

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

Ricardo Diego Nunes Pereira¹

Introdução. 1 Ordenamento Jurídico e Constituição: Processos *Formais* de Mudança da Constituição e Controle e Constitucionalidade. 1.1 Poder Constituinte (originário, derivado e difuso): os processos *formais* e *informais* de mudança da Constituição. 1.2 O Controle Difuso (tendência de abstrativização) e o Papel do Senado Federal (mutação constitucional). 2 Jurisprudencialização/Tribunalização e Ativismo Judiciário: Superação da Função Judicial de “Legislador Negativo”. 3 Teoria da Mutação Constitucional: Processos *Informais* de Mudança da Constituição. 3.1 Aplicação da Mutação Constitucional no Brasil pós-88. 4 Aspectos da Divergência da Nova Perspectiva do STF em sede de Controle Difuso. 4.1 Mutação Inconstitucional – da alteração do texto constitucional. Conclusão.

A Constituição de 1988 foi feita com características de instrumento de transformação da realidade nacional. Será assim na medida em que se cumpra e se realize na vida prática. Uma Constituição que não se efetive não passa de uma folha de papel, tal como dissera Lassalle, porque nada terá a ver com a vida subjacente. As leis que ela postula serão as garras e as esponjas que a fazem grudar na realidade que ela visa a reger, ao mesmo tempo que se impregna dos valores enriquecedores que sobem do viver social às suas normas.

Que se cumpra para durar e perdurar, enriquecendo-se da seiva humana que nutre e imortaliza, se antes disso o processo de reformas neoliberais, de interesse dos detentores do poder, não a liquidar, pela desfiguração sistemática.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

(Poder Constituinte e Poder Popular, 2000, p. 259)

¹ Advogado, graduado pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, e pós-graduando em Direito Público. Texto elaborado em dezembro de 2009.

RESUMO

Esta dissertação tem como tema a nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em face da jurisdição constitucional (instrumento de defesa da Constituição, em que o STF é o seu guardião-mor), onde se analisa, utilizando-se de pesquisa jurisprudencial, legislativa e doutrinária, o novel paradigma que pretende dar nova feição ao Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade. Uma nova concepção acerca do Controle de Constitucionalidade, do Poder Constituinte, do Equilíbrio entre os Poderes e do Sistema Federativo está surgindo, o que pode estabelecer uma ruptura paradigmática no plano da Jurisdição Constitucional no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade; Jurisdição Constitucional; Mutação Constitucional.

ABSTRACT

This thesis has as its theme the new perspective of the Supreme Court in the face of constitutional jurisdiction (an instrument of defense of the Constitution, in which the Supreme Court is its chief guardian), which analyzes, using research case law, legislative and doctrinaire, the novel paradigm that intend to rehash the Supreme in office of diffuse control of constitutionality. A new concept about the Judicial Review, the Constitutional Power, the Balance between the Powers and the Federal System is emerging, which may provide a paradigmatic rupture in terms of Constitutional Jurisdiction in Brazil.

KEYWORDS: Judicial Review; Constitutional Jurisdiction; Constitutional Mutation.

INTRODUÇÃO

Em março de 2009, foi noticiada, no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal, uma opinião que bem reflete a situação atual do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. A Senadora Fátima Cleide (PT-RO), referindo-se ao tema dos direitos dos homossexuais (objeto da ADPF 132), afirmou que o Supremo, mais uma vez, vai assumir o lugar do Congresso, que não consegue votar leis específicas sobre questões homossexuais: “Temos muitas dificuldades de avançar; são mais de 40 projetos de lei (sobre esse tema) no Congresso Nacional e infelizmente naquela Casa nós não conseguimos avançar, de forma que a jurisprudência tem nos mostrado que a Justiça sempre garante os direitos”.

Essa avaliação da Senadora, evidentemente, não se limita ao referido problema por ela enfrentado em reunião com o presidente do STF, Gilmar Mendes. Por certo, esse fenômeno de *jurisprudencialização/tribunalização* e de *ativismo judiciário* é expandido², fato que se revela na nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal em face da jurisdição constitucional – esta entendida, em sentido amplo, como atividade jurisdicional em matéria de interpretação e aplicação adequada da Constituição, em que o STF é o seu guardião-mor, consoante o art. 102 da CF/88³ –, onde se debate o novo paradigma que pretende inovar a feição do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade, objeto de estudo do presente trabalho.

Essa discussão dá-se frente à inoperância do Poder Legislativo – recorde-se que o próprio Senador Garibaldi Alves (PMDB-RN) afirma que “o Congresso está na UTI”⁴ –,

² Essa omissão e atrofia do Legislativo, que muitas vezes obriga o Judiciário a “legislar”, não é somente uma questão do Brasil. Na Lituânia, foi debatido, no 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, ocorrido em junho de 2008, o tema da omissão legislativa na jurisprudência constitucional, onde, “na ocasião, o ministro Gilmar Mendes proferiu uma palestra mostrando que a Constituição brasileira de 1988 permite ao Judiciário exercer funções legislativas em caso de omissão do Congresso Nacional, e fez um relato da experiência da Suprema Corte brasileira no julgamento de casos relativos ao tema”, consoante a notícia publicada em abril de 2009, no portal eletrônico do STF.

³ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, **a guarda da Constituição**, cabendo-lhe [...]”.

⁴ Cf. ALVES, Garibaldi. O Congresso na UTI. *Veja*, São Paulo, n. 2054, 2 abr. 2008. p. 11-15. Entrevista. O seguinte trecho dessa entrevista é revelador da situação atual do Congresso: “O Congresso deixou de votar, de legislar, de cumprir sua função. É uma agonia lenta que está chegando a um ponto culminante. Essa questão das medidas provisórias é emblemática da crise do Legislativo, que não é mais uma voz da sociedade, não é mais uma caixa de ressonância da opinião pública. Está meio sem função. O Congresso está na UTI, e ninguém do mundo político percebe que esse desapareço pelo Poder Legislativo é uma coisa que está minando as suas bases de sustentação e que a qualquer hora poderá haver um momento de maior tensão, de crise entre os poderes. À medida que o Legislativo abre mão de suas prerrogativas, o Executivo [e o Judiciário] invade espaços.

ressurgindo o debate no Supremo Tribunal Federal acerca dos limites da jurisdição constitucional – entendida, agora num sentido estrito, como o próprio controle de constitucionalidade –, no tocante ao controle difuso, levando em consideração os estudos da *Mutação Constitucional*, que significa, consoante Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 57), um processo *informal* de mudança da Constituição, dando-lhe novos sentidos e conteúdos até então não alcançados pela sua simples letra, seja pela interpretação, seja por meio da construção (*construction*), ou mesmo dos usos e costumes constitucionais. Observa-se, destarte, que a hermenêutica e a interpretação são figuras importantes para a correta apreensão do conceito de Mutação Constitucional, motivo pelo qual se reserva um capítulo inteiro à sua análise (tanto da hermenêutica jurídica quanto da hermenêutica constitucional, especialmente esta).

Isso tudo se deve, principalmente (mas não somente, conforme será visto a partir da análise da tendência de *abstrativização do controle concreto*), à Reclamação 4.335-5/AC, onde o Ministro Relator Gilmar Mendes, seguido de Eros Grau, objetiva a seguinte alteração no sentido normativo do art. 52, X, CF/88, consoante voto deste último:

Passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, a outro texto: compete privativamente ao Senado Federal *dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*. (STF, voto do Min. Eros Grau, DJ 27/04/2007, p. 9/10, grifo nosso)

Sendo assim, em resumo, as decisões em âmbito de controle difuso passariam a ter os efeitos ditados pelo Supremo – com possibilidade de dar os mesmos efeitos de uma decisão proferida no controle concentrado (*erga omnes* e vinculante) –, e não ficar aguardando a boa vontade do enfermo Congresso Nacional para suspender a lei declarada inconstitucional. Registre-se que a Rcl. 4.335-5/AC, até a data de conclusão deste trabalho, ainda não foi julgada definitivamente⁵. Porém, os efeitos extraídos das discussões travadas

Precisamos inverter essa tendência. [...] Essa leniência [agora referindo-se à corrupção que assola o Congresso] tira a autoridade do Legislativo”. Essa situação é tão crítica que o Senador Cristóvão Buarque (PDT-DF) disse, de forma radical, que, no ritmo que se vai, logo alguém proporá a convocação de um plebiscito para decidir se não é o caso de o Brasil fechar o seu Congresso. Para evitar tal situação, o Deputado Federal Michel Temer (PMDB-SP), para quem “o Legislativo só é enaltecido quando o país está saindo de um regime autoritário”, defende que “o Congresso, porém, precisa reagir e promover uma recuperação ética [...]”. Cf. TEMER, Michel. É preciso reagir agora. *Veja*, São Paulo, n. 2109, 22 abr. 2009. p. 17-21. Entrevista.

⁵ A Rcl. 4335-5/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre e tem como objeto a concessão da progressão de regime aos interessados relacionados na Ação, em virtude da alegação de descumprimento da

nos votos dos Ministros já repercutem no mundo jurídico, com publicações de Teses⁶ e outros trabalhos científicos, como este, além de acirrados debates em palestras a respeito do tema.

Basicamente, há que se discutir acerca de qual seria o sentido extraído da norma do art. 52, X, CF/88, que diz, textualmente, que “*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”, permitindo-se, ao final, com base forte na hermenêutica constitucional, uma alteração no sentido normativo do dispositivo. O problema, entretanto, forma-se à medida que se faz o questionamento sobre a legitimidade daquilo propugnado pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, ou seja, é necessário saber se esse novo quadro está condizente com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Poder-se-ia pensar, inicialmente, que toda abordagem estaria esgotada, de certo modo, em razão da adoção, pela Emenda Constitucional 45/04, da Súmula Vinculante (art. 103-A, CF/88) – sem falar nos outros instrumentos trazidos ultimamente para dar efetividade ao princípio constitucional da razoável duração do processo, instado no art. 5º, LXXVIII, CF/88, que foi acrescido também pela Emenda 45/04, tais como a Lei de Repercussão Geral (Lei 11.418/06)⁷, no âmbito do STF, a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672/08), no âmbito do STJ⁸, e, mais recentemente, o II Pacto Republicano⁹. Quimera. Até porque muda a

decisão do STF no HC 82.959 (Rel. Min. Marco Aurélio), pela qual a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondo, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). O julgamento da referida Reclamação encontra-se no seguinte patamar, consoante o acompanhamento processual: “Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator [Min. Gilmar Mendes]; 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.”

⁶ Refira-se, por oportuno, à Tese de Doutorado do professor Lucas Gonçalves da Silva, da Universidade Federal de Sergipe – UFS, cujo título foi obtido em 2009, com orientação de André Ramos Tavares: *Mutação Constitucional pela Justiça Constitucional: Tipologia e Limites*. O referido professor também fez estudos sobre a *Hermenêutica e Interpretação Constitucional* (mestrado em direito) e *O papel do Supremo Tribunal Federal na garantia dos direitos fundamentais*.

⁷ Essa lei foi questionada por meio da ADI 4175, pois restringiria o acesso do cidadão ao STF, porém foi indeferida a inicial pelo Rel. Min. Carlos Britto, DJE 06/02/2009, por falta de pertinência temática quanto ao autor.

⁸ Consoante noticiado em janeiro de 2009, no portal eletrônico do STJ, o Min. Luiz Fux defende que este Tribunal Superior adote também a Súmula Vinculante e a Repercussão Geral para selecionar as causas que irão a julgamento, o que demonstra a tendência atual em busca da efetividade e celeridade, enfim, da economia processual, pela qual se persegue, com ponderação, a obtenção de maior resultado com o menor uso de atividade jurisdicional.

⁹ O I Pacto Republicano, assinado em 2004, gerou toda a modernização do sistema da Justiça e reformulação das leis. O II Pacto Republicano tem três objetivos principais: a proteção dos direitos humanos e fundamentais, a agilização e efetivação da prestação jurisdicional e a promoção de maior acesso à Justiça.

estrutura tradicional do controle difuso, argumentos de peso são colocados pelos que dizem ser subversor o posicionamento de mudança de sentido do art. 52, X, CF/88, dentre eles a violação do princípio da Separação dos Poderes, a fundamentação por uma *Mutação Inconstitucional* e a caracterização do Poder Judiciário como um poder constituinte permanente, ilegítimo e autoritário (“ditadura do Judiciário”), ao dar a função ao Senado Federal de mero chancelador das decisões do Supremo. Nesse sentido, pode-se citar Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007), além de Marcelo Novelino (2009), Pedro Lenza (2009), Wellington Márcio Kubliskas (2009), o professor da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Roberto Wagner Lima Nogueira (2008), e o professor Mestre da Universidade Federal de Sergipe – UFS, Carlos Augusto Alcântara Machado (informação verbal)¹⁰. Registre-se, ainda, que o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação e o Ministro Joaquim Barbosa não a conheceu, mas ambos concederam *habeas corpus* de ofício.

De outro lado, afirmando ser autêntica a expendida *Mutação Constitucional* no dispositivo da Carta Maior, destacam-se Dirley da Cunha Júnior (2008) e os já referidos Ministros do Supremo, Gilmar Mendes e Eros Grau, podendo-se mencionar ainda, pelos estudos desenvolvidos, André Ramos Tavares (1998). Adotando uma posição de elasticidade da atuação do Excelso Pretório e do próprio Poder Judiciário, a alteração do sentido normativo seria uma das formas de garantir a autoridade das decisões do STF, transformando-o, assim se entende, em verdadeira Corte Constitucional. Outro ponto importante, destacado por Gilmar Mendes, passa pela questão da própria limitação natural do instituto da suspensão de execução da lei pelo próprio Senado, cuja eficácia não pode ser ampliada quando o caso assim requeira – isso tudo será mais bem detalhado em tópico correspondente. Ademais, tema reflexo é a necessidade de o direito acompanhar as diretrizes sociais e a aclamação por soluções efetivas e céleres aos problemas concretamente postos. O último capítulo está reservado ao detalhamento de ambas as posições, revelando argumentos de uma *Mutação Inconstitucional* e de uma *Mutação Constitucional* para o caso.

Acaso prevaleça essa última posição, a depender da votação da Rcl. 4.335-5/AC, estabelecer-se-á um verdadeiro corte epistemológico, isto é, uma ruptura de paradigma da

¹⁰ Palestra proferida no XVII Simpósio Transnacional de Estudos Científicos (*Constitucionalismo e Relações Internacionais* – 06 a 10 de outubro de 2008, Universidade Federal de Sergipe – UFS), cujo tema apresentado em 06/10/2008 pelo professor Carlos Augusto Alcântara Machado foi *A Constituição de 1988 como Obra Inacabada*. Na oportunidade, falou que não concorda com o pensamento de Gilmar Mendes, pois, como propugnada, a *mutação constitucional* é, na verdade, *mutação inconstitucional*, apesar de admitir ser a tendência do STF. Afirmou, ainda, que “devemos observar o direito brasileiro de acordo com a realidade brasileira”.

Jurisdição Constitucional no Brasil – que, repita-se, já está ocorrendo em virtude de outros fatores em tendência. Assim sendo, é objetivo do presente trabalho o estudo detido do complexo tema, mas que, por corolário, recai em assuntos conexos como, dentre vários outros, o fenômeno da jurisprudencialização e do ativismo judiciário. Para tal desiderato, utilizaremos diversas fontes, tais como doutrina, leis e jurisprudência e partir-se-á da premissa de que o Direito não é estático, ou seja, ele sempre está buscando soluções para pacificar o meio social, sendo feita, preponderantemente, uma análise histórica e teleológica dos institutos jurídicos.

Com essas considerações introdutórias, vê-se que está aberta uma nova *Caixa de Pandora*, donde pode transbordar, sem embargo do maniqueísmo, tudo de bom e de mau. Comece-se, então, a mexer nessa *Caixa*, tentando extrair os pontos positivos e fundamentais da tese a ser defendida.

1 ORDENAMENTO JURÍDICO E CONSTITUIÇÃO: PROCESSOS FORMAIS DE MUDANÇA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Logo no prefácio de seu livro *Mutação Constitucional*, Uadi Lammêgo Bulos (1997) adverte que o estudo das mutações constitucionais começa quando terminam as discussões sobre a reforma formal da Constituição, sendo “a doutrina das mudanças difusas [...] bem mais complexas do que a teoria dos processos formais de alteração da Carta Maior, envolvendo grande riqueza de conteúdo [...]”. Revela-se, assim, um dos tópicos mais difíceis, contudo um dos mais envolventes e fascinantes do direito constitucional. Por isso, analisar-se-ão, primeiramente, os processos *formais* de mudança da Constituição para, somente após, adentrar no estudo dos processos *informais* de alteração constitucional, do qual faz parte a Teoria da Mutação Constitucional.

A análise preliminar do ordenamento jurídico e da sua estrutura escalonada revela-se especialmente importante neste trabalho, em vista do exame que será feito dos controles de constitucionalidade, especificamente o difuso. Ora, não há como se conceber controle de constitucionalidade sem uma ideia de “construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras” (KELSEN, 1991, p. 214), que é o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, partindo-se de uma concepção estritamente normativa, o Direito não é apenas norma (objeto da *nomostática*), mas *conjunto coordenado de normas* (objeto da *nomodinâmica*), que possui a particularidade de regular a sua própria criação. Essa diferenciação foi estabelecida por Hans Kelsen (1991), no sentido de que a teoria estática estuda a norma em seu estado de repouso, enquanto a teoria dinâmica considera o direito (positivo) em movimento, como processo jurídico de elaboração e aplicação das normas. É nessa última teoria (a dinâmica) onde moram os problemas relativos ao ordenamento jurídico e à sua definição: “*o que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas*” (BOBBIO, 1999, p. 28).

Assim, transfere-se o problema da norma para o do ordenamento jurídico, sendo que toda questão passa a se dar no plano de validade (material ou formal) – a norma inferior encontra o seu fundamento de validade na norma superior. Por isso, diz-se que normas jurídicas são aquelas que validamente venham a fazer parte de um ordenamento jurídico (BOBBIO, 1999, p. 30).

Destarte, a Constituição – objeto final deste estudo propedêutico –, vista num ordenamento representado por normas superiores e inferiores, é colocada pelo pressuposto da norma fundamental na camada jurídico-positiva mais alta¹¹, cuja função é regular tanto os órgãos quanto o procedimento e o conteúdo da produção jurídica geral – sentido material –, além de outros assuntos politicamente importantes e preceitos pelos quais as normas da própria Constituição não podem ser revogadas ou alteradas da mesma forma que as leis simples, devendo haver um processo especial mais severo, embora não tenha que ser necessariamente assim¹² – sentido formal (KELSEN, 1991, p. 240/242)¹³. Esse sentido formal, ao dar conteúdo à própria Constituição, é que irá estabilizar as normas designadas pelo sentido material. Desse modo, seguindo o conceito dado por Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 229, grifo nosso),

¹¹ E daí afirmar-se que “[...] o Direito Constitucional é muito mais do que apenas um ramo do direito público”, sendo “[...] a matriz de toda a ordem jurídica de um específico Estado”, o que representa a unidade do Direito (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 3).

¹² Isso porque se admite, evidentemente em alguns ordenamentos de tradição não romanística (que não é o caso do Brasil, cuja Constituição é rígida, ou como quer Alexandre de Moraes (2007, *apud* PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 20), super-rígida, em virtude das cláusulas pétreas), a alteração de normas constitucionais por procedimento simples, semelhante àquele das demais leis do ordenamento, pelo que falamos aqui em Constituição flexível ou, ainda, semirrígida.

¹³ Alguns constitucionalistas, conforme observação de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 230), invertem o conteúdo da distinção entre Constituição no sentido formal e material, porém nada que altere substancialmente a formulação de Kelsen.

Entendemos usualmente por *Constituição* a **lei fundamental** de um país, que contém normas respeitantes à organização básica do Estado, ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, às formas, aos limites e às competências do exercício do Poder Público (legislar, julgar, governar).

A Constituição, portanto, coloca-se perante o Ordenamento Jurídico Positivo como **fonte, bússola e imã**, chamada, por isso, de Lei das leis, o que resulta num “**sistema do Direito-com-a-Constituição**”, ou seja, o Direito Positivo formado a partir da conjunção da Constituição com as regras infraconstitucionais (BRITTO, 1999, *passim*). Quanto a esse modelo hierarquizado de unidade jurídica, dotado de supremacia constitucional (*princípio da constitucionalidade*)¹⁴, adverte Carlos Ayres Britto (1999, p. 193, grifo do autor) que “a Constituição não faria do Direito em geral um conjunto, um todo congruente de prescrições, se, antes, **um todo congruente de prescrições ela não fosse**”. “Não pode haver fronde em ordem com raízes em desordem” (Confúcio), é dizer, por ser a Constituição um sistema é que o Direito o é também. Daí a concepção de *unidade sistêmica* da Constituição em si, pelo que se formam duas unidades jurídico-positivas, uma materializada na Constituição e a outra, na relação dela com o Direito em geral¹⁵ (BRITTO, 1999, p. 194).

