

**PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DO CONTROLE
DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO: O
SUPREMO TRIBUNAL COMO LEGISLADOR
NEGATIVO E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL**

FOR A NEW CONCEPTION OF DIFFUSED
CONSTITUTIONALITY CONTROL: THE SUPREME
COURT AS A NEGATIVE LEGISLATOR AND THE
LIMITS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Jeferson Dytz Marin*

Como citar: MARIN, Jeferson Dytz. Para uma Nova Concepção do Controle de Constitucionalidade Difuso: O Supremo Tribunal como Legislador Negativo e os Limites da Jurisdição Constitucional. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 26, n. 1, p. 29-42, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p29. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo tem como foco central a tensão entre o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo em casos de controle de constitucionalidade difuso e os limites da jurisdição no uso da mutação constitucional. Por meio de revisão bibliográfica e de análise de decisões da Corte Constitucional, foi possível chegar a duas conclusões fundamentais que dizem respeito, primeiro, a um novo formato de controle de constitucionalidade difuso, e por segundo, o ativismo judicial decorrente da extrapolação dos limites da jurisdição constitucional pela técnica da mutação constitucional.

Palavras-Chave: controle de constitucionalidade, controle difuso, Supremo Tribunal Federal, Legislador Negativo, Jurisdição Constitucional.

Abstract: This paper focuses on the tension between the role of the Federal Supreme Court as a negative legislator in cases of diffuse constitutionality control and the limits of jurisdiction in the use of constitutional change. With bibliographic review and analysis of decisions of Brazil's Supreme Court, this paper reached two fundamental conclusions that concern, first, a new format for controlling diffuse constitutionality, and second, the judicial activism resulting from the extrapolation of the limits of the constitutional jurisdiction with the technique of constitutional change.

Keywords: constitutionality control, difused control, Brazilian Supreme Court, Negative Legislator, Constitutional Jurisdiction.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (RS). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (RS).
E-mail: jdmartin@ucs.br

INTRODUÇÃO

Lê-se nas antigas páginas da *Teoria pura do direito* que o ordenamento jurídico é constituído por normas, que estão estruturadas a partir de uma estrutura escalonada (*Stufenbau*) pré-estabelecida, como que sob a forma de uma pirâmide (KELSEN, 2009). As normas que estão na base da pirâmide possuem a qualidade da concretude e da especificidade, enquanto as normas que estão no topo da pirâmide têm a qualidade de serem genéricas e abstratas. As normas concretas, como as sentenças e atos administrativos derivam sua validade, i.e., sua força obrigatória, a partir das normas superiores que estão acima na hierarquia da pirâmide, dado que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma.” (KELSEN, 2009, p. 215). As normas superiores derivam sua validade de normas ainda mais superiores, até o momento que se atinge o mais alto grau de abstração e generalidade, a própria Constituição do Estado.

Evidentemente, a questão que se põe é de onde emana a validade da própria Constituição, e a resposta de Kelsen constitui um divisor de águas no campo da filosofia jurídica, a ponto de que as obras posteriores a Kelsen serem consideradas pós-kelsenianas. A grande lição de Kelsen, na *Teoria pura do direito*, é afirma que a validade recursiva das normas chega ao último degrau na norma hipotética fundamental (*Grundnorm*). Uma norma eminentemente pensada, pressuposta pela ciência do direito, fora da esfera do direito positivo, de validade objetiva e fundamentada na própria esfera da razão transcendental, ou seja, a norma fundamental é tal como uma hipótese lógico-transcendental, condição pela qual o material empírico pode ser pensado (KELSEN, 2009, p. 221).

Essa pequena recordação da herança kelseniana nos ajuda a começar a pensar o papel da Constituição para o ordenamento jurídico, e, além disso, nos ajuda a pensar o próprio *modus operandi* do controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais Constitucionais. A questão é simples, pressupondo a pirâmide normativa de hierarquia de normas, a validade de uma norma deriva de uma outra norma superior. Para tanto, uma norma inferior que esteja em desacordo com a norma superior (formalmente ou materialmente) deve ser expurgada do sistema. Esse é o princípio básico do controle de constitucionalidade que será analisado no decorrer do artigo.

A problemática que se apresenta gira em torno da decisão proferida na Reclamação 4335-5/AC, a respeito da nova perspectiva do controle difuso de constitucionalidade bem como da técnica de decisão utilizada na decisão, qual seja, a mutação constitucional e os limites da jurisdição constitucional. Portanto, o objetivo do artigo é uma análise em dois níveis, por primeiro será analisado o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo nos casos de controle de constitucionalidade, tendo em vista a nova perspectiva do controle difuso a partir da Reclamação 4335-5/AC, e por segundo, será analisada a técnica de decisão utilizada na referida reclamação, frente aos limites da jurisdição constitucional. Por outro lado, o que se apresenta sub-repticiamente nas entrelinhas do artigo é a própria tensão existente entre a própria técnica de mutação constitucional e os limites da jurisdição.

