



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**

**LUMA ALMEIDA SOUZA**

**ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA  
ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO 4.335/AC E DA ADI 3.406/RJ**

Salvador  
2018

**LUMA ALMEIDA SOUZA**

**ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA  
ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO 4.335/AC E DA ADI 3.406/RJ**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Direito Público, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista.

Salvador  
2018

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo principal analisar a teoria da eficácia *erga omnes* no controle difuso de constitucionalidade, defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes a partir da Reclamação Constitucional 4.335/AC e reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 3406/RJ e 3470/RJ. A grande questão acerca da importação do modelo americano corresponde ao fato de o Brasil, filiado ao *civil law*, não possuir um princípio que dê força aos seus precedentes, como ocorre nos Estados Unidos, com a existência do *stare decisis*. Com isso, muitas decisões tomadas em sede de controle difuso, no sistema pátrio, apresentam-se controversas, gerando insegurança jurídica nas relações sociais. Foi buscando evitar essa incerteza do direito que a Constituição Federal, desde 1934 (ressalvada a Carta imposta de 1937), passou a prever a competência privativa do Senado Federal para atribuir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do STF tomadas em sede de controle difuso. Tal previsão se encontra hoje no artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988. Como a doutrina entendeu que tal atribuição por parte do Senado é discricionária, nem toda decisão proferida pelo STF, de maneira incidental, tem sua eficácia estendida a todos. Dessa forma, o que o Ministro Gilmar Mendes propôs foi, a partir da clara aproximação entre os sistemas de controle, tendo prevalecido na atual ordem constitucional pátria o modelo concentrado, que a função senatorial perdeu importância, tornando-se um instituto obsoleto. A partir dessa ideia, o Ministro considerou que houve uma mudança informal do referido artigo, devendo o Senado atuar apenas no sentido de dar publicidade às decisões do STF. Tal entendimento, apesar de não ter prevalecido à época do julgamento da Reclamação Constitucional 4.335/AC, em 2014, voltou a ser discutido recentemente, com as referidas ADIs. Os dois grandes problemas que decorrem dessa concepção se referem aos limites da interpretação (no âmbito da mutação constitucional) e à questão da separação dos poderes, questionando-se se a posição seguida pelo relator da referida Reclamação decorre de uma atual postura ativista adotada pelo Supremo.

**Palavras-chave:** controle difuso de constitucionalidade; ativismo judicial; mutação constitucional; germanização do controle de constitucionalidade; efeito vinculante; Senado Federal.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	05
<b>2 ATIVISMO JUDICIAL</b>	07
2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO MODERNO	09
<b>2.1.1 O positivismo jurídico no Estado Francês e a experiência norte-americana</b>	10
<b>2.1.2 O <i>welfare state</i> e a “revolta contra o formalismo”</b>	14
<b>2.1.3 A supremacia do Judiciário</b>	17
2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO STF A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	22
<b>2.2.1 A Súmula Vinculante</b>	25
<b>3 BREVE ANÁLISE SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS</b>	28
3.1 ORGÃO IDÔNEO PARA PROMOVER O CONTROLE	29
<b>3.1.1 A polêmica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen</b>	30
<b>3.1.2 A legitimidade do Judiciário na realização do controle</b>	34
3.2 BREVES NOTAS SOBRE OS DOIS MODELOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE	37
<b>3.2.1 O controle difuso norte-americano</b>	37
<b>3.2.2 O controle concentrado concebido por Hans Kelsen</b>	40
<b>4 A TEORIA DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO</b>	43
4.1 A TEORIA DA TRANSCEDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES	50
4.2 A RECLAMAÇÃO 4.335/AC	57
<b>4.2.1 Entendimentos divergentes entre os Ministros do STF</b>	59
4.3 A ADI 3.406/RJ	71
4.4 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO INSTITUTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	75
<b>4.4.1 Histórico</b>	77
<b>4.4.2 A interpretação como modalidade de mutação e os seus limites</b>	81
4.5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?	84

<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>97</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade brasileiro adota tanto o modelo difuso-incidental americano como o concentrado-principal austríaco na análise de constitucionalidade de suas leis, possibilitando que a jurisdição constitucional se dê em qualquer esfera do Poder Judiciário, porém, reservando ao Supremo Tribunal Federal o papel de Guardião da Constituição, como se pode extrair do artigo 102 da Carta de 1988.

No controle difuso, tema central deste trabalho, a análise da constitucionalidade da lei parte do caso concreto, de forma incidental, podendo a norma ser declarada inconstitucional por qualquer juiz ou tribunal, diferentemente do que ocorre com o modelo concentrado, em que a ação deve ser proposta pela via principal, diretamente no Supremo.

O dito controle americano, quando adotado pelo Brasil, perdeu um de seus fundamentos base: o princípio do *stare decisis*, típico do sistema de *common law*, que impõe força vinculativa aos precedentes judiciais hierárquicos (possuindo eficácia *erga omnes*), a partir do qual se evita julgamentos díspares sobre a mesma questão.

No modelo brasileiro, originário do sistema romanístico (que não prevê tal princípio), contudo, a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa possuirá eficácia *inter partes*, independentemente do órgão que a proferiu, justamente pela ausência do efeito vinculante. Isso significa dizer que a norma declarada inconstitucional se mantém no ordenamento jurídico e continuará a produzir efeitos perante os demais indivíduos que não fizeram parte da relação processual. Destarte, justamente pelo fato de ser proferida por qualquer órgão judicial, é possível que a lei declarada “injusta” por um tribunal seja considerada justa por outro, gerando, com isso, insegurança jurídica.

Com o objetivo de alcançar essa eficácia geral proporcionada pelo *stare decisis* do *common law*, a Constituição brasileira de 1934 previu, pela primeira vez, a competência privativa do Senado Federal em suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. A Constituição de 1988 manteve tal previsão, atualmente situada no artigo

52, X. Assim, com a suspensão dos efeitos, a decisão passa a ter eficácia geral, não apenas para aqueles protegidos pela coisa julgada material.

Apesar de essa atribuição ser eficaz no que se propõe, houve um crescente movimento na doutrina e na jurisprudência (a partir da Reclamação Constitucional 4.335/AC) em declarar que tal dispositivo sofreu mutação constitucional, em que caberia ao Senado o papel de dar mera publicidade às decisões do Supremo que declaram a inconstitucionalidade da lei de forma incidental. Tal concepção perpassa pela teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes da decisão e pelo que se convencionou chamar de “objetivização do controle difuso”.

O grande problema dessa doutrina versa sobre os limites da atuação do Poder Judiciário em matéria constitucional, principalmente no momento de interpretar suas normas. E é nesse contexto que se insere a questão do ativismo judicial.

O tema traz consigo a ideia de uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, interferindo, desse modo, de forma mais pungente na atuação dos poderes políticos. Essa participação, contudo, é alvo de inúmeras críticas, acreditando-se que tal comportamento do Poder Judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal, pode resultar em uma usurpação de competências dos poderes políticos, principalmente do Legislativo. Essa visão contrária ao fenômeno ativista ainda ganha maior voz quando referente a temas de hermenêutica constitucional, que aparece presente na discussão do fenômeno da mudança informal da Constituição.

Assim, a grande questão que esse trabalho tenta responder é se haveria efetivamente a mutação constitucional do referido dispositivo, assim como propõe alguns votos da Reclamação 4.335/AC e, mais recentemente, os acórdãos das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, ou se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acaba por usurpar uma competência concedida ao órgão de cúpula do Legislativo, a partir de uma interpretação desarrazoada, que não encontra respaldo na Constituição.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL

A discussão acerca dos limites que devem ser observados pelos aplicadores oficiais do direito, no desempenho de suas atividades judicantes, somente é possível sob a égide de um ordenamento constitucional fundado no princípio da separação dos poderes<sup>1</sup>.

Foi o Estado constitucional, decorrência imediata do movimento jurídico-político conhecido como constitucionalismo, que trouxe esse princípio como peça fundamental. Muito embora sua origem remonte os escritos de Aristóteles na Antiguidade, a ideia da separação dos poderes apenas encontrou maior respaldo nas revoluções liberais do século XVIII, especialmente a partir dos ensinamentos de Charles Louis de Secondat<sup>2</sup>, o Barão de Montesquieu, em seu livro “O Espírito das Leis”<sup>3</sup>.

De acordo com Montesquieu:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares<sup>4</sup>.

A partir dessa ideia, as Constituições que consagram os postulados do Estado de Direito nunca deixam de destacar quais são os órgãos competentes para exercer os Poderes estatais, apesar de nem sempre indicarem expressamente as funções que lhes competem desempenhar com preferência em relação aos demais. Tais funções, chamadas de típicas, admitem, dentro do exposto limite constitucional, o “compartilhamento interorgânico”, devendo, contudo, sempre existir um núcleo essencial exclusivo<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

<sup>2</sup> Ressalte-se que John Locke já havia apresentado a separação dos poderes e o princípio da legalidade mais de cinquenta anos antes que a obra publicada pelo Barão (LAPA, Arabela de Souza Castro e Pedreira. **O Princípio da Separação dos Poderes no Estado Constitucional de Direito**. 2007. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Unyahna em parceria com o Curso JusPodivm, p. 24.).

<sup>3</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Op.cit.*, 2010, p. 112.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

<sup>5</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Op.cit.*, 2010, p. 116.



A expressão “ativismo judicial” se refere justamente à ultrapassagem das fronteiras da função do Poder Judiciário sobre os poderes políticos, sobretudo o Legislativo. Trata-se, portanto, da desvirtuação da função típica do Judiciário, que passa a incidir nesse núcleo essencial das funções dos demais poderes<sup>6</sup>.

A aplicação do princípio da separação dos poderes importa que estes se mantenham nos limites delineados pela Carta Magna. O Poder Judiciário, destarte, deve-se manter atrelado à função jurisdicional, aquela que deve promover a pacificação dos conflitos, mediante um processo devido, e realizar o controle de legalidade e constitucionalidade das normas jurídicas<sup>7</sup>.

Tendo como base a teoria de Montesquieu, tradicionalmente a jurisdição é concebida com caráter meramente executório, enquanto que a legislação traria consigo um caráter criativo e inovador da ordem jurídica<sup>8</sup>. A ideia de limitar o magistrado como mero declarador da lei parte de um dogma tipicamente positivista, que foi um dos fundamentos do Estado Liberal burguês.

A expansão da atividade judicial, contudo, é marca fundamental da democracia nas sociedades contemporâneas, nascendo o Estado democrático sob o signo da juridicização do poder. O engrandecimento do Poder Judiciário, desse modo, pode ser notado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que no *common law* se apresente de maneira mais expressiva, em razão da criação jurisprudencial do direito<sup>9</sup>. Mesmo nos Estados que adotam o sistema continental, contudo, “os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um ‘direito judicial’”<sup>10</sup>.

De acordo com Daniel Giotti de Paula, a origem do termo ativismo judicial deve-se ao jornalista Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado pela revista *Fortune* em 1947, cuja temática voltava-se para a análise das uniões e divisões estabelecidas

---

<sup>6</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>8</sup> Montesquieu, nesse sentido, diz que “[...] os juizes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 175).

<sup>9</sup> CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Alceu**. Rio de Janeiro: Departamento de Comunicação Social da PUC-Rio, n. 9, jul./dez. 2004, v. 5, p. 105.

<sup>10</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

entre os juízes da Suprema Corte Americana à época. A utilização da terminologia, contudo, na verdade compreendia um debate ideológico sobre as feições ora conservadoras (*self-restraint*), ora progressistas (ou ativistas) da Corte, o que ficou conhecido como “definição simplista” da expressão<sup>11</sup>.

A doutrina sofisticou tal conceito com o passar do tempo, atrelando-o ao controle de constitucionalidade e à questão que se refere aos limites da atuação jurisdicional, passando-se pelo ponto em que a sociedade decide romper com o direito instituído para, politicamente, instituir um novo em prol de uma nova demanda social. Essa ideia acarreta na discussão sobre os limites que cada um dos departamentos governamentais possui para criar um direito novo, tendo-se abandonado de vez a perspectiva positivista de que este é resultado apenas da atividade legislativa<sup>12</sup>.

## 2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO MODERNO

As grandes transformações que o ocidente sofreu através dos séculos XVIII e XIX tiveram forte impacto sobre as funções da justiça e a organização do Poder Judiciário. A derrubada dos regimes absolutistas europeus e a instauração dos Estados liberais na Europa e na América do Norte marcaram uma profunda alteração no seu papel, principalmente no reconhecimento da sua autonomia como função do Estado e, em alguns casos, como poder do Estado<sup>13</sup>.

Os processos que levaram à elaboração da Constituição americana de 1787 e à Revolução Francesa tiveram como base o mesmo pensamento político: a formação de um Estado Liberal. Esse ponto em comum, contudo, deu origem a dois modelos constitucionais bastante distintos, tendo o Judiciário emergido dessas duas experiências com papéis extremamente diferentes. As revoluções americana e francesa influenciaram os demais países, sendo possível utilizar a França e os

---

<sup>11</sup> PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe Separação dos Poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 283-284.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>13</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. *In*: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 82.

Estados Unidos da América como os dois modelos principais de definição do Judiciário moderno<sup>14</sup>.

A experiência francesa, mais republicana do que liberal, modernizou a função da justiça comum do Judiciário mas não lhe conferiu poder político; a americana, mais liberal do que republicana, não só atribuiu à magistratura a importante função de prestação da justiça nos conflitos entre particulares, como elevou o Judiciário à condição de poder político<sup>15</sup>.

A concepção do Estado Liberal, destaca-se, está intimamente relacionada com a acepção moderna de constitucionalismo, que surge vinculado à ideia de Constituição escrita, chegando ao seu ápice político justamente com as Constituições rígidas dos americanos e dos franceses, revestindo-se de duas características marcantes: a organização do Estado e a limitação do poder estatal através de uma declaração de direitos e garantias fundamentais<sup>16</sup>.

Nessa perspectiva de constitucionalismo moderno, a forma como se passa a visualizar a Constituição envolve a ideia de força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político – partindo-se daí a noção de documento escrito e rígido – sendo entendida como a norma suprema e fundamental, hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade<sup>17</sup>.

### 2.1.1 O positivismo jurídico no Estado Francês e a experiência norte-americana

A Revolução Francesa, datada de 1789, que teve como consequência a queda do absolutismo monárquico, foi um movimento de tomada do poder político pela burguesia e para a burguesia. Apesar de ter sido embasada nos ideais iluministas, que defendiam a ideia de um direito natural, a Revolução resultou em um sistema completamente oposto ao jusnaturalismo:

É interessante notar que o jusnaturalismo defendia a adoção de um direito natural de base racionalista, ou seja, um direito universal e imutável deduzido pela razão, preconizando, outrossim, a existência de poucas leis, que traduziriam um direito simples e unitário, ditado por um legislador universal, é dizer, por alguém capaz de externar regras válidas de modo

<sup>14</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 82.

<sup>15</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>16</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 37.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 35.

atemporal e em todo lugar. No entanto, uma vez assumido o poder pela burguesia, tem-se um progressivo afastamento das ideias iniciais, em percurso que culminaria na adoção de sistema jurídico diametralmente oposto àquele jusnaturalista propugnado pelo iluminismo. Trata-se do positivismo, que proclamou, no campo do pensamento jurídico, o primado da lei, expressão da vontade geral, que deveria ser garantido por uma rigorosa separação dos poderes. O modelo jurídico assentado no Estado Liberal, consolidado após a Revolução Francesa, lastreia-se no dogma da onipotência do legislador, que passa a deter o monopólio da produção do direito, subordinando as demais funções estatais<sup>18</sup>.

O princípio da separação dos poderes nasce como uma técnica constitucional que se destinava a impedir o despotismo e garantir a liberdade. Tão logo o Estado Liberal francês foi instaurado, o Judiciário não teve outro papel senão o de poder subordinado ao Legislativo. Tal princípio, no país europeu, estruturou-se, portanto, com a finalidade de garantir o primado da lei, o monismo do legislador<sup>19</sup>.

Nenhuma outra instituição social poderia colocar-se entre o Estado e a Nação, entre o corpo legislativo e a soberania popular, entre a vontade geral e o indivíduo. Não havia espaço, portanto, para que o Judiciário funcionasse como poder político intermediário e órgão controlador dos demais poderes<sup>20</sup>.

O exercício ilimitado do poder político, no modelo francês, resultou por atingir a própria liberdade, dando origem a uma forma inédita de ditadura em nome do povo. Na França, a ideologia igualitária impediu que os juízes pudessem ter qualquer poder político – estes eram impedidos de se interpor entre o Legislativo e a soberania popular<sup>21</sup>.

A primeira grande diferença entre a França e os Estados Unidos é o fato de que a plataforma liberal do primeiro foi utilizada no combate à monarquia absolutista que reinava no país há tempos, resultando daí a proposta do esvaziamento do Executivo e do fortalecimento do Poder Legislativo, principal representante da soberania popular<sup>22</sup>. Deve-se notar que no modelo norte-americano não existiu propriamente um Estado absolutista que o antecedeu. Diferentemente da Europa, a colônia americana não sofreu um momento histórico marcado por práticas absolutistas enraizadas – sendo estas conhecidas à distância.

<sup>18</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação dos poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, 2010, p. 84.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>20</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). **Sistema Político Brasileiro**: uma introdução. São Paulo: UNESP, 2007, p. 84.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 85-86.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 83.

Por esse motivo, nos Estados Unidos, a experiência da primeira década de independência demonstrou que governos populares não estavam livres do arbítrio, não sendo a tirania uma característica exclusiva da monarquia. Os formuladores da Constituição americana de 1787 avistaram a possibilidade da ocorrência de um governo tirânico para além do governo autoritário de um só, chegando a temer a sua ocorrência em governos populares, democráticos da maioria. Por essa razão, contrariando a atitude francesa, os americanos não declararam a supremacia do parlamento, reconhecendo que este não poderia ficar imune a controles, devendo-se estabelecer limites para o seu poder político<sup>23</sup>.

Outra diferença recai na forma como é vista a separação dos poderes em ambos os modelos. Como já analisado anteriormente, o modelo francês sempre contribuiu para o enfraquecimento do Poder Judiciário. A ideia da supremacia do parlamento, bem como a profunda suspeita dos revolucionários em relação à magistratura do Antigo Regime, não poderiam ocasionar em uma valorização do Judiciário como poder estatal<sup>24</sup>. No caso estadunidense, o Judiciário passou a desempenhar relevante papel, considerando que a decisão final com relação a divergências na interpretação da Carta deveria ser solucionada pela Corte Suprema<sup>25-26</sup>. A preocupação com o direito à propriedade frente à avidez do parlamento acabou por elevar o Poder Judiciário a uma condição de poder político, capaz de intervir na relação do governo com seus cidadãos, na defesa dos direitos individuais desse último<sup>27</sup>.

Segundo John Henry Merryman, os franceses evitaram a *“intrusión del poder judicial en áreas – la elaboración e la ejecución de las leyes – reservadas a los otros*

---

<sup>23</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 83.

<sup>24</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>25</sup> BAGGIO, Roberta Camineiro. **Federalismo no Contexto da Nova Ordem Global: perspectivas de (re)formulação da federação brasileira**. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 29-30.

<sup>26</sup> Essa ideia, apesar de ter prevalecido, à época encontrou muitas resistências. De acordo com André Ramos Tavares (**Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 60): “desde que o juiz Marshall da Corte Suprema estadunidense avocou para esta a responsabilidade pela supremacia da Constituição como *Paramount Law*, em 1803, naquele exato momento o Judiciário passou a enfrentar acusações de usurpar um espaço que não lhe havia sido atribuído ou imaginado pela Constituição de 1787. Esse discurso de oposição foi reproduzido em diversos outros Estados”.

<sup>27</sup> ARANTES, Rogério Bastos. *Op. cit.*, p. 83-84.

*poderes”, enquanto que “esta actitud hacia el poder judicial no existía en los Estados Unidos ni antes ni después de la Revolución”<sup>28</sup>.*

O autor prossegue, afirmando que:

*En los Estados Unidos [...] había otra clase de tradición judicial, en la que los jueces habían constituido a menudo una fuerza progresista al lado del individuo contra el abuso del poder del gobernante, y habían desempeñado un papel importante en la centralización del poder gubernamental y la destrucción del feudalismo. No existía aquí el temor a la intervención judicial en la elaboración de las leyes y la administración<sup>29</sup>.*

Na visão de Alexis de Tocqueville<sup>30</sup>, o Poder Judiciário, nos Estados Unidos, constitui o mais poderoso contrapeso para a democracia, justamente pelo seu papel no controle de constitucionalidade das leis. Essa função dada ao Judiciário foi a saída encontrada para limitar o poder político: reservar a decisão final, em caso de conflitos com a Constituição, a um corpo especial de magistrados, dotados de independência funcional.

Assim, os Estados Unidos e a França são os dois maiores exemplos de países que adotam a delegação e a não delegação do papel político à magistratura. Seguindo a realidade americana, os países que abraçaram, à época, o *judicial review*, reconheceram o Judiciário como um terceiro poder político do Estado, ao lado do Legislativo e do Executivo. Nos países que seguiram o modelo francês, contudo, tal função de “revisor das leis” não preponderou, assemelhando-se o Poder Judiciário a um mero órgão público ordinário, incapaz de desempenhar algum papel político decisório normativo<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 41.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>30</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Trad. Carlos Correia Monteiro. Cascais: Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2002, p. 313.

<sup>31</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. São Paulo: UNESP, 2007, p. 84.

### 2.1.2 O *welfare state* e a “revolta contra o formalismo”<sup>32</sup>

A liberdade econômica advinda do Estado Liberal, ao contrário de ensejar um desenvolvimento igualitário, contribuiu para a concentração do poder econômico na classe burguesa, com a formação de monopólios e oligopólios. A existência de um verdadeiro exército de reservas<sup>33</sup> levou à exploração desmedida da força de trabalho e fez surgir a classe proletária, imersa em condições absolutas de pobreza e marginalização social<sup>34</sup>. O Estado, nesse contexto, mantinha-se inerte, alheio à desagregação social e aos abusos do poder econômico. Suas intervenções limitavam-se à tutela da propriedade privada.

O fortalecimento do movimento proletário, somado ao surgimento do socialismo real na então União Soviética, contudo, conduziram as forças políticas liberais – para garantir a própria sobrevivência do capitalismo – a um novo modelo estatal, tendo-se superado o Estado Liberal. O novo modelo ficou conhecido como Estado de Bem Estar Social, ou, como os americanos intitulam, *welfare state*.

O Estado de Bem Estar Social se caracteriza pelo seu intervencionismo nas relações sociais, deixando de ser apenas responsável pela manutenção da ordem e garantia das liberdades, passando a ser instrumento de redução das desigualdades sociais, intervindo na economia e realizando serviços públicos cada vez mais abrangentes<sup>35</sup>, porém, sem abandonar a sua ideologia capitalista.

O novo Estado, *a priori*, é conhecido como um Estado Legislativo, pois ocorre um aumento considerável da atuação parlamentar para tornar possível a tutela de novos direitos fundamentais, anteriormente considerados como cláusulas dispositivas entre os particulares. O crescimento do papel do Estado, naturalmente, exige uma maior participação da administração pública, com o objetivo de dar atuação prática às

---

<sup>32</sup> Termo utilizado por Morton G. White em seu livro *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism* (CAPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 31).