1.1 Poder Constituinte (originário, derivado e difuso): os processos *formais* e *informais* de mudança da Constituição

A abordagem do Poder Constituinte traz consigo as limitações *formais* impostas ao Poder Reformador que pretender uma modificação da Constituição, sendo exemplo emblemático, em razão deste trabalho, a vedação da proposta de emenda que tenda a abolir a Separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III, CF/88). Está-se falando, assim, do próprio regime de elaboração das Emendas Constitucionais (art. 60, CF/88), que foi objeto de estudo na Tese de Doutorado do hoje Ministro do STF, Carlos Ayres Britto (1999): *O Regime Jurídico das Emendas à Constituição*.

¹⁴ Cf. SILVA, 2000, p. 237: “o princípio da constitucionalidade [...] exprime, em primeiro lugar, que o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre, e regras da jurisdição constitucional”.

¹⁵ Os atos de reforma constitucional, consoante lembra Carlos Britto (1999, p. 194), fazem parte da unidade materializada na Constituição em si.

Tradicionalmente, como aponta Marcelo Novelino (2009), o Poder Constituinte é dividido em *Originário* ou *Fundacional* e *Derivado*. O Poder Constituinte Originário pode ser de três espécies: histórico, responsável pela primeira Constituição de um país (CB/1824); revolucionário, como o foram as Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/69; e transicional (CB/1988). Ademais, para falar-se em legitimidade desse Poder Originário, há de ter correspondência entre o seu aspecto *material* (possibilidade de escolher o conteúdo) e *formal* (formalização do conteúdo escolhido pelo Poder Originário “material”). O que se percebe, sem demora, é que, para ser legítimo o Poder Constituinte Originário, deve haver uma congruência entre a vontade do povo (material) e a vontade da Assembleia Constituinte (formal).

As características normalmente apontadas desse Poder é ser ele inicial (não há nenhum outro poder antes ou acima dele), autônomo (porque cabe apenas a ele escolher a ideia de direito que irá prevalecer), e incondicionado (porque ele não está submetido a nenhum tipo de condição formal ou material), sendo, portanto, do ponto de vista jurídico, ilimitado.

O Poder Constituinte Derivado, que é secundário, condicionado e limitado juridicamente, subdivide-se em Poder Reformador e Poder Decorrente dos Estados-membros. O Poder Decorrente é aquele que irá elaborar ou mesmo reformar a Constituição dos Estados-membros e tem como limite a seguinte regra, depreendida do art. 25 da CF/88 e 11 do ADCT: pode disciplinar qualquer matéria que corresponda aos poderes estaduais (limitações positivas), desde que não seja expressa ou implícita a vedação estabelecida pelo Poder Originário (limitações negativas)¹⁶. O Poder Reformador pode ser de emenda (ordinário – art. 60, CF/88) ou revisor (extraordinário – art. 3º, ADCT). Este já teve a sua eficácia exaurida, em vista do dispositivo mencionado. Resta, assim, analisar o de emenda, que chamaremos, genericamente, de Poder Reformador.

Como foi dito, tradicionalmente o Poder Constituinte divide-se em Poder Originário e Poder Derivado. Porém, há um Poder que nem possui marcas de inicialidade, autonomia e incondicionalidade, nem tem traços da secundariedade, limitabilidade e condicionalidade. É o *Poder Constituinte Difuso*, apontado por Uadi Lammêgo Bulos (1997).

¹⁶ Marcelo Novelino, citando José Afonso da Silva, aponta os seguintes limites: os princípios sensíveis (art. 34, VII, CF/88), extensíveis (expressos nos arts. 28 e 75 da CF/88 e implícitos – arts. 59 e seguintes e art. 58, § 3º, CF/88) e estabelecidos (expressos nos arts. 19 e 37 da CF/88, implícitos nos arts. 22 e 30 e decorrentes do sistema constitucional adotado).

Esse Poder Difuso é que constitui toda uma teoria de modificação *informal* da Constituição, da qual faz parte a Mutação Constitucional. Difere do Poder Reformador, pois este se regula pelos mecanismos *formais* instituídos na ordem jurídica por meio do legislador constituinte. É, enfim, um Poder que se encontra em estado de latência, invisível, somente surgindo quando necessário, sendo exercitado, em tal momento, pelos órgãos constitucionais competentes para aplicar a Constituição, “[...] interpretando-a, escandindo-a se for preciso, a fim de dar-lhe **efetividade**” (BULOS, 1997, p. 171/172, grifo nosso). O Poder Constituinte Difuso tem o **dever** de fazer com que a Constituição atue **efetivamente**, a fim de solucionar imbróglios e vazios normativos.

É precisamente no poder constituinte difuso que as práticas constitucionais encontram esteio. São, em essência, fruto dessa manifestação invisível, latente, por meio da qual **os poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) continuam a obra do legislador constituinte originário**, interpretando disposições vagas, ambíguas ou obscuras, bem como colmatando lacunas, preenchendo, assim, os espaços em branco do produto constitucional legislado. (BULOS, 1997, p. 172, grifo nosso)

Como esses processos de mudanças não-formais dão-se por modificações das tradições, adequação político-social, costumes, alteração empírica e sociológica, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado (SILVA, 2000, p. 283), abordar-se-á, no próximo capítulo, o tema da hermenêutica, que nos guiará com base firme ao estudo específico da Teoria da Mutação Constitucional. Por ora, apenas diga-se que, não obstante a ressalva do professor Carlos Augusto Alcântara Machado (2005, p. 34) no sentido de não haver nenhuma identidade entre a reforma constitucional e a mutação constitucional, vislumbra-se, na verdade, que ambos os institutos – que são distintos, isso não se nega – são espécies do gênero “*processos de mudanças da Constituição*”, tendo, de um lado, os “*processos formais de mudança*”, dos quais faz parte a reforma constitucional, e do outro os “*processos informais de mudança*”, materializados pela mutação constitucional.

É importante notar essa divisão porque se para Carlos Augusto A. Machado (2005, p. 34) “a adoção dessa doutrina [das mutações constitucionais] poderá, ao que parece, fragilizar sobremaneira o princípio da rigidez constitucional [...]”, é possível reconhecer, todavia, ambos os processos de mudanças da Lei Maior (formal e informal, que fazem parte de um todo, como dito) condizentes com o *princípio da Força Normativa da Constituição* e com o seu propósito de permanência, sendo os processos informais, não obstante limitados pela conformidade com a ordem constitucional, disposições perfeitamente legítimas e de

acordo com o nosso ordenamento jurídico. A rigidez da Constituição não faz de suas normas conceitos jurídicos estratificantes, o que obrigaria a que toda mutação constitucional apenas desse-se ao nível das emendas e revisões. Não. Conforme aduz Carlos Britto (1999, p. 198), “[...] as normas-princípio¹⁷], além de atribuir unidade axiológica ou material à Constituição rígida, impede que a própria rigidez venha a significar impermeabilidade conceitual dos valores de berço constitucional [...]”.

Mister dizer, por fim, ainda relacionando o processo formal com o informal, que a opção das emendas é sempre uma *ultima ratio*, ou seja, quando a Constituição já não cumpre a contento com o seu papel histórico e não consegue atualizar-se por via da interpretação doutrinária e jurisprudencial, ou mesmo por qualquer outra forma disposta pelo processo informal das mutações constitucionais (BRITTO, 1999, p. 232). Isso significa que, embora o estudo das mutações constitucionais, conforme observação feita no início do capítulo, somente seja possível após a análise dos mecanismos formais de modificação da Constituição, **no momento de vislumbrar-se a reforma constitucional, deve ser feita uma análise prévia para ver se todos os mecanismos informais já foram utilizados, sob pena, aí sim, de ferir-se o princípio da rigidez constitucional.**

Depreende-se, do quanto já foi dito, que o trabalho passa pela percepção de três princípios fundamentais e inspiradores da Carta de Outubro de 1988, os quais rondam, aqui e acolá, os mecanismos de *defesa e mudança* da Constituição. São os *superprincípios constitucionais*¹⁸: **A) O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE**, fazendo com que todos os atos/normas infralegais sejam vinculados (*princípio da conformidade*) à Constituição rígida e suprema (*princípio da rigidez e da supremacia constitucional*), segundo as regras da jurisdição constitucional; **B) O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**, em toda a sua abrangência delineada no tópico anterior, no sentido de fornecer garantia geral aos direitos fundamentais, constituindo-se, com finco na soberania popular e no pluralismo político, em uma democracia representativa, participativa e pluralista; e **C) O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS**

¹⁷ Espécies normativas assaz utilizadas pela hermenêutica e que serve de fundamento à Teoria da Mutação Constitucional.

¹⁸ Tal denominação – *superprincípios constitucionais* – é encontrada na obra de Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 234), o qual divide aqueles em dois: *o princípio do Estado Democrático de Direito* (art. 1º, II, V, e parágrafo único) e *o princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, II, III e IV). Esboça o tema da seguinte forma: “Os *superprincípios constitucionais* são, portanto, as normas constitucionais dotadas (i) de importância nuclear no sistema constitucional, o que pode ser comprovado pela frequência com que são utilizados na interpretação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais; e (ii) do mais alto nível de abstração e flexibilidade, podendo ser invocados inclusive para a defesa de interesses contrapostos e ter o seu conteúdo definido/alterado com base no contexto social e nas situações concretas” (KUBLISCKAS, 2009, p. 235).

FUNDAMENTAIS, também visto anteriormente, compreendendo os direitos e garantias individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e de cidadania (políticos), buscando realizar a *justiça social* (SILVA, 2000, p. 237/238). Nesse ponto, o art. 5º, § 1º, CF/88, consagra a vinculação das autoridades públicas e do Judiciário às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

1.2 O Controle Difuso (tendência de abstrativização) e o Papel do Senado Federal (mutação constitucional)

O controle difuso deriva, historicamente, do sistema americano e é conhecido no Brasil desde a sua primeira Constituição republicana (1891). É o controle que pode ser realizado no curso de qualquer ação, por via incidental (*incidenter tantum*) e concreta, cabendo a qualquer componente do Poder Judiciário conhecer da inconstitucionalidade de um ato normativo, respeitado, no caso da competência do Tribunal, a “cláusula de reserva de plenário” (*full bench*), prevista no art. 97 CF/88. Já foi visto também que esse controle pela jurisdição ordinária não descaracteriza a jurisdição constitucional, pois há composição de litígios constitucionais com possibilidade de recurso ordinário (art. 102, II, CF/88) e extraordinário (art. 102, III, CF/88) para o Supremo, dando-se, isso sim, prevalência ao caso concreto em sede de ações diversas, como o mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, ação civil pública, ação popular, ação ordinária, etc. Mais uma vez repete-se que esse controle (**princípio da constitucionalidade**), como todo e qualquer outro, está umbilicalmente jungido aos **princípios da democracia e da proteção aos direitos fundamentais**. Para uma melhor discussão dos efeitos típicos desse controle, é necessária uma abordagem mais detalhada do sistema do qual ele derivou.

O controle difuso de constitucionalidade é fundado em um **critério interpretativo** através do *judicial review*, que assegura a lei fundamental de um país:

[...] na verdade, o controle de constitucionalidade pelo método difuso nada mais é do que a aplicação de certo princípio interpretativo, isto é, do princípio interpretativo das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais, por via judicial (daí a revisão judicial), para verificar se há ou não conformidade destas àquela. (SILVA, 2000, p. 250)

Nesse contexto, acolhendo as técnicas da *common law*, os Constituintes americanos conceberam a Constituição como o direito supremo da terra (alusão a uma tradição do Direito Natural), a *lex superior, lex legum, lex inmutabile*, donde deriva o princípio da supremacia constitucional, que fez com que o *Chief Justice John Marshall*, no famigerado caso *Marbury v. Madison*, lançasse a construção de todo um sistema de controle de constitucionalidade, por qual a Suprema Corte Americana firmou o entendimento de que o Poder Judiciário poderia não aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional, nos casos concretos a ele submetidos. Daí a importância da Corte Suprema dos Estados Unidos e o respeito e prestígio de que gozam suas decisões, deveras fundamentadas em princípios de interpretação normativa por meio da revisão judicial, o que acaba por gerar os precedentes (*stare decisis; leading cases*). Essa formulação ajuda a explicar a aceitação geral de uma instituição com competência de “juízo de revisão” que sequer foi expressamente prevista na Constituição. Corrobora isso, ainda, o fato de a Corte representar toda a ideologia americana, como salienta García de Enterría (1981, p. 127, *apud* SILVA, 2000, p. 251):

O Tribunal Supremo é reverenciado e acatado como a representação mais alta da ideologia americana, da própria identidade nacional. Há inclusive toda uma mitologia religiosa: a Constituição como texto inspirado por Deus; os fundadores como os santos; os juízes da Corte Suprema como os sumos sacerdotes que cuidam do culto ao texto sagrado no *Marbel Palace*, no Palácio de Mármore, onde tem sua sede, e que extraem desse texto pouco menos que a infalibilidade.

Talvez até por isso a Constituição americana e o papel da Corte Suprema tenham maior magnitude do que aqui no Brasil... José Afonso da Silva (2000, p. 251) afirma que, se examinarmos bem a fundo, a conclusão natural disso tudo é que “a Corte Suprema norte-americana exerce função muito aproximada das Cortes Constitucionais do sistema europeu, porque ela é efetivamente uma Corte de garantia Constitucional [...]”, tendo atribuições eminentes e praticamente reduzidas de controlar a constitucionalidade das leis e proteger os direitos humanos fundamentais (princípio da constitucionalidade e da proteção aos direitos fundamentais, com esboço democrático), **com eficácia *erga omnes*, dada a eficácia geral de suas decisões, que abre a possibilidade de anular a lei *erga omnes*.**

No Brasil, essa possibilidade de extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal depende de resolução por parte do Senado (art. 52, X, CF/88), fato esse que já demonstra a apreensão diversa pelo sistema brasileiro do sistema americano, no tocante à eficácia (*erga omnes*) das decisões proferidas pela Corte Suprema dos EUA. Aliás, é com a Constituição Federal de 1988, a qual, dentre outras coisas, reduziu a competência do STF à

matéria constitucional (art. 102), que se pode vislumbrar uma aproximação, ainda que tímida, entre os dois sistemas. Isso se revela positivo na medida em que o STF assume uma postura, mesmo que não tão bem fortificada, de uma Corte de garantia constitucional.

É nesse sentido que se entende condizente que o nosso Tribunal Supremo possa dar efeitos também *erga omnes* às suas decisões em controle difuso (como o faz a Corte Americana, com base no instituto do *stare decisis*, que assegura o efeito vinculante de suas decisões e sustenta a nulidade da lei inconstitucional), realizando-se plenamente como guardião da Constituição e fortificando-se como Corte Constitucional, ao fazer prezar, perante todos, os valores da Constituição.

Aliás, não pensar dessa forma é concluir mais pela negação do que a afirmação da **teoria da nulidade da lei inconstitucional**¹⁹, já que se dá ao ato do Senado um significado substancial que afasta a ideia de inconstitucionalidade (nulidade) geral da lei declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário. Ora, lei inconstitucional é *ipso jure* nula, e é nula desde sempre (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*)²⁰. Interessante, ao tratar desse controle difuso de constitucionalidade, o seguinte excerto, extraído do voto de Marshall²¹ (*apud* SILVA, 2000, p. 294, grifo nosso):

Certamente todos os que fizeram Constituições escritas as contemplam como coisas que formam a lei fundamental e suprema da Nação, e, por conseguinte, a teoria de todos os governos dessa espécie deve ser a da **nulidade do ato da legislatura que contrarie a Constituição**.

Também interessante a seguinte observação de Rui Barbosa (1932, p. 268, *apud* MENDES, 2009c, p. 1135, grifo nosso), a propósito do direito americano:

[...] se o julgamento foi pronunciado pelos mais altos tribunais de recursos, **a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre o que versa**. [Nem a legislação] tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata* [...].

Por esse motivo, dentre outros, que Gilmar Mendes (2009c, p. 1140) entendeu da seguinte forma a questão posta na Rcl. 4.335-5/AC:

¹⁹ A teoria da nulidade da lei inconstitucional é sustentada nos Estados Unidos através do *stare decisis* e na Alemanha, através da *Gesetzeskraft* (“força de lei”).

²⁰ Cf., para maiores detalhes, toda uma argumentação equilibrada feita por Gilmar Ferreira Mendes em voto proferido na Rcl. 4.335-5/AC, citada no capítulo 4, subcapítulo 4.2. Cf. também MENDES; COELHO; BRANCO, 2009c, p. 1134/1136, onde ele aloca os mesmos argumentos.

²¹ Cf., com maiores detalhes, o tópico referente à *Mutação Constitucional*, no capítulo 4, subcapítulo 4.2.

Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no *Diário do Congresso*. Dessa forma, julguei procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82.959, no que fui acompanhado por Eros Grau.

Essa nova perspectiva, fundamentada em uma teoria da mutação constitucional (processo *informal* de mudança da Constituição), é resultado de vários fatores. Um deles é a tendência de *abstrativização* do controle concreto, tipicamente difuso. Marcelo Novelino (2009) aponta esse fenômeno como sendo a extensão dos efeitos do controle abstrato (*erga omnes*, *ex tunc* e vinculante) para o concreto (*inter partes* e *ex nunc*, caso não haja a suspensão pelo Senado), também podendo ser chamado de *objetivação* ou *verticalização* do controle concreto, em razão da imposição de decisão de Tribunal Superior (*rectius*: Supremo) ao inferior.

A jurisprudência do STF fornece exemplos disso, embora, por vezes, não seja o posicionamento de todos os Ministros. O RE 197.917/SP (caso “Mira Estrela”), citado em nota anterior, referia-se à questão da Resolução do TSE acerca da proporcionalização do número de vereadores. Restou assentado, porém, que era inconstitucional o critério anterior para a fixação da composição máxima das Câmaras Municipais, à luz do art. 29, II, CF/88, diferindo os efeitos da decisão para um momento posterior, alcançando-se somente a legislatura seguinte (modulação temporal dos efeitos). Importante notar, nesse exemplo, que, segundo o voto de Gilmar Mendes, a decisão ali proferida seria vinculante para todos os Municípios da federação brasileira, pelo que se daria efeito próprio do controle abstrato.

Outro exemplo é o HC 82.959/SP, no qual, consoante alguns votos proferidos, o efeito da decisão seria *erga omnes*. O caso refere-se ao fato de o STF ter modificado a jurisprudência acerca da vedação da progressão de regime, colocando vista no princípio da individualização da pena. No Acre, após a decisão do referido *habeas corpus*, houve a interposição da Rcl. 4.335, já referida no texto, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, que confirmou, no seu voto, os efeitos *erga omnes* daquela decisão, afirmando o papel do Senado de dar somente publicidade, inobstante o art. 52, X, CF/88. O Ministro Eros Grau também seguiu esse voto, aplicando a mutação constitucional. Foram contra os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, estando os autos do processo, desde abril de 2007, com vista para Ricardo Lewandowski.

Outros casos emblemáticos deram-se pelos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, relativos ao direito de greve dos servidores públicos. O efeito dado aí foi *erga omnes*, restando vencidos os Ministros que votaram pelo efeito *inter partes*.

Na legislação, tanto a constitucional quanto a infraconstitucional trouxeram novidades, que só vêm a reforçar a tese aqui defendida. A Súmula Vinculante (*rectius*: enunciado de súmula com efeito vinculante) é o exemplo maior, fruto da EC 45/04 (art. 103-A, CF/88) e regulamentada pela Lei 11.417/06, ao dar possibilidade de o STF, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante (art. 103-A, *caput*, CF/88), cabendo reclamação ao Excelso Pretório do ato ou decisão que contrarie ou aplique indevidamente a súmula (art. 103-A, § 3º, CF/88). Consoante o § 1º do art. 103-A da CF/88,

Art. 103-A. [...] § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A adoção da súmula vinculante, ressalta Gilmar Mendes (2009c, 1139), só vem reforçar a ideia de superação do art. 52, X, CF/88, na medida em que o próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado, afere a inconstitucionalidade de determinada orientação, nos termos dos dispositivos citados acima.