Nesse sentido, ao utilizar do método analítico, o artigo está dividido em três partes, a

primeira aborda a própria função da Corte Constitucional como legisladora negativa, em oposição ao legislador positivo, o próprio Parlamento, e o sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento brasileiro. No segundo momento é analisada a mutação constitucional como técnica de decisão, a partir de suas perspectivas históricas e suas funções. As duas primeiras partes do artigo buscam estabelecer as bases teóricas para que, na terceira parte, seja analisada propriamente a decisão proferida na Reclamação 4335-5/AC. Assim, é estabelecida uma análise a respeito do conteúdo da decisão e da própria técnica de mutação constitucional, frente, respectivamente, à nova perspectiva do controle difuso de constitucionalidade e dos próprios limites da jurisdição constitucional.

1 O PAPEL DO STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Relembrando novamente o pensamento kelseniano, é em sua obra *Jurisdição constitucional* que, ao contrapor os argumentos de Carl Schmitt, desenvolve sua teoria da jurisdição constitucional em que uma Corte Constituição seria destinada à proteção da Constituição. Kelsen (2007, p. 238) irá afirmar que a busca por garantias da Constituição, i.e.:

por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito

Em outras palavras, é a busca pela máxima legalidade da função do Estado. Assim, para Kelsen, o guardião da Constituição deveria ser um órgão diferente do “governo”. Isso deriva do fato de que, como a função da Constituição é regular juridicamente o poder político, não caberia a um órgão do próprio governo que exerce esse mesmo poder política, deter também a função de guardião da Constituição (KELSEN, 2007, p. 240).

Nesse sentido, Kelsen (2007, p. 119-210) postula que a guarda da Constituição¹ seja destinada a uma Corte Constitucional, que exerça sua jurisdição nos limites do texto constitucional. A função de uma Corte Constitucional delineada por Kelsen, incumbida de exercer a guarda da Constituição por meio do controle de constitucionalidade está presente na Constituição brasileira. No artigo 102, da Constituição se lê “que Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”, exercendo sua função de “legislador negativo” nos casos de controle de constitucionalidade, como destaca o Ministro Moreira Alves quando afirma que “ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o Tribunal – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo.”² Nesse sentido, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo

¹ Kelsen entra em polêmica do o jurista Carl Schmitt, em que o segundo acusa o primeiro de com a criação de uma Corte Constitucional, se estaria “politizando a justiça”, o que desembocaria em uma “aristocracia de toga” (SCHMITT, 2007, p. 33 e ss).

² Representação n. 1451-7, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento em 09.12.1987, DJ 15.04.1988.

Tribunal Federal atua em sentido supressivo, “no sentido de competir ao Judiciário apenas retirar a eficácia jurídica de dispositivos, expressões ou mesmo de interpretações dos atos normativos impugnados que sejam considerados inconstitucionais.” (BRANDÃO, 2014, p. 190).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal está limitado por sua função jurisdicional “negativa”, pois qualquer forma de criar ou de adicionar um conteúdo novo aos dispositivos constitucionais configuraria um confronto entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, onde o Supremo atuaria como legislador positivo. Conforme o Ministro Celso de Mello afirma que a ação direta de inconstitucionalidade “não pode ser usada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema jurídico, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.”³ No mesmo sentido estão as decisões do Ministro Ricardo Lewandowski na decisão do Recurso Extraordinário n. 231924, em que afirma que “jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscriar.”⁴ Na mesma direção está Dias Toffoli que entende pela “impossibilidade de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, resguardando a sua atuação como legislador negativo nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade.”⁵

A ideia de um legislador negativo, portanto, de um guardião da Constituição está muito vinculada à figura de Kelsen (DIAS, 2010, p. 91-116), e o controle de constitucionalidade igualmente pode ser pensado apenas partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico é escalonado, em que as normas extraem sua validade umas das outras a partir de uma hierarquia que se esgota na Constituição. Nesse sentido, todas as leis, decretos, atos normativos, enfim, normas jurídicas em geral estão subordinadas formalmente e materialmente à Constituição. No Brasil a primeira Constituição que consagrou um sistema de controle de constitucionalidade foi a de 1891, chegando até a Constituição de 1988 nos arts. 192, I, *a*, e III, *a*, *b*, e *c*, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º). No Brasil como é de conhecimento, o sistema de controle adotado é o sistema misto, i.e., adota-se o controle difuso e concentrado.

O controle de constitucionalidade é um dos principais mecanismos que, provavelmente o mais importante, atuam para garantir a unidade e a coerência dos sistemas jurídicos. Seu principal objetivo é de verificar leis ou atos normativos formal ou materialmente incompatíveis com a Constituição Federal. Na hipótese de haver desconformidade com a Constituição e com a lei ou ato normativo infraconstitucional se inicia uma série de medidas e procedimentos para expurgar a lei ou ato inconstitucional e reestabelecer a unidade e a coerência do ordenamento jurídico. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade busca identificar a lei ou ato inconstitucional, retirar sua validade e paralisar sua eficácia. Esse mecanismo é deveras importante para os sistemas em que se adota a supremacia e a rigidez⁶ da Constituição (FERRARI, 2011, p. 812 e ss), no ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de controle de constitucionalidade é misto, pois comporta dois modos de controle, o difuso por meio incidental e o concentrado, por via direta ao Supremo Tribunal

3 ADI: 1063 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 18.06.2001, Data de Publicação: DJ 08.08.2001. 4 RE 231924, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Ac. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 21.06.2011.