<sup>33</sup> Termo criado por Karl Marx. Consiste no excedente de mão-de-obra essencial ao funcionamento do capitalismo.

<sup>34</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação dos poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, 2010, p. 94.

<sup>35</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. *In*: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 99.

novas intervenções legislativas. Os direitos sociais, portanto, exigem uma interferência ativa da administração e, na maioria das vezes, uma ação prolongada no tempo em razão da tentativa de efetivar normas programáticas.

Disso se depreende que o constitucionalismo social, responsável pela transformação do Estado de Direito Liberal em Estado de Direito Social, continuou com a penhorada crença na racionalidade, bondade e legitimidade do legislador, apresentando-se, também, como Estado legal; todavia, essa legalidade, pelas próprias características do Estado Social, teve que ser transferida também ao Poder Executivo, descortinando outra série de problemas que antes não se puseram.

O Estado de Direito será, também, um Estado legal, só que não apenas do Parlamento, mas também do Executivo, tornando os direitos fundamentais ainda mais dependentes do legislador, esteja ele legitimando democraticamente, esteja ele legitimado finalisticamente. No primeiro caso, tem-se o Parlamento; no segundo, o Executivo. A supremacia do Legislativo cede em face da hipertrofia do Poder Executivo<sup>36</sup>.

O caráter principiológico desses direitos traz, necessariamente, o aspecto criativo da atividade judiciária na sua atribuição ao caso concreto. Essa é a primeira causa que justifica o crescimento da atuação do judiciário na interpretação do direito. Nesse sentido, Mauro Cappelletti:

[...] Nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Está é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes<sup>37</sup>.

A produção legislativa no Estado Liberal, tendo como base os ideais de certeza e segurança, foi realizada segundo a técnica casuística, devendo o legislador disciplinar, tanto quanto possível, o máximo de condutas sociais, evitando o vácuo legislativo. Vivia-se o dogma do sistema jurídico completo. A agilidade com que se dão as mudanças sociais e a impossibilidade de se atualizar a legislação com a mesma velocidade com que aquelas transformações ocorriam, todavia, logo demonstraram o problema que essa técnica trazia: a ausência de uma real

---

<sup>36</sup> DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172.

<sup>37</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 42.



efetividade, na medida em que a norma não conseguia acompanhar o progresso social de forma satisfatória, tornando-se obsoleta rapidamente<sup>38</sup>.

A partir da constatação da inefetividade do sistema jurídico, fez-se imperioso o aparecimento de outra técnica legislativa, qual seja, a técnica de legislar através das chamadas “cláusulas gerais”, destinadas a permitir ao juiz a considerar circunstâncias não normativas para dar a melhor solução ao caso concreto. As cláusulas gerais são caracterizadas por sua vagueza ou imprecisão de conceitos, tendo como objetivo possibilitar a solução de situações imprevisíveis à época da elaboração na norma<sup>39</sup>. Existe, portanto, a redução da tipicidade normativa a um grau mínimo, dando maior mobilidade ao sistema, dependendo, para a sua concretização, de uma atividade menos descritiva e mais construtiva do julgador<sup>40</sup>.

Hans Kelsen, observando a existência de “lacunas no direito”<sup>41</sup>, já reconhecia o caráter constitutivo de uma decisão judicial:

Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. [...] A descoberta do direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar no caso concreto. E mesmo esta determinação não tem caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue<sup>42</sup>.

A segunda causa do crescimento do papel do Poder Judiciário se dá como uma consequência do agigantamento do papel dos poderes políticos. O Poder Legislativo não conseguiu responder ao aumento da demanda na legislação de caráter social, havendo o fenômeno da obstrução da função legislativa, e o Poder Executivo tornou-se excessivamente burocrático ao tentar dar efetividade a todas essas novas

<sup>38</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação dos poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, 2010, p. 99.

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em: <[http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/148909/O\\_Precedente\\_na\\_Dimensao\\_da\\_Igualdade](http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/148909/O_Precedente_na_Dimensao_da_Igualdade)>. Acesso em: 8 nov. 2011, p. 11.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação dos poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, 2010, p. 101.

<sup>41</sup> Termo usado pelo referido autor em sua obra “Teoria Pura do Direito”.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 264.

normas<sup>43</sup>. Isso trouxe um sentimento de desilusão e desconfiança nos administrados, que não conseguiam obter respostas da administração pública. Esse fenômeno ocasionou no aumento das funções e responsabilidades do Poder Judiciário:

[...] Pelo fato de que o “terceiro poder” não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A *justiça constitucional*, especialmente na forma do controle judiciário de legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade<sup>44</sup>.

Ressalte-se que a maioria dos países filiados ao *common law*, como já visto, sendo a Inglaterra uma exceção<sup>45</sup>, já no Estado Liberal, elevaram o Judiciário ao nível dos outros poderes, transformando-o no terceiro gigante, com capacidade para controlar os leviatanescos Executivo e Legislativo<sup>46</sup>. O Judiciário, nesta perspectiva, não era apenas o controlador da atividade (civil e penal) dos cidadãos, mas o terceiro poder político, muito provavelmente em razão do acelerado crescimento destes no Estado moderno<sup>47</sup>.

### 2.1.3 A supremacia do Judiciário

No Estado Constitucional de direito, a Constituição passa a disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, estabelecendo limites aos seus conteúdos e impondo deveres de atuação ao Estado. Diante disso, vigora a hierarquia da Constituição sobre as demais normas e a supremacia judicial, entendida aqui como a primazia do Tribunal Constitucional na interpretação final e vinculante das normas constitucionais<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 39.

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 46.

<sup>45</sup> De acordo com Mauro Cappelletti, na Inglaterra, “é sustentável [...] neste domínio certa vizinhança com os sistemas europeus continentais, ao menos no concernente às relações do judiciário com o legislativo” (*Ibidem*, p. 49).

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 11 nov. 2011, p. 5.

A jurisdição constitucional abarca dois aspectos. O primeiro deles é o poder exercido pela magistratura na aplicação direta da Constituição. O segundo compreende a aplicação indireta, que ocorre quando o Judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis ou quando, para atribuir à norma um melhor sentido, realiza a interpretação conforme a Constituição. A expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma enorme mudança na prática jurídica de origem romano-germânica<sup>49</sup>.

Tendo em vista esse novo Estado Constitucional, Luís Roberto Barroso enumera as causas que teve como consequência a ascensão do Judiciário:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade<sup>50</sup>.

O deslocamento da autoridade para o Poder Judiciário é, antes de tudo, uma consequência do avanço das constituições rígidas que adotam o sistema de controle de constitucionalidade. Muitas constituições contemporâneas desconfiam do legislador, optando por delinear inúmeros aspectos da vida social, deixando para o Poder Legislativo e o Poder Executivo apenas a função de implementação da vontade constituinte, enquanto que ao Judiciário é entregue o papel de guardião da constituição<sup>51</sup>. Esse papel acarreta no fenômeno conhecido como judicialização: questões relacionadas com política, sociedade e moralidade são decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário<sup>52</sup>.

Deve-se esclarecer que o conceito de judicialização e de ativismo judicial não se confundem: a judicialização é um fato social, enquanto que o ativismo é uma postura, uma forma de agir dos magistrados<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 11 nov. 2011, p. 6.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>51</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo: v.4, n.2, 2008, p. 443.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 11.

A expressão ativismo judicial recebe uma atribuição positiva ou negativa a depender do enfoque teórico de quem avalia as decisões judiciais. Aqueles que consideram como algo negativo atribuem ao ativismo uma postura que se contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à segurança jurídica e ao pluralismo ideológico. Em sentido oposto, os que consideram o ativismo como algo positivo estabelecem que o princípio da Supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade expressam o sistema político democrático, insistindo assim na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial. Para estes, o passivismo judicial (ou autocontenção judicial) é que deve ser combatido<sup>54</sup>.

Se o positivismo clássico traz a ideia do passivismo, o pragmatismo e o moralismo jurídico desembocam no ativismo judicial. O pragmatismo, na verdade, apresenta certo ceticismo quanto à limitação da atividade judiciária, estando o juiz liberado para decidir de acordo com as necessidades sociais. Já no moralismo jurídico reside a ideia da existência de uma ordem objetiva de valores fundamentais – que servem de modelo ao direito positivo – devendo o juiz atuar de acordo com essas diretrizes ontológicas<sup>55</sup>. No moralismo, portanto,

[...] a atração exercida pelo idealismo axiológico fatalmente conduz, em algum momento e com maior ou menor elastério, ao rompimento das barreiras que o direito positivo, constitucional e infraconstitucional, impõe aos órgãos oficialmente incumbidos de sua aplicação<sup>56</sup>.

Ronald Dworkin, influente representante do moralismo, contudo, nega que exista ativismo na sua teoria do “direito como integridade”, por entender que, nesse ponto, o seu modo de ver a interpretação seria mais inflexível do que no positivismo kelseniano ou no pragmatismo<sup>57</sup>.

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história da sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradoras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá

<sup>54</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 134-135.

<sup>56</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>57</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania<sup>58</sup>.

Assim, de acordo com Elival da Silva Ramos, se no positivismo clássico a vontade do legislador prepondera na interpretação, o pragmatismo e o moralismo (tendo-se Dworkin como exceção) trazem o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; sendo este vasto e explícito no primeiro caso e limitado e implícito no segundo<sup>59</sup>.

Além de Dworkin, Michael Perry e Peter Irons também se manifestam sobre o fenômeno do ativismo judicial. O primeiro defende tal conceito, rejeitando o ceticismo moral, já o segundo o elastece, sustentando que todo discurso sobre a atividade judicial é ativista<sup>60</sup>.

De acordo com Michael Perry,

*By “judicial review”, I mean, of course, the practice of questioning and sometimes rejecting governmental action on the basis of fundamental political-moral norms. By “judicial passivism”, or “self restraint” as it is sometimes called, I mean the habit of confining the basis of judicial review to the political-moral norms established (explicitly or implicitly) in the written Constitution. By “judicial activism”, then, I mean simply the habit of not confining the basis of judicial review to the norms in the written Constitution.*

*More concretely, judicial activism consists of questioning and sometimes rejecting governmental action that the Framers themselves never rejected or usually even questioned<sup>61-62</sup>.*

O jurista americano, nesse contexto, traz o problema da interpretação, esclarecendo que o termo apresenta significados ambíguos, possuindo duas acepções distintas. Logo, interpretar um texto pode denotar simplesmente a procura pelo significado preciso que o autor tentou passar originariamente para seu destinatário, mas também pode resultar na ideia de qual sentido pode ser encontrado, ou mesmo colocado, genericamente, naquele dado contexto. A partir dessa noção, Michael

<sup>58</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

<sup>59</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

<sup>60</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 390.

<sup>61</sup> Em tradução livre: “Por ‘revisão judicial’, quero dizer, é claro, a prática de questionar e, por vezes, rejeitar a ação governamental com base em normas político-morais fundamentais. Por ‘passivismo judicial’, ou autocontenção (como às vezes é chamado), entendo pelo hábito de confinar a base da revisão judicial às normas político-morais estabelecidas (explícita ou implicitamente) na Constituição escrita. Por ‘ativismo judicial’, então, quero dizer, simplesmente, o hábito de não limitar a base da revisão judicial às normas da Constituição escrita. Mais concretamente, ativismo judicial consiste em questionar e, por vezes, rejeitar a ação governamental que os próprios legisladores nunca rejeitaram ou até mesmo nunca questionaram”.

<sup>62</sup> PERRY, Michael J. *Judicial Activism*. **Harvard Journal of Law and Public Policy**. 1984, v. 7. Disponível em: <<http://home.heinonline.org>>. Acesso em: 30 nov. 2012, p. 69.

Perry conclui que o problema do ativismo judicial é, precisamente, questionar se o Tribunal é legitimado para colocar valores na Constituição além daqueles já instituídos pelo legislador. Insistir que o Tribunal está apenas interpretando a Constituição, portanto, não faz o problema desaparecer ou perder sua gravidade<sup>63</sup>.

Peter Irons, por outro lado, defende que toda abordagem sobre revisão judicial é ativista, mesmo aquela que aconselha moderação (*self-restraint*) ao julgar a constitucionalidade da lei. O ativismo judicial é necessário, de acordo com ele, para proteger as discretas e insulares minorias da tirania da maioria<sup>64</sup>.

Com base nesses posicionamentos é que Paulo Gustavo Gonet Branco esclarece que o termo sempre será utilizado para apontar um exercício arrojado do Judiciário, seja para aqueles que censuram ou para os que aplaudem, estando fora da atividade convencional da jurisdição, em especial no que se refere às questões morais e políticas.

É necessário esclarecer, contudo, que esse trabalho parte da premissa elaborada por Elival da Silva Ramos, considerado o “ativismo” como algo necessariamente negativo, que não pode ser confundido com “criação judicial do direito”<sup>65</sup>.

Seguindo essa perspectiva, o ativismo ocorre quando o tribunal ultrapassa o limite do texto normativo e passa a criar, havendo um desequilíbrio entre norma e interpretação.

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder etc.) está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional [...]<sup>66</sup>.

Diversamente do ativismo judicial, a criação do direito (ou a interpretação evolutiva<sup>67</sup>) seria o exercício regular do poder-dever, que possibilita ao juiz transformar o direito legislado em direito aplicado, saindo do geral e abstrato para a prestação jurisdicional concreta.

<sup>63</sup> PERRY, Michael J. *Judicial Activism*. **Harvard Journal of Law and Public Policy**. 1984, v. 7. Disponível em: <<http://home.heinonline.org>>. Acesso em: 30 nov. 2012, p. 70-71.

<sup>64</sup> IRONS, Peter. *Making Law: The Case for Judicial Activism*. **Valparaiso University Law Review**. 1989-1990, v. 24. Disponível em: <<http://home.heinonline.org>>. Acesso em: 30 nov. 2012, p. 38.

<sup>65</sup> RAMOS, Elival da Silva. Entrevista concedida à repórter Gláucia Milício. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>. Acesso em: 31 out. 2012.

<sup>66</sup> *Idem*. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

<sup>67</sup> *Idem*. *Op cit.*

É nesse sentido que Mauro Cappelletti diz que os juízes “são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito”<sup>68</sup>, o que não significa que sejam legisladores. Isso porque a jurisdição possui as “virtudes passivas” e os limites processuais que diferenciam o processo jurisdicional dos processos políticos<sup>69</sup>.

## 2.2 O ATIVISMO JUDICIAL NO STF A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

De acordo com Saul Tourinho Leal, em um primeiro momento, ainda no governo ditatorial de Getúlio Vargas, a Suprema Corte Brasileira ainda adotava uma perspectiva de jurisdição defensiva, tendo por característica um agigantado Poder Executivo<sup>70</sup>.

A decretação da Carta Política em 1937 pelo então Presidente Vargas estabeleceu a possibilidade de o Poder Legislativo tirar a eficácia de qualquer decisão tomada pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, através de requerimento do próprio Presidente da República e mediante o voto de dois terços de cada Câmara (artigo 96, § único, da CF/37)<sup>71</sup>. O Presidente, contudo, passou a utilizar da edição de decretos-leis para exercer essa competência, independentemente do Legislativo. Entre 1930 a 1945, portanto, o STF não teve qualquer avanço jurisprudencial quanto à jurisdição constitucional, caracterizando-se a sua atuação pela subserviência em relação às decisões do governo<sup>72</sup>.

Adotava-se a linha procedimental. Em julgamentos envolvendo polêmicas, com grande carga política, que poderia resultar em uma tensão entre o Executivo e o

---

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 74.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>70</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, p. 94.

<sup>71</sup> A literalidade do artigo 96, § único, diz que “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

<sup>72</sup> LEAL, Saul Tourinho. *Op. cit.*, p. 95.

Legislativo, o Judiciário acabou por adotar uma jurisprudência defensiva (autocontenção), deixando que os conflitos fossem solucionados pelos poderes políticos, que possuíam representatividade popular. Se fosse chamada, por exemplo, para se pronunciar sobre normas programáticas e direitos sociais, a Corte recorria ao princípio da separação dos poderes, entregando à Administração a missão de reger tais políticas públicas<sup>73</sup>.

Com a restauração do regime democrático no Brasil, mais precisamente com a promulgação da Constituição de 1988, o país começou a passar por algumas “turbulências institucionais”. O Congresso Nacional, por exemplo, passou a ser visto com desconfiança pelos brasileiros e a sofrer frequentes acusações sobre boa parcela dos seus integrantes, caminhando rumo à rejeição popular. A Administração Pública, mergulhada em inúmeras denúncias, também atravessou uma crise de identidade sem precedentes<sup>74</sup>. Portanto, naquele momento,

Só um Tribunal Constitucional altivo poderia fazer valer o compromisso popular manifestado na Carta da República, sem que, a todo sabor de circunstâncias quase sempre nada nobres víssemos a Constituição ser ultrapassada pela formulação de majorias de momento imbuídas de um forte espírito de desprezo à Carta.

[...] Os freios e contrapesos existem exatamente para que os arroubos ensandecidos de multidões manipuladas não sejam capazes de desconstruir o arranjo democrático<sup>75</sup>.

Uma vez que a Constituição apresenta, pela redação dos seus dispositivos, a possibilidade de leituras variadas no momento da sua interpretação (consagrando o pensamento háberliano da sociedade aberta dos intérpretes) e a partir do momento que o Legislativo e o Executivo não avançaram em sua concretização, o Poder Judiciário acabou por se manifestar, tentando concretizar as normas constitucionais<sup>76</sup>.

De acordo com Roger Stiefelmann Leal:

A expansão institucional da jurisdição constitucional e a sua conseqüente politização são realidades incontestáveis dos sistemas políticos atuais. A autoridade de suas decisões perante os demais poderes e a sociedade atrai, por essa razão, a pretensão de organizações não governamentais, partidos políticos, sindicatos e especialistas no sentido de tomarem parte nos processos que correm perante os órgãos de jurisdição constitucional. O direito processual adotado vem, assim, admitindo cada vez mais a

<sup>73</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, p. 98-100.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 101-102.

<sup>75</sup> *Ibidem* p. 102-103.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 106.



participação dos atores sociais e políticos dos mais diversos matizes nas questões suscitadas em sede de controle de constitucionalidade. Aos poucos, constrói-se um ambiente de legitimação política de algum modo semelhante ao processo legislativo. Politizam-se as práticas e os procedimentos [...]”<sup>77</sup>.

Luís Roberto Barroso sintetiza, concluindo que a primeira causa que resultou na judicialização do país foi a sua redemocratização, tendo como ponto culminante a Constituição de 1988. A segunda causa resultou de uma “constitucionalização abrangente”, tendo como resultado a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas<sup>78</sup>, que passaram a tutelar inúmeras matérias, outrora designadas à legislação ordinária. Como é intuitivo, “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”<sup>79</sup>. Por fim, a terceira e última causa é o fato de o Estado Brasileiro possuir um dos mais abrangentes controles de constitucionalidades do mundo, tutelando tanto o modelo americano como o austríaco. Neste cenário, praticamente qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao STF<sup>80</sup>.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira:

A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente mais ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882.99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. *Supremocracia* é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo constitucional brasileiro<sup>81</sup>.

A distinção do Supremo Tribunal Federal perante as outras Cortes Constitucionais ao redor do mundo é “de escala e natureza”. Escala justamente pela abrangência de temas que, no Brasil, têm caráter constitucional e são reconhecidas pelos juristas como passíveis de judicialização. Quanto à natureza, a diferença se dá pelo fato de

<sup>77</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 100-101.

<sup>78</sup> Termo usado por Oscar Vilhena Vieira no seu artigo “Supremocracia” (**Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, 2008, p. 443).

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 2 nov. 2012, p. 3-4.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>81</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.4, n.2, 2008, p. 444.

não haver limites para a atuação do Supremo no que tange à apreciação de atos do poder constituinte reformador<sup>82</sup>.

### 2.2.1 A Súmula Vinculante

Para Elival da Silva Ramos, na perspectiva do ativismo judicial, um de seus grandes elementos impulsionadores, bastante específico da realidade brasileira, é a ascensão da atividade normativa atípica praticada pelo STF. Atípica em razão de não englobar o exercício da função legislativa concedida pela Constituição de forma limitada aos Tribunais em geral no que concerne à suas próprias organizações internas. Esse tipo de normatividade faz parte das garantias institucionais de independência do Judiciário. Está-se referindo, portanto, a um exercício de competências normativas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário que, se não confronta o princípio da separação dos poderes, com certeza não decorre deste, contribuindo para o seu enfraquecimento e provocando certa tensão em relação ao seu conteúdo<sup>83</sup>.

A Súmula Vinculante é o mecanismo que torna tal atividade normativa mais clara.

O instituto foi introduzido no Brasil através da Emenda n. 45 de 2004, também conhecida como “Emenda da Reforma do Judiciário”, que acrescentou o artigo 103-A na Constituição Federal<sup>84</sup>. Posteriormente, em 19 de dezembro de 2006, foi editada a lei 11.417, necessária para dar efetividade ao dispositivo constitucional, que disciplina a edição, revisão e o cancelamento do enunciado sumulado.

A iniciativa de conceder à Corte tal competência decorre do fato de que o Supremo Tribunal Federal sempre teve dificuldade em impor suas decisões sobre as demais instâncias judiciais inferiores. A falta de um instituto com o *stare decisis* do *common law*, que pudesse vincular os demais membros do Judiciário às suas decisões,

---

<sup>82</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.4, n.2, 2008, p. 446.

<sup>83</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 294.

<sup>84</sup> De acordo com o artigo 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

ocasionava certa fragilidade na autoridade da Corte. A Súmula Vinculante, portanto, completou “um ciclo de concentração dos poderes nas mãos do Supremo, voltando a sanar sua incapacidade de enquadrar juízes e tribunais resistentes às suas decisões”<sup>85</sup>. Além disso, a adoção de tal dispositivo também relaciona-se, de acordo com Manoel Jorge e Silva Neto, com a necessidade de tratar isonomicamente as partes no âmbito judicial, impedindo que casos idênticos resultassem em julgamentos discrepantes<sup>86</sup>.

O Constituinte Reformador, contudo, estabeleceu pressupostos formais e materiais para o exercício de tal competência. Formalmente, em primeiro lugar, a atividade sumular vinculante pode se dar de ofício ou por provocação, na forma estabelecida pela lei. Além disso, a aprovação do enunciado vai depender do voto favorável de dois terços dos ministros do STF, considerando, portanto, a composição plena do órgão<sup>87</sup>.

Como requisitos materiais, tem-se: a reiteração de decisões da Corte que versem sobre matéria constitucional e a constatação de controvérsias atuais entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e órgãos da Administração Pública sobre o tema em questão<sup>88</sup>.

Os enunciados formulados pelo Pretório Excelso têm, por conseguinte, efeitos vinculativos em relação aos demais órgãos judiciários e da Administração Pública em geral.