A Lei de Repercussão Geral (Lei 11.418/06) também pode ser mencionada, que veio regulamentar o art. 102, § 3º, CF/88, acrescentado pela EC 45/04. Assim, passou a ser requisito intrínseco de admissibilidade recursal a demonstração da repercussão geral para que o Recurso Extraordinário fosse admitido (art. 543-A, *caput*, CPC), exigindo-se que a questão deva ter relevância econômica, social, política ou jurídica (art. 543-A, § 1º, CPC). Ademais, “negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para **todos** os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (art. 543-A, § 5º, CPC). Dispõe, ainda, o art. 543-B do CPC:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).
§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal

Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

O Recurso Extraordinário passa a ter um caráter objetivo, demonstrando, destarte, que esses dispositivos evidenciam também a tendência de objetivação do controle difuso. Aliás, esse é o posicionamento de Gilmar Mendes, que assim manifestou-se no processo administrativo nº 318.715/STF, que culminou na edição da emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), publicada no DJ de 17/12/2003²², dispendo da mesma forma quando de seu voto no RE 556.664/RS, DJE 14/11/2008, ao se referir, nesse caso específico, à Emenda Regimental nº 21/07 do STF:

[O recurso extraordinário] deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). [...]

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.^[23]

Gilmar Mendes²⁴, no voto proferido na Rcl. 4.335, após abordar o RE 191.898, DJ 22/08/1997 – onde restou assentado que a decisão plenária do STF que declare a inconstitucionalidade de norma elide a presunção de sua constitucionalidade, podendo, a partir daí, “os órgão parciais dos outros Tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos

²² Cf. MENDES, 2009a, p. 28. Cf. também DIDIER JR., 2006, p. 122, *apud* GERMANO, 2009.

²³ Cf. MARTINS; MENDES, 2005. Refira-se que tal linha foi seguida no julgamento do RE 376.852, de 27/03/2003, quando o próprio Ministro reafirmou a necessidade de transformação do Recurso Extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade. No julgamento do AI 375.011, constante do informativo 365 do STF, a Ministra Ellen Gracie segue tal entendimento, dispensando o prequestionamento para estender os precedentes aos casos concretos. O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do RE 298.694, publicado no DJ de 23/04/2004, flexibilizou o requisito do prequestionamento e consagrou a tese de que o Recurso Extraordinário transcende ao interesse das partes e se amolda como instrumento para controle abstrato da constitucionalidade. Cf. LIMA, 2007.

²⁴ Cf. MENDES, 1997. Disponível em www.gilmarmendes.com.br.

concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário” –, aduz que

Esse entendimento [e também todo aquele delineado supra] marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. (STF, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 09/02/2007, p. 32/33)

Destacam Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (2005, p. 93) a observação de Häberle, para o qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, posto dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo”.

Tudo isso reforça, além do mais, a estrutura de Corte Constitucional do Supremo, o qual deixa de lado, progressivamente, a outra função de ser mera instância recursal, em virtude dessa verticalização – lembre-se que a Carta Maior de 1988 reforçou tal estrutura de Corte, ao reduzir a competência do STF à matéria constitucional (art. 102) e criar novas figuras de controle. Por certo, toda essa situação tende a amenizar a repetição de processos, a demora das decisões constitucionais sobre importantes controvérsias e o chamado fenômeno das “guerras de liminares” – quanto ao gigantesco número de processos que chegam à Suprema Corte, cf. anexo, onde se pode verificar um comparativo entre 1940 a 2009 e observar que, no ano de 2009 (dados atualizados até outubro), de todos os processos julgados (76.639), estrondosos 84% deles (64.479) se referiam apenas a Agravo de Instrumento e Recurso Extraordinário!

As inovações não param por aí. O I Pacto Republicano, assinado em 2004, gerou toda a modernização do sistema da Justiça e reformulação das leis. Seguindo essa trilha, não se pode olvidar o recente II Pacto Republicano, de abril de 2009, que tem três objetivos principais: a proteção dos direitos humanos e fundamentais, a agilização e efetivação da prestação jurisdicional e a promoção de maior acesso à Justiça. Isso tudo pode ser resumido em **mais democracia** e **mais proteção aos direitos fundamentais**, objetivos que o **controle de constitucionalidade** não pode perder de vista e que bem se coadunam com o Estado Democrático-Social-Constitucional de Direito implementado pela Constituição Federal de 1988 e por suas emendas, que trouxeram várias novidades, a exemplo da EC 3/93 (que introduziu com a ADC o efeito vinculante) e a multicitada EC 45/04 (reforma do Judiciário).

Pode-se, igualmente, mencionar os efeitos advindos dos instrumentos de controle das omissões constitucionais. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção têm finalidade de assegurar a supremacia as Constituição, sendo aquele um controle abstrato e este, concreto. As discussões relevantes, contudo, encontram-se no instrumento do mandado de injunção, posto que na ADO apenas “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, § 2º, CF/88)²⁵.

Quanto aos efeitos da decisão de mérito no mandado de injunção, formaram-se duas correntes: a não concretista e a concretista, sendo importante notar que o STF já adotou, em sua jurisprudência, todas elas. A corrente não concretista vai de encontro ao que aqui se defende, pois não privilegia a segurança dos valores constitucionais pelo Supremo ao adotar uma postura de mera ciência ao órgão omissivo competente. Esse era o entendimento do STF, que, a contar pelos julgados recentes, foi superado. Sendo assim, a corrente concretista passa a assumir uma posição de destaque, pela qual é possível elaborar a norma para o caso concreto.

Repita-se, por não ser cansativa a ideia que se quer firmar, que essa atitude concretista em sede de **controle concreto** está em perfeita harmonia com os **princípios da democracia** e da **proteção dos direitos fundamentais**, tão incorporados na nossa Carta de 1988. Refira-se, ainda, às derivações concretistas, podendo ser: geral, que visa à adoção de uma postura de dar efeitos *erga omnes*, como no caso do direito de greve (MI 670, 708 e 712), individual, pela qual o Poder Judiciário faz a regulamentação para a parte, ou seja, dá efeito *inter partes* (MI 721) ou intermediária, pela qual o STF dá ciência ao órgão e estabelece prazo, sendo que, se nesse prazo não é suprida a omissão, o Tribunal já fixa quais são as condições para a pessoa exercer seu direito (*e.g.* MI 232).

Um dos argumentos contrários a essa tendência, relatada pelos exemplos destacados, é que seriam os Tribunais inferiores e os juízos de primeiro grau órgãos mais apropriados para a proteção dos direitos subjetivos, tendo os Tribunais Superiores uma

²⁵ Cf. ADI 3682, na qual “o Tribunal julgou procedente ação para reconhecer a mora do Congresso Nacional, e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 (dezoito) meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da norma constitucional imposta pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, nos termos do voto do Relator [...]”, porém esclarecendo que “não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n.ºs. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”.

tendência maior de se acomodar com as políticas governamentais, muitas vezes levando em consideração as questões econômica em detrimento dos direitos subjetivos. Inobstante isso, porém, a utilização correta dos princípios da democracia e proteção dos direitos fundamentais pode neutralizar essa atitude “política” do STF. Ademais, sendo o Supremo o guardião da Constituição, cabe a ele dar a última palavra sobre como a Constituição deve ser interpretada, sob pena de as interpretações divergentes enfraquecerem a força normativa da Constituição.

Da mesma forma, diga-se, com o escólio de Gilmar Mendes (*apud* NOVELINO, 2009), que o sistema que o Brasil vem adotando viola o princípio da *igualdade*, podendo-se referir, também, à violação ao princípio da *legalidade*, com base no texto de Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 90/96). Entende-se dessa maneira porque quando o Supremo, no controle incidental, decide pela inconstitucionalidade da lei, ele já deu o sentido normativo (constitucional e legal), sendo que a sua não extensão a todos afronta a *igualdade* e que qualquer interpretação normativa divergente, após o pronunciamento do supremo intérprete, não condiz com o princípio da *legalidade*. Quanto a essa agregação de sentido normativo pelos Tribunais Superiores, Celso de Albuquerque Silva aduz (2005, p. 90 e 96, grifo nosso):

[...] seguir a interpretação dada pelas cortes superiores nada mais é do que prestar obediência ao **princípio da legalidade**, na medida em que se reconhece ser o direito alográfico (a norma é sempre resultado da interpretação de um texto). O dever de obediência do juiz não é ao texto frio da lei, mas à norma que dele é construída [...]. **Ora, seguir a interpretação dos tribunais superiores é aplicar o direito de modo imparcial e regular, pois tal resultado se apresenta como fruto de decisões racionais e não derivadas de meras opções políticas e/ou pessoais do julgador.**

[...] Em todas essas hipóteses, porém, não se pode afirmar que as cortes judiciais estejam atuando como, nem usurpando as funções do Poder Legislativo, pois, diversamente do atuar deste, os sentidos agregados ao texto não têm por fundamento opções políticas ou de moralidade consideradas mais adequadas, mas princípios jurídicos compartilhados pela coletividade, como, v.g., o princípio da concordância prática, da razoabilidade e da ponderação de interesses [com vista, sempre, nos supremos **princípios da democracia** e da **proteção dos direitos fundamentais**].

Assim, a fim de que os **princípios da igualdade e legalidade** (além da **imparcialidade**) não sejam violados, as decisões do STF, em sede de controle difuso, e quando o caso, deveriam ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por certo, essa atitude aproximaria o nosso sistema ao *stare decisis*, teoria americana segundo a qual deve ser dado o devido peso ao precedente judicial, pois derivado de uma interpretação normativa, onde as decisões proferidas pelos Tribunais superiores vinculam os inferiores, o chamado *binding effect*, que o Supremo utiliza como sinônimo de efeito vinculante. Esse é o cerne da

concentração do controle no/pelo STF, que gera o fenômeno da jurisprudencialização, tratado em capítulo próprio. Ora, o Senado não tem exercido o seu papel, o que viola, como visto, o princípio da igualdade e da legalidade, além de enfraquecer o instituto a ele reservado.

Voltando ao caso específico da atuação do Senado, sabe-se que a ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade depende da suspensão da execução da lei (entendida em sentido amplo, ou seja, como lei ou ato normativo) pelo Senado²⁶ (art. 52, X, CF/88) – a outra possibilidade dessa ampliação é a aprovação de súmula vinculante pelo próprio STF, porém, devido a seu quorum e requisitos especiais (art. 103-A, CF/88), mostra-se instituto jurídico que ainda deixa a desejar no tocante a uma efetiva e global proteção constitucional, não obstante o grande avanço e esforço. Essa suspensão pelo Senado dá-se através de resolução e é restrita às decisões proferidas no controle difuso²⁷.

O entendimento predominante (inclusive, do STF), quanto a essa resolução, é de ser um ato discricionário, e é esse o sentido que o Senado vem adotando, embora haja autores que sustentam que é ato vinculado, a citar, com o escólio de Marcelo Novelino (2009), o entendimento (minoritário) de Zeno Veloso, Celso Ribeiro Bastos, Lenio Luiz Streck e Dirley da Cunha Júnior, este entendendo que o Senado tem um *dever jurídico-constitucional*. Advirta-se que, mesmo a resolução sendo ato discricionário, tem que se ater aos exatos limites da decisão proferida pelo Supremo.

A eficácia da resolução que suspende a execução de lei é *erga omnes*. Existem, porém, controvérsias acerca do efeito temporal (se *ex nunc* ou se *ex tunc*). Marcelo Novelino (2009) diz que José Afonso da Silva e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello atribuem efeitos *erga omnes* e *ex nunc* ao ato, enquanto Gilmar Mendes defende ter eficácia retroativa, *ex tunc*, portanto.

Com intuito de por fim a essa discussão, Marcelo Novelino (2009) propõe que seja dado efeito, em geral, *ex nunc*, embora possa a resolução conferir *ex tunc*. De forma mais contundente, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 52/53) concluem pela produção de efeitos retroativos, afirmando, ainda, ser essa a posição majoritária na doutrina. Inobstante

²⁶ Como o Senado é órgão federal e órgão nacional, composto por representantes dos Estados, é-lhe permitido suspender lei federal, estadual ou municipal, sem ferir o princípio federativo.

²⁷ Regimento Interno do STF (RISTF): “Art. 178. Declarada, **incidentalmente**, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII [atual dispositivo da CF/88: art. 52, X], da Constituição.”

a palavra “suspensão” dar a ideia de efeitos prospectivos, *ex nunc*, pelo que caberia tão somente ao Senado “revogar” a lei, realmente perderia sentido o fim claro do art. 52, X, CF/88, que é o “[...] de evitar que todos os possíveis interessados [...] ajuízem ações visando a obter a mesma decisão” (PAULO; ALEXANDRINO, 2007, p. 52). Quanto ao argumento de caber ao Senado “revogar” a lei, aduzem os referidos autores que assumiria essa Casa uma competência anômala, pois a revogação é ato cuja produção exige a conjugação da Câmara, do próprio Senado e do Presidente da República. Assim, essa atuação não é legislativa, posto que simplesmente o Senado estende a todas as pessoas decisões de eficácia *inter partes*, atuando, aí sim, no âmbito do controle de constitucionalidade. Confirma essa tese o Decreto nº 2.346/97, o qual, em seu art. 1º, § 2º, afirma claramente que, no âmbito do Poder Executivo Federal, a resolução do Senado produz efeitos retroativos (*ex tunc*)²⁸.

De qualquer forma, nos termos do art. 52, X, CF/88, cabe inexoravelmente ao Senado a ampliação dos efeitos de lei declarada inconstitucional pelo STF. O que a nova perspectiva do STF pretende, engendrada pelos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, é justamente uma mutação constitucional desse dispositivo. Questiona Gilmar Mendes (2009a, p. 32, grifo nosso)²⁹, atestando a superação de uma concepção de separação de Poderes:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se **mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?**^[30]

²⁸ Decreto nº 2.346/97: “Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, **dotada de eficácia ex tunc**, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º **O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.**”

²⁹ Cf. também MENDES; COELHO; BRANCO, 2009c, p. 1131/1150.

³⁰ A mesma pergunta eloquente é feita por Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 152).

Vendo toda a evolução feita neste subtópico, não há como deixar de concordar com Gilmar Mendes (2009a, p. 32, grifo nosso), que responde da seguinte forma, após dizer que a exigência da suspensão por parte do Senado, introduzida com a Constituição de 1934, em seu art. 91, IV – Gilmar Mendes (2009a, p. 29) adverte que já na época de seu surgimento havia questionamentos, como o do Deputado Godofredo Vianna, que pretendeu que **a inexistência jurídica da lei fosse reconhecida após o segundo pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade do diploma** –, e preservada na Carta de 1988 (art. 52, X), “perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência”:

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se 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 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 desta 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 cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado**, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

De acordo com as lições de Gilmar Mendes (2009a, p. 32/33), as situações que comprovam a obsolescência do instrumento de suspensão pelo Senado multiplicam-se. É o caso da interpretação conforme a Constituição, pela qual o STF ressalta que certa interpretação seja compatível com o texto constitucional ou que, para ser constitucional, a norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica), não afirmando propriamente a ilegitimidade da lei. Essas decisões, igualmente, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado. Da mesma forma, o instituto do art. 52, X, CF/88, não tem aplicação nos seguintes casos: declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que um determinado significado normativo é tido por inconstitucional sem qualquer alteração da expressão literal; quando o Tribunal limita-se a rejeitar a declaração de inconstitucionalidade, valendo a decisão *de per se*, ou seja, a lei é constitucional e continua a ser; nas decisões do Tribunal que versem sobre matéria na qual a Corte, ao prover ou não o recurso, fixa uma interpretação da Constituição; nos casos de declaração de não recepção da lei pré-constitucional.

Outra questão interessante que também marca a evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro diz respeito à desnecessidade de utilizar o procedimento do art. 97 da CF/88 (reserva de plenário) quando o Supremo Tribunal já tenha pronunciado a inconstitucionalidade da lei debatida³¹. Explicita Gilmar Mendes (2009c, p. 1133) que “esse entendimento [...] passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto”, pois “a decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental [...]”, o que permite, destarte, que o órgão fracionário – inclusive os órgãos parciais dos outros Tribunais (cf. RE 191.898, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 22/08/1997) – decida autonomamente com fundamento em anterior declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) pelo STF, proferida *incidenter tantum*. Tal orientação está positivada no art. 481, parágrafo único, CPC, que diz, em redação incluída pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998, que “os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”. No mesmo contexto, cite-se o art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, *in verbis*:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com **súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior**. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com **súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior**, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998) [grifo nosso]

Dessa forma, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão da execução pelo Senado está restrita aos casos de **declaração de inconstitucionalidade** da lei ou do ato normativo (MENDES, 2009a, p. 33). E, mesmo nesse caso, o Tribunal já avançou, no sentido de assumir posição que parte da doutrina costumava atribuir ao Senado. Basta lembrar que o STF vem admitindo (Cf. RE 197.917)³² as “decisões de calibragem” (MENDES, 2009a), ou seja, a pronúncia, no controle incidental ou difuso, de inconstitucionalidade com efeito limitado (declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*). Indubitável, assim, o novo

³¹ Cf. RE 190.728, Rel. Ilmar Galvão, DJ 30/05/1997; AI-AgRg 168.149, Rel. Marco Aurélio, DJ 04/08/1995; AI-AgRg 167.444, Rel. Carlos Velloso, DJ 15/09/1995; RE 191.898, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 22/08/1997.

³² Ação Civil Pública contra lei municipal que fixa o número de Vereadores, cujo relator foi o Min. Maurício Corrêa, DJ 31/03/2004.

significado a ser extraído do instituto da suspensão de execução pelo Senado, no contexto da Constituição de 1988 (MENDES, 2009a, p. 33; 2009c, p. 1132/1133).

Quanto ao exposto, resume Gilmar Mendes (2009a, p. 45, grifo nosso), notando precisamente toda essa tendência de *abstrativização* ou, como ele chama, de “*dessubjetivização* das formas processuais”, advinda da convivência do modelo incidental difuso com o direto concentrado (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009c, p. 1150):

Não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental. Em suma, a adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os Juizados Especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, **a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X)**, a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a *desformalização* do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível *causa petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse **diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro. Percebe-se inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.**^[33]

Revisando a orientação acerca do art. 52, X, CF/88, Gilmar Mendes (2004, p. 165/166; 2009c, p. 1139, grifo nosso e itálico do autor) conclui ser legítimo “entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”, visto que,

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. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, *uma vez que se não cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação*, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5 – *publicação a cargo do Chanceler Federal*, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2) *publicação a cargo do Ministro da Justiça*). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da

³³ Não deixa de ser instigante a conclusão a que chegaram os articulistas Guido Nazareth Júnior e Thiago Vieira Barbosa (2009, p. 5) de que “é preciso regular de maneira adequada pois se o intuito é o de igualar os efeitos ao do controle direto de constitucionalidade deve-se alinhar também os procedimentos pois temos importantes partícipes no controle concentrado que dão uma maior segurança ao resultado obtido no controle de constitucionalidade (Advogado Geral da União, Procurador Geral da República, *amicus curiae*) que não tem participação no controle difuso. Ora, se vamos igualar os efeitos, por conseguinte devemos ter similaridade nos procedimentos”.

nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.^[34]

Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 152/153) entende também que essa competência do Senado, se foi necessária nos idos de 1934 ou mesmo na década de 1980, hoje já não mais revela utilidade, em face do novel sistema trazido pela Constituição da República vigente, posto que “num sistema em que se adota um controle concentrado-principal, e as decisões de inconstitucionalidade operam efeitos *erga omnes* e *vinculantes*, a participação do Senado [...] [em sede de controle difuso] é providência anacrônica e contraditória”. Não é diferente o posicionamento de André Ramos Tavares (1998, p. 148), para quem a atribuição ao Senado da possibilidade de suspender a lei justificava-se quando o sistema brasileiro não conhecia o controle concentrado, porém “hoje, melhor teria sido, se a Constituição tivesse deferido diretamente ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar, *erga omnes*, e, mais ainda, com força vinculante, a inconstitucionalidade de ato normativo decorrente da análise em face de um caso concreto”. Dessa forma, diz o autor ser esdrúxula a posição adotada pelo Constituinte, “ao que a doutrina e jurisprudência souberam oferecer razoável solução, que não afeta a letra da Lei Máxima, **nem tampouco redundante em indevida interferência de um ‘poder’ em outro**” (TAVARES, p. 148, grifo nosso).

Demais disso, adverte Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 152), aceitar a liberdade do Senado, que pode discricionariamente suspender ou não o ato declarado inconstitucional pelo STF, significa admitir que uma consideração exclusivamente política sobrepõe-se a um exame jurídico acerca da inconstitucionalidade, **o que viola, inclusive, os princípios da constitucionalidade, da democracia e da proteção aos direitos fundamentais, tripé do nosso Estado Constitucional de Direito**. Enfim, a conclusão a que se chega, juntamente com Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 153), é que o sistema da intervenção do Senado nas questões constitucionais incidentais deve ser eliminado, “para transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte com competência para decidir, ainda que nos casos concretos, com eficácia geral e vinculante, à semelhança do *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América”. Aliás, faz-se oportuna a menção ao seguinte fragmento, selecionado da epígrafe do livro *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, de André Ramos Tavares:

³⁴ Cf., também, voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Rcl. 4.335, colacionado no capítulo 4, subcapítulo 4.2.

