posição de autoridade<sup>151</sup> perante os cidadãos e os outros órgãos estatais.

---

<sup>146</sup> Supra, p. 26 e s.

<sup>147</sup> Supra, p. 18.

<sup>148</sup> Supra, p. 34.

<sup>149</sup> Aqui caberia a seguinte nota: se se considera tribunal constitucional aquele que julga tendo como critério normativo somente a constituição, então o supremo tribunal federal não o é por ser competente para julgar, por exemplo, *habeas corpus*, tendo por critério normativo a legislação penal infraconstitucional.

<sup>150</sup> “O exercício de poder estatal pelo parlamento é legítimo porque o parlamento representa o povo. Essa representação é democrática porque os membros do parlamento são eleitos por eleição livre e igual – por meio da sanção da não-reeleição – controlados. Isso é em todo o caso, em geral, diferente no caso da jurisdição constitucional. Os juizes do tribunal constitucional não têm regularmente uma legitimação democrática direta e o povo não tem, em regra, possibilidade de controle por denegação da reeleição. Isso é compatível com democracia? A única possibilidade de reconciliar jurisdição constitucional com democracia constitucional consiste nisto, compreendê-la também como representação do povo. (...) A chave para a solução desse problema e, com isso, o problema geral da jurisdição constitucional é o conceito da representação argumentativa.” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2ª ed. revista. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 163.

<sup>151</sup> “Na verdade, a autoridade é, em primeiro lugar, uma atribuição (que cabe) a pessoas. Mas autoridade das pessoas não tem seu fundamento último num ato de submissão e de abdicação da razão, mas um ato de reconhecimento e conhecimento: reconhece-se que o outro está acima de nós

Por isso, uma constatação de que a competência do senado federal para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal* representa um inconveniente para a efetivação das garantias de uma jurisdição constitucional deve ter uma solução em conformidade com a constituição<sup>152</sup>.

Sendo uma competência, a disposição do artigo analisado integra aquilo que Hesse classifica como disposições obrigatórias da constituição, não havendo abertura ou elasticidade da constituição a ponto de suportar a mutação de uma competência; contudo, uma constituição que pretenda ser duradoura precisa precaver-se para tais momentos.

A constituição brasileira, assim, prevê mecanismos formais de reforma justamente para quando dela não resulte mais uma solução desejável: a emenda constitucional. Pelo processo de emenda constitucional, os participantes da vida estatal, para isso competentes, têm a possibilidade de deliberar sobre o

---

em juízo e visão e que, por conseqüência, seu juízo precede, ou seja, tem primazia em relação ao nosso próprio juízo. Isso implica que, se alguém tem pretensões à autoridade, esta não deve ser-lhe outorgada; antes, autoridade é e deve ser alcançada. Ela repousa sobre o reconhecimento e, portanto, sobre uma ação da própria razão que, tornando-se consciente de seus próprios limites, atribui ao outro uma visão mais acertada. A compreensão correta desse sentido de autoridade não tem nada a ver com obediência cega, mas com *(re)conhecimento*.” (a expressão “que cabe” e a partícula “re” foram acrescentadas em observações feitas pelo prof. Luís Afonso Heck durante as aulas de temas atuais de direito público.) GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I. 9ª edição. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes e Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008. p. 371.

<sup>152</sup> Como possível solução ao problema, propõe-se uma olhada no direito alemão. “O chamado controle normativo concreto está regulado pelo artigo 100, I, da lei fundamental, § 13, número 11, §§ 80-82, da lei do tribunal constitucional federal. Essas prescrições trazem à conclusão uma discussão longa e controversa sobre o chamado direito do exame judicial. A designação de um uso corrente, sobretudo outrora – “direito do exame judicial” é, certamente, inexata. Trata-se da questão, se os tribunais estão autorizados a examinar uma norma, relevante para a decisão no conflito jurídico concreto, em sua constitucionalidade e, dado o caso, rejeitá-la, isto é, não aplicar como anticonstitucional e nula. Competência de exame e competência de rejeição podem convergir, mas também ser distribuídas a órgãos distintos. Elas devem conceitualmente ser distinguidas, mas também se condicionam. Porque a rejeição pressupõe um exame correspondente e o exame somente é conveniente, se ele leva a conseqüências, precisamente, à recusa e rejeição da norma jurídica.” (...) “Pelo artigo 100, I, da lei fundamental, a questão de litígio do tempo de Weimar é decidida jurídico-positivamente. A competência de exame dos tribunais é, fundamentalmente, afirmada, a competência de rejeição, porém, concentrada e monopolizada no tribunal constitucional federal. Devem ser distinguidos os seguintes graus: - o tribunal do processo (caso existem dúvidas e objeções correspondentes de uma parte são apresentadas) examinar a constitucionalidade da lei e sobre isso tomar uma decisão; - se ele afirma a constitucionalidade, então ele tem de aplicar a lei e decidir em conformidade o caso concreto; - se ele nega a constitucionalidade, então ele tem de suspender o procedimento e pedir a decisão do tribunal constitucional federal (chamada apresentação judicial); - o tribunal constitucional federal decide em virtude da apresentação definitivamente e com vinculatividade universal sobre a constitucionalidade ou anticonstitucionalidade e nulidade da lei; - se o tribunal constitucional decidiu, então o processo deve continuar seu procedimento e, sob a observância da decisão do tribunal constitucional federal, decidir o caso concreto.” MAURER, Hartmut. Contributos para o direito do estado. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 256 e s.

inconveniente e todos esses pontos de vista terão participação no vencimento do problema, resultando, por isso, numa solução democrática, discursiva.

## CONCLUSÃO

A tese da mutação constitucional no âmbito do artigo 52, X, da constituição de 1988, como defendida por Mendes, doutrinariamente e na reclamação 4335-5/AC, não é compatível com a constituição brasileira, mais se aproximando de um rompimento constitucional. Por fixar competência, falta ao artigo 52, X, abertura e elasticidade suficientes para uma mutação constitucional.

O vencimento para eventual inconveniente gerado pela vigência da competência do senado federal para *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do supremo tribunal federal* deve ser por meio de uma emenda constitucional, meio constitucionalmente previsto adequado para o vencimento do problema colocado.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista Informação Legislativa, a. 15, nº 57, jan./mar. de 1978.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2ª ed. revista. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARBOSA, Rui. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Atlântida Editora, 1893.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra Editora, 1991.

BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Revista Informação Legislativa, v. 13, nº 50, p.55-64, abr./jun. de 1976.

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

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

FERRAZ, Anna Candida da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança na constituição**. 1ª ed. Max Limonad Editora, 1986.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 9ª edição. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes e Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008.

HECK, Luís Afonso. **Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora. 2006.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. (da 20ª edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris editor, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución.** Trad. de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 3ª ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional.** 2ª ed. Trad. de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?** 3ª ed. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.** VVDStRL, Heft 5. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1929.

LASSALLE, Ferdinand. **O quê é uma constituição?** Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Trad. para o espanhol de Alfredo Gallego Anabitarte. 4ª reimpressão. Barcelona: Editora Ariel, 1986.

MAURER, Hartmut. **Contributos para o direito do estado.** Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** Revista Informação Legislativa, a. 41, nº 162, abr./jun. de 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato. **Análise estrutural-comparativa do controle difuso de constitucionalidade brasileiro.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1937.

\_\_\_\_\_. **Comentários à constituição de 1967: com a emenda nº 1, de 1969.** Volume 3. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1972.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.