Apesar de plenamente reconhecido o caráter criativo da atuação do Poder Judiciário, a grande questão acerca da súmula de observância compulsória está no princípio da inércia da jurisdição. É o que aduz Elival da Silva Ramos:

Se a jurisdição pode ser vista como atividade de criação de normas para os casos concretos ou até mesmo de normas abstratas, em se cuidando de controle de constitucionalidade principal, a prevalência do caráter de aplicação do direito se infere da circunstância de que não tem o juiz a iniciativa de criação dessas norma e, complementarmente, não lhe é dada a opção de criá-las ou não. Não é o que ocorre com o exercício da competência do Supremo Tribunal Federal para editar súmulas de jurisprudência compulsória, que se faz ao arrepio do princípio da inércia da jurisdição e, o que é ainda mais significativo, do princípio da

---

<sup>85</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo, v.4, n.2, 2008, p. 445.

<sup>86</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>87</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 373.

<sup>88</sup> *Ibidem, loc. cit.*

inafastabilidade<sup>89</sup>.

Ademais, além de acarretar em um enrijecimento da interpretação em matéria constitucional<sup>90</sup>, tendo como base o sistema jurídico pátrio, filiado ao *civil law*, existe o risco de se utilizar tal atribuição como elemento impulsionador do ativismo judicial, tendo em vista a sua aproximação excessiva com a atividade legiferante. Embora não viole precisamente a separação dos poderes (pelo fato de adotar-se o sistema de freios e contrapesos com a existência de competências típicas e atípicas), tal atribuição, ao se transformar em um elemento natural, entendido como inerente à função do STF, poderá, pouco a pouco, prejudicar definitivamente as suas bases<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 375.

<sup>90</sup> Seguindo a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o direito brasileiro procurou imitar o *stare decisis*, adotando a súmula de jurisprudência e o efeito vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal [...]. Entretanto, sendo a súmula um texto escrito, não exclui, por um lado, a problemática da interpretação, e, o que é mais grave, cristaliza a posição jurisprudencial, dificultando a sua adaptação a novos tempos, ou sua mudança em decorrência de novos argumentos. Na verdade, a súmula brasileira mais se aproxima de uma lei interpretativa editada pelo Supremo Tribunal Federal do que do *stare decisis* norte-americano” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 384).

<sup>91</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Op. cit.*, p. 300.

### 3 BREVE ANÁLISE SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

Hans Kelsen concebe o direito como um sistema hierarquizado de normas jurídicas. Segundo ele, as normas jurídicas não estão dispostas no mesmo plano, umas ao lado das outras, mas em um sistema de diferentes graus e camadas. No ápice desse escalonamento encontra-se a Constituição, considerada como fundamento supremo de validade de todas as normas jurídicas. A Constituição, nesse sentido, representa o escalão de direito positivo mais elevado e goza do prestígio da supremacia em face de todas as demais normas jurídicas<sup>92</sup>. A unidade da ordem jurídica, assim,

[...] é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora<sup>93</sup>.

Em decorrência dessa posição em que se situa a norma jurídica suprema, exige a Constituição que qualquer situação dita jurídica se conforme com os princípios e regras adotados por ela. Essa essencial e indeclinável compatibilidade vertical entre a Constituição e os atos normativos satisfaz o princípio da constitucionalidade: “todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que se compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo”<sup>94</sup>. Sob o prisma formal, diz-se que as leis têm que estar de acordo com o modo de produção legislativa estabelecido na Carta Magna. No plano material, estabelece-se que o conteúdo dessas normas também deve estar em conformidade com o da Lei Fundamental<sup>95</sup>.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior, é importante ressaltar que essa superioridade hierárquica-normativa só se coaduna quando se estiver falando de Constituições rígidas, ou seja, aquelas que se caracterizam pela exigência de um processo especial para a sua alteração, mais solene, difícil e complexo do que o

<sup>92</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 246-247.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>94</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 35.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 36.

previsto para a elaboração de leis ordinárias. Distingue-se, portanto, das Constituições flexíveis, justamente por estas demandarem, na modificação do seu texto, o mesmo processo para elaboração de normas comuns<sup>96</sup>.

O controle de constitucionalidade, enquanto meio de garantir a supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico, é uma atividade de fiscalização das leis e atos normativos produzidos pelo poder público. Para a aplicação do controle, é necessária essa compreensão de que a Constituição é uma norma jurídica fundamental, distinta das leis comuns. Assim, é manifesta a necessidade em que se encontra o texto constitucional de indicar um processo adequado para promover a sua defesa em face dos possíveis ataques que venha a sofrer<sup>97</sup>.

Existem, portanto, três pressupostos para que seja possível o controle de constitucionalidade: a existência de uma Constituição rígida; a compreensão de que a Constituição é fundamento de validade das demais normas jurídicas e o estabelecimento de um órgão idôneo para o exercício dessa atividade de controle.

### 3.1 ORGÃO IDÔNEO PARA PROMOVER O CONTROLE

A questão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional<sup>98</sup>, na perspectiva do controle de constitucionalidade, foi acompanhada por um longo debate ideológico na sua implementação na Europa, notadamente pelo embate travado entre o alemão Carl Schmitt e o austríaco Hans Kelsen. Possui, ademais, volumosa literatura nos Estados Unidos no que se refere à legitimidade do Judiciário em promover tal

---

<sup>96</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 36.

<sup>97</sup> *Idem*. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 268.

<sup>98</sup> Deve-se ter em mente que as expressões “jurisdição constitucional” e “controle de constitucionalidade” não são sinônimas. Trata-se, a bem da verdade, de uma relação entre hiperônimo e hipônimo. Assim, “*Jurisdição Constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para sua constitucionalidade. Neste último caso, estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, uma das formas de exercício da jurisdição constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25).

controle, discussão esta que chegou ao Brasil, adepto do *judicial review* desde a sua Constituição de 1891<sup>99</sup>.

É o que se passa a analisar mais detalhadamente.

### 3.1.1 A polêmica entre Carl Schmitt e Hans Kelsen

A discussão estabelecida entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, no final da República de Weimar, sobre quem deveria ser o guardião da Constituição foi o grande debate histórico sobre qual dos poderes teria legitimidade para realizar o controle das normas jurídicas, tendo em vista a supremacia da Carta.

Schmitt, por um lado, no decorrer da sua obra, deixa claro a sua opinião indubitavelmente negativa a respeito do constitucionalismo moderno, mais precisamente sobre o Estado de Direito próprio ao liberalismo.

O referido jurista alemão estabelece que o princípio da separação dos poderes resulta da crença liberal de que o problema representado pela unidade absoluta do poder seria resolvido imediatamente ao se desenvolver um sistema de funções institucionais que criaria uma diversidade de pontos de vista e opiniões. Para Schmitt, contudo, a discussão liberal é um modo de pensar e agir tipicamente conciliatório e, por isso, incapaz de gerar decisões<sup>100</sup>.

Carl Schmitt chega a afirmar que se a ditadura ignora um direito, pode ser tão somente para realizá-lo. Nesse ponto, aparece a relação que ele faz entre a soberania e o estado de exceção: será o soberano quem irá decidir sobre a suspensão total da Constituição nos momentos de exceção<sup>101</sup>.

Deve-se lembrar que o conceito de direito adotado pelo autor alemão é normalmente descrito como “decisionista”, enxergando-se a decisão como algo precedente à

---

<sup>99</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75.

<sup>100</sup> MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 161-162.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 176.

norma<sup>102</sup>; sendo a própria decisão a instaurar a ordem, enquanto que a norma decorre desta<sup>103</sup>.

[...] Em toda decisão, mesmo na de um tribunal que decide um processo subsumindo de maneira correspondente ao tipo, reside um elemento de pura decisão que não pode ser derivado do conteúdo da norma. A isso designei “decisionismo”. Mesmo um tribunal exercendo seu direito de tão-só acessoriamente, é visível esse elemento decisionista<sup>104</sup>.

Schmitt, no decorrer de suas considerações sobre quem deve ser o guardião da Constituição, estabelece que esse papel não cabe ao Poder Legislativo, justamente por possuir um caráter extremamente plural, o que impediria a identificação entre o governante e os governados. Quanto ao Poder Judiciário, Schmitt acredita que este não tem o poder de declarar uma norma jurídica nula, tal como faz o direito americano – embora o tribunal possa deixar de aplicar uma lei ao caso concreto (orientação jurisprudencial do *Rechtsgericht*) – já que não existe proteção judiciária da Constituição alemã. Além disso, um modelo aos moldes do *judicial review* norte-americano jamais estaria apto para enfrentar o problema do esfacelamento pluralista (em que não há correspondência entre o governante e os governados)<sup>105</sup>.

É no Presidente do *Reich* que Schmitt vai enxergar o verdadeiro defensor da Constituição de Weimar. Considerar o presidente como o protetor da Constituição nada mais seria do que a coroação de um autoritarismo constitucional coerente,

[...] uma autoridade cuja força não é derivada da debilidade causada pela fragmentação pluralista, mas que é possibilitada pela homogeneidade da unidade política estatal.

O Presidente do *Reich* adquire independência e neutralidade (que são indiscerníveis no argumento schmittiano) pelo fundamento *democrático* de seu cargo. Primeiro porque ele é eleito por todo o povo alemão. Assim, representa a identidade entre governante e governado. Segundo porque dispõe de mecanismos plebiscitários para fazer valer a *aclamatio* do povo, e dessa maneira fortalecer uma identificação entre quem governa e quem é governado [...]<sup>106</sup>.

Além disso, o jurista alemão considera o Presidente do *Reich* como um poder neutro (*pouvoir neutre*) ao lado dos demais.

O presidente do Reich encontra-se no centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma

<sup>102</sup> MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 163.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>104</sup> SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 67.

<sup>105</sup> MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *Op. cit.*, p. 222-223.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 229-231.



base plebiscitária. O ordenamento estatal do atual Reich alemão depende dele na mesma medida em que as tendências do sistema pluralista dificultam, ou até mesmo impossibilitam, um funcionamento normal do Estado legiferante. Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich<sup>107</sup>.

E ele posteriormente completa:

A Constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão<sup>108</sup>.

Como resposta ao livro “O Guardião da Constituição” de Schmitt, Hans Kelsen, em total dissonância com o jurista alemão, escreve “Quem deve ser o guardião da Constituição”, onde estabelece sua fundamentação para a jurisdição constitucional.

Kelsen inicia seu texto concluindo que, caso se deva realmente criar uma instituição com a finalidade de controlar certos atos do Estado – em particular, atos do parlamento e do governo – com a Constituição, tal controle não deve ser entregue a um dos órgãos cujos atos serão controlados. Essa ideia advém do princípio jurídico de que ninguém pode ser juiz da própria causa<sup>109</sup>. Assim, Kelsen declara que a ideia de o monarca ser considerado como um poder neutro, como fazia Schmitt, não passava de mera ficção, já que este era detentor de grande parcela – ou até mesmo a sua totalidade – do poder do Estado.

O autor austríaco demonstra indignação ante a afirmação de Schmitt de que a concentração do controle de constitucionalidade em um tribunal não seria uma atividade de jurisdição. Na doutrina de Schmitt, essa “solução austríaca” seria um mecanismo de legislação constitucional, não de jurisdição, pois, para ele, toda a

---

<sup>107</sup> SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 232-233.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>109</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 240.

instância que retira a dúvida sobre o conteúdo de uma lei realiza o papel de legislador<sup>110</sup>.

Kelsen, nesse ponto, acaba por utilizar a tese do decisionismo schmittiano contra o próprio Schmitt, quando este nega a onipresença da decisão e traz o argumento da subsunção<sup>111</sup>.

A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes do mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, esta lhe conferindo o poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação<sup>112</sup>.

Em outra passagem, ele prossegue:

[...] Segundo Schmitt as questões “políticas” não são objeto de jurisdição. Pois bem, tudo que se pode dizer do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau muito maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconhecera ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste – mas não que por causa disso ele não seja um *tribunal*, que sua função não seja *jurisdicional*; e menos ainda: que tal função não possa ser confiada a um órgão dotado de independência judiciária<sup>113</sup>.

Kelsen, assim, defende que é o Tribunal Constitucional que deve promover a guarda da Constituição. O jurista austríaco entende que a independência da jurisdição constitucional é evidente tanto diante do Parlamento quanto diante do governo. E vai além, concluindo que “a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição”, sendo exatamente nesse quesito “que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito”<sup>114</sup>.

A tese que prevaleceu em um primeiro momento, tendo em vista o desencadear da crise econômica de 1929 e o setor conservador de Weimar, foi a de Carl Schmitt<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 225.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>112</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 252-253.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>115</sup> A polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt se deu no ano de 1931. Até 1929, ressalva-se, Kelsen figurava como um dos “guardiões da Constituição austríaca”, quando surgiu a emenda constitucional de 7 de dezembro do mesmo ano, que acabou por privar os membros permanentes da

Após o término da Segunda Guerra Mundial, contudo, com a queda do Terceiro *Reich* e o repúdio ao autoritarismo explícito de Schmitt, a guarda da Constituição passou a ser abarcada pela jurisdição constitucional, na clássica concepção kelseniana, tendo sido reconhecido seu caráter democrático<sup>116</sup>.

### 3.1.2 A legitimidade do Judiciário na realização do controle

No Brasil, desde a Constituição de 1891, por influência direta da doutrina do *judicial review* norte-americano, cumpre ao Poder Judiciário brasileiro o exercício do controle de constitucionalidade.

Uma das maiores dificuldades para o reconhecimento desse controle judicial, contudo, está na premissa da ilegitimidade democrática dos juízes, a partir do argumento de que estes não são eleitos e, conseqüentemente, não representam a vontade popular<sup>117</sup>.

Tal argumento foi proposto pela crítica americana ao sistema de controle judicial, ficando conhecido como “a dificuldade contramajoritária” (*countermajoritarian difficulty*), quando se defendeu que órgãos formados por agentes não eleitos não deveriam ter competência para tornar inválidas decisões tomadas por legitimados populares. Em decorrência disso, também se criticou que os pronunciamentos judiciais, quando esgotados todos os recursos cabíveis, não estariam sujeitos a um controle democrático, salvo em hipótese pouco provável de Emenda Constitucional posterior que superasse tal decisão<sup>118</sup>.

---

Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) da vitaliciedade. Tal mudança se deu em razão dos clamores por uma “verdadeira democracia”, direcionando-se contra o Parlamento austríaco. “Entre os resultados mais palpáveis da reforma constitucional de 1929 figura uma substancial ampliação dos poderes do Presidente, que a partir de então não era mais eleito indiretamente pelo Parlamento (*Nationalrat*), e sim por eleição direta de sufrágio universal. Entre seus novos poderes, como adiantado, foi lhe dado o poder de destituir os membros da Corte que dispunham de vitaliciedade, como Kelsen, para assim colocar outros em seu lugar” (MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 241-242).

<sup>116</sup> MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 376.

<sup>117</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 45.

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

Assim, aqueles que questionam a legitimidade do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis apontam para a possibilidade de se converter esse instrumento democrático em um eventual risco para a própria democracia, podendo bloquear o desenvolvimento constitucional do Estado. É o que esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

É claro que a Corte Constitucional não pode olvidar a sua *ambivalência* democrática. Ainda que se deva reconhecer a legitimação democrática dos juízes, decorrente do complexo processo de escolha e nomeação, e que sua independência constitui requisito indispensável para o exercício do seu mister, não se pode deixar de enfatizar que aqui também reside aquilo que Grimm denominou de ‘risco democrático’ (*demokratisches Risiko*). [...] Assim como a atuação da jurisdição constitucional pode contribuir para reforçar a legitimidade do sistema, permitindo a renovação do processo político com o reconhecimento dos direitos de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas sociais, pode ela também bloquear o desenvolvimento constitucional do País<sup>119-120</sup>.

A experiência constitucional dos Estados, contudo, tem demonstrado que não é possível que o Estado Democrático de Direito funcione sem uma justiça constitucional, guardadas, é claro, as peculiaridades de cada sistema<sup>121</sup>. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck esclarece que os dois dogmas em que se baseiam a contestação à legitimidade da justiça constitucional – a soberania do parlamento e a separação dos poderes – deixam de ter, em grande parte, correspondência com a realidade político-constitucional da atualidade. Primeiro porque a ideia da soberania do parlamento e da intangibilidade e onipotência do legislador perdeu espaço em razão da nova concepção de soberania e supremacia da Constituição, a qual o Poder Legislativo está subordinado. Segundo porque “o princípio da maioria” não pode ser traduzido a partir da concessão de imunidade aos poderes políticos (Legislativo e Executivo) diante de possíveis violações à Lei Fundamental. A soberania do parlamento, destarte, deu lugar à supremacia da Constituição. A rigidez na concepção do princípio da separação dos poderes e na submissão do juiz perante a lei cedeu perante a “prevalência dos direitos dos cidadãos face ao

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 503-504.

<sup>120</sup> Resta aqui, contudo, lembrar-se da colocação de Eugenio Raúl Zaffaroni, que diz que “uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, porque nem tudo o que provém desta origem é necessariamente aristocrático. Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para a sua continuidade, como ocorre com o judiciário” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 43).

<sup>121</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 47.

Estado”. O que se passa a ter em mente é que a vontade momentânea, vinculada a determinado momento político, não pode prevalecer em detrimento da vontade da maioria constituinte depositada na Carta Maior e que o poder constituído, derivado por natureza, ter o dever de respeitar o poder constituinte, originário por definição<sup>122</sup>.

Dessa forma, a conciliação entre o constitucionalismo e a democracia deve ser realizada através do equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Enquanto o primeiro deve identificar e efetivar valores da sociedade, o segundo deve garantir o funcionamento do processo político, permitindo o acesso de todos, tanto das maiorias quanto das minorias<sup>123</sup>.

Assim, Luís Roberto Barroso revela que a tese contrária à jurisdição constitucional, em tal debate, restou vencida:

É fora de dúvida que a tese da legitimidade do controle de constitucionalidade foi amplamente vitoriosa, assim no debate acadêmico como na prática jurisprudencial, sem embargo da sucessão de períodos de maior ou menor ativismo judicial. Seu êxito deveu-se a argumentos de lógica aparentemente irrefutável. [...] A Constituição, obra do poder constituinte originário e expressão mais alta da soberania popular, está acima do poder constituído, subordinando inclusive o legislador. Se a Constituição tem *status* de norma jurídica, cabe ao Judiciário interpretá-la e aplicá-la<sup>124</sup>.

Em suma, a legitimidade da justiça constitucional encontra-se na vontade soberana instituída pelo Poder Constituinte, assegurando-se assim a força normativa e a supremacia da Constituição, além do acesso imediato aos direitos fundamentais e a participação política das minorias. Tendo isso em vista, pode-se concluir que, apesar de contramajoritária, a jurisdição constitucional não é antidemocrática, uma vez que se preza justamente a consagrar os valores do Estado democrático<sup>125</sup> e constitui, em síntese, “a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das ‘Leis Fundamentais’”<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 104.

<sup>123</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59.

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77-78.

<sup>125</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>126</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 131.

## 3.2 BREVES NOTAS SOBRE OS DOIS MODELOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE

O presente tópico dedica-se a analisar brevemente as origens dos dois modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade – o americano-difuso e o europeu-concentrado – ambos adotados no Brasil, principalmente no que se refere aos seus efeitos.

### 3.2.1 O controle difuso norte-americano

Apesar de ser possível encontrar alguns precedentes históricos no que se refere ao princípio da supremacia da constituição e à ideia base do que seria um controle de “legalidade”, como demonstra Cappelletti<sup>127</sup>, é com a Constituição americana de 1787 que se tem o arquétipo das chamadas “constituições rígidas”, em contraposição com as constituições ditas flexíveis<sup>128</sup>.

A Constituição Federal dos Estados Unidos, em seu artigo VI, cláusula 2<sup>a</sup>, adotou a *supremacy clause*, sendo esta considerada o ponto de partida para todo o sistema do *judicial review*, principalmente a partir do conhecido caso *Marbury v. Madison*,

---

<sup>127</sup> Mauro Cappelletti (**O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 49) demonstra que a ideia da supremacia de uma dada lei já poderia ser encontrada, por exemplo, na civilização ateniense, a partir da distinção entre *nómos* e *pséfisma*. “Na realidade, os *nómoi*, ou seja, as leis, tinham um caráter que, sob certos aspectos poderiam se aproximar das modernas leis constitucionais, e isto não somente porque diziam respeito à organização do Estado, mas ainda porque modificações das leis (*nómoi*) vigentes não podiam ser feitas a não ser através de um procedimento especial, com características que, sem dúvida, podem trazer à mente do jurista contemporâneo o procedimento de *revisão constitucional*”. Em outra passagem, o autor complementa: “a consequência da ilegalidade (ou, como nós gostaríamos de dizer, da inconstitucionalidade) dos decretos [*pséfisma*] emanados da *Ecclesia* era dúplice. Por um lado, dela derivava uma responsabilidade penal para aquele que havia proposto o decreto [...]. Por outro lado, julga-se que derivasse, ainda, a *invalidade* do decreto contrário à lei, por força do princípio que se encontra firmado em um trecho de Demóstenes, segundo o qual o *nómos*, quando este estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este. Os juízes atenienses, portanto, obstante fossem obrigados por solene julgamento a julgar [...] ‘segundo a lei e segundo os decretos’, não podiam, porém, ser obrigados a julgar segundo os *pséfismata*, a menos que estes não fossem contrários aos *nómoi*” (p. 50-51).

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 46.

julgado em 1803 pela Suprema Corte americana, tendo como base argumentos do então juiz John Marshall<sup>129</sup>.

O referido caso tratou-se da primeira decisão em que a Corte americana afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, rejeitando, dessa forma, leis que, de acordo com a sua interpretação, estivessem em desacordo com a Carta Maior. A Constituição americana, ressalte-se, não conferiu expressamente a nenhum órgão a competência para tal atribuição. No julgamento do caso, contudo, a Corte procurou demonstrar que a referida função era uma decorrência lógica do sistema, em que se reconhecia a supremacia da Constituição<sup>130</sup>.

Com efeito, resulta clara, desta decisão, a observação que Marshall fez, no sentido de quem quando uma lei se encontra em contradição com a Constituição, a alternativa é muito simples: ou a Constituição é a lei suprema e prepondera sobre todos os atos legislativos que com ela contrastam ou a Constituição não é suprema e o poder legislativo pode muda-la ao seu gosto através de lei ordinária. Segundo Marshall, não havia meio termo entre estas duas alternativas. Como cediço, a Corte, influenciada por Marshall, optou pela primeira alternativa, consolidando o sistema judicial do controle de constitucionalidade das leis [...] <sup>131</sup>.

Apesar de se atribuir tal ideia ao juiz Marshall, o federalista Alexander Hamilton já havia se antecipado sobre a existência de um controle de constitucionalidade realizado pelo poder Judiciário, tendo defendido que o legislador não poderia ser o “juiz constitucional” de seus próprios atos.

Destaca-se, contudo, que o *judicial review* norte-americano limita-se a um controle incidental, decorrente de uma controvérsia real e concreta. Assim, pode-se dizer que a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pode ser declarada por qualquer juiz ou tribunal (sendo o controle, por esse motivo, chamado de “difuso”) e só pode ocorrer a partir da análise casuística, desde que seja absolutamente necessária para a solução do problema, possuindo, dessa forma, um caráter prejudicial em relação à querela principal (sendo o controle também intitulado de “incidental”)<sup>132</sup>.