[...] the law often becomes what judges say it is. The decisions of the United States Supreme Court, for example, are famously important in this way. That Court has the power to overrule even the most deliberate and popular decisions of other departments of government if it believes they are contrary to the Constitution [...].^{35]} (Ronald Dworkin, *Law's Empire*)

Conclui-se com Gilmar Mendes (2009c, 1141, grifo nosso):

A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade. **Não só a notória superação do instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal, mas também a complexidade e a demora na obtenção de julgamento definitivo da questão constitucional pelo Supremo Tribunal, na via incidental, exige reforma radical do sistema difuso de controle de constitucionalidade entre nós.**

Como facilmente se percebe, não é de se estranhar essa nova perspectiva do Supremo em face do controle difuso, através da Rcl. 4.335, já que é resultado de toda uma *tendência de equiparação dos efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto*³⁶, como constatou Gilmar Mendes, assentando-se em fundamentos constitucionais, e não em razões de conveniência. É dizer, assim, que as janelas da casa que conservam a concepção do STF como “legislador negativo” estão sendo quebradas e, quando a casa ruir, haverá de renascer outra, muito mais sólida e condizente com todo o sistema, pelo qual cabe à Corte assegurar, com postura ativa e intervencionista, os valores constitucionais, dos quais é a guardiã³⁷.

Ratifica isso, outrossim, a nova hermenêutica e a própria concepção de Estado Constitucional de Direito (*Verfassungsstaat*).

³⁵ “[...] a lei geralmente transmuda-se naquilo que os juízes dizem sê-la. As decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos, por exemplo, são especialmente importantes nesse sentido. Aquela Corte tem o poder de anular ainda que sejam as mais deliberadas e populares decisões de outros órgãos do governo se acreditar que elas são contrárias à Constituição [...]” [tradução nossa].

³⁶ Esse diálogo ou interlocução entre os modelos difuso e abstrato não se restringe, por certo, ao caso objeto deste estudo, mas também está presente na discussão acerca da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade e no caso da limitação de efeitos em sede de controle incidental, ao aplicar o art. 27 da Lei 9.868/99. Cf., nesse sentido, MENDES; COELHO; BRANCO, 2009c, p. 1141/1150.

³⁷ Não se pode negar que essa imagem da “janela quebrada” adveio ao texto partindo da teoria das janelas quebradas (*Broken Windows Theory*), própria da criminologia, embora com ela não se confunda, obviamente.

3 JURISPRUDENCIALIZAÇÃO/TRIBUNALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIÁRIO: SUPERAÇÃO DA FUNÇÃO JUDICIAL DE “LEGISLADOR NEGATIVO”

Hodiernamente, principalmente em razão da Emenda 45/2004, que trouxe a Súmula Vinculante, não se pode negar a **Jurisprudência**, no seu sentido de decisões judiciais reiteradas dos tribunais (e mesmo resoluções administrativas), como sendo **fonte imediata** do direito, ao lado da Constituição Federal, leis e tratados internacionais de direitos humanos³⁸. Ressalta-se, a partir disso – como bem destacado pela professora da UNB e assessora jurídica do gabinete do Ministro Gilmar Mendes, Christine Oliveira Peter da Silva (2005), citando texto de José Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra³⁹ –, a jurisprudencialização da Constituição como meio para a consolidação do Estado Social-Democrático-Constitucional de Direito e a concretização dos direitos fundamentais, levando-se em consideração, ainda, a Lei Fundamental como elemento concreto da vida de um país.

Diga-se que *jurisprudencialização*, também chamada de *tribunalização*, – que não se confunde, como visto no tópico anterior, com *jurisprudencialismo*, embora haja pontos de conexão – representa uma nova forma de ver a Constituição, ao ser revelada a criação jurisdicional em matéria constitucional e a autoridade da Jurisprudência (*direito constitucional jurisprudencial*), identificando-se, outrossim, a interpretação concretizante de certos conteúdos constitucionais.

Notou essa abordagem sobre o *Direito Constitucional Jurisprudencial* Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 92/93, grifo do autor), baseando-se nas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho (2004, p. 98, *apud* KUBLISCKAS, 2009, p. 92/93):

Nos dias atuais, seguindo o entendimento de José Alfredo de Oliveira Baracho, pode-se dizer, ainda que com certas restrições, que se está desenvolvendo um *Direito Constitucional Jurisprudencial*. Nesse sentido,

³⁸ Cf., por exemplo, o art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, onde o relator negará seguimento ou dará provimento a recurso a depender, respectivamente, se tal recurso está em manifesto confronto com **súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior** ou se a decisão recorrida está em manifesto confronto com **súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior**.

³⁹ Cf. MORAIS, Jose Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: (Neo)Constitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2004, p. 217-242.

salienta o autor que: “*As decisões da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos e das jurisdições constitucionais dos Estados Europeus acarretaram uma profunda transformação no Direito Constitucional Contemporâneo. Trata-se de mudanças de importância semelhantes àquelas que ocorreram por ocasião do direito escrito, do direito positivo e do direito constitucional, surgindo uma crença em um ‘Direito Constitucional Jurisprudencial’, com o decrescente papel do direito constitucional formal*”. Assim, na atualidade, devido à consolidação do controle judicial de constitucionalidade e ao advento do chamado *Direito Constitucional Jurisprudencial*, adquiriram relevância as mudanças constitucionais operadas pelos tribunais. Nesse sentido, a configuração do sistema de controle de constitucionalidade e a sua eficiência influem decisivamente na ocorrência e na configuração das mudanças constitucionais.

Prestigiando essa concepção, Anarita Araujo da Silveira (2008, p. 2), em interessante artigo publicado – no qual ela indaga se a Constituição ainda constitui, além de notar a gradativa politização do Poder Judiciário e a jurisprudencialização e tribunalização da política, resultante de uma tensão entre a Política e o Direito – afirma que “vive-se um momento histórico no Judiciário brasileiro, isto é, vive-se um crescer do Poder Judiciário, o qual tem realizado, como nunca se viu antes, a jurisprudencialização da Constituição”. Continua a referida autora, traçando os limites e consequências desse fenômeno:

A tese da jurisprudencialização da Constituição visualiza-se na inexistência de exclusividade do processo de normogênese pelo Poder Legislativo. Este é um dos traços característicos da Pós-modernidade e **quando a jurisdição constitucional se manifesta – por meio das decisões do Supremo Tribunal Federal – por vezes, ocorre a chamada mutação constitucional**, esta se dá quando a determinação da compreensão acerca do conteúdo das normas constitucionais altera a cultura constitucional historicamente construída. É preciso questionar até que ponto se está dizendo o que a Constituição diz sem alterá-la e até que ponto, devido à imersão em um jogo de forças, o político não está lendo o jurídico, distanciando-o de seu papel de ajuste social. Com certeza, o movimento da jurisprudencialização deve ser trabalhado como a perspectiva de ser uma possibilidade de realização das promessas da modernidade a partir da atualização e adequação do texto constitucional também enquanto contexto. [...] a densificação da jurisprudencialização possui duas faces e duas perspectivas: a positiva, no sentido da atualização e adequação histórica das normas, e a negativa, diante do risco de retrocesso social e de eterno retorno aos vícios positivistas pela não suspensão dos preconceitos. (SILVEIRA, 2008, p. 3 e 7, grifo nosso)

Justamente para se evitar esse ponto negativo (risco de retrocesso social e retorno aos vícios positivistas), aponta Anarita Araujo da Silveira (2008, p. 9) que é extremamente valioso para o contexto de jurisprudencialização da Constituição o princípio da proibição do retrocesso⁴⁰, o qual deriva da noção de Estado Democrático de Direito e mantém pontos de

⁴⁰ Esse princípio significa, conforme visto anteriormente, que os direitos fundamentais conquistados pela sociedade e que sejam objeto de consenso não podem retroceder.

conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, os princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, a segurança jurídica, a proteção da confiança e o princípio da precaução.

A jurisprudencialização advém de vários fatores ocorridos em uma era de globalização/mundialização, dentre eles a “explosão de litigiosidade”, para a qual o legislador não pode dar respostas, o advento da sociedade de massa e, conseqüentemente, dos processos de massa, mormente em questões consumeristas, a disseminação e centralidade da Jurisdição Constitucional, a universalização da justiça e dos direitos fundamentais, com enfoque da Nova Hermenêutica, além da tutela coletiva dos *novos direitos*, que envolvem questões sobre o meio ambiente, o consumidor, a informação, a livre concorrência, o patrimônio genético, etc., exigindo-se do juiz soluções que muitas vezes não se encontram no texto legal ou na “vontade do legislador”, principalmente se levar em consideração a ótica dos direitos individuais. Por isso afirma-se que “não são apenas os indivíduos, que dele se socorrem como último recurso, mas a sociedade ela mesma transfere suas incapacidades à instituição judiciária” (COELHO JUNIOR, 2005).

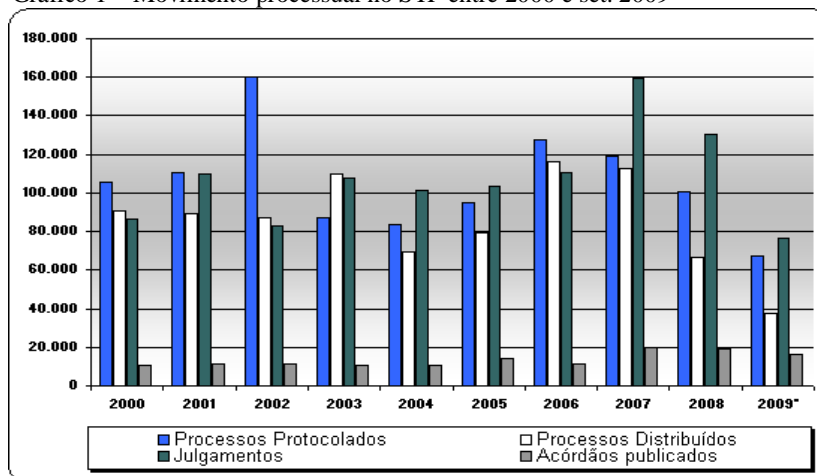
Daí também surge o fenômeno correlato do *ativismo judiciário*⁴¹, que, consoante observa Luís Roberto Barroso (2009, p. 6), pode ser assim explicado, inobstante as críticas acerca de uma “ditadura do Judiciário”, pela qual o Tribunal Constitucional passaria a se tornar um árbitro irresponsável da vida do Estado e dono, ao invés de servo, da Constituição:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁴¹ Conforme análise de Luís Roberto Barroso (2009, p. 6), *judicialização* não se confunde com *ativismo judicial*, embora sejam primos: “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

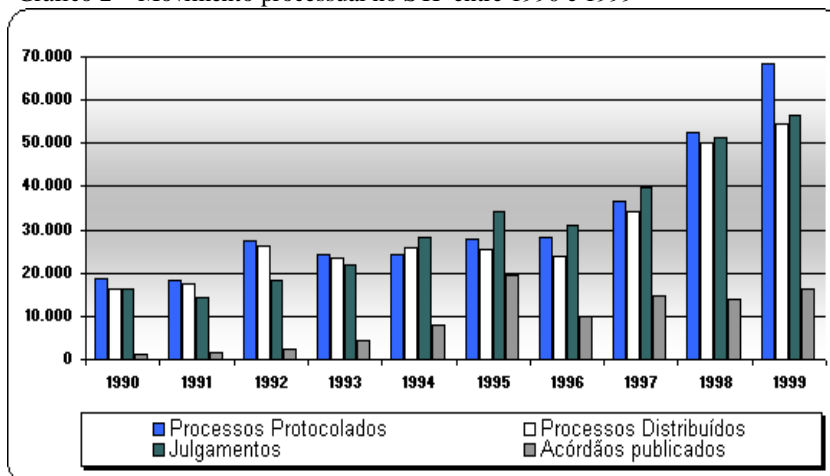
A referida “explosão de litigiosidade” e a transferência pelos indivíduos e pela sociedade de suas incapacidades à instituição judiciária, além da necessidade de meios que possam, com segurança, trazer soluções efetivas e céleres para os litígios (como aquele defendido neste trabalho, ou seja, dar efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões proferidas em sede de controle difuso), podem ser traduzidas pelos números de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, confira-se o gráfico abaixo, em que se percebe uma nítida evolução no período da década de 1990 até hoje (cf. também o anexo, onde se pode verificar um comparativo entre 1940 a 2009):

Gráfico 1 – Movimento processual no STF entre 2000 e set. 2009



Fonte: Site do STF (www.stf.jus.br)

Gráfico 2 – Movimento processual no STF entre 1990 e 1999



Fonte: Site do STF (www.stf.jus.br)

Nesse contexto, agravado por um “Legislativo” que mais parece um “Legispassivo”^{42 43}, permite-se que o STF assegure, com postura ativa e intervencionista, os valores constitucionais, dos quais é a guardião. É dizer, assim, que, a fim mesmo de se preservarem os institutos constitucionais – sempre com vista nos princípios democráticos e dos direitos fundamentais –, há, atualmente, a superação da visão da função judicial de simples “legislador negativo”, pois o Poder Judiciário, com o seu poder de efetivação e decisório, ao assumir uma responsabilidade de transformação social, consagra um papel de legitimador não mais meramente formal, “senão, principalmente, substancial, implicando que a noção de garantia não fica mais restrita aos padrões liberais de limitação negativa da ação estatal, mas vem acrescida de um *plus* transformador” (BRAVO *et al.*, 2007). Tal entendimento leva a uma conclusão que já foi feita linhas atrás: a distribuição clássica dos poderes não significa separação rigorosa, pois está calcada em uma flexibilidade que se volta para a cooperação, em prol da unidade do Estado, com a finalidade reclamada pela sociedade de realização dos valores constitucionais.

Critica-se, por conseguinte, a partir dessa nova realidade alçada, a atuação judicial na concepção clássica (e ultrapassada) de mero legislador negativo, típica do Estado liberal absenteísta, o que não significa, obviamente, que o Judiciário se tornará um legislador positivo. Explica Celso de Albuquerque Silva (2005, p. 92, grifo nosso):

[...] a moderna doutrina constitucional superou de há muito essa visão conservadora estruturada no paradigma liberal-individualista onde o direito é visto como mero ordenador de condutas, **para reconhecer à justiça a posição de um verdadeiro poder político. Ao juiz moderno, atuando na nova concepção de um direito promovedor-transformador típico do Estado Democrático de Direito, é reconhecida importância capital para a efetiva concretização e realização dos valores e princípios acolhidos na Constituição. Verifica-se, assim, a superação da função judicial negativista clássica, que cede passo a uma função ativa e intervencionista do Poder Judiciário.**

É dizer, por outras palavras, que

Essa função interventiva do Poder Judiciário visando não apenas defender, mas promover os direitos assegurados no texto básico, implica na superação da função judicial na sua concepção clássica de “legislador negativo” e reconhecimento de uma atuação positiva, embora não tão

⁴² Esse jogo de palavras já foi mencionado por Carlos Britto, conforme disse o professor Carlos Augusto Alcântara Machado em palestra proferida no XVII Simpósio Transnacional de Estudos Científicos (*Constitucionalismo e Relações Internacionais* – 06 a 10 de outubro de 2008, Universidade Federal de Sergipe – UFS), cujo tema apresentado em 06/10/2008 foi *A Constituição de 1988 como Obra Inacabada*.

⁴³ Cf., para maiores detalhes, a introdução deste trabalho.

ampla como a do poder legislativo, na criação do direito. Nesse diapasão fica também superada a vetusta concepção de separação de poderes que não reconhecia nenhuma atividade produtora e/ou agregadora de sentido na interpretação judicial. (SILVA, p. 98, grifo nosso)

Essa quebra de paradigma também foi percebida por outros estudiosos do tema, a exemplo de Lenio Streck (2002, *apud* SILVA, 2005) e Bianca Stamato (2005), respectivamente:

[...] com a institucionalização da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto através da Lei n° 9.868, o Poder Legislativo brasileiro admite (explicitamente) que o Poder Judiciário **possa exercer uma atividade de adaptação e adição/adjudicação de sentido aos textos legislativos, reconhecendo, ademais, que a função do Poder Judiciário, no plano de controle de constitucionalidade, não mais se reduz – repita-se – à clássica concepção de “legislador negativo”.** À evidência, **isso não significa dizer que o Judiciário se transformará em legislador positivo.** (STRECK, 2002, p. 444, *apud* SILVA, 2005, p. 98, grifo nosso e do autor)

[...] **o tribunal constitucional não se limita a atuar como legislador negativo, mas age de forma positiva e criativa, impondo critérios de interpretação para as normas constitucionais.** (STAMATO, 2005, p. 95, grifo nosso)

É bom perceber que o Tribunal, ao adicionar ou reduzir sentido normativo, não estará legislando. Pelo contrário, afirma Lenio Streck (2002, p. 445, *apud* SILVA, 2005, p. 99). Estará, de fato, adaptando o texto à Constituição a partir dos mecanismos interpretativos existentes (cf. *supra*), cumprindo, assim, sua tarefa de guardião da constitucionalidade das leis.

Desse modo, a jurisprudencialização, evidenciando a magnitude da jurisprudência, se legitima ao ser concebida dentro de um processo hermenêutico produtivo, fundamentado na função criadora do intérprete, pelo que, num modelo onde cabe ao Tribunal Constitucional extrair através da interpretação o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, excluindo-se os resultados dissonantes, “[...] vincular-se à interpretação dos tribunais superiores não se trata meramente de uma questão de eficiência, conveniência ou de sanidade do sistema jurídico, mas é logicamente uma condição necessária para a existência de um único sistema jurídico” (SILVA, 2005, p. 89), construído sob as bases de decisões racionais. Como visto anteriormente, **presta-se homenagem aos princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade, em prol dos princípios democrático, de proteção**

dos direitos fundamentais, da constitucionalidade e, finalmente, da universalidade da jurisdição.⁴⁴

E não se diga que – principalmente quando se discutia a legitimidade da súmula vinculante⁴⁵ – tal atitude positiva e criativa não pode ser encampada pelo Judiciário em vista de não ter legitimidade democrática para tanto – já que os juízes não são investidos por eleição popular –, ou mesmo que isso violaria o princípio constitucional da separação dos Poderes. Rebatendo de vez ambos os referidos argumentos, basta lembrar que, nas palavras de Humberto Ávila (1999, p. 174), “[...] o exercício das prerrogativas decorrentes do princípio democrático deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque restringe direitos fundamentais”. Nesse diapasão, notadamente quando o Poder Legislativo (ou Executivo) utiliza premissas evidentemente errôneas, haverá um maior controle pelo Poder Judiciário (*checks and balances*), em face mesmo de sua função de “avaliar a avaliação” feita por aqueles.⁴⁶

Ora, se o Poder Legislativo somente realizará ao máximo o princípio democrático conquanto escolha a premissa que melhor promova a finalidade pública, não o fazendo, estará submetido ao controle do Judiciário; é justamente aí onde nasce a legitimidade democrática da atividade judiciária e seu aspecto positivo e criativo, afastando-se, outrossim, concepção vetusta da separação dos Poderes:

[...] a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não,

⁴⁴ Cf., para maiores detalhes, capítulo 1, subtópico 1.3.

⁴⁵ Cf., nesse sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro. As Súmulas Vinculantes. *O Estado de São Paulo*. 21 out. 1997, p. A-4, *apud* TAVARES, 1998, p. 150.

⁴⁶ Anoto Humberto Ávila (2009, p. 174, grifo nosso) que “é importante encontrar critérios que *umentem* e que *restringam* o controle material a ser exercido pelo Poder Judiciário”. Dessa forma, colaciona os seguintes fatores e critérios, salientando, porém, que em qualquer caso caberá ao Judiciário verificar a avaliação do legislador, seja de forma preventiva ou posterior, não representando isso afronta ao princípio da separação dos Poderes: “De um lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser *tanto maior* quanto maior for: (1) a condição para que o Poder Judiciário construa um juízo seguro a respeito da matéria tratada pelo Poder Legislativo; (2) a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo como justificativa para a restrição do direito fundamental; (3) a restrição ao bem jurídico constitucionalmente protegido; (4) a importância do bem jurídico constitucionalmente protegido, a ser aferida pelo seu caráter fundante ou função de suporte relativamente a outros bens (por exemplo, vida e igualdade) e pela sua hierarquia sintática no ordenamento constitucional (por exemplo, princípios fundamentais). Presentes esses fatores, *maior* deverá ser o controle exercido pelo Poder Judiciário, notadamente quando a premissa utilizada pelo Poder Legislativo for *evidentemente errônea*. [...] De outro lado, o âmbito de controle pelo Poder Judiciário e a exigência de justificação da restrição a um direito fundamental deverá ser *tanto menor*, quanto mais: (1) duvidoso for o efeito futuro da lei; (2) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria; (3) aberta for a prerrogativa de ponderação atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição. Presentes esses fatores, *menor* deverá ser o controle exercido pelo Poder Judiciário, já que se torna mais difícil uma decisão autônoma desse Poder” (ÁVILA, 2009, p. 174/175, grifo nosso e do autor).

uma posição rígida e prévia anterior a ele. [...] Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, **devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. O princípio democrático só será realizado se o Poder Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais.** Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importantes forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. **A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista [utilizando-se de concepção obsoleta acerca da separação dos Poderes], é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição.** (ÁVILA, 2009, p. 175/176, grifo nosso)

É dizer: é legítima e se coaduna com o princípio democrático essa aceção ativa do Judiciário, já que, como se denota do quanto dito supra, indiretamente, ou melhor, *diretamente* ele promove a finalidade pública e os anseios sociais, ao adequar as premissas equivocadas estabelecidas pelo Legislativo. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2009), “as decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador”.

Exemplifica-se da seguinte forma: se o legislador edita uma lei e esta contraria dispositivo fundamental da Constituição, cabe essencialmente ao Judiciário (mormente o STF) fazer o controle de constitucionalidade dessa lei; ambos dispositivos (lei e Constituição) são obras do poder popular; assim, controla-se a “vontade do povo” (manifestada na lei) pela própria “vontade do povo” (manifestada na Constituição)⁴⁷, conectando-as naquilo que for de valor mais supremo. Estender a todos o entendimento extraído de uma hipótese como essa – declaração incidental pelo STF da inconstitucionalidade de uma lei – é prestigiar, de outro mote, a “vontade da Constituição” e o respeito principalmente à legalidade e igualdade.

No mesmo sentido, argumenta Inocência Mártires Coelho (2002, p. 95, grifo do autor):

Nessa direção seria saudável, por exemplo, rejeitarmos a postura *fundamentalista* dos que não admitem sequer discutir o assunto, imbuídos da *crença* de que o ativismo judicial é de todo incompatível com o regime democrático, onde quem não tem votos não tem *legitimidade* para emitir comandos com força de lei. Essa tese, de consistência aparente, poderia ser

⁴⁷ Lembre-se nesse ponto que, para ser legítimo o Poder Constituinte Originário, deve haver uma congruência entre a vontade do povo (material) e a vontade da Assembleia Constituinte (formal).

enfrentada com o argumento de que os juízes, embora não possuam legitimidade de *origem* para produzir normas jurídicas, de certa maneira têm-na *adquirida* com a aprovação social do seu comportamento; ou, ainda, com a constatação de que, sem a participação vivificadora dos seus intérpretes e aplicadores, as leis permanecem textos frios e inacabados, como afirmou, no início dos anos quarenta, o intuitivo Lúcio Bittencourt.

Ainda, pode-se falar, sem sombra de dúvida, com o escólio de José Luis Bolzan de Moraes *et al.* (2003) e Celso de Albuquerque Silva (2005), que o fenômeno da jurisprudencialização/tribunalização do direito constitucional tem causado um abalo na dicotomia tradicional entre os modelos *common law* (base costumeira) e *civil law* (base legislativa escrita)⁴⁸, em face do papel assumido, ultimamente⁴⁹, pelas Cortes Constitucionais⁵⁰, especialmente no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal, atuando em conformidade com a tarefa concretizante dos valores expressos na Carta Constitucional, particularmente diante de uma Constituição principiológica conformadora de um Estado Democrático de Direito, como a nossa Carta de Outubro.

A produção jurisprudencial, tida como inegável fonte criadora do direito tal como entendido pelas Cortes Superiores, contribui, nesse sentido, para que se atenua a distância entre o sistema romano-germânico e o anglo-saxônico naquilo concernente à função judicial, notadamente apresentando-se cada vez mais significativa a atuação dos Tribunais nos países que adotam o sistema da primazia da lei. Como adverte André Ramos Tavares (1998, p. 154), “[...] não é mais possível pretender-se a construção de um modelo jurídico que negue totalmente a doutrina da *common law*”. Continua o referido autor:

A questão de ser o Tribunal Constitucional um verdadeiro “legislador negativo” parece estar suplantada. Aliás, é necessário dar mais um passo adiante, como diz o Ministro Velloso, e reconhecer a necessidade de que o Tribunal Constitucional, em circunstâncias especiais, atue normativamente

⁴⁸ Perelman (2000, p. 185, *apud* SILVA, 2005, p. 99, grifo nosso) já havia notado essa tendência de aproximação dos dois sistemas, conforme observou Celso de Albuquerque Silva (2005): “Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais de direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. **Esta nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo o juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law***”.

⁴⁹ Na verdade, a perda de sentido da dicotomia entre os modelos referidos vem sendo sentida desde o segundo pós-guerra.

⁵⁰ Representam relevante desenvolvimento constitucional os Estados Unidos da América, a Alemanha, a Áustria e a Suíça. Cf. ALBERTON, 2002, p. 13/16.

em relação à omissão legislativa, ao menos para o caso concreto a ele submetido. (TAVARES, 1998, p. 154)

Resume o quanto exposto neste tópico Sergio Coelho Junior (2005):

Tudo isso está a conferir ao Poder Judiciário um *locus* bem diverso daquele que lhe reservou a clássica doutrina da separação de poderes, tal como concebida por Montesquieu.

A formulação de uma nova Teoria Geral do Estado, identificando as causas profundas desse deslocamento e fixando os limites de atuação dos diferentes agentes políticos de nosso tempo, constitui tarefa inacabada e desafiadora para todos os que pensam a Ciência Política e o Direito.

A crise⁵¹ daí advinda reforça o Poder Judiciário, cuja *porosidade* o constitui no único poder do Estado que se pode mobilizar a qualquer momento e exigir que exerça sua função típica, *reconstruindo o social mediante o processo*. O juízo não pode eximir-se de examinar a pretensão, não conhece hierarquia no exercício da jurisdição e não pode delegar.

Enfim, está-se diante da jurisprudência enquanto fonte de *mutação constitucional*, desenvolvendo-se, conseqüentemente, como bem colocado pela Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e professora Doutora em Direito Genacéia da Silva Alberton (2002, p. 13), “a idéia da constituição aberta⁵², isto é, de natureza jurisprudencial”⁵³, que significa, em outros termos, a tendência de uma Constituição jurisprudencial, atualizada pelas decisões dos Tribunais Constitucionais: “a jurisdição constitucional, através da atividade do Tribunal Constitucional aparece como efetivo coroamento do Estado de Direito” (ALBERTON, 2002, p. 16). Por outro lado, citando Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 135, grifo nosso),

⁵¹ “Neste passo é de toda pertinência explicitar o que aqui se entende por **crise**, sob pena de comprometer-se as conclusões do estudo. Para tanto, invoca-se o magistério de CASTANHEIRA NEVES, ‘Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função e problema’ - os modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito’. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. LXXXIV. [Separata], p. 2, para quem o vocábulo ‘*não traduz apenas o negativo substancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas - o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige.*’ ” [Nota e grifo do autor]

⁵² A ideia de Constituição aberta remete para a abordagem do direito constitucional como “um sistema aberto de regras e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma ‘law in the books’ para uma “law in action”, para uma “living constitution” ”. (CANOTILHO, 2000, *apud* KUBLISCKAS, 2009, p. 25)

⁵³ “Sobre o assunto, discorre GARCÍA: ‘*Frente a la idea de Constitución reducida a un conjunto de normas, y entendida como un dato estático, surgirá la idea de Constitución abierta, como algo no concluso y acabado. La Constitución perderá entonces su carácter de norma fija e inmutable para aparecer como un proceso de realización en el tiempo, sujeto a alteraciones y modificaciones continuas. Además, porque sus contenidos normativos son con frecuencia vagos, incompletos, indeterminados y confusos, no susceptibles para fundamentar una doctrina de la aplicación y ejecución directa de los mismos (Hesse, Grundzuge, págs. 12 y s.), se hará necesario establecer una adecuada teoría de la interpretación*’ (p. 50/51).” [nota da autora]

A inércia dos Poderes Públicos, sua conduta omissiva prolongada no tempo, provoca uma *mutação inconstitucional*⁵⁴, trazendo graves danos à ordem constitucional, pois funciona como verdadeiro bloqueio à concretização de valores/direitos fundamentais consagrados pelo legislador constituinte.

Frente a isso tudo, não se pode negar que a nova perspectiva do Supremo quanto ao controle difuso de constitucionalidade e à jurisdição constitucional é reforçada pela tese da jurisprudencialização ou tribunalização da Constituição, num contexto de veemente ativismo judiciário, revelando-se, destarte, medida apta a assegurar os direitos e garantias fundamentais, como vem se afirmando durante todo o trabalho.

3 TEORIA DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: PROCESSOS INFORMAIS DE MUDANÇA DA CONSTITUIÇÃO

Por vezes, ao longo deste trabalho, já fora mencionada a teoria da Mutação Constitucional, além do Poder Constituinte Difuso que a estabelece⁵⁵, diferenciando-a, inclusive, dos processos *formais* de mudança constitucional (cf. capítulo 1, subcapítulo 1.1). Resta, portanto, apenas traçar breves palavras acerca dos conceitos, fundamentos e, principalmente, dos limites, concluindo, ao final, com a sua aplicação prática no Brasil.

As Constituições são mutáveis por natureza, em face mesmo do caráter moveidço e cambiante das forças sociais e políticas. Aliás, isso foi percebido pela Constituição francesa de 1793, ao declarar, em seu art. 28, que: “Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras”. José Afonso da Silva (2000, p. 280) aduz:

A modificabilidade da Constituição [que pode ser maior ou menor, a depender de se tratar de Constituição flexível ou rígida] constitui mesmo uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida mesma em que é um mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política [e social], realizando, assim, a síntese dialética entre a tensão contraditória dessas realidades.

⁵⁴ Cf., para maiores detalhes sobre o tema, Anna Cândida da Cunha Ferraz, 1986, p. 217/233.

⁵⁵ Cf. também o trabalho de BEZERRA, Paulo César Santos. *Mutação constitucional: processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça*. Disponível em: <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexplub/versao1/filesdirectory/sessio%20579.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2009.

Nota-se que o objetivo maior é a busca pela *estabilidade* da Constituição, com vista à sua função essencial de assegurar os direitos fundamentais do homem e a dignidade da pessoa humana. Ao se falar em mudança constitucional, deve vir à mente dois processos, um formal e outro informal, respectivamente: *reforma constitucional* (emendas e revisão) e *mutação constitucional*, assaz abordadas outrora.

O termo “mutação constitucional”, segundo Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 70), foi usado primeiramente por Paul Laband⁵⁶, no livro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, de 1895. A partir de então, o fenômeno passou a ser estudado e conceituado por vários autores. À guisa de um conceito acerca da mutação constitucional, além dos que já foram abordados [cf. na introdução deste trabalho o conceito dado por Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 57) – também reproduzido mais abaixo – e no capítulo 1, subcapítulo 1.1, por José Afonso da Silva (2000, p. 283)], cite-se, por ser inédito, o que é dado por Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 78), após fazer um aprofundamento sobre o tema:

Assim, com fundamento no conceito restrito atualmente aceito em larga escala na doutrina, é possível definir a mutação constitucional como sendo o fenômeno por meio do qual, sem emendas ou revisões (processos formais de mudança da Constituição), são introduzidas, no processo de concretização/aplicação, por meio da interpretação constitucional e/ou da integração pelos costumes, alterações no sentido, significado ou alcance de determinadas normas constitucionais (que tenham o conteúdo minimamente aberto/elástico), desde que estas alterações sejam comportadas pelo *programa normativo*, ou seja, promovam o desenvolvimento, complementação, esclarecimento etc., das normas constitucionais escritas, mas não violem nem a sua letra e tampouco o seu espírito.

Merece destaque, igualmente, o conceito trazido por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10/11):

Assim, em síntese, a *mutação constitucional* altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. [...] Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior. [...] Em resumo, a *mutação constitucional*, para que mereça o qualificativo, deve satisfazer, portanto, os requisitos apontados. Em primeiro lugar, importa sempre em alteração do sentido, do significado ou do alcance da norma constitucional. Em segundo lugar, essa *mutação* não ofende a letra nem o espírito da Constituição: é, pois, *constitucional*. Finalmente, a alteração da Constituição se processa por modo ou meio diferentes das formas organizadas de poder constituinte instituído ou derivado.

⁵⁶ Outros nomes da doutrina tradicional podem ser citados além de Laband, como G. Jellinek, Hsü-Dau-Lin, Heller e Konrad Hesse.

Da mesma forma, aponte-se a concepção de J. J. Gomes Canotilho (1995, p. 231) acerca do problema das *transições ou mutações constitucionais*: “considerar-se-á como *transição constitucional* a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto”.

Dessa forma, observe-se que só serão válidas as mutações constitucionais que não contrariem a Constituição e as garantias ali asseguradas de forma rígida, sob pena de se incorrer em *mutações inconstitucionais*, como o diz Anna Cândida Ferraz (2009, p. 10) – oportunamente, percebe-se que a autora distingue dois tipos de processos que desembocam na mutação inconstitucional: os *processos manifestamente inconstitucionais*, que provocam mudanças contra a Constituição, e os *processos anômalos*, dos quais fazem parte os fenômenos da *inércia* constitucional dos Poderes constituídos no atuarem a Constituição, do *desuso* de preceitos ou disposições constitucionais e da *mutação tácita* de normas constitucionais (FERRAZ, 1986, p. 213/251).

Para José Afonso da Silva (2000, p. 285), o conceito de mutação constitucional, destarte, deve ser restrito – nada impedindo, obviamente, adequações pontuais –, conforme ponderou Hesse (1962, *apud* SILVA, 2000, p. 285), pois do contrário a função limitadora de alguns princípios constitucionais estaria quebrantada. Lembre-se, como nota José Afonso da Silva (2000, p. 284), que Constituição flexível está para espíritos conservadores e aristocráticos – em vista da forma de governo restar elástica e indefinida – assim como Constituição rígida está para a massa popular – que tem seus direitos fundamentais protegidos do arbítrio do poder.

Como fundamento das mutações constitucionais, segundo José Afonso da Silva (2000, p. 285), tem-se o denominado *poder constituinte difuso*, também já mencionado outrora. Apenas tenha-se o seguinte cuidado apontado por Anna Cândida Ferraz (1986, p. 10):

Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do poder constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau. [...] Destina-se a função constituinte difusa a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a *continuar* a obra do constituinte. Decorre *diretamente* da Constituição, isto é, o seu fundamento flui da Lei Fundamental, ainda que implicitamente, e de modo difuso e inorganizado.

Para José Afonso da Silva (2000, p. 286/287), costume constitucional, preenchimento de lacunas e o desuso de competências constitucionais não são vetores onde se embarcam as mutações constitucionais. Isso porque, quanto aos costumes, difícil fica de se referir a eles num regime de Constituição rígida. Quanto às lacunas, adverte que simplesmente o que não está na Constituição é porque assim o quis o Poder Constituinte. Por último, em relação ao desuso, afirma que o não uso das competências constitucionais não importa desqualificá-las, pois a qualquer tempo poderão ser utilizadas novamente.

Avançando no tema, devem-se fixar quais os tipos de mutações constitucionais e, conseqüentemente, os seus limites. Mais uma vez se vale aqui do multicitado José Afonso da Silva (2000, p. 288), para quem são

[...] válidas as mutações constitucionais provenientes: *a)* dos atos de complementação constitucional [*e.g.* atos jurídicos normativos – leis, regulamentos]; *b)* da interpretação e da construção constitucionais [*e.g.* atos jurídicos jurisdicionais – basicamente, as sentenças dos Tribunais Constitucionais]; *c)* das práticas político-sociais, convertidas em convenções constitucionais.^[57]

Visto isso, cabe analisar cada uma dessas hipóteses, começando pelos *atos de complementação constitucional*. Esses são atos do Poder Público que visam à complementação de normas constitucionais, denotando “[...] que só são válidas mutações deles emanadas quando expandem normas constitucionais que requeiram integração para sua aplicação” (SILVA, 2000, p. 288).

Citem-se alguns exemplos de normas que precisam de complementação: é o caso da lei que define os crimes de responsabilidade, prevista no art. 85, parágrafo único da CF/88, sem a qual o princípio constitucional da responsabilidade não é realizado; é a lei que preceitua o sistema eleitoral, como o alistamento, voto obrigatório, sufrágio universal, representação proporcional, partidos políticos, tudo constante nos art. 14, 17 e 45 da CF/88, podendo ainda se mencionar a previsão de lei complementar sobre inelegibilidades (art. 14, § 9º). “São hipóteses de legislação que desdobra o conteúdo das normas constitucionais” em que a lei

⁵⁷ José Afonso da Silva (2000) utiliza-se das lições de Pedro de Vega (1991, p. 189, *apud* SILVA, 2000, p. 288), para quem são capazes de produzir mutações constitucionais: a) os atos normativos; b) os costumes, que, em verdade, ele não aceita como forma de mutação constitucional válida, senão como um modo de destruir os fundamentos da organização constitucional; c) convenções constitucionais.

“[...] se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição” (SILVA, 2000, p. 289).⁵⁸

Não somente a lei que desenvolve o conteúdo normativo constitucional, sendo considerada por isso “como um instrumento de realização da eficácia da Constituição, exercendo a função transformadora da sociedade, alterando-lhe o controle social, impondo mudanças sociais democráticas” (SILVA, 2000, p. 289). Basta que se lembre que o art. 196 da CF/88 garante o direito à saúde mediante *políticas sociais e econômicas* que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nasce daí também outro fundamento: o de que, para efetivar a vontade constitucional, muitas vezes tem que se completar a norma constitucional. Se essa integração não ocorre, ter-se-á um vazio, uma omissão, uma inércia, que, como apontou Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 135), promove uma *mutação inconstitucional*. Por outro lado, por que não deixar que, nesses casos, haja uma integração feita pelo Judiciário? Isso, por certo, será resultado de autêntica mutação constitucional, que completará a eficácia da Constituição, desde que não distorça o seu espírito.

Quanto à *interpretação e construção constitucionais*, finque-se a seguinte premissa: “[...] a interpretação, especialmente a judicial, exerce papel fundamental de adaptação das normas constitucionais às exigências de novos conceitos da realidade por elas pensadas” (SILVA, 2000, p. 291), conquanto não viole ou destrua a Constituição. Em relação especificamente à *construção constitucional*, significa dizer que esse é um outro processo fecundo de adaptação dos textos constitucionais à realidade em transformação constante. Nas palavras de José Afonso da Silva (2000, p. 293), “a *construção constitucional* é uma forma de interpretação fecunda na medida em que, partindo de uma compreensão sistemática de princípios e normas constitucionais, constrói instituições explicitamente não previstas”. Cita-se como exemplo disso a criação do controle de constitucionalidade difuso das leis, pela

⁵⁸ Vale, contudo, a ressalva de Canotilho (2000, p. 1192/1193, *apud* KUBLISCKAS, 2009, p. 154/155): “Algumas concepções que defendem a idéia de constituição como concentrado de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade da interpretação da constituição de acordo com as leis, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição face a pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões econômicos-sociais [*sic*]. Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir das leis infraconstitucionais, pode conduzir à derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos ‘metajurídicos’ (sociológicos e políticos)”.

sentença proferida pelo *Chief Justice* Marshall, em 1803, que trouxe à baila a teoria da nulidade do ato legislativo que contrarie a Constituição⁵⁹.

Embora essas considerações, José Afonso da Silva (2000, p. 294) admite que tal construção constitucional não é tão fértil na realidade do Judiciário brasileiro, o que, entretanto, pode estar mudando, em virtude da intensificação da jurisprudencialização e do ativismo judiciário, corroborando, para tanto, a nova tendência do STF em sede de controle difuso.

Por fim, as *práticas político-sociais*, onde se manifestam as chamadas *convenções constitucionais*: “As *convenções* são normas extrajurídicas formadas por meio de precedentes políticos que se tornaram práticas costumeiras relativamente às atribuições e funcionamento dos poderes” (SILVA, 2000, p. 295). É o que se chama de “*consenso costumeiro*”. Ocorre, normalmente, no âmbito de Constituições não-escritas e flexíveis, podendo, porém, ocorrer também nos regimes de Constituição rígida – mas aqui, em geral, sempre importam desvios na reta compreensão das normas constitucionais. Exemplo maior dessas práticas no Brasil é o abuso das medidas provisórias, editadas, muitas vezes, sem a observância de seus pressupostos, o que revela prática contrária à função legislativa do Congresso Nacional, ficando este ancorado em razão de ter de apreciá-la, sob pena de se entrar em regime de urgência.