Dirley da Cunha Júnior destaca, porém, que, apesar de todos os órgãos judiciais possuírem a competência de declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a Suprema Corte é quem irá desempenhar um papel determinante e hegemônico no

<sup>129</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 71.

<sup>130</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

<sup>131</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 70-71.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 77-78.

controle de constitucionalidade americano, uma vez que lhe cabe, em razão do princípio do *stare decisis*<sup>133</sup>, a palavra final a respeito da constitucionalidade da norma impugnada<sup>134</sup>.

O princípio do *stare decisis* consiste na atribuição de efeito vinculante às decisões da Suprema Corte, havendo a necessária vinculação aos seus precedentes. Assim, mesmo partindo de uma análise do caso concreto, o sistema mantém uma lógica hierarquizada dos seus precedentes, tendo as decisões da mais alta corte americana eficácia *erga omnes*<sup>135</sup>.

O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão da constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários. Em outras palavras, o princípio do *stare decisis* opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade de uma lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia *erga omnes* e não se limita então a trazer consigo o puro e simples efeito da *não aplicação* da lei a um caso concreto com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada<sup>136</sup>.

Ademais, quanto aos efeitos – se retroativos ou não – vigora no sistema americano a concepção mais tradicional, em que a lei declarada inconstitucional é considerada írrita. Ou seja, a norma contrária à Constituição não é anulada pelo juiz, mas considerada nula desde a sua promulgação, possuindo efeitos *ex tunc* (retroativos) desde a sua origem<sup>137</sup>, devendo-se desfazer todos os atos constituídos em razão dessa lei “injusta”.

<sup>133</sup> A expressão completa é *stare decisis et non quieta movere* – “que se mantenha a decisão e não perturbe o que já foi decidido”.

<sup>134</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 78.

<sup>135</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>136</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 80.

<sup>137</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. cit.*, p. 79.



### 3.2.2 O controle concentrado concebido por Hans Kelsen

Até o início do século XX, o mundo jurídico só conhecia o sistema difuso-incidental de controle de constitucionalidade, que, como já visto, confiou a todos os órgãos do Poder Judiciário o papel da jurisdição constitucional<sup>138</sup>.

Esse sistema, apesar de bastante lógico e simples, não preponderou na maioria dos países europeus, que ficaram sem recepcionar uma teoria de justiça constitucional até a construção doutrinária do controle concentrado de constitucionalidade.

Foi Hans Kelsen o introdutor de tal teoria, incorporada na Europa, primeiramente, na Constituição austríaca de 1920. O autor concebeu uma visão doutrinária completamente distinta daquela existente na América, em que se instituiu o *judicial review of legislation*<sup>139</sup>.

Para o jurista austríaco, o controle de constitucionalidade não é exatamente uma atividade judicial, possuindo uma função constitucional, mais próxima a uma atividade legislativa negativa. Na teoria concebida por Kelsen, portanto, a jurisdição constitucional estaria confiada a apenas um órgão, o chamado “Tribunal Constitucional”, sendo este o único a possuir competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei<sup>140</sup>.

[...] O órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizada em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com o sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa<sup>141</sup>.

Na visão kelseniana, o Tribunal Constitucional não julga nenhuma premissa concreta, examinando-a, tão somente, a partir do problema abstrato de compatibilidade lógica entre a Norma Superior e a lei questionada. É esse o argumento que ele utiliza para considerar a jurisdição constitucional como um

<sup>138</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 81.

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

<sup>140</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>141</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 151-152.

legislador negativo, enquanto que atividade judicial pressupõe uma decisão singular a respeito da controvérsia apresentada concretamente<sup>142</sup>.

Ademais, Hans Kelsen considerava que a lei inconstitucional é válida até que o referido Tribunal declare a sua inconstitucionalidade. Antes dessa decisão, contudo, os juízes e tribunais ordinários não poderiam deixar de aplicá-la. Seguindo esse entendimento, a lei inconstitucional não é considerada nula desde o seu nascedouro, mas meramente anulável, tendo, como consequência, efeitos *ex nunc* (prospectivos). Concede-se às decisões proferidas pela Corte Constitucional, portanto, natureza constitutiva, com efeitos somente para o futuro<sup>143</sup>.

Assim, no controle concentrado austríaco, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional têm efeitos *ex nunc* e são dotadas de eficácia geral (*erga omnes*), na medida em que retira a lei do ordenamento jurídico. Além disso, o artigo 140, seção 4ª, da Constituição austríaca prevê o efeito repristinatório, que enseja o restabelecimento da lei anterior, revogada por aquela declarada inconstitucional. A Corte, contudo, pode se posicionar em sentido contrário à repristinação<sup>144</sup>.

O sistema proposto por Kelsen se expandiu durante todo o século XX, sobretudo nos países da Europa continental. Esses Estados assim o fizeram por integrarem a família do *civil law*, em que não existe a premissa fundamental do *stare decisis*. A adoção de um sistema difuso, em um lugar em que não adota a força dos seus precedentes, traria como consequência a multiplicidade de decisões sobre a mesma questão, acarretando em uma grande insegurança jurídica<sup>145</sup>.

Deve-se ressaltar, contudo, que muitos países, apesar de se filiarem ao controle concentrado de constitucionalidade, não adotaram os mesmos efeitos propostos pela Constituição austríaca, a exemplo da Alemanha e da Itália. Nestes países, a decisão que diz que a lei é inconstitucional tem natureza declaratória, o que traz a

---

<sup>142</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 85.

<sup>143</sup> Kelsen assim a concebeu para evitar a consagração de um “governo de juízes”, principalmente em razão do momento histórico, em que se propagava movimentos como o da “livre jurisprudência”, com pretensões de liberar os juízes da análise mecânica da lei (*Ibidem, loc. cit.*).

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>145</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 76.

sua absoluta nulidade, com efeitos retroativos (*ex tunc*), aproximando-se, nesse particular, do modelo estadunidense<sup>146</sup>.

Dirley da Cunha Júnior ressalta que o sistema austríaco de controle de constitucionalidade é considerado mais completo do que o americano. Tal constatação se dá pelo fato de que, após a revisão constitucional austríaca de 1929, o rol de legitimados para provocar a jurisdição constitucional ampliou, abarcando-se dois novos órgãos pertencentes à justiça comum. Esses dois novos órgãos, ao contrário daqueles já previstos em 1920, não têm o condão de provocar o Tribunal Constitucional pela via principal, como é típico do modelo concentrado, mas pela via incidental, em sede de uma controvérsia ou de uma ação comum em curso. Logo, o modelo majoritariamente adotado pela Europa abrange “as formas *principal* (por via da ação direta, independentemente de caso concreto) e *incidental* (por via de exceção, vinculado a um caso concreto) de instauração da jurisdição constitucional dos Tribunais Constitucionais [...]”<sup>147</sup>, de modo que é muito difícil o surgimento de “leis intocáveis”, como ocorre no caso americano, que se limita ao caso concreto<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 90.

<sup>147</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>148</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

#### 4 A TEORIA DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

A jurisdição constitucional, no Brasil, vem passando por mudanças que os doutrinadores convencionaram chamar de “abstrativização do controle difuso” ou “germanização do controle de constitucionalidade”<sup>149</sup>. Tal fenômeno relaciona-se com a aspiração jurídica de conferir ao Supremo Tribunal Federal a exclusividade na atuação do controle constitucional<sup>150</sup>, além da exigência de uma repercussão geral nos casos de recurso extraordinário.

Em uma breve análise sobre tal exigência, Gilmar Mendes a justifica, alegando que o acúmulo de processos no Supremo obrigou a Corte a tomar uma série de decisões formalistas, chamadas de “jurisprudência defensiva”. Esses posicionamentos visaram conter o processamento dos recursos extraordinários e agravos de instrumentos (impetrados quando aqueles são considerados inadmissíveis pelo juízo *a quo*)<sup>151</sup>. Assim, o recurso extraordinário, após a lei 10.259/2001, deixou de ter um aspecto marcadamente subjetivo para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva. A Emenda Constitucional n. 45 instituiu a repercussão geral objetivando resgatar a função precípua desse recurso, qual seja, a de instrumento de uniformização da interpretação da Constituição<sup>152</sup>.

Em total dissonância, Fábio Periandro argumenta que a jurisprudência defensiva da Corte nada mais é do que a adoção de raciocínios que impõem contornos processuais extremamente limitativos para o conhecimento do Recurso Extraordinário, envolvendo matérias “processuais-constitucionais”, usando-se tal discurso, contudo, como justificativa para ocultar o problema da própria infraestrutura do Supremo. Seria um conjunto de decisões judiciais com o objetivo único

---

<sup>149</sup> Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (**Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011) chamam tal fenômeno de “dessubjetivização das formas processuais”, enquanto que André Ramos Tavares (**Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 308) utilizou a expressão “objetivação do controle concreto”.

<sup>150</sup> MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, 2009, p. 50.

<sup>151</sup> De acordo com Gilmar Mendes, dados estatísticos retirados do site do Supremo mostram que, entre os anos de 1991 e 2007, a soma dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento que chegavam anualmente à Corte ultrapassava 90% do total de processos distribuídos (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 741).

<sup>152</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1146-1148.

de reduzir os processos julgados pelo Judiciário, possibilitando, dessa forma, um melhor funcionamento interno e inviabilizando a resolução de algumas demandas<sup>153</sup>.

[...] A pior forma de disseminação da jurisprudência defensiva se corporificou quando o Supremo Tribunal Federal passou a exportar o raciocínio da interpretação retrospectiva para o controle difuso, terminando por construir *represas interpretativas* para que os Recursos Extraordinários (e Agravos de Instrumento também) não fossem sequer conhecidos<sup>154</sup>.

Apesar de a exigência da repercussão geral nos Recursos Extraordinários também fazer parte desse processo modificativo na interpretação e aplicação do controle difuso<sup>155</sup>, ressalta-se que este não é o objeto do presente trabalho, que se debruça sobre a pretensão de atribuir ao Tribunal Excelso a exclusividade de atuação na jurisdição constitucional brasileira. É o que se discutirá a seguir.

Como já mencionando, o Brasil adota um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, em que convivem harmonicamente as espécies concreta e abstrata - esta realizada unicamente pelo STF, aquela realizada pelos demais órgãos judiciais brasileiros, além do Supremo. Apesar dessa sistematização constitucional por um controle de constitucionalidade híbrido, atualmente vem-se lançando, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, concepções de um controle difuso abstrativizado, em que as decisões emanadas pelo STF, em ações de natureza subjetiva, teriam eficácia *erga omnes*, não restrita apenas às partes demandantes, com efeitos vinculantes.

Assente em tal posicionamento, há forte corrente doutrinária sustentando que a eficácia da decisão definitiva proferida pelo STF em controle concreto de constitucionalidade já produziria efeito *erga omnes* e eficácia vinculante, independentemente da resolução do Senado Federal exigida pelo art. 52, X, da CF/1998, sustentando-se que a função senatorial no controle de normas brasileiro seria de mera publicidade [...]<sup>156</sup>.

O Supremo Tribunal Federal pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei em causa de sua competência originária, no julgamento de um recurso ordinário ou na apreciação de um recurso extraordinário. Em qualquer uma dessas hipóteses, sendo a mais comum a do recurso extraordinário, o STF, em decisão do

<sup>153</sup> HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Recurso Extraordinário e Ofensa Reflexa à Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 103-104.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>155</sup> MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, 2009, p. 62.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 60.

Pleno, declarará a lei inconstitucional por maioria absoluta. Nesse caso, a tradição brasileira, iniciada com a Constituição de 1934, prevê a comunicação de tal decisão ao Senado Federal<sup>157</sup>. O Senado, portanto, poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei que foi declarada inconstitucional.

A razão para tal intervenção do Senado ocorre pelo fato de o Brasil, com tradição romano-germânica, não atribuir efeito vinculante às decisões judiciais, nem mesmo às do Supremo Tribunal Federal. É diferente do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, de onde se importou o modelo do controle difuso de constitucionalidade, em que as decisões são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Assim, a outorga ao Senado Federal da competência para suspender a execução da lei considerada inconstitucional teve como pressuposto a atribuição de uma eficácia geral, *erga omnes*, à decisão proferida incidentalmente, cujos efeitos só alcançariam as partes envolvidas no processo<sup>158</sup>.

Esta foi solução engenhosa, encontrada para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo em um caso concreto, sem se instaurar qualquer atrito entre os poderes, e sem se permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio<sup>159</sup>.

Esta resolução do Senado Federal incide sobre o plano da eficácia, não em sua validade ou existência. Ela não se presta a reconhecer a invalidade da lei, ao contrário, parte-se da invalidade, já reconhecida pelo Supremo, para alcançá-la no plano da sua eficácia.

João Bosco Marcial de Castro ressalta que:

A Constituição não outorga aos Poderes Executivo e Legislativo competência para editar atos que lhes sejam contrários. Há presunção de que os Poderes tenham atuado conforme o Texto Constitucional. No entanto, ultrapassando o momento de elaboração, da sanção ou da promulgação da lei ou de atos normativos, não lhes cabe mais aferir a constitucionalidade de seus atos e anulá-los. Entendidos que são contrários ao ordenamento constitucional, só lhes resta editar ato revogatório. Por essa expressa disposição constitucional, a competência para a declaração de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos é conferida ao Poder Judiciário [...].

[...] Evidencia-se que o sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil acolheu os parâmetros do vigente nos Estados Unidos. Como o fez de forma tímida e mitigada, sem o estabelecimento do *stare decisis*, viu-se compelido a buscar no Senado o veículo legislativo para conferir

---

<sup>157</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>159</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 302.

força vinculante e *erga omnes* à decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade<sup>160</sup>.

Segundo Alfredo Buzaid, a suspensão não pode ser confundida com a revogação. Suspender a execução de uma lei, no todo ou em parte, é cassar-lhe a eficácia de forma definitiva. A lei não será mais obrigatória. O Senado não a substitui por outra, nem mesmo a revoga, mas limita-se a suspender-lhe a execução. A fórmula legal é precisa, já que o legislador constituinte partiu da ideia de que as leis inconstitucionais, embora já tenham nascido nulas, são executórias. Assim, depois de a lei ser declarada inconstitucional, segue-se a manifestação necessária do Senado, que cassa a sua executoriedade<sup>161</sup>.

A resolução do Senado suspende a eficácia da lei, ainda que essa suspensão, na prática, adquira caráter definitivo. Considerando que, a rigor, apenas o órgão do qual emanou a lei é que poderá determinar a sua revogação, cessando a sua eficácia em definitivo, falou-se aqui em “suspensão da executoriedade” e não em cessação. A resolução, nesse caso, é quase a revogação da lei. Assim o fez o constituinte por prever que a exigência de outra lei, para revogar aquela declarada como inconstitucional, seria instituir uma dificuldade injustificável, além de uma natural morosidade, no reconhecimento da eficácia *erga omnes* às decisões individuais do Supremo Tribunal Federal<sup>162</sup>. Gilmar Mendes complementa essa ideia dizendo que o Senado não tem competência para revogar o ato declarado inconstitucional: cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo proferida no caso concreto<sup>163</sup>.

A mais alta Corte brasileira reconheceu, no Mandado de Segurança n. 16.512, que o Senado Federal não estaria obrigado a determinar a suspensão da lei declarada inconstitucional. Segundo o voto do Ministro Victor Nunes Leal, a Casa do Congresso teria seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o

---

<sup>160</sup> CASTRO, João Bosco Marcial de. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 54.

<sup>161</sup> BUZOID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 88.

<sup>162</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 414.

<sup>163</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1158.

ato de suspensão. Até mesmo porque, não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar<sup>164</sup>.

Ressalta-se que o reconhecimento de condutas contrárias à Constituição, no Direito brasileiro, foi admitido inicialmente apenas na forma difusa, a partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (já tendo aparecido, porém, na Constituição Provisória de 22 de junho de 1890)<sup>165</sup>. Somente com a Constituição de 1934, contudo, a suspensão da execução da lei foi atribuída ao Senado Federal.

Tem-se assinalado, entretanto, a tendência que se manifesta no sistema pátrio, a partir da Constituição de 1988, de intensificar o controle concentrado de constitucionalidade, sem prejuízo do método difuso. Evidenciam essa tendência, por exemplo, a ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ampliação dos próprios instrumentos desse controle abstrato-concentrado<sup>166</sup>.

Nesse contexto, é importante observar a Proposta de Emenda Constitucional objetivando criar o chamado “incidente de (in)constitucionalidade”, que buscava acrescentar um novo parágrafo ao artigo 103 da Constituição Federal. Tal parágrafo possibilitaria ao Supremo a determinação da suspensão de processos em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão com eficácia contra todos e com efeitos vinculantes. Apesar de não ter sido incorporada essa proposta, o sistema brasileiro sofreu mudanças que, nitidamente, impuseram a objetivação ao controle realizado no âmbito do processo subjetivo.

“Objetivação” justamente no sentido de converter um processo tipicamente subjetivo em processo de características e elementos inegavelmente “objetivos”. Assim, considera-se, aqui, a ideia de “objetivação” como uma aproximação entre as regras do controle abstrato-concentrado e as regras do controle difuso-concreto, com ascendência daquelas nestas, ou seja, com o predomínio do que seria um processo objetivo<sup>167</sup>.

O legislador ordinário já demonstrava a aproximação entre os dois tipos de controle quando permitiu que o relator do processo decidisse de maneira monocrática os recursos que estivessem contrários a súmula ou jurisprudência dominante do

---

<sup>164</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 16.512/DF**. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Publicado no DJU de 31.08.1966.

<sup>165</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 101.

<sup>166</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 308-309.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 309.



STF<sup>168</sup>. Isso indica que a decisão do Supremo, em sede de controle difuso de constitucionalidade, já contava com o chamado “efeito transcendente”, permitindo que outros casos que chegassem posteriormente ao Tribunal fossem atingidos por aquela decisão anterior<sup>169</sup>. Ressalta-se ainda a questão que foi analisada pelo Supremo sobre a necessidade de utilizar o procedimento previsto no artigo 97 da Constituição<sup>170</sup> na hipótese de já existir pronunciamento da Corte sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo novamente impugnado. Por maioria dos votos, tendo sido vencido o Ministro Celso de Mello, a 1ª Turma do Supremo afirmou a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que a Corte já tivesse se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da lei questionada. Semelhante orientação foi abraçada pela 2ª Turma, sendo posteriormente reafirmada por outros dois acórdãos<sup>171</sup>.

Esse entendimento marca a evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*<sup>172</sup>.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a exigência de que a eficácia *erga omnes*, quando da declaração de inconstitucionalidade em casos concretos, dependa da Alta Casa do Congresso perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle concentrado de normas, sofrendo um processo de obsolescência<sup>173</sup>.

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

<sup>168</sup> É o que pode ser apreendido da artigo 932, IV, a, do Novo Código de Processo Civil, que trouxe previsão já existente no código anterior, de 1973 (artigo 557).

<sup>169</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419.

<sup>170</sup> O artigo 97 da Constituição diz que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

<sup>171</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1161.

<sup>172</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 1159.

concepção de separação dos 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?<sup>174</sup>

O autor prossegue argumentando que quando a Constituição de 1934 foi promulgada (tendo-se, pela primeira vez, a previsão da comunicação da decisão do Supremo ao Senado) outros Estados já atribuíam eficácia *erga omnes* às decisões tomadas em sede de controle concentrado, tais com o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920<sup>175</sup>.

Gilmar Mendes segue afirmando que a única resposta plausível para a existência do instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado nos dias de hoje tem razão exclusivamente histórica. Verifica-se que esse instituto mostra-se inadequado para conferir a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões da Excelsa Corte que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, mas fixam orientação adequada ou correta. As decisões do Supremo, nesses casos, não têm efeito vinculante, valendo nos limites das relações processuais subjetivas. Assim, não há o que cogitar aqui de qualquer intervenção da Casa do Congresso, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias<sup>176</sup>.

Situação semelhante ocorre quando a Corte adota interpretação conforme a Constituição, restringindo o significado de alguma expressão ou complementando lacuna contida em lei. Além disso, existem os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que o significado normativo é tido como inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Em ambos os casos, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado é inviável, porque cuida, tão somente, de afastar alguns significados normativos<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1159.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 1161.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 1159.

<sup>177</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

#### 4.1 A TEORIA DA TRANSCEDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Antes de adentrar efetivamente na Reclamação 4.335/AC, que traz a tentativa de conferir efeitos de mera publicidade à função senatorial em sede de controle difuso, faz-se necessário esclarecer a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Tecnicamente, não é correto considerar os termos “eficácia *erga omnes*”, “efeito vinculante” e “coisa julgada material” como sinônimos. Por muitas vezes, contudo, tais expressões aparecem juntas, aludindo à mesma situação jurídica, sem que sua devida diferenciação seja feita. Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a eficácia geral e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, porém distintos<sup>178</sup>. O efeito vinculante foi um instituto jurídico desenvolvido pelo direito processual alemão, objetivando outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional, garantindo a vinculação não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados “fundamentos” ou “motivos determinantes”<sup>179</sup>. Este efeito, segundo o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, somente será conferido às decisões do Supremo Tribunal em sede de controle abstrato de constitucionalidade<sup>180</sup>.

A eficácia geral é aquela que deve ser observada por todos os particulares, já que a decisão extrapola as partes do processo. Esse conceito se diferencia do de coisa

<sup>178</sup> Esse entendimento, porém, encontra resistência na doutrina de Dirley da Cunha Júnior (**Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 236-237), no sentido de que “[...] só a eficácia *erga omnes* da decisão já era suficiente para se admitir o efeito vinculante, não fosse a distinção, sem sentido, feita pelo Supremo Tribunal Federal em aceitar *ação de reclamação* (CF/88, art. 102, I, j) em face deste e não acolher em razão daquela”.

<sup>179</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Ago./2009. Brasília, v. 1, n. 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

<sup>180</sup> O efeito vinculante é informado pelos princípios da igualdade, da legalidade e da democracia. No que diz respeito à igualdade, tal efeito vincula tribunais inferiores a seguir o posicionamento das cortes superiores, impossibilitando o tratamento desigual para situações análogas, garantindo, assim, a segurança jurídica e reforçando o direito fundamental da igualdade material. Sob a ótica da legalidade, o efeito vinculante também traz a perspectiva da segurança jurídica, resultando em estabilidade e certeza do direito. O efeito vinculante enfatiza a concepção de que ninguém está acima da lei, nem mesmo o juiz. Aplica-se uma interpretação regular e imparcial das regras públicas, garantindo a igualdade formal. Ressalta-se que o efeito vinculante não viola o princípio da independência funcional dos juízes, a partir da concepção de que estes estão subordinados à norma constituída a partir do texto legal, afinal, o intérprete não pode ficar totalmente livre para determinar o sentido da norma, sob pena de recair-se em uma filosofia sofista. No que tange o princípio da democracia, o efeito vinculante decorre deste na medida em que reforça a regra da maioria, ao impedir que o Judiciário legisle repetidamente no caso concreto sobre o mesmo assunto, interpretando e reinterpretando uma norma legal (SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, *passim*).

julgada *erga omnes*, que é uma qualidade exclusiva dos acórdãos definitivos de mérito do STF nos processos objetivos, atribuindo à decisão as características de imutabilidade e indiscutibilidade. Essa qualidade surge a partir da preclusão de todos os recursos, no momento em que a sentença transita em julgado<sup>181</sup>.