A doutrina admite as mutações constitucionais conquanto se tenham presentes alguns limites indispensáveis para a sua conformação com a ordem constitucional, com vista à maior defesa da Constituição. E para fazer prevalecer a vontade da Constituição, importantes as decisões judiciais nesse sentido, como no caso de o Judiciário impedir a reiteração indefinida de medidas provisórias.

Konrad Hesse (1962, p. 99 e 101/102, *apud* SILVA, 2000, p. 297), consoante explicação de José Afonso da Silva (2000), se preocupou em estabelecer limites às mutações constitucionais, nos seguintes termos:

A mutação constitucional e seus limites só se consegue entender com clareza quando a modificação do conteúdo da norma é compreendida como mudança “no interior” da norma constitucional mesma, não como consequência de desenvolvimento produzido fora da normatividade da Constituição, e cuja “mutação” em normatividade estatal tampouco se pode explicar satisfatoriamente quando se parte de uma relação de coordenação

⁵⁹ Cf. o trecho do voto do Juiz Marshall citado no capítulo 1, subcapítulo 1.3.

correlativa entre normalidade e normatividade. [...] Onde a possibilidade de uma compreensão lógica do texto da norma termina ou onde uma determinada mutação constitucional apareceria em clara contradição com o texto da norma, terminam as possibilidades da interpretação da norma e, com isso, as possibilidades de uma mutação constitucional.

Para ele, o limite insuperável da interpretação constitucional é a própria Constituição e sua normatividade: “onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição” (HESSE, 1983, p. 69/70, *apud* KUBLISCKAS, 2009, p. 150). De seus estudos, Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 150/151) extrai três ideias básicas: 1) as mutações constitucionais são alterações produzidas *dentro da norma constitucional*; 2) as mutações constitucionais não são ilimitadas juridicamente na medida em que a aplicação da Constituição deve sempre estar vinculada às normas postas; 3) os limites das mutações constitucionais são justamente as possibilidades de compreensão da norma constitucional que não entrem em conflito com o *programa normativo*. Arremata o referido autor, criticando opinião divergente logo a mais esboçada:

Contudo, há outros limites além daqueles de natureza meramente subjetiva do aplicar que impedem que as mutações constitucionais ocorram indiscriminadamente e em contrariedade com a Constituição. Com efeito, uma mutação constitucional apenas é aceitável quando o ato que a origina (i) não contraria de modo evidente a letra ou o espírito da Constituição; (ii) está devidamente fundamentado nos preceitos constitucionais interpretados; (iii) é racional; e (iv) é legitimamente aceito pela comunidade (jurídica e não-jurídica). (KUBLISCKAS, 2009, p. 153)

Logo, não deixa de ser interessante a constatação de Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 153/156) de duas grandes cadeias de limitações das mutações constitucionais: a de ordem *subjetiva* e a de ordem *objetiva*.

Os *limites subjetivos* são a *postura ética do aplicador*, que deve ter uma consciência de não estar violando as normas constitucionais, e a *consciência jurídica geral*, já que o aplicador da Constituição, mantendo relação de recíproca retroalimentação (*feedback*) com os demais atores sociais, não possui total liberdade na definição do sentido, significado e alcance das normas constitucionais, vinculando-se, por exemplo, à ciência jurídica, bibliografia especializada, opinião pública, etc.

Por sua vez, os *limites objetivos* são o respeito ao *programa normativo* – em que “interpretações que nitidamente não são acolhidas pelo programa normativo e que, portanto, contrariam o texto e/ou o espírito da Constituição não podem ser aceitas como legítimas

mutações constitucionais”⁶⁰ (KUBLISCKAS, 2009, p. 155) – e a necessidade de as mutações constitucionais serem *fundamentadas e razoáveis*, pelo que o hermenuta deve utilizar argumentações compreensíveis e racionalmente sustentáveis, revelando-se obrigatória a motivação⁶¹, aduzindo, ainda, que, “por outro lado, não basta que o ato ou a decisão que introduz uma mutação constitucional seja motivado. Ele também deve ser racional de modo a que seja possível fazer o seu controle” (KUBLISCKAS, 2009, p. 155).

Não obstante tudo quanto dito até agora acerca dos limites da mutação constitucional, uma visão diferente acerca da questão é dada por Uadi Lammego Bulos (1997, p. 87/92), sendo essa concepção mais adequada aos propósitos do presente trabalho⁶². Isso porque o autor entende que não é possível se fixar limites jurídicos claros e precisos para a mutação constitucional, dada a natureza informal do fenômeno, chegando mesmo a não descartar, se o caso, alterações na letra dos preceitos supremos do Estado:

[...] a prática constitucional evidencia a impossibilidade de traçarmos, com exatidão, as limitações a que está sujeito o poder constituinte difuso, de que nos fala Burdeau, responsável pela ocorrência daquelas alterações informais, que, se não alteram a letra dos preceitos supremos do Estado, modificam-lhes a substância, o sentido, o significado e o alcance. Em verdade, não é possível determinar os limites da mutação constitucional, porque o fenômeno é, em essência, o resultado de uma atuação de forças elementares, dificilmente explicáveis, que variam conforme acontecimentos derivados do fato social cambiante, com exigências e situações sempre novas, em constante transformação. (BULOS, 1997, p. 87/88, grifo nosso)

⁶⁰ Aduz Wellington Márcio Kubliscas (2009, p. 154/155), trazendo lições de Canotilho (2000, p. 1192/1193, *apud* KUBLISCKAS, 2009, p. 154/155): “Conforme salienta J. J. Gomes Canotilho, a mutação constitucional deve considerar-se admissível quando se reconduz a um problema normativo-endogenético, mas não quando ela é resultado de uma evolução normativamente exogenética. Nesse sentido, ‘problema mais complicado é o que se levanta quando existe uma radical mudança de sentido das normas constitucionais [...]. Perspectiva diferente se deve adoptar [*sic*] quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos fatos, pretenda ‘constitucionalizar’ uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a constitutio scripta. [...] Reconhece-se, porém que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional”.

⁶¹ Lembre-se que todas as decisões judiciais devem ser públicas e fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF/88).

⁶² Essa é a concepção mais adequada aos propósitos deste trabalho à medida que dissolve uma das críticas feitas à nova perspectiva do STF em controle difuso, qual seja, a de que pretende-se mudar o texto da Constituição, o que pretensamente revelar-se-ia como mutação inconstitucional.

Baseia-se, para tanto, nas anotações de Hesse⁶³ (1992, p. 90, *apud* BULOS, 1997, p. 88), afirmando que

Uma teoria jurídica dos limites da mutação constitucional só seria possível, ressaltava Hesse, “mediante el sacrificio de uno de los presupuestos metódicos básicos del positivismo: la estricta separación entre ‘Derecho’ y ‘realidad’, así como los que constituye su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas del proceso de argumentación jurídica”. (BULOS, 1997, p. 88)

Ademais, aponta que Heller (1968, *apud* BULOS, 1997, p. 89) admitiu que a mutação constitucional encontra limitações na própria normatividade da Constituição: “Entende que uma mudança de significado na norma constitucional encontra-se adstrita à *normalidade dos fatos*, a qual não pode renegar por completo a *normatividade*, pois ambos os elementos estão coordenados entre si, formando a tensão entre o *sein* [ser] e o *soler* [dever ser]” (BULOS, 1997, p. 89). E continua:

Ao prospectar que a mutação constitucional encontra seu limite na própria normatividade da Constituição, Heller utilizou um pensamento genérico e difícil de precisar, sem pontos de apoio que permitam uma concretização do problema. **Estamos que é impossível estipular critérios exatos para o delineamento dos limites da mutação constitucional.** Isso porque uma Constituição é um *organismo vivo*, em cujo esteio se encontra a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes. Como a doutrina das mutações constitucionais é o reflexo, teórico e prático, desses fatores sociais cambiantes, ela se produz quando a normatividade constitucional se modifica pelo influxo de acontecimentos que não afetam a sua forma, porém transmutam seu conteúdo. **Conseqüentemente, o fenômeno é involuntário e intencional, como disseram Laband e Jellinek, e, destarte, não se pode imprimir-lhe uma exatidão, a ponto de prever-se a unanimidade dos casos de mutação constitucional que a experiência possa apresentar. Diversamente da reforma constitucional, a mudança difusa da Lei maior não segue limites previstos pelo legislador, nem tampouco formas expressas e sacramentadas. Surge espontaneamente, de modo subreptício, sem previsões de quando irá ocorrer.** (BULOS, 1997, p. 89/90, grifo nosso e itálico do autor)

Estendendo a função de interpretar as normas constitucionais aos três Poderes, afirma contundentemente Georg Jellinek (1991, p. 15/16, *apud* BULOS, 1997, p. 90/91):

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

⁶³ Não se pode deixar de notar que o mesmo Konrad Hesse serviu de fundamento tanto para as concepções de José Afonso da Silva (2000) quanto para as de Uadi Lammêgo Bulos (1997).

ley constitucional puede adquirir, poco a poco, un significado totalmente distinto al que tenía en el sistema originario.

Com efeito, Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 91, grifo nosso e itálico do autor) conclui que os limites existentes são subjetivos, ou seja, a *consciência do intérprete – postura ética do aplicador* – em não estar desrespeitando a norma constitucional, tendo, assim, ineliminável *dever ético* para com todo o corpo social, sendo, porém, “inegável que esse limite subjetivo [...], através de interpretações maliciosas e traumatizantes, não pode ser levado às últimas conseqüências, diante da realidade cotidiana dos diversos ordenamentos constitucionais”:

Diante de tudo isso, as mudanças informais da Constituição não encontram limites em seu exercício. A única limitação que poderia existir – mas de natureza subjetiva, e, até mesmo, psicológica – seria a *consciência do intérprete de não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior*. Assim, evitar-se-iam as mutações inconstitucionais, e o limite, nesse caso, estaria por conta da **ponderação do intérprete, ao empreender o processo interpretativo que, sem violar os mecanismos de controle de constitucionalidade, adequaria a Lei Máxima à realidade social cambiante.**

Toda essa concepção distinta de Uadi Lammêgo Bulos (1997) acerca dos limites da mutação constitucional reflete, como não poderia deixar de ser, no conceito por ele elaborado, reproduzido abaixo, que não traça como limite do fenômeno o *texto* da Constituição, senão a própria Constituição *em sistema*:

Assim, denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. (BULOS, 1997, p. 57)

De uma forma ou de outra, no final, vale a ponderação feita por Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10): “Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior”, sendo que tudo que for manifestamente contrário a ela não é uma *mutação constitucional*, senão uma *mutação inconstitucional*. Ou, ainda, aproveitando-se da tautológica, porém espirituosa advertência do Juiz Marshall (*apud* KUBLISCKAS, 2009, p. 152), “não se pode perder de vista que, ao interpretar a Constituição, o que se está interpretando é a Constituição”. Contudo, havendo mutação inconstitucional, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 214) assevera: “O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle

constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc.”.

3.1 Aplicação da Mutação Constitucional no Brasil pós-88

Uma vez estudados os aspectos teóricos da mutação constitucional, passa-se analisar tal mecanismo de alteração sob a realidade constitucional no Brasil pós-88. Essa abordagem se revela especialmente importante devido à junção de vários elementos peculiares – como a elaboração da Constituição de 1988 durante o período de consolidação e intensificação da globalização, além da incorporação de interesses específicos e conjunturais à época dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (lembre-se que o texto constitucional não partiu de um projeto-base oficial, sendo resultado da aglutinação de projetos parciais). Como adverte Wellington Márcio Kublischka (2009, p. 163),

A junção dos elementos mencionados anteriormente [...] deu origem ao surgimento de inúmeros *pontos de tensão* dentro do texto constitucional brasileiro vigente, os quais, de tempos em tempos, se intensificam e passam a exercer forte pressão no sentido da alteração da Constituição. Com isso se explica, ao menos em partes, a importância teórica do tema e se justifica a enorme incidência prática dos mecanismos de modificação constitucional no Brasil pós-88.

Revela-se, diante dessa conjuntura, que um dos *pontos de tensão* na Constituição de 1988 é o art. 52, X, assaz delineado. Tanto o é assim que, como já dito, Gilmar Mendes (2009a, p. 32) entende “que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica”, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

A Constituição brasileira se amolda à teoria da mutação constitucional em virtude de sua *abertura e elasticidade*, que decorrem de três fatores: 1) o caráter altamente principiológico e estrutural de seu texto, em especial quanto aos temas dos direitos fundamentais, ordem econômica, ordem social, etc.; 2) a presença de inúmeras normas sujeitas à complementação (normas de eficácia contida e de eficácia limitada); 3) a existência de vários dispositivos antagônicos, cuja aplicação de uma hermenêutica harmonizadora diante de conceitos indeterminados, lacunas normativas (descobertas e ocultas) e os próprios dispositivos antagônicos entre si. “Assim, os dispositivos constitucionais dotados de

suficiente *abertura e elasticidade* [...] podem perfeitamente ser (e têm efetivamente sido) modificados por meio da atuação dos mecanismos informais de alteração da Constituição” (KUBLISCKAS, 2009, p. 164/165), **respeitando-se, sempre, os *superprincípios constitucionais* – princípio da constitucionalidade, princípio do Estado Democrático (Constitucional) de Direito e princípio da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.**

Dessa forma, a conjugação do caráter aberto de grande parte das normas da Constituição Federal brasileira de 1988 com o fortalecimento do STF como agente concretizador da Lei Fundamental – além do aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e a alteração da composição do Supremo – importam na relevância do tema acerca da mutação constitucional no Brasil pós-88.

Alguns exemplos práticos em que o STF introduziu mutações constitucionais nas normas da Constituição de 1988 podem ser citados, com o escólio de Wellington Márcio Kubliskas (2009, p. 251/261):

I. Mutação constitucional e direitos fundamentais: a) HC nº 82.424/RS e a definição do alcance do termo “racismo” (art. 5º, XLII); b) HC nº 82.959-7/SP e a progressão de pena nos crimes hediondos (art. 5º, XLVI); c) RE nº 251.445/GO e a abrangência do termo “casa” (art. 5º, XI); d) HC nº 74.051-3/SC e a proteção do estrangeiro não residente no Brasil (art. 5º, *caput*);

II. Mutação constitucional e princípio federativo: a) ADIN nº 276/AL e a adoção das regras do processo legislativo da União pelos Estados-membros (art. 11 do ADCT); b) ADIN nº 1.704/MT, ADIN nº 3.323/DF e o art. 22, XI, da Constituição Federal; c) ADIN nº 2.948/MT e a competência para legislar sobre bingos (art. 22, XX); d) ADIN nº 3.035 MC/PR e a competência sobre produtos geneticamente modificados (art. 22, I, VII, X e XI, e art. 24, I e VI); e) alcance das competências municipais – “assuntos de interesse local” (art. 30, I): AI nº 622.403-AgR e RE nº 182.976 – que reafirmaram que o Município é competente para regular o horário do comércio local; RE nº 397.094 – que fixou que o Município detém competência para impor limites ao tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios; ADIN nº 1842/RJ e ADIN nº 2077/BA – referente à definição da competência para saneamento básico, como a

prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em regiões metropolitanas;

III. Mutação constitucional e regras do processo democrático: Nesse ponto, o STF tem promovido uma *reforma política informal*, ao definir, independentemente da atuação do Parlamento, algumas regras importantes ao funcionamento do jogo democrático: a) RE nº 197.917-8/SP e a fixação proporcional do número de vereadores (art. 29, IV); b) MS 26.603-1/DF e a fidelidade partidária (art. 17, § 1º);

IV. Reclamação nº 4.335-5/AC, art. 52, X, da Constituição de 1988 e os limites da mutação constitucional: esse é o caso no qual o STF vem tratando, desde 2007, de maneira mais direta o fenômeno da mutação constitucional, e será objeto de todo o próximo e último capítulo.

Por fim, pode ser acrescida nessa lista, embora não seja mudança de norma da Constituição, a emblemática mutação constitucional ocorrida no *texto* do art. 514 do Código de Processo Penal, feita pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula 330, DJ 20/09/2006.

4 ASPECTOS DA DIVERGÊNCIA DA NOVA PERSPECTIVA DO STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO

A Reclamação 4.335-5/AC tem tudo para quebrar paradigmas em relação ao controle difuso. Não cabe mais, a essa altura, após tantas argumentações a seu favor, rever uma por uma. Apenas resta, logo depois de traçar os fatos que a demandaram, propor o seguinte: no subtópico 4.1 será vista a posição daqueles que acham tratar-se de uma *Mutação Inconstitucional*, tese essa capitaneada por Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007), seguidos por Marcelo Novelino (2009), Pedro Lenza (2009), Wellington Márcio Kubliskas (2009), o professor da Universidade Católica de Petrópolis – UCP, Roberto Wagner Lima Nogueira (2008), e o professor Mestre da Universidade Federal de Sergipe – UFS, Carlos Augusto Alcântara

Machado⁶⁴ – o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação e o Ministro Joaquim Barbosa não a conheceu, mas ambos concederam *habeas corpus* de ofício; já no subtópico 4.2, colacionar-se-ão trechos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, afirmando ser autêntica a expandida *Mutação Constitucional* no dispositivo da Carta Maior (art. 52, X), corroborando para tanto as posições de Dirley da Cunha Júnior (2008) e André Ramos Tavares (1998), delineadas em capítulos anteriores.

No ano de 2006, a Defensoria Pública do Estado do Acre ajuizou Reclamação (Rcl. 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes) no STF contra a decisão do Juiz de Direito da Vara das Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários réus que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos, fazendo afixar, até mesmo, nas dependências do fórum, comunicado com o seguinte teor, conforme se extraí do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que A RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida nos autos do “habeas corpus” nº 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (ART. 2º, § 1º DA Lei 8.072/90), SOMENTE TERÁ EFICÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO A EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

O fundamento da reclamação foi que estaria sendo infringida a decisão do STF proferida nos autos do HC nº 82.959/SP (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006), em que a Corte afastou a vedação da progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo, ao considerar inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Sustentam os reclamantes, pois, que a denegação do pedido de progressão de regime desrespeita a decisão do STF, mesmo tendo sido proferido julgamento em sede de controle difuso de constitucionalidade, através do HC 82.959.

⁶⁴ Palestra proferida no XVII Simpósio Transnacional de Estudos Científicos (*Constitucionalismo e Relações Internacionais* – 06 a 10 de outubro de 2008, Universidade Federal de Sergipe – UFS), cujo tema apresentado em 06/10/2008 pelo professor Carlos Augusto Alcântara Machado foi *A Constituição de 1988 como Obra Inacabada*. Cf. nota da introdução.

Como foi dito oportunamente, a Reclamação 4.335 não foi ainda julgada em definitivo pelo STF, estando, neste momento, empatada a votação (2 x 2). No entanto, os votos já proferidos e o tema em questão lançaram discussões acerca da ocorrência ou não da mutação constitucional no dispositivo do art. 52, X, CF/88, que diz, textualmente, que “*compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

A partir disso, formaram-se as duas correntes supracitadas. Em resumo, a corrente a favor da modificação da competência do Senado para apenas dar publicidade às decisões do STF que suspendam a execução de lei declarada inconstitucional⁶⁵ baseia-se nas alterações no sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil – corrente dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Esse movimento, defendido veementemente por Gilmar Mendes⁶⁶, visa a, dessa forma, atribuir eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle incidental ou concreto, que já se revestiriam, desde a sua publicação, de eficácia geral e vinculante (teoria da nulidade da lei inconstitucional). Para o Ministro-relator da Rcl. 4.335,

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas. (STF, voto do Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 09/02/2007, p. 31/32)

Na vertente oposta, representada pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, defendeu-se que a interpretação tradicional da regra constitucional deve ser mantida, na medida em que (i) mesmo com o advento do controle concentrado, a Constituição Federal em nenhum momento teria abandonado o sistema difuso, sendo, portanto, indispensável a participação do Senado Federal a fim de se suspender as normas declaradas inconstitucional *in concreto*, além de (ii) não estarem presentes dois importantes requisitos para a configuração da mutação constitucional, quais sejam, o decurso do tempo e o desuso definitivo do dispositivo (cf. KUBLISCKAS, 2009, p. 260).

⁶⁵ Poder-se-ia pensar em outras soluções nesse mesmo sentido, como atribuir a competência tanto para o STF quanto para o Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional, de forma que não transformasse aquele em mero chancelador das decisões deste, embora tivesse que publicar a manifestação do Supremo quando este agisse suspendendo a lei inconstitucional. No entanto, na prática dá no mesmo, pois o que se está visando aqui é a aplicação da teoria da nulidade e, com ela, o STF teria como dar efeitos gerais, retroativos e vinculantes mesmo sem disposição do Senado.

⁶⁶ Cf. análise do tema feita por Gilmar Mendes no capítulo 1, subcapítulo 1.3.

Para essa corrente, destarte, sendo o art. 52, X, CF/88, uma norma hermética e sendo a mutação constitucional jungida pelo respeito à letra e ao espírito da Constituição, tal dispositivo somente pode ser alterado pelos mecanismos formais de modificação constitucional, sob pena de se incorrer em hipótese de *mutação inconstitucional*. Nesse sentido, entendem Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007), ao afirmarem que a pretensão dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau implicaria “não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngenburg*), mas, sim, a substituição de um texto por outro (construído pelo Supremo Tribunal Federal)”.

4.1 Mutação Inconstitucional – da alteração do texto constitucional

Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007) redigiram instigante artigo sobre o tema, intitulado *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Nesse trabalho, os autores tratam de diversos assuntos, como o controle de constitucionalidade, poder constituinte, equilíbrio entre os Podres da República e sistema federativo, tendo como objeto de estudo a famigerada Reclamação 4.335-5/AC e a possível ruptura paradigmática no plano da jurisdição constitucional no Brasil.

Eles propõem saber se é “possível atribuir efeito *erga omnes* e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007), porém já firmando que, caso prevaleça a tese de Gilmar Mendes, haverá, na verdade, a substituição de um texto pelo outro, e não a atribuição de um novo sentido normativo ao texto, ou seja, haverá uma alteração do próprio texto constitucional. Conforme já adiantado parágrafos atrás, Lenio Luiz Streck juntamente com os coautores não concordam com os votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, motivo pelo qual buscam outras alternativas teóricas a fim de contribuir com o acirrado debate.

Quanto ao argumento de que a Reclamação cabe contra as **teses** do Supremo, conforme defendeu Gilmar Mendes em seu voto, citando a Rcl. 1.880, explicam que o STF julga pelo Recurso Extraordinário “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja,

julga a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos. O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade *nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão*; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, *devolvido* a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República). (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Mais adiante, os articulistas afirmam que, em sede de controle difuso, entender daquela forma proposta pelo Ministro Gilmar Mendes “desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação (*Begründungsdiskurs*), elaborados de forma descontextualizada”, ou seja, “em outras palavras, a tese esgrimida pelo Ministro Gilmar Mendes reduz a discussão jurídica a questões de justificação da validade das normas”. E arrematam:

Desta forma, a alegação de que é cabível reclamação contra as “teses” - e não contra os julgados –⁶⁷ do Supremo Tribunal Federal incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o de agirem somente diante de uma **situação contextualizada**⁶⁸. Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

As críticas que os autores fazem ao modelo proposto na Rcl. 4.335 não param por aí. Afirmam que toda e qualquer decisão do STF se legitima tanto por sua complexa

⁶⁷ “Não vamos discutir, aqui, o problema da relação entre o papel do Senado (art. 52,X,CF) e a questão da ‘repercussão geral’ introduzida pela EC 45/04, regulamentada no art. 543-B do CPC. Observe-se a complexidade do problema: além do poder que o **Supremo Tribunal Federal** terá a partir da equiparação do controle difuso ao controle concentrado, tem-se que aquela Corte pode, agora, determinar a interpretação de uma norma constitucional e impô-la a todos os processos em sede de controle difuso. Podem ser anuladas, inclusive, as decisões já proferidas pelas diversas instâncias do Poder Judiciário. Portanto, como bem alerta Fernando Faccury SCAFF (Novas Dimensões do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Prevalência do Concentrado e Ocaso do Difuso. In: Revista Dialética do Direito Processual n. 50, São Paulo, 2007, pp. 20 e segs), isto é mais do que uma súmula vinculante: é uma decisão única, tomada por seis ministros (maioria absoluta), que pode desfazer as decisões adotadas pelos Tribunais de todo o País. A exigência de quorum qualificado (oito votos) é apenas para o juízo de admissibilidade e não para a votação do mérito. É um poder jamais visto no Brasil nas mãos do STF” (**id. ib.**)” [nota e grifo dos autores]

⁶⁸ “O que não significa dizer **em concreto**, quando direitos subjetivos não estão em questão, ou seja, no sentido esse em que o termo é comumente emprestado por doutrina e jurisprudência do controle da constitucionalidade.” [nota e grifo dos autores]

responsabilidade constitucional de guarda da Lei Maior quanto pelo desenvolvimento de um processo jurisdicional em que a sociedade tem participação, sendo que

[...] o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Por isso, chegam a afirmar que a competência do Senado, nesses casos, seria reduzida a de um órgão de imprensa, havendo, ademais, outras consequências graves, que atingiriam principalmente o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Para eles, ao se atribuir eficácia geral e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso, ferem-se os princípios constitucionais do *devido processo legal*, da *ampla defesa* e do *contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, CF/88), já que tal decisão atingiria mesmo aqueles que não participaram do processo de julgamento, tendo, em verdade, efeitos avocatórios. Além disso, segundo os autores, seria desconstruída a concepção de que os efeitos da retirada das leis pelo Senado Federal são *ex nunc* e não *ex tunc*.

A essas e outras críticas, apenas se rememore que, diversamente, os *superprincípios constitucionais* – princípio da constitucionalidade, princípio do Estado Democrático (Constitucional) de Direito e princípio da proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana – não estariam sendo violados, ao revés, incrementados, tendo em vista a legalidade, igualdade e imparcialidade que essa nova perspectiva acopla, consoante toda uma fundamentação feita ao longo desta dissertação.

Lenio Luiz Streck e os outros autores (2007, grifo dos autores) também tocam no ponto referente à distinção entre controle concentrado e difuso, não havendo, para eles, “como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática”. Continuam: “parece óbvio que, **se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença**”. Isso porque entendem que é uma regra fixa que o controle difuso tenha “na sua *ratio* o efeito *ex tunc* **entre as partes**”.

Porém, observe-se, desde logo, que esse fenômeno foi visto e já se concluiu pela sua legitimidade, citando, inclusive, vários exemplos na jurisprudência e na legislação: é a tendência de *abstrativização*, *objetivação* ou *verticalização* do controle concreto, tipicamente difuso (cf. capítulo 1, subcapítulo 1.3).

Desenvolvendo a questão, perguntam, sempre os referidos articulistas: “Então, qual é a função do Senado (art. 52, X)?”. Para responder essa indagação, diferenciam dois institutos: o da suspensão da execução da lei e o da retirada da eficácia da lei. Este ocorre em controle concentrado e aquele, em controle difuso, significando o mesmo que revogar a lei. Eis o papel do Senado sendo efetivado: revogar a lei declarada inconstitucional, com efeitos *ex nunc*. E isso é que diferencia os dois sistemas de controle, no plano da nulidade: o controle difuso é problema de suspensão/revogação da lei (plano da *vigência* da lei) – que aguarda a retirada de sua eficácia “daqui para frente” – e o controle concentrado é problema de retirada da eficácia da lei (plano da *eficácia* da lei)⁶⁹. Ou ainda, dito de outro modo, há diferença entre efeitos *ex tunc* (nulidade) e efeitos *ex nunc* (revogação) – “quando se revoga uma lei, seus efeitos permanecem; quando se a nulifica, é esta írrita, nenhuma” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores) –, fato esse que distingue na essência os controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Baseados nisso, é que os autores do mencionado artigo entendem não poder haver uma confusão entre os sistemas de controle da Constituição.

Argumentam: “Se até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)⁷⁰. A isso, contra-argumenta-se: ora, se a jurisprudência e doutrina entendem que a lei inconstitucional é *ipso jure* nula, ela é nula desde sempre (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*)⁷¹ – *teoria da nulidade da lei inconstitucional*⁷². Continua esse raciocínio Carlos Alberto Lúcio Bittencourt (1968, p. 145/146, *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2009c, p. 1136, grifo nosso), de forma lúcida:

⁶⁹ Cf. também STRECK, 2006, p. 115 e ss.

⁷⁰ Cf. também STRECK, 2004, p. 479 e ss.

⁷¹ A menos, é claro, que a decisão que declare a nulidade da lei module seus efeitos, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

⁷² Cf. MENDES; COELHO; BRANCO, 2009c, p. 1134/1136. Cf. também o voto de Gilmar Mendes proferido na Rcl. 4.335-5/AC, colacionado no próximo tópico.

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. **O objetivo do art. 45, IV da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução.**

Consoante Gilmar Mendes (2009c, p. 1136, grifo nosso), comentando a postura tomada por Lúcio Bittencourt:

Tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário. Não foi o que se viu inicialmente. Como apontado, a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo.

A posição de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007, grifo dos autores), como já se percebe, decorre, consoante eles mesmo dizem, da *“objetiva e singela razão de que a Constituição da República possui determinação expressa sobre o papel do Senado neste sentido e que não foi revogada”*. Asseveram, outrossim, que *“o Estado Democrático de Direito é um paradigma constitucional e o que dele menos se pode dizer é que dá guarida a ativismos e decisionismos judiciais”*, com o que não se pode concordar, com vista no que foi abordado em capítulos anteriores, principalmente aquele referente à jurisprudencialização/tribunalização e ativismo judiciário (cf. capítulo 2, subcapítulo 2.3).

Como alternativa, apontam a edição da súmula vinculante:

[...] se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos - dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado). Ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco* (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades). [...] Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as conseqüências, *uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição*. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de

aplicação. Incorreta. Mas é. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Continuam, tecendo comentários acerca do porquê da competência do Senado prevista no art. 52, X, CF/88:

A competência do Senado Federal estabelecida pelo art. 52, X da Constituição, para além de se materializar no exercício de uma atribuição do poder constituinte originário, deixa-se refletir, ainda, quando da contextualização de seu lugar constitucional. Espaço de representação política da Federação, ao Senado Federal foi atribuída a competência do art. 52, X da CF porque, racionalmente, somente a um organismo da Federação é que poderia recair a autoridade para suspensão de instrumentos normativos, por exemplo, oriundos de outros entes da Federação, como Estados, Distrito Federal ou Municípios, em razão, especialmente, da amplamente solidificada sistemática de controle da constitucionalidade a inadmitir controle concentrado de espécie normativa municipal diretamente no Supremo Tribunal. Tem-se, então, uma dupla acepção de democracia: *a que parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e o equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro*. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Vale aqui outra ressalva: não seria possível para os autores – embora admitam que tal tese não vingou em *terrae brasilis* – a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão de rejeição de inconstitucionalidade, que afirmasse, portanto, a constitucionalidade da norma, posto que essas decisões que não acolhem o pedido de inconstitucionalidade da lei

têm força meramente de coisa julgada formal, não impedindo sequer que o mesmo requerente solicite novamente a apreciação da inconstitucionalidade da norma anteriormente “declarada” constitucional. [...] A recusa de atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão de não-inconstitucionalidade permite [...] remediar, através de nova decisão, os possíveis erros precedentemente cometidos na apreciação da constitucionalidade pelo tribunal constitucional. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Sendo assim, questionam – não obstante a Lei 9.868/99 preveja fato diverso – até mesmo a atribuição de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* à interpretação conforme a constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade, não merecendo, por causa disso, prosperar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes quando recorre a esses institutos a fim de demonstrar a evolução do controle de constitucionalidade. De tal modo, aduzem:

Já para a situação que almeja a extensão dos efeitos de controle concentrado ao difuso, *não há nada que autorize o Supremo Tribunal Federal a operar mencionada sistemática no texto de nossa Constituição*, tampouco na tradição de nossa doutrina de controle da constitucionalidade. [...] Ao contrário: o art. 52, X aponta em outro sentido. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Ainda, reafirmam que a questão da validade e da força normativa do art. 52, X, CF/88, passa pelo exame da “*exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral*” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores), pelo que há um controle das decisões judiciais solipsistas (*Selbstsüchtiger*) pela esfera pública. Quanto a isso, já foi visto que *as decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem aquilo que foi aprovado pelo legislador*, promovendo diretamente a finalidade pública e os anseios sociais, ao adequar as premissas equivocadas estabelecidas pelo Legislativo⁷³.

Demais disso, pode-se dizer que é encontrado no texto de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima (2007) uma crítica a um fenômeno mencionado em capítulos anteriores: a *judicialização da política e das relações sociais*. Pela opinião deles, que se faz questão de destacar a seguir, o referido fenômeno se transmudaria para a *politização do Direito e do Poder Judiciário*. Lembre-se apenas que ambos são acontecimentos naturais resultantes das tensões entre Política e Direito, sendo saudáveis até o ponto em que se mantenham ainda em equilíbrio.

[...] o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto da ruptura paradigmática ocorrida no campo da filosofia. Dito de outro modo, o direito não está imune ao pensamento que move o mundo. Mundo é mundo porque é mundo pensado. Conseqüentemente, a derrocada do esquema sujeito-objeto (ponto fulcral das reflexões das teorias democráticas que vão desde as teorias do discurso à hermenêutica) tem repercussão no novo modelo de Estado e de direito exurgido a partir do segundo pós-guerra. O sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) dá lugar à intersubjetividade. Veja-se o problema ocasionado pela prevalência do velho paradigma representacional (sujeito-objeto) nas diversas reformas no processo: cada vez mais se coloca o procedimento à disposição do pensamento “justo” do juiz, valendo, por todos, citar a assim denominada “instrumentalidade do processo” (por todos, Candido Dinamarco e José Bedaque). Cada vez que se pretende “processualizar mais o sistema”, ocorre uma diminuição do processo enquanto instrumento de garantia do devido processo legal. Ora, se o devido processo legal serve para preservar direitos, não é em nome dele que se pode fragilizar o próprio processo. Dia-a-dia, o sistema processual caminha para o esquecimento das singularidades dos casos. Trata-se, pois, de um novo princípio epocal. Na verdade, se o último princípio epocal da era das duas metafísicas foi a vontade do poder (*Wille zur Macht*), o novo princípio, forjado na era da técnica, acaba por se transformar no mecanismo que transforma o direito em uma mera racionalidade instrumental (lembramos, sempre e novamente, as escolas instrumentalistas...!). Manipulando o instrumento, tem-se o resultado. Ao final dessa “linha de produção”, o direito é (será) aquilo que a vontade do poder quer que seja. **Chega-se ao**

⁷³ Cf. capítulo 2, subcapítulo 2.3.

ápice da não democracia: o direito transformado em política. Não que direito e política estejam cindidos. Parece despiçando qualquer comentário acerca dessa problemática (pensemos, por exemplo, na doutrina de Hans P. Schneider). **O que ocorre é que a relação direito-política não pode criar/estabelecer uma contradição em si mesmo, ou seja, se o direito serve para controlar/garantir a democracia (e, portanto, a política), ele não pode ser a própria política.** (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo nosso e itálico dos autores)

Finalmente, lançando vistas à incompreensão do fenômeno da mutação constitucional, afirmam que ele “não pode ser entendido como *espaço de livre atribuição de sentido*”, principalmente quando se trata do texto constitucional:

Ou seja, em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, *a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário*. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão acerca dos votos proferidos na aludida Reclamação 4335-5. Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52, X, da Constituição do Brasil). (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Para provar o sobredito, propõem uma reflexão:

Paremos para pensar: uma súmula do Supremo Tribunal Federal, elaborada com oito votos (que é o quorum mínimo), pode alterar a Constituição. Para revogar essa súmula, se o próprio Supremo Tribunal Federal não o fizer, são necessários três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral e em dois turnos. Ao mesmo tempo, uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos, pode proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ultrapassando-se a discussão acerca da tensão vigência e eficácia de uma lei. Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007)

Na verdade, os autores, adeptos de uma exigência de integridade do caráter principiológico do direito democrático, não veem com bons olhos a tese da mutação constitucional quando esta é compreendida

como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma “jurisprudência corretiva”, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): “uma jurisprudência corretiva desenvolvida por juízes éticos, criadores do Direito” (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais

empreendidas por uma *suposta* interpretação evolutiva.⁷⁴ [...] Em síntese, a tese da mutação constitucional *advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.*⁷⁵ Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC n.º 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo que “diz o que é a Constituição”). (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Para eles, o papel do direito e da jurisdição inclusive constitucionais é “construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente”⁷⁶, sendo que “um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007). Em termos incisivos: a Suprema Corte, para os referidos articulistas, não pode legislar, muito embora admitam que a súmula vinculante adquiriu explícito caráter normativo no Brasil.

Criticando especificamente o discurso de justificação advindo das súmulas vinculantes – discurso esse que serve de base também para pretensões universalizantes, como a que sustenta um obsoleto limite semântico do texto do dispositivo constitucional em questão, pelo que, como pretende o Ministro Eros Grau, a partir da dicotomia “texto e norma”, poderia até mesmo o texto sucumbir em face não apenas de uma nova norma, mas também de um novo texto⁷⁷ –, asseguram:

No fundo, toda (ess)a discussão é similar à pretensão de universalização das súmulas vinculantes; ou seja, as súmulas vinculantes podem ser entendidas como uma hipostasiação de discursos de justificação, isto é, o pólo de tensão passa a estar somente no plano da validade do discurso jurídico. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007)

⁷⁴ “MENDES, Gilmar Ferreira. ‘A eficácia das decisões de inconstitucionalidade – 15 anos de experiência’ in: SAMPAIO, José Adércio Leite. *15 anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 207.” [nota dos autores]

⁷⁵ “Sabe-se que na época em que foram escritas as obras de Lin e Smend, não havia Tribunais Constitucionais nos moldes construídos posteriormente. A tese da mutação não significa que não tenha sido dado valor fundamental às práticas políticas no parlamento ou no governo. A conseqüência das teses ‘mutacionistas’ em tempos de ‘cortes constitucionais’ poderia ser diferente.” [nota dos autores]

⁷⁶ “CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. Também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.” [nota dos autores]

⁷⁷ Cf., para maiores detalhes, voto do Ministro Eros Grau no tópico posterior.

Tocando ainda no ponto da pretensão de um discurso válido universalmente (“normas universais”) – observando-se aquilo que foi trabalhado por Alexy (1993, *apud* STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007) quanto aos discursos de aplicação e discursos de fundamentação/justificação e às similitudes entre esses discursos, na concepção dele, conforme analisado no capítulo 2, subcapítulo 2.2 –, os referidos autores notam que a argumentação acaba hipostasiada em detrimento da realidade, “isto é, tudo se resume a fórmulas matemáticas e a cálculos de custo-benefício, que, por ter pretensão corretiva, acaba se substituindo ao próprio **direito**” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores). Além disso,

No Brasil, essa tese – a de Alexy e a do Supremo Tribunal Federal na Rcl n.º 4335-5 - pode dar (ainda mais) respaldo aos defensores das súmulas vinculantes e a distorções no seu processo inadequado de aplicação. De fato, ao se constituírem em discursos de validade construídos para resolver problemas futuros que nela se “subsumam” (não parece haver dúvida a esse respeito, porque a súmula busca impedir a construção de discursos de aplicação - *Anwendungsdiskurs*), as súmulas vinculantes parecem encaixar-se na tese de que tudo se resume a discursos de validade, *uma vez que nos discursos de justificação (validade) já haveria a referência a muitas situações construídas e experienciadas.*⁷⁸ (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Porém, é justamente a partir dessa acepção de Alexy (2005, *apud* CARDOSO, 2009), apresentada pela *Tese do Caso Especial*, desenvolvida em sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, que ele aponta como uma das regras de justificação externa e formas lógicas de argumentos (jurídicos) o uso de **precedentes jurisprudenciais**, sendo o seu fundamento o *princípio da universalidade*, que cai na concepção de justiça (formal) de tratar de igual maneira o igual, determinando-se e ponderando-se as diferenças – em função das interpretações dadas pelas Cortes Judiciais Superiores e sedimentadas via precedentes, acresça-se a esse princípio da *igualdade* outros princípios derivados do princípio-mor *justiça*, como os princípios da *legalidade e imparcialidade*.

Por fim, Lenio Luiz Streck mais os outros articulistas (2007) perguntam, no sentido similar da indagação feita, em determinado ponto de seu voto, por Eros Grau à posição de Gilmar Mendes:

A interpretação da Constituição pode levar a que o STF produza (novos) textos, isto é, interpretações que, levadas ao limite, façam soçobrar os limites semânticos do texto no modo que ele vinha sendo entendido na (e pela) tradição (no sentido hermenêutico da palavra)?