O efeito vinculante, ao contrário dos outros dois institutos jurídicos, tem o poder de vincular os Tribunais a observar estritamente a interpretação que a Corte conferiu à Constituição. Serve para tornar obrigatória aos órgãos do Judiciário e do Executivo<sup>182</sup> a aplicação dos precedentes do STF sempre que diante de hipóteses similares, de igual teor<sup>183</sup>. A decisão que possui efeito vinculante, todavia, não impede que o Poder Legislativo volte a incorrer na elaboração de norma inconstitucional, editando novo ato com teor idêntico ao anterior<sup>184</sup>.

A doutrina constitucional alemã vinha estudando uma forma de ampliar os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada na jurisdição constitucional. Desde a Constituição de Weimar, já se sustentava que a “força de lei” não se limitava ao que foi julgado. Alcançava, também, uma proibição de reiteração e a imposição de que normas de igual teor, mesmo aquelas que não foram objeto da decisão judicial, também deixassem de ter aplicação tendo como base a eficácia *erga omnes*. A ideia de que a “força de lei” significava apenas que as decisões teriam efeitos semelhantes com o da lei, mas não representava uma norma propriamente dita, em seu sentido formal e material, levou os doutrinadores alemães a desenvolver um instituto processual capaz de conceder às decisões da Corte Constitucional uma

---

<sup>181</sup> MORAIS NETO, João. **Teoria da Transcedência dos Motivos Determinantes**. 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), p. 21.

<sup>182</sup> Esse, contudo, não é o entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto. Segundo o autor, o efeito vinculante não se impõe ao Poder Executivo, não podendo essa expressão ser confundida com “administração pública direta e indireta”. Essa última expressão, segundo ele, se traduz em órgãos que estão incorporados ao Executivo e se fundam na tendência à descentralização administrativa, ao passo que a primeira se manifesta como um Poder. Assim, o efeito vinculante não se estende para o Presidente da República, os Governadores dos Estados e os Prefeitos (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 218).

<sup>183</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Ago./2009. Brasília, v. 1, n. 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

<sup>184</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 237.

atribuição maior, não contida nos conceitos de coisa julgada e eficácia geral, criando-se, assim, o efeito vinculante<sup>185</sup>.

A discussão trazida pela teoria da transcendência refere-se justamente à extensão do efeito vinculante nas decisões do STF em que este está contido. Questiona-se aqui qual parte da decisão deve ser observada pelos demais órgãos públicos. Tradicionalmente, afirmava-se que apenas a parte dispositiva das decisões seria dotada de tal efeito. Atualmente, porém, tanto a jurisprudência quanto a doutrina vêm questionando essa concepção. Essa nova tendência doutrinária e jurisprudencial relaciona-se com a grande aproximação do direito pátrio com o sistema de *common law*, principalmente no que se refere ao controle de constitucionalidade<sup>186</sup>.

Nesse sentido, se posiciona Teori Albino Zavascki:

[...] A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é<sup>187</sup>. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância perante o pronunciamento da Corte Suprema. Contrariar o precedente tem o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição. A existência de pronunciamento do Supremo sobre matéria constitucional acarreta, no âmbito interno dos demais tribunais, a dispensabilidade da instalação do incidente de declaração de inconstitucionalidade [...], de modo que os órgãos fracionários ficam, desde logo, submetidos, em suas decisões, à orientação traçada pelo STF. É nessa perspectiva, pois, que se deve aquilatar o peso institucional dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso<sup>188</sup>.

Os argumentos contrários à vinculação dos efeitos têm seus fundamentos pautados no princípio da separação dos poderes. Esses argumentos, contudo, já não podem prosperar, devendo-se observar que o Judiciário, atualmente, também é reconhecido como um poder político. Nesse sentido, Celso Albuquerque Silva diz que as críticas

<sup>185</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Ago./2009. Brasília, v. 1, n. 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

<sup>186</sup> MORAIS NETO, João. **Teoria da Transcedência dos Motivos Determinantes**. 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), p. 25.

<sup>187</sup> A expressão original foi cunhada pelo então juiz da Suprema Corte Americana, Charles Evans Hughes, que dizia: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution*” (em tradução livre: “nós estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é, e o judiciário é a garantia da nossa liberdade e da nossa propriedade nos termos da Constituição”) (G. P. PUTNAM’S SONS. **Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York, 1906-1908**. New York and London: The Knickerbocker Press, 1908. Disponível em: <<http://catalog.hathitrust.org/Record/009567346>>. Acesso em: 26 ago. 2012, p. 139).

<sup>188</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 135-136.

que consideram o efeito vinculante como um instituto violador da separação dos poderes adotam, mesmo que inconscientemente, a ideia de que a atividade judicial existe apenas para aplicar a lei, como um legislador negativo, acepção típica do modelo liberal absenteísta, possuindo o legislador o monopólio na criação do direito<sup>189</sup>.

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<sup>190</sup>.

A teoria da transcendência dos motivos determinantes sustenta que o efeito vinculante não se restringe apenas ao dispositivo da decisão (mais precisamente, aos acórdãos de mérito do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade), mas alcançam também seus fundamentos.

De acordo com Roger Stiefelmann Leal, o efeito vinculante deve ser compreendido como o instituto que torna obrigatória parte da decisão, diversa do elemento dispositivo, aos órgãos e às entidades relacionados no texto normativo. Nesse sentido, “seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado”<sup>191</sup>.

Carlos Ayres Britto, em contrapartida, diz que a aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes confere prestígio máximo ao órgão de cúpula do Judiciário e desprestígio proporcional aos demais órgãos judiciais, o que fere o regime democrático, que segue uma lógica inversa: a lógica de desconcentrar o poder decisório. A democracia, portanto, deve ser entendida como movimento ascendente do poder do Estado, na medida em que atua de baixo para cima, não de cima para baixo<sup>192</sup>.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC), apresentada pelo Deputado Roberto Campos<sup>193</sup>, deixava claro que a eficácia *erga*

<sup>189</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 92.

<sup>190</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>191</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 150.

<sup>192</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 10.604/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DJE de 14.09.2010.

<sup>193</sup> A PEC, dentre outras questões, propôs a supressão do inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, devendo-se renumerar os demais artigos, além de conceder às decisões definitivas do STF,

*omnes* e o efeito vinculante não estavam restritos apenas à parte dispositiva da decisão. Prossegue o autor dizendo que, apesar de a Emenda n. 3/93 não ter positivado a proposta inteiramente, é certo que o efeito vinculante deve ser entendido sob o prisma da PEC<sup>194</sup>.

O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), apesar de entender que a coisa julgada e a força de lei limitam-se à parte dispositiva da decisão, sustenta que o efeito vinculante se estende aos seus fundamentos e motivos determinantes. De acordo com esse entendimento, os princípios emanados da fundamentação e da parte dispositiva da decisão devem ser respeitados pelos demais tribunais e autoridades em casos futuros<sup>195</sup>.

A despeito do entendimento do Tribunal Constitucional alemão, existem outras correntes doutrinárias na própria Alemanha que entendem que o efeito vinculante resume-se apenas à parte dispositiva, tal como a coisa julgada, realçando a qualidade judicial da decisão. Esse posicionamento, contudo, sob um prisma objetivo, não possibilita uma diferenciação entre coisa julgada e efeito vinculante<sup>196</sup>.

Gilmar Mendes observa que há também posições mediadoras nesse sentido, como as de Klaus Vogel, Martin Kriele e Otto Bachof. Segundo Vogel, a coisa julgada ultrapassa os limites da parte dispositiva, atingindo também o que ele chamou de “norma decisória concreta”, que seria a ideia jurídica subjacente à formulação expressada na parte dispositiva. Para Kriele, a força dos precedentes é intensificada pelo efeito vinculante (disposto no § 31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão). Bachof tem posicionamento semelhante, acreditando que o papel

---

nos processos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos (incluindo os casos de controle por omissão), eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos. Percebe-se que na proposta inicial ambos os tipos de controle estavam abarcados, tendo sido incluído o controle difuso. A Emenda n. 3/93, posteriormente modificada pela Emenda n. 45/2004, contudo, concedeu apenas a eficácia geral e o efeito vinculante para os casos de ADI e ADC. Sobre o assunto, consultar: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>194</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 597-598.

<sup>195</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>196</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Ago./2009. Brasília, v. 1, n. 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2012.

fundamental da Corte Constitucional alemã consiste no alcance de suas decisões a situações correspondentes<sup>197</sup>.

No direito brasileiro, ressalta-se, a teoria da transcendência dos motivos determinantes busca alcançar apenas o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, através de um processo objetivo<sup>198</sup>, em que não há propriamente duas partes litigantes, apenas legitimados ativos e passivos. De acordo com a Constituição Federal, em texto alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004<sup>199</sup>, só estarão vinculados às decisões do STF os órgãos dos poderes Judiciário e Executivo. O Supremo, no entanto, não fica atrelado às suas próprias decisões, pois lhe é permitida a superação do próprio precedente, através do chamado *overruling*, que corresponde a sua revogação total, ou do *overriding*, correspondendo a sua revogação parcial<sup>200</sup>. Isso permite que o STF analise novamente a questão já decidida, possibilitando a revisão de decisões baseadas em paradigmas já superados e evitando o congelamento do direito.

O debate sobre o alcance do efeito vinculante, presente na Reclamação n. 1.987, estabelecido entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, demonstrou uma divisão existente na Corte sobre o assunto.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão esvaziaria o instituto, uma vez que, concebido dessa forma, ele pouco acrescenta aos mecanismos da coisa julgada e da eficácia *erga omnes*.

---

<sup>197</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Ago./2009. Brasília, v. 1, n. 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 1 abr. 2012.

<sup>198</sup> Leonardo Martins critica o uso desse termo. O autor não entende a jurisdição constitucional pátria como objetiva. Para ele: “só a construção de uma dogmática constitucional que enfrente o mérito das questões constitucionais poderá transformar o processo constitucional brasileiro em um, do ponto de vista político-constitucional, desejável processo objetivo. A configuração atual do processo constitucional brasileiro, seu uso pelo STF com as referidas tentativas de concentração e sua tematização jurídico-dogmática pela doutrina não têm formentado esse propósito” (MARTINS, Leonardo. A Retórica do Processo Constitucional Brasileiro Objetivo no Brasil. In: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 245).

<sup>199</sup> A Emenda n. 3/1993 incluiu, no artigo 102, § 2º, da Constituição Federal o efeito vinculante apenas para as Ações de Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). A Emenda n. 45/2004, no entanto, ampliou tal efeito para os casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), tendo o seguinte texto: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

<sup>200</sup> MORAIS NETO, João. **Teoria da Transcedência dos Motivos Determinantes**. 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), p. 29.



Além disso, tal interpretação restritiva diminui significativamente a atuação da Corte Suprema para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional<sup>201</sup>.

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. [...] Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados “fundamentos determinantes”<sup>202</sup>.

Também se mostraram favoráveis os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Nelson Jobim e o relator da Reclamação, Maurício Corrêa. O relator disse em seu voto que compreende a abrangência do termo “regra” como a “exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela Corte, e não o texto normativo em sentido estrito”<sup>203</sup>.

Mostraram-se contrários à ideia da eficácia transcendente da fundamentação os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Carlos Ayres de Britto.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, ao partir para o princípio da transcendência, vislumbra-se a coisa julgada quanto aos fundamentos da decisão da Corte. A coisa julgada, todavia, inclusive de acordo com o artigo 504 do Código de Processo Civil<sup>204</sup>, diz respeito exclusivo à parte dispositiva do julgado. Caminhar nesse sentido, continua ele, é possibilitar a abertura do caminho para se chegar *per saltum* ao STF, através da Reclamação, a partir do entendimento que o ato praticado está em desacordo com um fundamento de julgado da Corte Suprema<sup>205</sup>.

Sepúlveda Pertence, durante os debates da referida reclamação, disse que considerar a eficácia transcendente dos fundamentos significaria “transformar em súmula vinculante qualquer premissa de uma decisão”<sup>206</sup>.

Patrícia Perrone Campos Mello, no entanto, observa que o que se vem intitulando de eficácia transcendente dos motivos determinantes é, na verdade, a extração de um

---

<sup>201</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600-601.

<sup>202</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987/DF**. Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>203</sup> *Idem*. Voto preliminar do Relator, Min. Maurício Corrêa.

<sup>204</sup> O artigo 504 do Código de Processo Civil dispõe que: “Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”. Tal dispositivo já existia no Código anterior, de 1973, no artigo 469, I.

<sup>205</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987/DF**. Voto do Min. Marco Aurélio Mello.

<sup>206</sup> *Idem*. Voto do Min. Sepúlveda Pertence.

*holding*, equivalente à exegese constitucional fixada pela Excelsa Corte, a partir dos fundamentos da decisão, conferindo-lhe eficácia normativa. Segundo a autora, a nomenclatura é infeliz, gerando a impressão de que se pretende conferir o efeito vinculante de forma ampla, a toda e qualquer fundamentação, o que não procede<sup>207</sup>.

#### 4.2 A RECLAMAÇÃO 4.335/AC

A Reclamação 4.335/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão de regime para determinados detentos, condenados com pena de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

O reclamante, no fundamento da Reclamação, alegou o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* (HC) n. 82.959, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio. Em tal acórdão, a Excelsa Corte afastou a vedação da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, considerando inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990). Registre-se que, posteriormente à reclamação, a redação de tal parágrafo foi alterada pela Lei n. 11.464/2007<sup>208</sup>.

O reconhecimento da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos foi declarado em sede de controle difuso, tendo como vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, então presidente do Tribunal. A Corte ainda declarou que essa decisão envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma tida como inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, no caso concreto, dos demais requisitos para a efetiva progressão de regime.

O acórdão do HC 82.959 foi ementado da seguinte maneira:

<sup>207</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156-157.

<sup>208</sup> O § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos originalmente dizia que: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Atualmente o referido parágrafo diz que: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”, sendo complementado pelo parágrafo segundo, que diz: “A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2o, §1o, DA LEI No 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5o, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2o, § 1o, da Lei no 8.072/90<sup>209</sup>.

O Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, ao indeferir o pedido de progressão de regime, alegou a vedação legal para admiti-la, argumentando que o Plenário do STF, em maioria apertada (seis votos x cinco votos), declarou a inconstitucionalidade de tal parágrafo em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo, portanto, efeito *inter partes*. Ressaltou ainda que o entendimento da Corte mudou após considerar a norma constitucional por dezesseis anos.

Tendo sido negado o pedido de progressão de regime pelo juízo *a quo*, o autor da Reclamação impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Acre. O Tribunal também indeferiu o pedido, entendendo que a decisão tomada pelo Supremo não vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, já que foi tomada em sede de controle difuso. Acrescentou ainda que, para que venha a ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, é indispensável a comunicação do STF para o Senado Federal, que, a seu critério, poderá suspender a eficácia da lei. O Tribunal sustentou ainda que não houve qualquer manifestação da Casa do Congresso sobre tal decisão do Supremo, tendo a lei permanecido em vigor, inclusive no que se refere à proibição da progressão de regime<sup>210</sup>.

Como já visto anteriormente, a Lei n. 11.464/2007 alterou a de Crimes Hediondos, possibilitando a progressão de regime. Com isso, a Reclamação 4.335/AC perdeu parcialmente seu objeto, tendo em vista a existência de uma norma posterior tutelando o que foi pleiteado pelo reclamante. Nesse contexto, cabe ao Juízo da Execução Penal aplicar aos casos julgados a lei posterior que de alguma forma favoreça o condenado. Apesar disso, a Reclamação preservou a controvérsia sobre

<sup>209</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Publicado no DJU de 01.09.2006

<sup>210</sup> *Idem*. **Reclamação n. 4.335/AC**. Relatório do Min. Gilmar Ferreira Mendes.

os efeitos e a eficácia da decisão tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Ressalte-se aqui que o instituto da Reclamação Constitucional, nesse caso, tem como fundamento a não observância da autoridade do julgado. A jurisprudência do STF evoluiu muito nesse sentido, sendo que, nas hipóteses de processo subjetivo, o conhecimento do que foi pleiteado pelo reclamante depende de uma série de circunstâncias<sup>211</sup>.

#### 4.2.1 Entendimentos divergentes entre os Ministros do STF

O Relator da Reclamação 4.335/AC, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, declarou que houve uma mudança de paradigma no controle de constitucionalidade brasileiro a partir da promulgação da Constituição de 1988, tornando a previsão da suspensão da execução de lei, declarada inconstitucional de maneira incidental, pelo Senado ultrapassada, devendo haver uma releitura do instituto<sup>212</sup>.

Uma das principais mudanças foi o posicionamento jurisprudencial da Corte a respeito do artigo 97. A exigência da reserva do plenário quando da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo tem como base a presunção de constitucionalidade que os protege, além da exigência da segurança jurídica. O STF vem entendendo, contudo, que, versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pela Excelsa Corte, guardiã da Constituição, não é necessário observar o disposto no artigo 97, evitando dessa maneira a burocratização dos atos judiciais e, conseqüentemente, respeitando-se os princípios constitucionais da celeridade e economia processual<sup>213</sup>.

Além disso, como já exposto anteriormente, existem algumas situações em que o instituto da suspensão pelo Senado mostra-se inadequado. É o caso, por exemplo, da decisão que não declara a lei como inconstitucional, mas fixa orientação constitucionalmente mais adequada. Outra situação semelhante ocorre nos casos

---

<sup>211</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 190.

<sup>212</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set., 2008, p. 266.

<sup>213</sup> Cf. **Agravo de Instrumento n. 168.149**, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 04.08.1995.

em que o Supremo Tribunal Federal opta pela interpretação conforme, restringindo o significado de dada expressão ou preenchendo uma lacuna da lei<sup>214</sup>.

Mencionem-se, ainda, os casos de *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto*, nos quais se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração.

[...] Não é preciso dizer que a suspensão de execução pelo Senado não tem qualquer aplicação naqueles casos nos quais o Tribunal limita-se a rejeitar a arguição de inconstitucionalidade. Nessas hipóteses, a decisão vale *per se*. Da mesma forma, o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição.

Da mesma forma, a suspensão da execução da lei inconstitucional não se aplica à declaração de não-recepção da lei pré-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal. Portanto, das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo<sup>215</sup>.

Para o Ministro, quando a Constituição de 1988 ampliou – de forma significativa – o rol dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, acabou o constituinte por reduzir a atuação nos casos de controle difuso.

No período anterior à atual Constituição, o chamado controle de constitucionalidade híbrido brasileiro tinha forte prevalência da via difusa-incidental, sendo o controle concentrado acidental e episódico. Essa situação foi radicalmente alterada pós 1988, havendo uma ênfase maior ao controle concentrado-principal, em detrimento do controle difuso-incidental. As questões constitucionais passaram a ser discutidas fundamentalmente através de ADI, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal. O rol amplo dos legitimados e a celeridade desse modelo processual, capaz de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, através de pedido cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam resolvidas através da ação direta de constitucionalidade, instrumento típico do controle concentrado<sup>216</sup>.

A concepção da suspensão da execução da lei pelo Senado, no sistema difuso, contribuiu para que não houvesse a concretização da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Sem possuir mecanismos que emprestassem às decisões do STF força de lei (do direito alemão) ou que conferisse caráter vinculatório para os demais

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 1.987/DF**. Voto do Ministro Marco Aurélio.

<sup>215</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 25.

<sup>216</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul/set., 2008, p. 266.

Tribunais (tal como o *stare decisis* americano), a doutrina brasileira apenas ressalta, sem qualquer fundamentação, a nulidade da lei inconstitucional<sup>217</sup>.

Gilmar Mendes diz que a atribuição da eficácia *erga omnes* pelo Senado à decisão do STF não muda essa perspectiva. Segundo ele, ainda que se diga que a suspensão da norma retira a lei do ordenamento jurídico, tendo o ato efeito retroativo (*ex tunc*), esse instituto, tal como foi concebido e interpretado pela doutrina e jurisprudência, configura a negação da teoria da nulidade<sup>218</sup>. A não aplicação da lei fica à mercê da vontade de um órgão eminentemente político, não dos órgãos judiciais investidos, que aplicam diariamente o direito. Tal fato reforça a conclusão de que, embora ressalte a teoria da nulidade da lei inconstitucional, o Brasil estabeleceu um instituto que é completamente contrário à sua implementação<sup>219</sup>.

Assim, prossegue o Ministro, se a doutrina e a jurisprudência entendem que a lei declarada inconstitucional é *ipso jure nula*, deveriam concluir que a suspensão atribuída ao Senado Federal tem como único pressuposto conferir publicidade à decisão da Excelsa Corte<sup>220</sup>.

É nesse sentido que se posiciona Lúcio Bittencourt:

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<sup>221</sup> 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 suspensão a sua execução<sup>222</sup>.

Segundo Gilmar Mendes, o problema é claramente vislumbrado quando se trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A decisão proferida em sede de ADPF, por se tratar de processo objetivo, tomado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, terá eficácia *erga omnes*. A questão que pode

<sup>217</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 38-39.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>219</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul/set., 2008, p. 269.

<sup>220</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>221</sup> O artigo 45, IV, nesse caso, refere-se à Constituição de 1967, que tem como correspondência o já referido artigo 52, X, da Constituição de 1988.

<sup>222</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis**. Série “Arquivos do Ministério da Justiça”. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145-146.

ser objeto da ADPF, contudo, também pode chegar ao Supremo através do controle difuso, tendo como base um caso concreto individualizado, em que a mesma decisão terá eficácia *inter partes*<sup>223</sup>.

O Ministro prossegue, analisando a questão à luz dos recursos especial e extraordinário. Com a mudança do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil de 1973, que encontra conteúdo correspondente atualmente no artigo 932, IV, a, do CPC de 2015, o relator pode negar seguimento ao recurso que estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STJ ou STF. Gilmar Mendes, então, entendeu que o objetivo do legislador, com a ampliação desse rol, foi estender de forma geral os efeitos da decisão proferida pela Corte Suprema, tanto nos casos de declaração de inconstitucionalidade incidental (hipótese que estaria condicionada à intervenção do Senado), quanto nos casos de fixação de uma dada interpretação constitucional<sup>224</sup>.

Além disso, observa-se, ainda, a questão da declaração de inconstitucionalidade de leis municipais. Segundo o Ministro, o Supremo Tribunal Federal vem adotando posicionamento ousado, conferindo efeito vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos próprios fundamentos determinantes (teoria da transcendência dos motivos determinantes) em tal situação. O STF tem aplicado o referido artigo, tendo como base decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal, a situações análogas, porém pertencentes a municípios diversos<sup>225</sup>.

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal<sup>226</sup>.

Ainda segundo Gilmar Mendes, a simples adoção do instituto da súmula vinculante reforça que o artigo 52, X, da Constituição Federal resta ultrapassado, na medida em

---

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 42.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>225</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set., 2008, p. 270.

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 45.

que permite o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada orientação pelo Tribunal, sem que se exija a interferência do Senado Federal.

O relator aduz, por fim, que nas ações coletivas que declaram incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei também não é possível visualizar-se a eficácia *inter partes*. Nesse caso, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal é completamente inútil, caso não se reconheça a sua função de mera publicidade ao que já foi decidido<sup>227</sup>.

Na conclusão do voto, o Ministro segue dizendo que a ampliação do sistema concentrado multiplicou os casos em que se tem a eficácia *erga omnes*, tornando comum a decisão com alcance geral. Para ele, a modificação no prisma do controle de constitucionalidade, com o aumento da atuação do modelo austríaco, resultou em inevitáveis reinterpretações e releituras dos institutos ligados ao controle incidental, especialmente no que se refere à exigência da maioria absoluta para ser possível a declaração de inconstitucionalidade e o requisito de que o Senado Federal suspenda a execução da lei para que esta venha a ter eficácia geral<sup>228</sup>.

Gilmar Mendes afirma que o Supremo não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida através do controle difuso, não havendo dúvida, portanto, que a Corte acabou por reconhecer, em tal caso, o efeito transcendente das suas decisões. Embora esse entendimento tenha como fundamento a quebra da presunção de constitucionalidade, na verdade, o STF acabou por conferir às suas decisões algo muito próximo ao efeito vinculante, sem que seja necessária a intervenção do Senado<sup>229</sup>.

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII).

---

<sup>227</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 46.

<sup>228</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set., 2008, p. 273.

<sup>229</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 54.



Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988<sup>230</sup>.

O relator diz ainda que as decisões do Supremo, tomadas em sede de controle difuso-incidental, são dotadas de eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica a releitura do artigo 52, X, da Constituição Federal. Assim, é possível concluir que houve uma mutação constitucional em razão das mudanças que ocorreram no âmbito do controle de constitucionalidade, sem expressa modificação do texto. Para ele, não há dúvida de que as construções que têm sido feitas em torno do efeito transcendente pelo próprio Supremo e pelo Congresso Nacional estão demonstrando a necessidade de revisão daquilo que se tinha como certo antes do advento da Constituição de 1988.

Assim, tendo como base essas premissas, Gilmar Mendes propõe o entendimento de que a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional tem efeito de mera publicidade, tendo a decisão eficácia *erga omnes* desde o momento em que ela foi prolatada. O Supremo deverá, então, comunicar ao Senado a decisão, para que este simplesmente faça a sua publicação no Diário do Congresso. A própria decisão da Corte, portanto, tem força normativa.

O Senado, a partir dessa perspectiva, não possui a faculdade de publicar a decisão ou deixar de fazê-lo, uma vez que se trata de um dever de comunicação perante a população<sup>231</sup>. A não publicação, contudo, não teria o condão de evitar que a decisão do STF tenha a sua real eficácia reconhecida<sup>232</sup>.

Por todas as razões expostas, tendo como base o instituto da mutação constitucional, o Relator julgou procedente a Reclamação.

---

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Relator, Min. Gilmar Ferreira Mendes, p. 55.

<sup>231</sup> Apesar de já ter sido reconhecido pelo Supremo, como já dito anteriormente, que o Senado não é obrigado a determinar a suspensão da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, Gilmar Mendes aqui parece considerar que, mudada a perspectiva da atuação do Senado (tendo este agora mera competência para atribuir publicidade à decisão), a Casa Legislativa estaria obrigada a publicizar o ato, justamente por entendê-lo como um dever de comunicação. Ressalta-se, contudo, que remanescem na doutrina, apesar do posicionamento do STF, autores que acreditam que o Senado estaria obrigado a suspender a execução da lei, tais como Lúcio Bittencourt, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alfredo Buzaid, Lenio Luiz Streck e Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 175).

<sup>232</sup> MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set., 2008, p. 275.

O então Ministro Eros Roberto Grau, à época, também reconheceu a procedência do pedido, entendendo de maneira uniforme com o relator. Em seu voto, o então Ministro teceu considerações a respeito do conceito de mutação constitucional e sobre a legitimidade do intérprete.

Eros Grau diz que uma das grandes oposições que se manifestam no direito são os princípios da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, contra a interpretação no desenvolvimento do direito, de outro. Segundo ele, tendo como base a doutrina de Paolo Grossi, a primeira tende à rigidez, enquanto que a segunda tende à elasticidade<sup>233</sup>.

O jurista ressaltou em seu voto que “texto” e “norma” não se superpõe – o processo legislativo termina no momento do texto e a norma vem depois, constituindo-se a partir da interpretação deste. O intérprete, contudo, deve constituir a norma respeitando a coerência interna do seu texto, de modo que, na verdade, não inventa propriamente a norma.

[...] A norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que a constitui<sup>234</sup>.

Eros Grau diz que a mutação constitucional corresponde à transformação do sentido do enunciado estabelecido pela Constituição, sem que o próprio texto seja alterado em sua redação – em sua “dimensão constitucional textual”. A mutação irá ocorrer quando o intérprete autêntico extrair do texto uma norma diversa daquela que nele encontrava-se originalmente estabelecida, em seu estado de potência<sup>235</sup>.

A mutação constitucional ocorre perante uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a Constituição material. Nesse caso, não haverá reforma, mas um afastamento de um texto da Constituição formal, no mundo do ser, sem que se rompa com o sistema. Então, segundo Eros Roberto Grau, a mutação não pode ser considerada uma degenerescência, mas uma manifestação de sensatez do ordenamento<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Eros Roberto Grau, p. 1.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 14.

O referido jurista entende, juntamente com o Relator da Reclamação, que o texto apreendido no artigo 52, X, da Constituição Federal tornou-se obsoleto, devendo-se entender que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução de lei declara inconstitucional, no todo ou em parte, através de decisão definitiva do STF. Essa nova norma, prossegue ele, quando confrontada com a totalidade da Constituição, não encontra oposição com qualquer dos seus princípios, sendo o novo texto totalmente adequado com a semântica constitucional<sup>237</sup>.

De maneira contrária posicionou-se José Paulo Sepúlveda Pertence, à época também Ministro do STF, entendendo que a ampliação do poder do STF poderia trazer uma ideia de golpe de Estado<sup>238</sup>. O jurista, em seu voto, correlacionou ambos os tipos de controle e disse que uma das principais diferenças entre eles é justamente os efeitos de suas decisões.

Além disso, Sepúlveda Pertence diz que a mutação constitucional sugerida por Gilmar Mendes (e apoiada por Eros Grau) é desnecessária e não conduz a uma eficácia maior para as decisões da Corte, embora também afirme que o artigo 52, X, da Constituição Federal se tornou obsoleto. Para ele, a existência da súmula vinculante já garante ao STF o objetivo que se quer ao propor a mutação<sup>239</sup>. Assim, ele diz não haver necessidade de “converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos”<sup>240</sup>.

Por tais justificativas, o Ministro não conheceu da reclamação, mas concedeu o *habeas corpus* de ofício.

O então Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, partilhou o entendimento de Sepúlveda Pertence no sentido de que:

O STF não depende mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso. Isso justamente porque, se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Eros Roberto Grau, p. 17.

<sup>238</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. José Paulo Sepúlveda Pertence, p. 1.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 3.

Para o magistrado, essa única alegação basta para que seja mantida a leitura tradicional do artigo 52, inciso X, da Constituição, que diz que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF autoriza a Câmara Alta a determinar a suspensão da sua execução, por quaisquer que sejam as razões políticas que os Senadores considerarem pertinentes<sup>242</sup>, “isto porque o dispositivo trata de uma autorização ao Senado, não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF”<sup>243</sup>.

O que o então Ministro vislumbrou com a proposta foi que, pela via interpretativa, ocorrerá apenas a mudança do sentido da norma em questão, o que, segundo ele, utilizando a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>244</sup>, não é uma modalidade idônea de mutação<sup>245</sup>. Ademais, Joaquim Barbosa acredita que deveria haver um espaço de tempo maior para que fosse possível a constatação dessa mutação, além da percepção de que o instituto não é mais utilizado pelo Senado.

Ele prossegue dizendo que, para a eficácia das decisões do Supremo, o dispositivo é um complemento, não um obstáculo<sup>246</sup>. É razoável vislumbrar situações, mesmo que residuais, em que a decisão dada pelo Supremo suscitará apenas a inconstitucionalidade *in concreto*, não tendo o Tribunal encontrado, em outros processos, a repetição das circunstâncias que levaram àquela decisão. Nesse contexto, ainda é possível que o Senado entenda conveniente suspender a execução da norma<sup>247</sup>.

Finalizando seu voto, Joaquim Barbosa diz que a proposta do Relator, além de ir de encontro com a literalidade “quase ofuscante” do artigo 52, inciso X, da Constituição, “vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel [...] qualificou de ‘virtudes passivas’ da justiça constitucional”<sup>248</sup>. Utilizando o pensamento de Bickel, ele diz que, no exercício da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário tem apenas três alternativas, quais sejam: a) a de anular a legislação que está em desacordo com a Constituição; b) a de declarar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico e c) a de abster-se de se pronunciar sobre a inconstitucionalidade (em respeito ao princípio da democracia), quando assim puder

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 3.

<sup>243</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>244</sup> Gomes Canotilho, nessa perspectiva, adota a diferenciação feita por Friedrich Müller, posicionamento que pode ser conferido nas páginas 79 e 80 deste trabalho.

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 4.

<sup>246</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>247</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>248</sup> *Ibidem*, loc. cit.

proceder, apenas solucionando a controvérsia no caso concreto, sem perpassar pela questão constitucional<sup>249</sup>.

Ainda concordando com o explanado por Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa também não conheceu da reclamação, mas concedeu de ofício o *habeas corpus*.

Após seis anos do voto do então Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Ricardo Lewandowski se manifestou, divergindo do relator, “por não entender tratar-se o instituto [da suspensão] de mera reminiscência histórica”<sup>250</sup>. Ele prossegue:

Tal interpretação [...] levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes [...] exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas - se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. O referido teórico [Montesquieu], para tanto, concebeu a famosa fórmula segundo a qual “*le pouvoir arrete le pouvoir*”, de modo a evitar que alguém ou alguma assembleia de pessoas possa enfeixar todo o poder em suas mãos, ensejando, assim, o surgimento de um regime autocrático<sup>251</sup>.

O Ministro Lewandowski também observa que o artigo 52, X, da Constituição não possui natureza principiológica, mas, ao contrário, a partir da sua análise semântica, apresenta-se como dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não possibilitando maiores análises exegéticas por parte dos seus intérpretes<sup>252</sup>.

Ademais, ele observa que as fontes do Direito e o efeito *erga omnes* são dois fenômenos jurídicos distintos, embora acarretem resultados semelhantes. E as decisões do STF em sede de controle difuso constituem fontes do Direito pela autoridade do órgão jurisdicional que as proferiu<sup>253</sup>. Logo, ele também opinou pelo não conhecimento da reclamação, mas pela concessão do *habeas corpus* de ofício.

Em seguida, foi a vez do Ministro Teori Zavascki se manifestar, tendo esclarecido que a força das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 5-6.

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 7.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>252</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 14.

não decorre tão somente a partir da suspensão proferida pelas resoluções do Senado Federal.

[...] atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resoluções do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.

Pois bem, certamente contaminado e sensibilizado por essa clara e enfática mensagem imposta pelo sistema normativo, quanto ao caráter expansivo de que devem se revestir as suas decisões, o Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes importantes, tomados em casos concretos, passou, ele próprio, a enunciar o que depois se convencionou chamar de modulação de efeitos, que outra coisa não é senão dispor sobre a repercussão daquela específica decisão a outros casos análogos [...] <sup>254</sup>.

O Ministro prossegue, esclarecendo que, a partir do momento que se estabelece formas e limites a serem observados na repercussão das suas decisões (como a possibilidade de modulação dos efeitos), o Tribunal – de maneira implícita, mas inquestionável – acaba por reconhecer e atribuir a força expansiva e universalizante <sup>255</sup>.

Ele observa que no próprio acórdão do HC 82.959/SP, objeto da Reclamação 4.335/AC, houve a modulação dos efeitos da decisão, explicitando que as penas à época já extintas não seriam atingidas pelo novo entendimento adotado. Ao dispor sobre os limites da aplicação do precedente a outras hipóteses, portanto, o Tribunal acaba por atribuir eficácia *ultra partes* à sua decisão <sup>256</sup>.

Superado o tema da força expansiva dos acórdãos do STF, o Ministro considera que o cerne da questão passa a ser se todas essas decisões darão ensejo ao ajuizamento de reclamação perante a Corte.

Não há dúvida de que o descumprimento de qualquer dessas decisões importará, em maior ou menor intensidade, ofensa à autoridade das decisões da Suprema Corte, o que, numa interpretação literal e radical do art. 102, I, I da Constituição, permitiria a qualquer prejudicado, a intentar perante a Corte a ação de reclamação para “garantia da autoridade de suas decisões”. Todavia, tudo recomenda que se confira interpretação estrita a essa competência, a exemplo do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação àquela prevista na letra *f* do mesmo dispositivo [...] <sup>257</sup>.

<sup>254</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Teori Zavascki, p. 15.

<sup>255</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 19.

Esse sentido estrito, continua Zavascki, também deve ser aplicado à norma que dispõe sobre o cabimento de reclamação constitucional, considerando o vasto elenco de decisões do Tribunal que possuem eficácia expansiva. A possibilidade de admissão incondicional de reclamação, sem uma interpretação teleológica do art. 102, I, L, da Constituição Federal, acabaria por transformar o Supremo em verdadeira “Corte executiva”, e o remédio constitucional aqui discutido se transformaria em atalho processual para que o litígio fosse decidido diretamente pelo STF<sup>258</sup>. Nesse sentido, a Corte deve manter a sua jurisprudência, admitindo a reclamação apenas se o seu autor tenha sido parte da relação processual em que foi proferida a decisão cuja eficácia se busca preservar ou em decisões cujos efeitos são vinculantes e de eficácia *erga omnes* (notadamente o controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes), além de se ressaltar os legitimados ativos do artigo 103 da Constituição<sup>259</sup>.

Como houve a edição superveniente da Súmula Vinculante n. 26, que versava justamente sobre a questão objeto do HC 82.959/SP, o Ministro Teori Zavascki opinou por conhecer a reclamação e deferir o pedido.

O Ministro Luís Roberto Barroso, a seu turno, acompanhou o voto de Teori Zavascki, conhecendo a reclamação com fundamento na existência de súmula vinculante superveniente.

Além disso, Barroso tece alguns comentários sobre o papel dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, justificando que a sua expansão atende a três finalidades constitucionais importantes: a) segurança jurídica (na medida em que os tribunais inferiores sigam o entendimento dado pelos tribunais superiores, criando-se um direito mais previsível e menos instável); b) isonomia (na medida em que se evita que pessoas em igual situação obtenham resultados diferentes) e c) eficiência (porque torna a prestação jurisdicional mais fácil, uma vez que o juiz e os tribunais inferiores possam simplesmente justificar as suas decisões com base em uma jurisprudência já estabelecida)<sup>260</sup>.

O Ministro Luís Roberto Barroso também chama a atenção para a importância de que a tese jurídica que formará o precedente seja mais nítida, o que no direito anglo-

---

<sup>258</sup> Nesse sentido, observar a Reclamação (AgRg) nº 16.038, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

<sup>259</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Teori Zavascki, p. 20.

<sup>260</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 1-2.

saxão costuma-se chamar de *holding*. Isso porque é necessário que fique mais claro, *prima facie*, o que foi decidido pelo Supremo<sup>261</sup>.

Finalizando seu voto, o Ministro diz que, apesar de não achar boa a solução constitucional de submeter uma decisão do STF a uma deliberação política do Senado, ele vê limites ao processo de mutação constitucional, uma vez que deve se observar a textualidade do dispositivo 52, X, da Constituição. Se o Supremo acha que esse dispositivo deve ser modificado, deveria doutrinariamente concitar o Congresso Nacional a agir, mas jamais ir de encontro à literalidade do texto<sup>262</sup>.

Após o voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhou o entendimento de Teori Zavascki, foi a vez do Ministro Marco Aurélio se manifestar, entendendo não ser possível o conhecimento da reclamação em razão da existência de súmula vinculante, uma vez que tal súmula é posterior ao ato atacado na reclamação. Votou, então, pelo não conhecimento da reclamação, mas pela concessão do *habeas corpus* de ofício<sup>263</sup>.

O último voto foi o do Ministro Celso de Mello, que também seguiu o entendimento de Teori Zavascki.

#### 4.3 A ADI 3.406/RJ

As ADIs 3.406 e 3.470, ambas do Estado do Rio de Janeiro, são processos afins, tendo o primeiro sido mantido como principal, posto que mais antigo, e o segundo como apenso. Assim, no presente trabalho, optou-se por mencionar diretamente apenas a primeira ação.

A questão objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406/RJ foi a Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 3.579/2001, que proibia a extração de asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação, prevendo a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos que o contenham. A ação foi julgada improcedente (de acordo com o voto da relatora, Ministra Rosa Weber) e,

---

<sup>261</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, p. 2.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 4-5.

<sup>263</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4335/AC**. Voto do Min. Marco Aurélio Mello.



incidentalmente, houve a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º<sup>264</sup> da Lei Federal nº 9.055/1995, que dispõe justamente sobre a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e derivados. O mesmo dispositivo já havia sido declarado inconstitucional, também incidentalmente, no julgamento da ADI 3.937/SP.

Após questionamento do Ministro Alexandre de Moraes acerca da declaração incidental no artigo 2º da Lei 9.055/1995, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes volta a afirmar, assim como já tinha feito na Reclamação 4.335/AC, que as decisões em sede de controle difuso e controle concentrado deveriam ser equalizadas, até por força do CPC de 2015:

O CPC nesse ponto talvez sinalize uma superação, um ponto que eu tenho insistido, que nós não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. E agora me parece que o CPC vem em reforço, quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação. Na prática nós já fazemos isso um pouco, nós não esperamos que o Senado suspenda [...]²⁶⁵.

O artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, que é o objeto de análise do Ministro Gilmar Mendes em suas intervenções na votação da ADI ora analisada, dá conta que:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos [...].

Tal dispositivo fez com que muitos doutrinadores e os próprios ministros do Supremo considerassem a adoção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. É o que pensa, por exemplo, Dirley da Cunha Júnior, ao analisar o artigo 489, § 1º, IV, do Novo CPC, que exige a lealdade dos juízes e Tribunais aos precedentes judiciais.

[...] como a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade incidental da lei ou ato normativo firma um *precedente*, inclusive com a autoridade de coisa julgada (§ 1º do art. 503 do novo CPC), ela seguramente *vinculará* todos os

<sup>264</sup> “Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei”.

<sup>265</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reafirmada inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. 2017. (48m07s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wCOFMszwZ5Q&t=1222s>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

demais órgãos do Poder Judiciário, que não podem deixar de seguir o precedente invocado pela parte, salvo se o Juiz ou Tribunal demonstrar (1) a existência de distinção (*distinguishing*) no caso em julgamento, quer dizer, demonstrar que os pressupostos de fato e de direito que motivaram a formação do precedente não são os mesmos do caso concreto; ou (2) que houve a superação do entendimento (*overruling*), de modo que o próprio precedente invocado pela parte foi alterado ou revisto pelo Tribunal do qual ele emanou.

[...]

Desse modo, em face do reconhecimento da coisa julgada às decisões do STF sobre o incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, que firmam precedentes obrigatórios para os Juízes e Tribunais, pode-se defender que as decisões da Corte que declaram a inconstitucionalidade concreta da lei o ato normativo produzem imediatos efeitos gerais e vinculantes, não havendo a necessidade de Resolução senatorial, pelo menos para os fins de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário. Isto é, a própria decisão do STF sobre a inconstitucionalidade incidental da lei ou ato normativo já seria suficiente para firmar um *precedente* e suspender, em caráter *erga omnes*, a eficácia da lei ou ato<sup>266</sup>.

Lenio Streck, contudo, se posiciona contrariamente à ideia da adoção de um “sistema de precedentes” a partir do Novo Código de Processo Civil, uma vez que os fundamentos utilizados para isso partem de uma aplicação utilitarista do direito no intuito de resolver seus problemas numéricos-quantitativos, não importando se isso “gera transferência de poder excessivo às pretendidas Cortes de Vértice”<sup>267</sup>.

[...] tudo está a indicar que as teses precedentalistas não constituem teoria do direito e, sim, apenas teoria política. O que os autores fazem é uma tentativa de rearranjo institucional. Preocupam-se com “quem deve decidir” e não com o “como se deve decidir”. Até porque não há qualquer novidade em dizer que o positivismo clássico está superado, que as palavras da lei são plurívocas, que texto jurídico e norma são coisas diferentes, etc. É uma tese normativa de teoria política acerca de quem deve decidir e porque essas decisões valem por sua autoridade e não pelo seu conteúdo<sup>268</sup>.

O autor aponta que o que outrora se chamava de “juiz-boca-da-lei” será substituído, se assim se entender, pelo “juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores”, e, em ambas as situações, há a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato<sup>269</sup>. No *common law*, o que confere a dimensão do precedente à decisão da Suprema Corte é a aceitação pelas partes e

<sup>266</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183-184.

<sup>267</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

<sup>268</sup> *Idem*. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

<sup>269</sup> *Idem*. Art. 927. In: FREIRE, Alexandre. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1223.

pelas instâncias inferiores do Judiciário – havendo uma base democrática. Isso não ocorre no que o autor chamou de “precedente à Brasileira”, já que os provimentos nasceriam imediatamente dotados de efeito vinculante<sup>270</sup>.

Encerrando essa digressão sobre a adoção (ou não) do sistema de precedentes no direito brasileiro, prossegue-se com o debate presente na ADI 3.406/RJ.

O Ministro Marco Aurélio, após a análise do artigo 927 do CPC/2015 pelo Ministro Gilmar Mendes, salientou que, independentemente do que diz o Novo Código de ritos, “a lei das leis do País é a Constituição Federal, e não o Código de Processo Civil”<sup>271</sup>, e o artigo 52, X, da Constituição atribui ao Senado o poder de suspender a lei. Esse fenômeno, prossegue o ministro, não é simplesmente declaratório, mas constitutivo<sup>272</sup>.

Após o voto de Alexandre de Moraes, o Ministro Edson Fachin seguiu a relatora e entendeu que a declaração da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 opera uma preclusão consumativa da matéria, de acordo com as observações estabelecidas pelo Ministro Gilmar Mendes<sup>273</sup>.

O Ministro Luiz Fuz também acompanhou o voto da relatora, e salientou que, a partir da equivalência entre as decisões do controle difuso e do controle concentrado, o art. 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado, não podendo este alterar a essência da declaração incidental<sup>274</sup>.