⁷⁸“Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.” [nota dos autores]

Segue a resposta dada por eles, grande parte feita em forma de outras perguntas:

[...] nossa leitura permite-nos entender que o Ministro Eros Grau reconhece, com apoio em Jean-Pierre Vernant, *que sempre há que se indagar*, quando se está frente a uma mutação constitucional, *se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição* (= à coerência) do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. “A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento.” Entendemos que, nesse exato contexto, a pergunta que não foi respondida é: mas o que é a tradição? De que tradição se está falando? O que diz a tradição que consubstancia o texto e a norma do art. 52, X? Em que sentido a “substituição” do texto constitucional, efeito em nome de uma mutação, deixa o novo “texto” em harmonia com a tradição? Não é exatamente para mudar a tradição que se faz “mutação”? Mas, então, se se faz mutação para alterá-la, como lhe ser coerente e fiel? É nesse sentido que *a posição de Vernant é tautológica*, incorrendo em um paradoxo. E paradoxos são coisas sobre as quais não podemos decidir. Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado – e ratificado em 1988 – o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate - acerca da (in)validade de um texto normativo – o Poder Legislativo, *único que pode tratar do âmbito da vigência*, providência necessária para dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial? [...] Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afinal, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch?... Agregue-se a essa relevante questão hermenêutica a seguinte preocupação: decisões do Supremo Tribunal Federal, como a da Reclamação sob comento, podem incorrer no equívoco de confundir as tarefas constituídas daquelas constituintes, o que traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República. [...] Tais questões, ao que tudo indica, devem preocupar sobretudo a comunidade jurídica. E não provocar – como está a parecer – um silêncio eloquente! (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

Os articulistas, após constatarem ser “possível [...] apreender a dimensão da crise que atravessa o direito a partir das representações simbólicas”, finalizam o estudo do tema com a seguinte observação, que não deixa de ser, de certo modo, pertinente:

Nessa linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, *por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica*, pode (e, certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação das demandas. Se o Supremo Tribunal Federal

pode fazer mutação constitucional, *em breve essa “mutação” começará a gerar* – como se já não existissem à saciedade⁷⁹ - *os mais diversos frutos de cariz discricionário (portanto, positivista, no sentido em que Dworkin critica as teses de Hart)*. Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo, como que a mostrar, a todo instante, que as teses de Oscar Von Büllow não foram (ainda) superadas. A solução tem sido essa: corte-se o acesso à justiça. Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição. (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, grifo dos autores)

A despeito dos argumentos de peso retroelencados, conforme estudo esboçado ao longo dos capítulos desta dissertação, o contexto atual (hermenêutico, social, político e jurídico – no caso deste, fortalecido pelos *superprincípios constitucionais*) permite, sim, mudança no texto constitucional do art. 52, X, através de uma “autêntica mutação constitucional”, compondo-se, assim, “um mesmo espaço semântico” na Constituição, para usar as palavras de Eros Grau, no voto proferido na Rcl. 4.335-5/AC.

CONCLUSÃO

No intróito deste trabalho, fez-se referência, com o intuito de iniciar toda a fundamentação das teses antagônicas acerca da querela ao redor do art. 52, X, CF/88, à figura mítica grega da *Caixa de Pandora*. Tudo começou quando Zeus, o deus de todos os deuses, arquitetou um plano contra Prometeu, pois este entregara aos homens a capacidade de controlar o fogo. A título de vingança, Zeus forneceu Pandora e uma caixa a Prometeu, que logo recusou. Epimeteu, irmão deste, porém, aceitou-a, inobstante as advertências lhe dirigidas. Sem conhecer o conteúdo do artefato, manteve protegido em sua morada. Seduzido por sua agora esposa Pandora, Epimeteu caiu em sono profundo, oportunidade na qual, por curiosidade, ela abriu a caixa para espiar o seu conteúdo. Naquele momento, como um efeito em cadeia, libertaram-se várias doenças e sentimentos que atormentariam a existência do homem no mundo, restando preservada, unicamente, a esperança.

⁷⁹ “Por todos, veja a ‘mutação constitucional’ feita recentemente pelo STJ no art. 514 do Código de Processo Penal. Com efeito, considerando ultrapassada a garantia da defesa prévia de quinze dias que o CPP concedia ao funcionário público quando processado, o STJ editou a Súmula 330, alterando, não a norma do art. 514, mas o texto...!” [nota dos autores]

Dessa forma, abrir a *Caixa de Pandora* significa que uma ação bem-intencionada pode liberar uma avalanche de repercussões negativas. É nesse sentido que Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007) põem o tema da mutação constitucional visada no dispositivo da Constituição, como visto: caso prevaleçam os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por mais que seja pragmática e juridicamente científica, pode fazer com que, ao talante da mutação constitucional, sejam colhidos, daqui para frente, os mais diversos frutos de cariz discricionário, em detrimento, inclusive, da vontade da Constituição.

De outro lado, da mesma forma em que sobrou a esperança na *Caixa de Pandora*, é o idêntico sentimento que guia o presente texto, é dizer, embora se espraiam no universo jurídico argumentações contrárias à nova tendência do STF em sede de controle difuso, é, no fundo, a esperança, encontrada nos pontos positivos da tese defendida, de se fazerem mais efetivos e de se protegerem ainda mais os direitos fundamentais e a democracia que leva à conclusão de serem legítimos tais anseios mutacionais. Enfim, a Constituição como esperança de realização do Direito.

De fato, como analisado, vários princípios/teorias dão o tom aos debates, inseridos no contexto da Nova Hermenêutica e do pós-positivismo: *superprincípios* da constitucionalidade ou da racionalidade constitucional (da conformidade), da democracia (do Estado Democrático de Direito – *supercláusula pétrea*), da dignidade da pessoa humana, princípio da nulidade da lei inconstitucional, princípio da supremacia e rigidez constitucional, princípio da razoável duração do processo, da celeridade, da economia processual, princípio da separação funcional dos Poderes, princípio da proibição do retrocesso, princípio da interpretação conforme à Constituição, princípio da individualização da pena (em vista do caso concreto debatido na Rcl. 4.335-5/AC), princípio da igualdade, da legalidade, da imparcialidade, da proporcionalidade, da concordância prática, da razoabilidade, da ponderação de interesses, da justiça, princípio da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da Constituição, princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança, da precaução, princípio da universalidade da jurisdição, princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Desses princípios, argumenta-se que, principalmente, os princípios da rigidez da Constituição, separação funcional dos Poderes e o do devido processo legal, ampla defesa e

contraditório dariam o norte à sucumbência das pretensões enlaçadas na Rcl. 4.335-5/AC. Sem razão, conforme detalhadamente foi visto ao longo dos capítulos.

O princípio da rigidez, longe de significar impermeabilidade conceitual, é amplamente assegurado pelos processos informais de modificação da Constituição – dos quais faz parte da teoria da Mutação Constitucional – na medida em que estes fazem da opção pelas emendas (processos formais de modificação constitucional) sempre uma *ultima ratio*, quando a Constituição já não cumpre a contento com o seu papel histórico e não consegue atualizar-se por via da interpretação doutrinária e jurisprudencial, ou mesmo por qualquer outra forma disposta pelo processo informal das mutações constitucionais.

Ademais, deve-se fazer uma releitura, em vista da superação histórica, de concepção vetusta da separação dos Poderes, no sentido de ela ser concebida atualmente dentro de um Estado Constitucional-Democrático-Social de Direito ou simplesmente Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*), que visa à plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição – finalidades essas que cabem ao Poder Judiciário, ao dar maior efetividade às decisões judiciais, mormente quando se observa a conjuntura atual de leniência, senão inércia, do Legislativo no Brasil.

Igualmente, as decisões judiciais não deixam de ser democráticas, posto que, ao adequar as premissas equivocadas estabelecidas pelo Legislativo, *diretamente* elas promovem a finalidade pública e os anseios sociais, controlando a “vontade do povo” (manifestada na lei) pela própria “vontade do povo” (manifestada na Constituição).

Quanto aos princípios do devido processo legal (*due process of law*), ampla defesa e contraditório, diga-se que eles não de ser garantidos, sim, mas, alçado o entendimento da inconstitucionalidade da lei, esta é nula, e sendo nula, não mais deve pertencer ao ordenamento – teoria da nulidade da lei inconstitucional –, momento no qual todos os outros casos concretos devem ser submetidos, de imediato, à eficácia vinculante da decisão judicial do STF. Aqui, apenas no caso servido como paradigma, os referidos princípios deverão constar, sob pena de violar preceito constitucional.

Logo se percebe que os argumentos contrários à nova tendência do STF em sede de controle difuso soçobram (e até passam a fundamentar a legitimidade dessa nova concepção), principalmente quando se tem presente uma outra tendência fundamentadora da

primeira citada: a tendência de *abstrativização*, *objetivação* ou *verticalização* do controle concreto, tipicamente difuso, em virtude da extensão dos efeitos do controle abstrato (*erga omnes*, *ex tunc* e vinculante) para o concreto (*inter partes* e *ex nunc*, caso não haja a suspensão pelo Senado), impondo-se a decisão de Tribunal Superior (*rectius*: Supremo) ao inferior, consoante demonstram os exemplos da legislação (*e.g.* Súmula Vinculante, Repercussão Geral, art. 481, parágrafo único, e art. 557, § 1º-A do CPC) e da jurisprudência do STF (*e.g.* RE 197.917/SP, HC 82.959/SP, Rcl. 4.335-5/AC, MI 670, 708 e 712).

Essa tendência de abstrativização também traz ao controle difuso a possibilidade de o STF, somente em determinadas circunstâncias, poder rever suas decisões – como no caso de declaração de constitucionalidade em que surjam mudanças das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes. Da mesma forma, não serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade os atos não mais suscetíveis de revisão ou impugnação, tudo ao modo das decisões em controle abstrato. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também é passível de limitação de efeitos, como já vem, aliais, se decidindo (Cf., dentre outros julgados, Rcl. 2.391, Rel. Marco Aurélio, DJ 12/07/2007).

Ora, se a súmula vinculante foi implementada, apesar dos pesares, muitas discussões acerca da nova perspectiva do STF esvaem-se. Jogaram-se as primeiras pedras com EC 45/04, e isso faz com que outras sejam arremessadas, como o tema aqui proposto. Como dito em outra passagem, a destruição das janelas da “casa” (ou da própria casa, se o caso), antes de significar a destruição do núcleo essencial das competências dos Poderes, é, na verdade, uma tendência de efetivação da Constituição e da sua força normativa: destroem-se apenas, nessa visão, as janelas que impedem a reflexão da luz solar, clarão este que nos guiará rumo à segurança jurídica e à justiça (social) a serem implementadas pela Lei Maior.

Some-se a essa tendência os fenômenos da *jurisprudencialização/tribunalização* da Constituição e do *ativismo judiciário*, significando, em resumo, uma nova forma de ver a Constituição, ao ser revelada a criação jurisdicional em matéria constitucional e a autoridade da Jurisprudência (*direito constitucional jurisprudencial*), identificando-se, outrossim, em tempos de explosão de litigiosidade, a interpretação concretizante de certos conteúdos constitucionais, o que denota, certamente, uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, buscando realizar a *justiça*

social com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, mormente quando um deles está em crise, como é o caso do Congresso Nacional.

Deriva daí outro ponto importante, que é a superação da visão da função judicial de simples “legislador negativo”, dando-se um novo papel especial à Jurisdição Constitucional. Dessa forma, a função criadora do intérprete, concebida dentro de um processo hermenêutico produtivo, traz um modelo onde cabe ao Tribunal Constitucional extrair através da interpretação o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, excluindo-se os resultados dissonantes. É a *força normativa das decisões judiciais do Supremo*, mencionada por Eros Grau.

A teoria da *Mutação Constitucional*, de mais a mais, fornece substrato às intenções modificativas do art. 52, X, CF/88. Isso porque revela-se como um processo informal de modificação constitucional “por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”, consoante o conceito anteriormente alocado de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 57).

Nesse processo de mutação, para o referido autor, haveria de ter somente limitações subjetivas – a *consciência do intérprete*, ou seja, a *postura ética do aplicador* em não desrespeitar a norma constitucional através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior –, o que coaduna com os propósitos da tese aqui defendida, já que não traça como limite do fenômeno o *texto* da Constituição, senão a própria Constituição *em sistema*.

Até mesmo o Ministro Eros Grau confirma o sobredito, ao ressaltar, em seu voto, que “na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma [processo esse de interpretação, que seria um *minus* em relação ao processo de mutação constitucional], porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”, ou seja, “na mutação constitucional há mais [o *plus*]. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”.

Além disso, lembre-se que a postura a ser alcançada pela Rcl. 4.335-5/AC respeita, como visto, os princípios fundamentais que norteiam a Carta Maior de 1988, além de prestigiar o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo. De outro lado,

não adotar tal postura significa condescender-se com o vazio, a omissão, a inércia legislativa, que, como bem apontou Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 135), promove, aí sim, uma *mutação inconstitucional*.

Se mesmo assim *teoricamente* a pretensão de dar nova feição ao controle difuso de constitucionalidade não satisfaz, tem-se que *pragmaticamente* o STF pede socorro, para o fim de fazer valer o art. 5º, LXXVIII, CF/88, em face dos 76.639 processos que julgou somente no ano de 2009 (dados atualizados até outubro), sendo que estrondosos 84% deles (64.479) se referiam apenas a Agravo de Instrumento e Recurso Extraordinário! (cf. anexo, onde se pode verificar um comparativo entre 1940 a 2009). Por certo, o novel paradigma que se está formando com mais força na Rcl. 4.335-5/AC tende a amenizar a repetição de processos, a demora das decisões constitucionais sobre importantes controvérsias e o chamado fenômeno das “guerras de liminares”.

Com base em toda a análise feita do instituto jurídico da suspensão do Senado de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, entende-se, nos passos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, que a norma estabelecida no art. 52, X, CF/88, deve sofrer a mutação constitucional devida e ser lida da seguinte maneira: “*compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*”.

Nos trilhos da teoria da nulidade, estender a todos (efeito *erga omnes*), desde sempre (efeito *ex tunc*) e com efeitos vinculantes o entendimento extraído da declaração incidental pelo STF da inconstitucionalidade de uma lei é prestigiar, antes de tudo, a “vontade da Constituição” e a sua força normativa, além do respeito principalmente à legalidade, igualdade e imparcialidade, trazendo, por fim, segurança jurídica *com* justiça social. E não poderia ser de outra forma, já que, nas palavras do sempre lembrado Pontes de Miranda, “*contra a Constituição nada prospera, tudo fenece*”.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. *Tribunalização e Jurisprudencialização no Estado Contemporâneo: Perspectiva para o Mercosul*. UNISINOS, 2002. Disponível em: <http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/TRIBUNALIZAcAO_E_JURISPRUDENCIALIZAcAO_NO_ESTADO_CONTEMPORaNEO.doc>. Acesso em: 03 dez. 2009.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. *Montesquieu: Sociedade e Poder*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”*. 13. ed. 1. vol. São Paulo: Ática, 2003. p. 111-185. (Série Fundamentos; 62).

ALVES, Garibaldi. O Congresso na UTI. *Veja*, São Paulo, n. 2054, 2 abr. 2008. p. 11-15. Entrevista.

ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: Martins Fontes, 1982.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, Reinaldo. O direito só pode ser achado na lei. *Veja*, São Paulo, n. 2075, 27 ago. 2008. p. 64-65. Artigo.

BARROSO, Luís Roberto A Jurisprudencialização do Direito Constitucional – O Papel do Político. *OAB*, 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Mutação constitucional: processos mutacionais como mecanismos de acesso à justiça*. Disponível em: <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexplub/versao1/filesdirectory/sessions579.pdf>> Acesso em: 02 dez. 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da Política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição Constitucional e legitimidade* (algumas observações sobre o Brasil). São Paulo: Scielo, 2004. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf >. Acesso em: 16 abr. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Reclamação* n°. 4335-AC. *Lex* – Jurisprudência STF, Brasília.

BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado *et al.* A Jurisprudencialização do Direito Constitucional – O Papel do Político. *UNISINOS*, 2007. Disponível em: < <http://www.unisinos.br/mostra> >. Acesso em: 03 dez. 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Regime Jurídico das Emendas à Constituição*. São Paulo, 1999, 388 p. Tese de Doutorado, PUC.

BRITTO, Carlos Ayres. Pela transparência. *Veja*, São Paulo, n. 2069, 16 jul. 2008. p. 13-17. Entrevista.

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

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra (Portugal): Almedina, 1998.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *Proporcionalidade e Argumentação: A Teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2009. v. 1. 266 p.

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

COELHO, Nuno M. M. S. *Direito como pensamento em A. Castanheira Neves: o Jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito*. In: XV Encontro Preparatório do CONPEDI, 2006, Recife. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI* (prelo), 2006.

COELHO JUNIOR, Sergio. Reflexões sobre o Direito, o juiz e a função de julgar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 852, 2 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7542>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. O constitucionalismo: da visão moderna à perspectiva pós-moderna. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

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

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente... *Veja*, São Paulo, n. 2075, 27 ago. 2008. p. 60-64. Reportagem.

GRAIEB, Carlos. Nem ciência, nem religião. *Veja*, São Paulo, n. 2063, 4 jun. 2008. p. 64-68. Reportagem.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (versão condensada pelo próprio autor). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (RT textos fundamentais; 5).

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, George Marmelstein. 50 Anos do Caso Lüth: o caso mais importante da história do constitucionalismo alemão pós-guerra. *Direitos Fundamentais*, 13 maio 2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/05/13/50-anos-do-caso-luth-o-caso-mais-importante-da-historia-do-constitucionalismo-alemao-pos-guerra/>>. Acesso em: 30 nov. 2009.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 02 dez. 2009.

LIMONGI, J. A. Guilhon. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política*: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 13. ed. 1. vol. São Paulo: Ática, 2003. p. 245-287. (Série Fundamentos; 62).

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. 11. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2005. (Coleção primeiros passos, 62).

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série Manuais para Concursos e Graduação; 5).

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Mandado de Injunção*: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Controle de constitucionalidade e Jurisdição constitucional. *Revista Jus Vigilantibus*, 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1627>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Rogério Salgado. Constitucionalismo . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=85>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MELLO, Marco Aurélio. Pelo fim da hipocrisia. *Veja*, São Paulo, n. 2076, 3 set. 2008. p. 74-75. Entrevista.

MENDES, Gilmar. Fumaça de casuísmo. *Veja*, São Paulo, n. 2057, 23 abr. 2008. p. 11-15. Entrevista.

MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. *Direito Público*, n. 27, p. 7-45, mai./jun., 2009a. Disponível em <<http://www.prto.mpf.gov.br/pub/biblioteca/aspectos.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: (Neo)Constitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2004, p. 217-242.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção a obra-prima de cada autor – série ouro).

NAZARETH JÚNIOR, Guido; BARBOSA, Thiago Vieira. A Tendência à Abstrativização do Controle de Constitucionalidade Difuso no Direito Brasileiro. *Revista Pensar*, 2009. Disponível em: <<http://revistapensar.faculdadepromove.br/revistapensar/art/downloadPDF.php?pdf=a34>>. Acesso em: 03 dez. 2009.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Mutação constitucional e STF. Limites. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1665, 22 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10876>>. Acesso em: 13 mar. 2009.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. F  na Justiça. *Veja*, São Paulo, n. 2051, 12 mar. 2008. p. 11-15. Entrevista.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática Constitucional*. 1. vol. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2009. (Cole o prática forense).

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade*. 6. ed. Niterói (RJ): Impetus, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2009.

REALE, Miguel. *Li es Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitima o e Aplica o*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Jurisprudencializa o da Constitui o e judicializa o da política*. In: Círculo Constitucional – V Encontro – (Neo)Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo(s), 10 dez. 2005, Brasília. *Anais*. Brasília: 2005.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular* (estudos sobre a Constitui o). São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Anarita Araujo da. A Cultura Constitucional da Vida no STF, A Constitui o Ainda Constitui? *GEMCADVOCACIA*, 2008. Disponível em: <www.gemcadvocacia.com/.../anarita.unifra.anenc.embriao%5B1%5D%5B20081020003602%5D.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2009.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Aplicação do Direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - O caso dos crimes hediondos*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, [1971?].

TEMER, Michel. É preciso reagir agora. *Veja*, São Paulo, n. 2109, 22 abr. 2009. p. 17-21. Entrevista.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula politica*. Madrid (Espanha): Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

VIANNA, Túlio. *Teoria quântica do Direito: o Direito como instrumento de dominação e resistência*. Prisma Jurídico, v. 7, p. 109-129, 2008.

WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch. O Vôo do Pássaro Ferido: Os Direitos Fundamentais na Concreção do Direito Privado Contemporâneo. *Universidade de Santa Cruz do Sul*, Mestrado, mar. 2007. Disponível em: <http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2007_dissertacoes/enisa_pritsch_winck.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2009.