No mesmo sentido se posicionou o Ministro Dias Toffoli, que apenas podia votar na ação 3.470/RJ, apensada à ação 3.406/RJ:

O sentido do art. 52, X, da Constituição, é para uma época em que o Diário Oficial levava três meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo, do Judiciário, não eram publicadas nos diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores, para todo o País, o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura, para dar uma eficácia, e nós ficamos aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam. Toda a evolução da jurisdição constitucional do STF, no Brasil, foi,

<sup>270</sup> STRECK, Lenio Luiz. Art. 927. In: FREIRE, Alexandre. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1223.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reafirmada inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. 2017. (1h06m47s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wCOFMszwZ5Q&t=1222s>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>272</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>273</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>274</sup> *Ibidem*, loc. cit.

exatamente, no sentido de superarmos essa necessidade, por isso eu subscrevo essas manifestações [...] <sup>275</sup>.

Após o voto de Dias Toffoli,, o Ministro Alexandre de Moraes interveio, alegando que a discussão a respeito da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição não foi aventada como questão de ordem e que, como não era esse o debate, não firmou voto nesse sentido <sup>276</sup>.

Na sua vez de votar, o Ministro Gilmar Mendes também acompanhou a relatora e voltou a falar da questão do art. 52, X, da Constituição, concordando com as questões formais trazidas pelo Ministro Alexandre de Moraes, mas reiterando que há muito tempo o Supremo não observa tal dispositivo, a exemplo da costumeira aplicação da modulação dos efeitos nesse tipo de controle, sem observar a manifestação do Senado Federal <sup>277</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, reiterou sua total discordância para a tese vinculada acerca da mutação constitucional, mas seguiu a relatora no que diz respeito à improcedência da ADI e à declaração incidental no art. 2º da Lei 9.055/1995.

Celso de Mello também subscreveu integralmente o voto da Ministra Rosa Weber e teceu comentários sobre a atribuição do Senado no controle difuso de constitucionalidade, acolhendo a proposta do Ministro Gilmar Mendes.

A última a se manifestar foi a Ministra Cármen Lúcia, que também votou com a relatora e também concordou com a tese da mutação constitucional.

#### 4.4 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS DO INSTITUTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A realidade constitucional mostra que as Constituições, principalmente as escritas e tidas como rígidas, não mudam apenas através do mecanismo qualificado e expressamente previsto em seu texto para tal finalidade: a reforma constitucional

---

<sup>275</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reafirmada inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. 2017. (1h39m22s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wCOFMszwZ5Q&t=1222s>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

<sup>276</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>277</sup> *Ibidem, loc. cit.*

(*Verfassungänderung*)<sup>278</sup>. Ao contrário, em decorrência da evolução da sociedade, dos hábitos, costumes e valores sociais, dentre outros fatores, as normas constitucionais sofrem grandes e contínuas alterações de sentido, significado e alcance, através de “mecanismos difusos” que não ensejam a modificação da literalidade do texto constitucional<sup>279</sup>. Esse fenômeno ficou conhecido doutrinariamente como “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*).

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, existem duas espécies de mutações: as que não violam o texto constitucional e as que contrariam os ditames da Constituição (estas chamadas de mutações inconstitucionais)<sup>280</sup>. A autora sintetiza dizendo que a mutação constitucional altera o significado, sentido ou até mesmo o alcance da norma sem, contudo, ultrapassar sua letra e seu espírito. Trata-se, portanto, de uma mudança que não contraria a Constituição, sendo abarcada por ela<sup>281</sup>. A autora, utilizando expressão de Georges Burdeau, diz que tais alterações constitucionais são manifestação de uma espécie de Poder Constituinte, o chamado “poder constituinte difuso”, destinado a preencher os vazios constitucionais, dando continuidade à obra<sup>282</sup>.

Anna Cândida, no entanto, ressalta seus limites:

Como exercício de função constituinte implícita, é forçosamente limitada. Seus limites são necessariamente mais amplos e definidos do que os limites que se impõem ao constituinte derivado, isto é, ao poder de reforma constitucional, na medida em que este, com previsão expressa da Constituição, atua precisamente para reformá-la, emendá-la, modificando o texto e o conteúdo constitucional. O poder constituinte difuso, porque não expressamente autorizado, porque nasce de modo implícito e por decorrência lógica, não pode reformar a letra e o conteúdo expresso da Constituição. Sua atuação se restringe a precisar ou modificar o sentido, o significado e o alcance, sem todavia vulnerar a letra constitucional<sup>283</sup>.

Uadi Lammêgo Bulos observa que essas modificações não podem gerar distorções maliciosas, nem subversões traumatizantes, já que são constitucionais. Assim,

---

<sup>278</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 68.

<sup>279</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>280</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986, p. 9.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>282</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 11.

essas mudanças ocorrem de forma lenta, sem haver previsibilidade de quando serão vislumbradas<sup>284</sup>.

#### 4.4.1 Histórico

Historicamente, o termo mutação constitucional foi utilizado pela primeira vez pelo alemão Paul Laband<sup>285</sup>, em 1895, que diferenciou o instituto do da reforma constitucional. Laband destacou que, apesar de a Constituição ser uma norma jurídica em sentido estrito, o Estado pode transformá-la, através de determinadas ações, sem obrigatoriamente modificar o seu texto<sup>286</sup>. Georg Jellinek aprofundou os estudos sobre o tema, tendo Pablo Lucas Verdú<sup>287</sup> dito, em estudo preliminar inserido na versão espanhola do livro alemão, que seu conceito é preciso, servindo como ponto de partida para ordenar a fenomenologia das transformações constitucionais:

*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que non tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación<sup>288</sup>.*

Assim, Jellinek traz no seu conceito que a mutação constitucional, diferentemente da reforma, é caracterizada por ser um fenômeno involuntário, não necessariamente consciente.

Posteriormente, Hsü Dau-Lin escreveu um dos trabalhos mais importantes sobre o tema<sup>289</sup>, propondo uma sistematização clara das mutações constitucionais. Dau-Lin diz que essa mudança informal “*se trata de la incongruencia que existe entre las*

<sup>284</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 61.

<sup>285</sup> A primeira expressão utilizada por Laband foi “*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*” em livro homônimo (DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Chistian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29).

<sup>286</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 70.

<sup>287</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. Estudio Preliminar. In: JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXIX.

<sup>288</sup> JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7.

<sup>289</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op. cit.*, p. 71.

*normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro*<sup>290</sup>. O autor reconhece que as mudanças informais exigem uma atenção especial quando se estiver tratando de Constituições rígidas, voltando as investigações teóricas para essa perspectiva<sup>291</sup>.

Hsü Dau-Lin diz que a mutação é a contraposição entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, podendo-se diferenciar quatro espécies: a) a mutação mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) a mutação mediante a impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) a mutação mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição e d) a mutação mediante interpretação<sup>292</sup>.

Karl Loewenstein, por sua vez, disse que a mutação constitucional ocorre quando há uma transformação da configuração de um poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que esta atualização seja realizada no texto constitucional. Ele observa que essas mudanças constitucionais ocorrem em todos os Estados que adotam constituições escritas, sendo muito mais frequentes do que as próprias reformas constitucionais<sup>293</sup>.

O conceito de mutação constitucional, contudo, passou por evoluções durante a história. Os autores tradicionais (como Paul Laband, Georg Jellinek, Rudolf Smend e Hsü Dau-lin) adotavam um conceito amplo e genérico sobre o tema, entendendo tratar-se basicamente de uma situação de discrepância entre a Constituição e a realidade constitucional<sup>294</sup>. Esse conceito amplo, todavia, foi alvo de inúmeras críticas. Wellington Márcio Kubliskas, utilizando a doutrina de Ana Victória Sánchez Urrutia, esclarece, por exemplo, que essa definição não consegue estabelecer uma

---

<sup>290</sup> DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Chistian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29.

<sup>291</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>293</sup> No texto em espanhol: “*en la mutación constitucional [...] se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional: el texto de la constitución permanece intacto. Este tipo de mutaciones constitucionales se da en todos los Estados dotados de una constitución escrita y son muchos más frecuentes que las reformas constitucionales formales. Su frecuencia e intensidad es de tal orden que el texto constitucional en vigor será dominado y cubierto por dichas mutaciones sufriendo un considerable alejamiento de la realidad, o puesto fuera de vigor* (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965, p. 165).

<sup>294</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 75-76.

diferença razoável entre desenvolvimento constitucional, mudanças informais da constituição, transgressão e negação constitucional<sup>295</sup>.

José Afonso da Silva, criticando o posicionamento jellinekiano<sup>296</sup>, diz que o problema da doutrina que adota um conceito amplo de mutação constitucional é o fato de este promover uma verdadeira flexibilização das Constituições rígidas<sup>297</sup>. O autor ressalta que é justamente a rigidez constitucional que afirma a supremacia de suas normas e constitui garantia de permanência dos direitos fundamentais<sup>298</sup>.

É que é inaceitável essa teoria tradicional das mutações constitucionais e estas só serão validas se tiverem como função desenvolver critérios aplicáveis à situação normal, vale dizer, só serão aceitáveis, como legítimas, as mutações constitucionais que não contrariem a Constituição, [...] repelindo, como tais, as mutações inconstitucionais<sup>299</sup>.

É importante observar que essa doutrina mais tradicional tem seu estudo desenvolvido no final do século XIX e início do século XX, época em que os mecanismos de controle de constitucionalidade – que garantem a supremacia e normatividade da Constituição – não estavam plenamente estabelecidos na Europa continental<sup>300</sup>.

Mais recentemente, com a concretização da ideia de que as Constituições são normas jurídicas especiais (normas vinculantes e obrigatórias, alocadas, entretanto, de forma a permitir maior abertura para receber as modificações sociais) e com o fortalecimento do controle de constitucionalidade, os doutrinadores (tendo como base os ensinamentos de Konrad Hesse e Friedrich Müller) passaram a considerar a mutação constitucional como um fenômeno por meio do qual significados, alcances ou sentido de normas são alterados, porém dentro dos limites estabelecidos pela

---

<sup>295</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 76.

<sup>296</sup> Jellinek admite como modalidade de mutação constitucional, por exemplo, a prática parlamentar inconstitucional. De acordo com Jellinek, *“así como por lo general la aplicación jurisprudencial de los textos legales vigentes está sujeta las necesidades y opiniones variables de los hombres, lo mismo ocurre com el legislador, cuando interpreta mediante leyes ordinarias la Constitución. Lo que parece en un tiempo inconstitucional emerge más tarde conforme la Constitución y así la Constitución sufre, mediante el cambio de su interpretación, una mutación”* (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 16.)

<sup>297</sup> SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 284.

<sup>298</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 284-285.

<sup>300</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op. cit.*, p. 76.



própria Constituição, adotando, assim, uma perspectiva mais restrita<sup>301</sup>. De acordo com esse entendimento, as mutações constituem um meio legítimo de evolução da Constituição, desde que sejam realizadas dentro dos próprios limites impostos por ela, sendo totalmente distinta da transgressão constitucional<sup>302</sup>.

Assim, as normas constitucionais são alcançadas através da combinação entre o programa normativo (que é o texto da norma) e o âmbito normativo (que é o componente fático da norma; a realidade que se quer normatizar)<sup>303</sup>. As alternativas abrangidas pelo programa normativo (normalmente fixado de maneira genérica) são constitucionais e as alternativas não abrangidas são inconstitucionais<sup>304</sup>.

Sobre programa normativo e âmbito normativo, pronuncia-se Müller:

[...] um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositivista é apenas a “ponta do *iceberg*”. Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o *âmbito da norma* normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição<sup>305</sup>.

A necessidade de um constante ajuste dialético entre o programa da norma e o âmbito da norma, portanto, justifica a existência das mutações constitucionais. Estas, embora traduzam mudanças no sentido das normas (através da evolução da realidade constitucional), não podem contrariar os princípios estruturais – políticos e jurídicos – da Constituição<sup>306</sup>.

<sup>301</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 72.

<sup>302</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>303</sup> Quem primeiro apresentou essa visão foi Friedrich Müller, trazendo os conceitos de *normbereich* (âmbito normativo) e *normprogram* (programa normativo) (BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 56). Konrad Hesse completou essa ideia, dizendo que “a concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são [...] somente possíveis com o emprego das condições de ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar. As particularidades [...] dessas condições formam o ‘âmbito da norma’ que, da totalidade das realidades, afestadas por uma prescrição, do mundo social, é destacado pela ordem, sobretudo expressada no texto da norma, o ‘programa da norma’, como parte integrante do tipo normativo. Como essas particularidades, e com ela o ‘âmbito da norma’, estão sujeitas às alterações históricas, podem os resultados da concretização da norma modificar-se, embora o texto da norma (e, com isso, no essencial, o ‘programa da norma’) fique idêntico. Disso resulta uma ‘*mutação constitucional*’ permanente [...]” (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 51).

<sup>304</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>305</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

<sup>306</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1229.

#### 4.4.2 A interpretação como modalidade de mutação e os seus limites

Uadi Lammêgo Bulos, partindo para o estudo das modalidades de mutação constitucional, percebe que não há um consenso na doutrina sobre o assunto<sup>307</sup>. De acordo com ele, não se pode enumerar o rol de hipóteses em que os dispositivos da Constituição sofrem mutações constitucionais. Esses métodos são ilimitados, já que dependem das mudanças sociais. Assim, justamente por serem impassíveis de enumeração, tais mecanismos alcançam vários meios de exteriorização, dentre eles: a interpretação constitucional<sup>308</sup>, os costume sociais, as complementações legislativas, as práticas Estatais (do Executivo, Judiciário e Legislativo) e, inclusive, a influência dos grupos de pressão<sup>309</sup>.

O foco do presente trabalho – a possível ocorrência de mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal – encontra respaldo na modalidade da interpretação constitucional. Antes de prosseguir com a análise das mudanças informais pela via interpretativa, contudo, cumpre-se salientar a discussão acerca da função criadora da interpretação, que nem sempre foi, e por muitos ainda não é, aceita de modo pacífico.

Existe uma corrente doutrinária – mais conservadora – que vê a interpretação com um caráter exclusivamente cognoscitivo. Assim, por meio de uma interpretação completamente objetiva, seria possível extrair o significado inerente à norma e, conseqüentemente, alcançar a sua verdade<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 65.

<sup>308</sup> Uadi Lammêgo Bulos também traz como modalidade de mutação a “construção constitucional”, tendo o termo origem nos Estados Unidos. Os americanos diferenciam a construção da interpretação constitucional. Nesse entendimento, a interpretação é aquilo que atém-se ao texto, configurando-se com o isolamento da lei, enquanto a construção vai adiante, examinado o ordenamento jurídico, revelando a *ratio essendi* do produto legislado. Existem duas correntes a respeito dessa dicotomia construção-interpretação. A primeira entende como modalidades distintas, como já demonstrado. A segunda, contudo, entende a construção como espécie de interpretação. O presente trabalho filia-se à segunda corrente, entendendo que toda verdadeira interpretação é, na verdade, uma construção. Sobre o assunto, conferir: BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 141-146.

<sup>309</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 66.

<sup>310</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 116.

Outra corrente, porém, entende que a interpretação engloba um juízo decisório, atribuindo o intérprete um sentido à norma analisada, dentro de uma esfera em que outras interpretações também são viáveis. Essa concepção admite que toda interpretação envolve uma decisão discricionária dentre as diversas opções de soluções de um determinado caso concreto<sup>311</sup>. A teoria é sustentada por Hans Kelsen:

[...] A obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária.

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do direito, não se tratará de um conhecimento do direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc<sup>312</sup>.

Paulo Bonavides, abordando à ideia kelseniana, diz que o intérprete, na hermenêutica jurídica, irá eleger um de seus possíveis significados, guiando-se mais pela vontade do que pela inteligência. Assim, quando o juiz decide por uma das diversas interpretações possíveis, essa eleição se dá fora da esfera teórica, encontrando respaldo no âmbito da política do direito<sup>313</sup>.

Wellington Márcio Kubliskas salienta, todavia, que a função criadora, hoje amplamente admitida, não autoriza ao intérprete gerar a norma constitucional, devendo observar os limites da sua discricionariedade. Ainda assim, a atividade interpretativa das normas constitucionais envolverá sempre a criação, uma vez que, embora tenha como ponto inaugural uma expressão pré-estabelecida, o intérprete terá que lhe atribuir um novo sentido ou alcance, muitas vezes diferente daquele cunhado originalmente pelo legislador constituinte<sup>314</sup>.

É exatamente a partir dessa visão que a interpretação atua como uma modalidade de mutação constitucional. O intérprete e aplicador do direito promove, em conformidade com a Constituição escrita e dentro dos seus limites, uma alteração no

<sup>311</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 116.

<sup>312</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>313</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 448.

<sup>314</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Op. cit.*

sentido, sem qualquer modificação no seu texto. A mutação constitucional pela via interpretativa, contudo, só pode ser percebida a partir da concretização das normas constitucionais, na análise casuística<sup>315</sup>.

Todos os métodos de interpretação podem ocasionar a mutação constitucional, em maior ou menor extensão, atribuindo à Constituição novos sentidos e conteúdos antes não ressaltados, tornando possível a ocorrência de alterações não disciplinadas anteriormente em sua letra. Essas mutações interpretativas visam o aprimoramento da Constituição sem, contudo, desvirtuar a sua juridicidade. Devem atuar naqueles casos-limites, onde se busca adequar dispositivos da Carta Magna à realidade social cambiante, sem extrapolar os limites do controle de constitucionalidade<sup>316</sup>.

Quanto mais elástico for o processo de interpretação, contudo, maiores serão os perigos de desvirtuamento da letra constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que regem seu texto. De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz, a ocorrência dessa quebra na juridicidade da Constituição acarreta em uma “legitimidade fácil e desimpedida de poder” e na perda da sua função estabilizadora, podendo, até mesmo, destruí-la como norma<sup>317</sup>. Se o ato interpretativo desvirtuar a norma constitucional, estar-se-á diante de uma mutação inconstitucional, que representa o maior dos riscos que pode sofrer uma Constituição quando se fala em mudanças informais através da interpretação<sup>318</sup>.

Para Uadi Lammêgo Bulos, em verdade, não é possível estabelecer os limites da mutação constitucional, justamente por este ser um fenômeno resultante de “forças elementares”, de acordo com fatos sociais e situações que estão em constantes transformações<sup>319</sup>. Ele ressalta:

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,

<sup>315</sup> KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009, p. 120.

<sup>316</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

<sup>317</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986, p. 63.

<sup>318</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>319</sup> *Ibidem*, p. 89.

através de interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior<sup>320</sup>.

Nelson Nery Júnior, por outro lado, afirma que o programa da norma é o limite para a mutação constitucional. A interpretação do dispositivo, portanto, deve estar de acordo com o *Normprogramm*, caso contrário, será declaradamente arbitrária e decisionista. É o teor expresso do texto constitucional que irá estabelecer o âmbito de alteração que pode sofrer a interpretação constitucional<sup>321</sup>. Esse teor não abrange apenas a letra da norma escrita, mas o próprio “programa da norma integralmente elaborado”<sup>322</sup>.

O risco da deturpação de uma interpretação que poderá ensejar uma mudança informal no texto constitucional, portanto, existe. As normas, contudo, não podem deixar de ser interpretadas, pois o fundamento da mutação constitucional é o de promover mudanças indispensáveis, sem a necessidade de se recorrer a processos modificativos formais<sup>323</sup> – extremamente burocráticos – já que isso ensejaria o engessamento do avanço constitucional e a conseqüente ineficácia de suas normas.

#### 4.5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL OU ATIVISMO JUDICIAL?

Ao efetuar-se uma mutação constitucional, deve-se ter como parâmetro o próprio texto da Constituição Federal de 1988 e a nova norma extraída deve estar de comum acordo com o sistema jurídico brasileiro<sup>324</sup>.

Gilmar Mendes defende que houve a mutação constitucional a partir da ampliação do sistema de controle concentrado, como visto na apresentação do seu voto na Reclamação, posteriormente confirmado na ADI 34.06/RJ. Dirley da Cunha Júnior, na perspectiva doutrinária, compartilha do mesmo entendimento, ao entender que

---

<sup>320</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91.

<sup>321</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

<sup>322</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>323</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>324</sup> MATOS, Daniel Ortiz. **A Mutação Constitucional e a Tentativa de Abstrativização do Sistema Concreto de Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <<http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/view/85/72>>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 112.

“essa competência do Senado, [...] se foi necessária nos idos de 1934, e talvez até à década de 80, não revela hoje utilidade, em face do novel sistema jurídico desenhado pela vigente Constituição da República”<sup>325</sup>. O autor considera que, em um sistema em que se adota o controle-concentrado principal, operando-se efeitos *erga omnes* e vinculantes, a participação do Senado na via difusa é uma providência anacrônica e contraditória. Ele entende, então, pela eliminação da intervenção da Alta Casa do Congresso nas questões constitucionais, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal se transformar em uma verdadeira Corte, com capacidade para proferir decisões na via difusa com eficácia geral e efeito vinculante, semelhante ao que acontece no *stare decisis* da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América<sup>326</sup>.

Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, contudo, adotam posicionamento completamente diverso do apresentado por Gilmar Mendes, no sentido de 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”<sup>327</sup>. Os referidos autores ainda se posicionam averbando que, em alguns casos, a mutação pode significar a ideia equivocada de substituição do Poder Constituinte pelo Poder Judiciário<sup>328</sup> e concluem: “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*”<sup>329</sup>.

Os argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem a tese da mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal demonstram as vantagens processuais e econômicas da ampliação dos efeitos das decisões do Supremo, superando, assim, o que eles chamaram de “esquizofrenias do sistema brasileiro misto”<sup>330</sup>. Esse

---

<sup>325</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 176.

<sup>326</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>327</sup> STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman%20&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman%20&Itemid=40)>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 8.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>329</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>330</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente e concentração do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal. In: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 303.

entendimento, contudo, não reflete as limitações normativas que a própria Constituição inflige ao STF.

De acordo com Nelson Nery Júnior, a tese da mutação do artigo 52, X, da Constituição, na verdade, avilta a atividade do Poder Legislativo, aqui representado pelo Senado, conduzindo para uma notável hipertrofia do STF nos processos de controle difuso de constitucionalidade. Segundo o autor, o entendimento é manifestamente inconstitucional, já que ofende o Estado Democrático de Direito (tutelado no artigo 1º, *caput*, CF); o *due process of law* (artigo 5º, *caput* e LIV, CF) e o princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º, CF)<sup>331</sup>.

Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima complementam essa ideia dizendo que:

atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os *princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* [...], pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará<sup>332</sup>.

Miguel Calmon Dantas, nesse sentido, ressalta o caráter prejudicial do controle difuso, já que o acolhimento ou não da tese de inconstitucionalidade repercute substancialmente sobre o provimento judicial final que resolve o litígio. Não se pode admitir, por exemplo, que todo juízo de inconstitucionalidade seja resultado de uma análise abstrativizada da lei, consequência de uma concepção formalista e positivista, que entende que a lei será sempre constitucional ou inconstitucional, esquecendo-se dos elementos fáticos que compõem o litígio e dão diretrizes para a interpretação e a concretização constitucional<sup>333</sup>.

A abstração e a generalidade típicas da norma podem fazer com que ela aparentemente seja compatível com a ordem constitucional. Reside, contudo, uma “ineliminável possibilidade resultante da irrepetibilidade das peculiaridades e

<sup>331</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade das leis e de atos normativos: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 47, n. 187, jul./set., 2010, p. 194.

<sup>332</sup> STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman%20&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman%20&Itemid=40)>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 7.

<sup>333</sup> DANTAS, Miguel Calmon. Competência do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Frago Modesto**. Salvador: EDUFBA, n. 13, 2006, p. 194.

especificidades fáticas de que a sua aplicação, em determinado caso concreto, conduza a uma iniquidade insuportável segundo o próprio sistema constitucional [...]”<sup>334</sup>. É evidente, portanto, a preocupação, inclusive no modelo americano, em evitar que o *stare decisis* asfixie os particularismos do caso concreto, que nunca será totalmente igual a outro. Dessa inquietação deriva o modelo minimalista da aplicação dos precedentes, como também a possibilidade de sua superação com a utilização do *overriding*. Assim, fica claro que a situação fática é de extrema importância para o controle difuso, não sendo possível o mero exame lógico entre a ordem constitucional e a norma submetida a controle<sup>335</sup>.

É nesse contexto que Miguel Calmon Dantas justifica a resistência à doutrina do Ministro Gilmar Ferreira Mendes – quando este afirma que hoje há a prevalência do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade – e ressalta a importância do papel do Senado Federal, que simboliza, no modelo difuso, o órgão legítimo (a partir do processo eleitoral) a tornar geral os efeitos das decisões do Supremo<sup>336</sup>. A relevância do Senado se dá justamente pelo fato de o Brasil não possuir um Tribunal Constitucional nos moldes do modelo austríaco, que dispõe tal Corte de forma apartada do Poder Judiciário, sendo uma instituição suprapartidária, situada no organograma do Estado entre os três poderes<sup>337</sup>.

Nesse mesmo sentido se posiciona Sérgio Resende de Barros:

Foi para obter um contrapeso de moderação no âmbito da federação que a Constituição outorgou ao Senado, e não à corte constitucional, a função de suspender a execução da lei. Por isso, a Constituição fez do Senado o senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional<sup>338</sup>.

Georges Abbud acrescenta que, diversamente do que se tem apregoadado, o STF e o STJ não são tribunais que se destinam apenas a fixar teses jurídicas<sup>339</sup>. Estabelecer essa premissa somente seria possível com uma mudança do texto constitucional, por emenda, retirando desses tribunais a competência para julgamento de recursos

<sup>334</sup> DANTAS, Miguel Calmon. Competência do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragozo Modesto**. Salvador: EDUFBA, n. 13, 2006, p. 196.

<sup>335</sup> *Ibidem*, p. 196-197.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>337</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade das leis e de atos normativos: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 47, n. 187, jul./set., 2010, p. 197.

<sup>338</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, X: reversibilidade? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun., 2003, p. 237.

<sup>339</sup> ABOUD, Geroges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 548.



excepcionais, já que os artigos 102 e 105 da Constituição Federal têm a previsão do julgamento de lides (conflitos entre direitos subjetivos)<sup>340</sup>.

Uma Constituição viva exige sempre uma tensão dialética, no momento de sua interpretação, entre o Legislativo e a Corte controladora. O aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade não pode possibilitar, por exemplo, a consideração de inutilidade de dispositivos constitucionais vigentes que, assim como entendeu o legislador constituinte derivado, continuam fazendo parte do sistema constitucional pátrio. Não é possível, dessa forma, adotar posicionamentos que contrariam os princípios clássicos de interpretação<sup>341</sup>. A norma constitucional não pode ser esvaziada através de qualquer entendimento, nem mesmo aquele tomado pelo Tribunal que exerce a função de Corte Constitucional, “até porque, ressalte-se, se este é o último, não é o único intérprete da Constituição”<sup>342</sup>.

Essa última visão remete àquela já consolidada por Peter Häberle segundo a qual:

no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição<sup>343</sup>.

Deixar que o Supremo atribua eficácia *erga omnes* às decisões em sede de controle difuso, portanto, é conferir à Corte, em alguns casos, poder normativo maior do que o do próprio Senado, pois lhe atribui o *status* de único intérprete da Constituição<sup>344</sup>. Não se pode esquecer, nesse contexto, que a concentração do poder é o meio mais fácil de alcançar o arbítrio, especialmente numa Constituição que adota o sistema dos freios e contrapesos, como é o caso da brasileira<sup>345</sup>.

Ademais, a ideia de que ocorreu uma mudança informal do artigo 52, X, da Constituição também não encontra respaldo se analisada sob a perspectiva da

---

<sup>340</sup> ABOUD, Geroges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 550.

<sup>341</sup> MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, 2009, p. 64.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>343</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

<sup>344</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade das leis e de atos normativos: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 47, n. 187, jul./set., 2010, p. 199.

<sup>345</sup> MORAIS, Dalton Santos. *Op. cit.*, p. 72.

própria teoria da mutação constitucional e os limites que lhe foram impostos. Deve-se ter em mente que a mutação, de acordo com o pensamento de Jellinek<sup>346</sup>, é um fenômeno não programado, que não deve ser preconcebido, sob pena de descaracterizá-lo. A espontaneidade e a imprevisibilidade, por conseguinte, são duas características determinantes para a sua compreensão<sup>347</sup>. “Membros do Judiciário que desejem, *sponte propria*, ‘realizar’ mutações constitucionais estarão, sem sombra de dúvida, desconfigurando o fenômeno em suas linhas capitais”<sup>348</sup>, pois qualquer planejamento é fator para descaracterizá-la.

De acordo com Nelson Nery Júnior<sup>349</sup>, acolher a possibilidade de alterar o texto escrito e expresso da Constituição através do mecanismo da mutação constitucional seria autorizar ao STF poder para emendá-la, adotando, assim, a tese schmittiana, decisionista, de distinguir o texto constitucional da própria Constituição.

Contrariando o pensamento anteriormente exposto do juiz da Suprema Corte Americana, Charles Evans Hughes<sup>350</sup>, e o do autor Teori Albino Zavascki, permitir a atuação ilimitada do STF na mutação constitucional, na prática, resultaria dizer que “a Constituição é aquilo que o STF diz que ela é”, afrontando, dessa forma, sobremaneira, o princípio da separação dos poderes e o papel que deve ser exercido pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito<sup>351</sup>. Sim, porque a utilização da mutação constitucional não pode permitir que o intérprete ultrapasse os limites que a própria Constituição lhe estabelece<sup>352</sup>.

É nesse ponto que se retoma a diferenciação oferecida por Friedrich Müller<sup>353</sup> entre programa normativo e âmbito normativo, ideia claramente ressaltada por José

---

<sup>346</sup> Conforme já citado, Jellinek distingue a reforma constitucional da mutação dizendo que a primeira é um fenômeno voluntário e consciente, enquanto a segunda se caracteriza pela ausência da intenção (JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7).

<sup>347</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 226-227.

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>349</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 100.

<sup>350</sup> Cf. nota de rodapé n. 187.

<sup>351</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>352</sup> MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, 2009, p. 81.

<sup>353</sup> Cf. páginas 79 e 80 deste trabalho.

Joaquim Gomes Canotilho. O autor diz que é possível admitir-se modificação no âmbito ou esfera da norma que ainda esteja abarcada pelo programa normativo, mas situação diversa e contrária à Constituição seria legitimar uma alteração constitucional que se traduz a partir de uma realidade inconstitucional, inoportável dentro do programa da norma<sup>354</sup>.

Também é nesse sentido que se pronuncia Konrad Hesse:

[...] o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança de situação. Se o sentido de uma preposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente<sup>355</sup>.

Destarte, o que se vê com a proposta da mutação constitucional no controle difuso de constitucionalidade é uma operação autocriativa do processo constitucional, atuando o Supremo Tribunal Federal como uma espécie de poder constituinte reformador, capaz de modificar o texto da Constituição<sup>356</sup>. A mais Alta Corte, nesse sentido, parece querer apropriar-se de competências que a Constituição conferiu ao Senado, aos legisladores de modo geral e aos tribunais que realizam o controle difuso<sup>357</sup>.

Sobre essa última perspectiva, há de se ressaltar, à luz do sistema misto previsto na Constituição Federal, o juiz ordinário, que possui o papel de agente responsável pela solução de conflitos, tendo como base a tutela jurisdicional abalizada na Constituição. Esta é a hipótese em que o controle difuso aparece como mecanismo adequado para transformar o Judiciário em um espaço favorável à prática da

<sup>354</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003, p. 1229.

<sup>355</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

<sup>356</sup> LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente e concentração do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal. *In*: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional**: Controle de Constitucionalidade. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 303.

<sup>357</sup> *Ibidem*, p. 313.

democracia participativa e, conseqüentemente, aproximar a jurisdição constitucional da própria sociedade<sup>358</sup>.

Outro argumento que combate a explanação do Ministro Gilmar Mendes é a existência do instituto da súmula vinculante – estabelecida no ordenamento pátrio a partir da EC 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A na CF/1988 – apresentado na Reclamação 4.335/AC a partir do voto do então Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence e reafirmado pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI 3.406/RJ.

A referida Emenda permitiu a edição de súmula vinculante, inclusive de ofício, de decisão reiterada pelo STF em sede de controle difuso, com o objetivo de evitar o ajuizamento de demandas similares já decididas ou para diminuir o tempo de tramitação de causas já pacificadas definitivamente pela Corte<sup>359</sup>. Partindo-se dessa atribuição constitucional ao Supremo, é possível concluir que já existe dispositivo na Constituição que atente à eventual necessidade de atribuição de efeitos gerais em decisões definitivas do STF em controle difuso, sem a necessidade de manifestação do Senado, tendo estas efeitos vinculantes, devendo ser observadas pela jurisdição ordinária e pela Administração Pública<sup>360</sup>.

A diferença é que tal competência foi atribuída ao STF constitucionalmente, a partir de Emenda Constitucional, sem menosprezar a importância do controle difuso conferido a todos os juízos e Tribunais do Poder Judiciário e sem transformar a atribuição dada ao Senado em mera atividade de publicidade<sup>361</sup>, até porque, em expressão de Sérgio Resende de Barros<sup>362</sup>, “[...] a decisão de qualquer tribunal, sobretudo do Supremo, já é pública por sua própria natureza”.

Deve-se observar que, para a edição de súmula vinculante, é necessário o pronunciamento favorável de dois terços dos Ministros do Supremo. Exigência diferente ocorre na declaração incidental de inconstitucionalidade, que exige apenas a manifestação da maioria absoluta (conforme o artigo 97 da Constituição). De tal modo que, se for acolhida a tese da mutação constitucional, as “súmulas perderam a

---

<sup>358</sup> MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, 2009, p. 80.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>360</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>362</sup> BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, X: reversibilidade? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun., 2003, p. 236.

razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco*<sup>363</sup>”.

A partir dos argumentos expostos, é de se concluir, então, que o real debate hoje deve versar sobre a transformação do Supremo Tribunal Federal em um órgão eminentemente político, capaz de usurpar competências legislativas.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos<sup>364</sup>, a linha de raciocínio oferecida pelo Ministro Gilmar Mendes acaba por culminar num exercício de legiferação positiva, inadmitida, inclusive, pelo próprio Supremo. Segundo o autor, o fenômeno da mutação constitucional não se compara ao trabalho dos legisladores positivos, juízes legisladores ou ativistas judiciais, ainda que estes a utilizem como substrato para defenderem pontos de vista e fundamentarem, mesmo na melhor das intenções, seus próprios veredictos<sup>365</sup>. O que se viu, na verdade, na Reclamação 4.335/AC e, posteriormente, nas ADIs 3.406 e 3470 “é algo muito comum na vida constitucional dos Estados: a existência de outro instigante fenômeno, [...] que se chama manipulação constitucional”<sup>366</sup>.

Entende-se, deste modo, o discurso jurídico da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição como uma forma de se atribuir poderes ilimitados à Suprema Corte brasileira, deturpando o instituto do controle difuso de constitucionalidade e terminando por gerar um Estado em que não há mais limites para a atuação do Judiciário, em um Estado em que o Poder Judiciário domina a função legislativa, seja através da edição de súmulas vinculantes e o seu papel normativo, seja através da atribuição de eficácia *erga omnes* a um controle que tem por característica ser *incidenter tantum*, realizado à luz do caso concreto.

Percebe-se, assim, que a atitude daqueles que defendem a tese da mutação é claramente ativista, em sua acepção negativa, no sentido de que o STF está apoderando-se da competência de órgão do legislativo e ultrapassando os seus

---

<sup>363</sup> STRECK, Lenio Luiz *et al.* **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman%20&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman%20&Itemid=40)>. Acesso em: 20 set. 2011, p. 10.

<sup>364</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 227.

<sup>365</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>366</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

limites de Guardião da Constituição e legislador negativo na declaração incidental e difusa de inconstitucionalidade.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho científico teve por objetivo discutir a questão trazida pela Reclamação Constitucional 4.335/AC, em que o Ministro Gilmar Mendes propõe a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal e a sua consagração informal a partir das ADIs 3.406 e 3.470, ambas do Rio de Janeiro.

Constatou-se, no decorrer desta monografia, que a jurisdição constitucional, no Brasil, vem passando por uma série de mudanças, ocasionadas pela aproximação entre os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados. Tal aproximação, na verdade, resulta do fenômeno chamado doutrinariamente de “germanização do controle de constitucionalidade”, em que se impõem algumas características típicas do controle concentrado ao controle difuso.

Ademais, foi possível perceber a razão de se ter concedido ao Senado Federal a competência privativa de suspender a norma declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal. A razão para tal intervenção se deve ao fato de o Brasil possuir tradição romanística (diferentemente dos Estados Unidos, país de onde se importou o controle difuso-incidental), em que não há a atribuição de efeito vinculante às decisões judiciais, nem mesmo àquelas proferidas pela Corte Constitucional pátria. Dessa forma, a outorga ao Senado da competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional é resultado da necessidade de se atribuir uma eficácia geral às decisões proferidas incidentalmente, mantendo, assim, a segurança jurídica. Contudo, ressaltou-se que a suspensão é ato discricionário da Casa Legislativa, não havendo um prazo para a sua manifestação.

Nessa perspectiva, tal resolução senatorial deve incidir exclusivamente no plano da eficácia, partindo-se da invalidade declarada pelo Supremo. Nesse íterim, ficou claro que a suspensão por parte do Senado não se confunde com a revogação da norma, considerando que, a rigor, apenas o órgão que deu origem à lei (ou ato normativo) pode determinar a sua revogação.

Analisando o conteúdo da Reclamação 4.335/AC, em que se alegou que o instituto da suspensão senatorial tornou-se obsoleto em decorrência das recentes mudanças perpetradas a partir da Carta de 1988, partiu-se em busca do conceito de mutação constitucional, estabelecendo-se que se trata de um processo de mudança informal

da Constituição, em que há uma alteração no sentido, significado ou alcance da norma, porém sem ensejar transformações na literalidade do seu texto. Ficou claro, contudo, que ao se ultrapassar o espírito da norma, a mutação passa a ser inconstitucional, gerando distorções no sistema. Assim, concluiu-se que ao efetuar uma mudança informal na Constituição deve-se ter como parâmetro o próprio texto normativo (programa da norma).

Aqueles que entendem pela mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição, defendem que o dispositivo tornou-se obsoleto, considerando um sistema que também adota o controle concentrado-principal, em que se opera a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão da Corte. Seria contraditório, portanto, infligir tais limites à eficácia de uma decisão proveniente do mesmo Tribunal. Além disso, esses mesmo autores acrescentam as vantagens processuais e econômicas da adoção da tese da mutação constitucional, superando as dificuldades encontradas no sistema brasileiro híbrido do controle de constitucionalidade.

O entendimento que prevaleceu nesse trabalho, contudo, foi completamente contrário ao oferecido pelo relator da referida Reclamação e reafirmado nas ADIs 3.406 e 3.470. Entendeu-se, portanto, que a tese que propõe a mutação constitucional do referido artigo defende, em última análise, uma concepção decisionista, transformando o STF em uma espécie de Poder Constituinte permanente, conduzindo para uma notável hipertrofia desse órgão perante os demais, incluindo aqueles pertencentes ao Poder Judiciário.

Inclusive, em outro argumento contrário, percebeu-se a relevância do Senado na atuação do controle difuso pelo fato de o Brasil não possuir um verdadeiro Tribunal Constitucional, nos moldes definidos no modelo austríaco, ou seja, apartado da estrutura do Poder Judiciário, sendo uma instituição suprapartidária, fora do âmbito dos três poderes do Estado. A atribuição da competência ao Senado, portanto, serve como um contrapeso moderador, à luz da separação dos poderes, às decisões tomadas pelo Supremo.

Adotou-se, portanto, a premissa de que uma Constituição viva exige uma eterna tensão dialética entre o Legislativo e a Corte Constitucional, sendo que o aperfeiçoamento do controle de constitucionalidade não pode resultar em concepções que inutilizam dispositivos ainda vigentes. Não é possível, dessa forma,



esvaziar preceitos constitucionais através de qualquer entendimento, contrariando os princípios clássicos de interpretação e hermenêutica constitucional.

Assim, aceitar a tese da mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição é conferir ao Tribunal a condição de único intérprete da Constituição.

A questão não encontra nem mesmo respaldo na própria teoria da mutação constitucional, devendo-se ter em mente que o fenômeno não é programado, não podendo ser preconcebido, sob pena de descaracterizá-lo.

A partir de tais argumentos é que se conclui, então, que o discurso jurídico da mutação de tal inciso constitucional corresponde claramente a uma forma de atribuir poderes ilimitados ao Supremo Tribunal Federal, configurando um claro posicionamento ativista, conceito que foi adotado no presente trabalho no seu aspecto integralmente negativo, de usurpação do Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Geroges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. *In*: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Coords.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. São Paulo: UNESP, 2007, p. 81-115.

BAGGIO, Roberta Camineiro. **Federalismo no Contexto da Nova Ordem Global: perspectivas de (re)formulação da federação brasileira**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Releitura do princípio da separação dos poderes à luz da concretização dos direitos fundamentais: os fluidos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional. **Revista Jurídica**. Sapucaia do Sul, v. 58, n. 395, 2010, p. 79-111.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, X: reversibilidade? **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 40, n. 158, abr./jun., 2003, p. 233-239.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 11 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis**. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 387-401.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 28 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. De 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 1 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Lei de Crimes Hediondos**. Brasília, DF, 25 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em: 3 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm)>. Acesso em: 2 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.055**, de 01 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9055.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9055.htm)>. Acesso em 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.406/RJ**. Rel. Min. Rosa Weber.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADI 3.470/RJ**. Rel. Min. Rosa Weber.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ADI 3.937/SP. Min. Rel. Marco Aurélio. Publicado no DJU de 01.09.2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reclamação n. 1.987/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Publicado no DJU de 21.05.2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reclamação n. 4.335/AC**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Publicado no DJU de 25.08.2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Reclamação n. 10.604/DF**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Publicado no DJE de 14.09.2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n. 16.512/DF**. Rel. Min. Oswaldo Trigueiro. Publicado no DJU de 31.08.1966.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Habeas Corpus n. 82.959/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJU de 01.09.2006.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n. 168.149**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Publicado no DJU de 04.08.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reafirmada inconstitucionalidade de dispositivo que permitia extração de amianto crisotila**. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wCOFMszwZ5Q&t=1222s>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZAID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, João Bosco Marcial de. **O Controle de Constitucionalidade das Leis e a Intervenção do Senado Federal**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. **Alceu**. Rio de Janeiro: Departamento de Comunicação Social da PUC-Rio, n. 9, jul./dez. 2004, v. 5, p. 105-113.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 183-184.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DANTAS, Miguel Calmon. Competência do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto**. Salvador: EDUFBA, n. 13, 2006, p. 181-212.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Trad. Pablo Lucas Verdú e Chistian Förster. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

G. P. PUTNAM'S SONS. **Addresses and papers of Charles Evans Hughes, governor of New York, 1906-1908**. New York and London: The Knickerbocker Press, 1908. Disponível em: <<http://catalog.hathitrust.org/Record/009567346>>. Acesso em: 26 ago. 2012.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Korand. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

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

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Recurso Extraordinário e Ofensa Reflexa à Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2009.

IRONS, Peter. *Making Law: The Case for Judicial Activism*. **Valparaiso University Law Review**. 1989-1990, v. 24. Disponível em: <<http://home.heinonline.org>>. Acesso em: 30 nov. 2012, p. 35-52.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

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

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas S.A. 2009.

LAPA, Arabela de Souza Castro e Pedreira. **O Princípio da Separação dos Poderes no Estado Constitucional de Direito**. 2007. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Unyahna em parceria com o Curso JusPodivm.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Efeito transcendente e concentração do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência (autocriativa) do Supremo Tribunal Federal. *In*: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 295-316.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat** como referência semântica na memória de Weimar. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. Disponível em: <<http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Leonardo. A Retórica do Processo Constitucional Brasileiro Objetivo no Brasil. *In*: NOVELINO, Marcelo. (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional: Controle de Constitucionalidade**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 227-246.

MATOS, Daniel Ortiz. A Mutação Constitucional e a Tentativa de Abstrativização do Sistema Concreto de Controle de Constitucionalidade. **C&D-Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://srv02.fainor.com.br/revista/index.php/memorias/article/view/85/72>>. Acesso em: 20 set. 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**. Ago./2009. Brasília, v. 1, n. 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_04/efeito\\_vinculante.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, jul./set., 2008, p. 257-276.

\_\_\_\_\_; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.  
MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, 2009, p. 50-92.

MORAIS NETO, João. **Teoria da Transcedência dos Motivos Determinantes**. 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. Anotações sobre mutação constitucional: Alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79-109.

\_\_\_\_\_. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade das leis e de atos normativos: Separação dos poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 47, n. 187, jul./set., 2010, p. 193-200.

PAULA, Daniel Giotti de. Ainda existe Separação dos Poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 271-312.

PERRY, Michael J. *Judicial Activism*. **Harvard Journal of Law and Public Policy**. 1984, v. 7. Disponível em: <<http://home.heinonline.org>>. Acesso em: 30. nov. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida à repórter Gláucia Milício. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo>>. Acesso em: 31 out. 2012.

SÃO PAULO. **Lei 3.579**, de 07 de junho de 2001. Dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/fb3bff663634f12103256a6a004681ad?OpenDocument&Highlight=0,3579>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73-113.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Art. 927. *In*: FREIRE, Alexandre. (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1220-1247.



\_\_\_\_\_ *et al.* **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <[http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman%20&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman%20&Itemid=40)>. Acesso em: 20 set. 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América.** Trad. Carlos Correia Monteiro. Cascais: Principia, Publica es Universitárias e Científicas, 2002.

VASCONCELOS, Amanda Barreto. Nova amplitude do artigo 52, X, da CF e abstrativiza o dos efeitos da declara o incidental de inconstitucionalidade: "teoria dos motivos determinantes". **Revista de Esmese.** Sergipe: n. 16, 2012, p. 251-285.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV.** São Paulo, v.4, n.2, 2008, p. 441-463.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, acertos e desacertos.** Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdi o Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.