5 AI: 737185 SP, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 27.11.2012, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-248 divulgação 18.12.2012, publicação 19.12.2012.

6 O princípio da rigidez foi consagrado com a obra de Bryce (1988, p. 14 e ss).

Federal.

O controle difuso de constitucionalidade⁷ no sistema brasileiro recebeu influências do constitucionalismo norte-americano⁸ muito em virtude de Rui Barbosa (1893), contudo, a despeito de seu percurso histórico e peculiaridades procedimentais, os efeitos da decisão constituem o assunto candente para esse trabalho. Destarte, é possível afirmar que, os efeitos da decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade são limitados entre as partes do processo (*inter partes*), o destaque diz respeito ao fato de que, uma vez que o pedido de declaração de normas inconstitucional constitui pedido incidental, não é considerado o próprio pedido, desse modo, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo fica fora dos limites da coisa julgada, e conforme Barroso (2014, p. 151) “não há falar em *auctoritas rei iudicata* em relação à questão constitucional”. Silva corrobora o entendimento de Barroso, ao afirmar que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não incorpora o dispositivo da decisão, portanto, qualquer juiz ou tribunal poderá aplicá-la por entendê-la constitucional, “enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade.” (SILVA, 2014, p. 56).

Quanto aos aspectos temporais, o direito brasileiro reconhece que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo restringe-se à esfera da nulidade, portanto, possui efeitos temporais retroativos (*ex tunc*). Desse modo, a sentença, que é declaratória, “fulmina a relação jurídica fundada em lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade”. (SILVA, 2014, p. 56). O Senado Federal não anula nem mesmo revoga a lei, mas, conforme o artigo 52, X da Constituição, retira seus efeitos.⁹ Para Silva (2014, 56), Streck (2004, p. 479 e ss), Cavalcanti (1966, p. 164) e Mello (1980, p. 211) essa manifestação do Senado tem efeitos prospectivos mas retroativos para Barroso (2014, p. 157).

A despeito dos efeitos da sentença no controle de constitucionalidade concentrado, o artigo 102, § 2º da Constituição, com redação da EC-45/2004, acolheu a tese de que os efeitos terão eficácia *erga omnes* e vinculantes, em relação à Administração Pública direta e indireta, e ao Poder Judiciário (FERRARI, 1999, p. 181 e ss). Assim, a sentença declaratória busca desfazer os efeitos normativos do ato ou lei, fazendo coisa julgada material. Ressalta-se que o efeito retroativo da sentença, que atinge imediatamente a lei ou ato e retira sua aplicabilidade. Como se pode notar, a diferença básica entre os efeitos das duas sentenças que julgam em controle difuso e concentrado

7 Conforme Miranda (1991, p. 310-311) “Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação [...]. De modo pré-sugerido, resultam do confronto de uma norma ou de um acto com a Constituição, correspondem a atributos que tal comportamento recebe em face de cada norma constitucional.”. No mesmo sentido Ferrari (2011, p. 813): “Inconstitucional nada mais é do que a ação ou omissão que conflita, no todo ou em parte, com a Constituição.”.

8 A tradição do constitucionalismo da doutrina norte-americana atribui natureza declaratória para a sentença de inconstitucionalidade e efeitos retroativos. A doutrina europeia, inaugurada por Kelsen, atribui natureza constitutiva à sentença com efeitos prospectivos, assim, os efeitos do ato ou lei são preservados até o momento da decisão. Além disso, Kelsen adota o modelo concentrado de constitucionalidade e não o modelo norte-americano em que cada juiz pode invalidar ato ou lei que julgue inconstitucional (KELSEN, 2009, p. 306-308).

9 “O Judiciário não tem o poder de revogar as leis como se fosse um superlegislativo de legalidade; antes, verificando sua inconstitucionalidade, deixa de aplicá-las no caso concreto. A Constituição, porém, visando a preservar a unidade do sistema, deferiu ao Senado (e não ao Congresso) o poder de suspender a execução da lei ou decreto, nos limites em que se deu a declaração de inconstitucionalidade. Suspender a execução no todo ou em parte, é cassar-lhe definitivamente a eficácia. A lei não mais obriga. Deixa de ser obrigatória. Porém, o Senado não a substitui por outra, nem a revoga; limita-se a suspender-lhe a execução. A fórmula legal é exata, pois o legislador constituinte partiu da idéia de que as leis inconstitucionais, embora nulas, são executórias. Desta maneira, depois da declaração de inconstitucionalidade, segue-se a manifestação complementar e necessária do Senado, que lhe cassa a executoriedade”. (BUZAID, 1958, p. 8).

é sua eficácia contra todos e entre as partes, pois o efeito retroativo está presente em ambas, e como destaca Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 51) “parece óbvio que, se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença”.

Assim, a função do Senado Federal para o controle difuso de constitucionalidade é fundamental, pois, uma vez que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de uma lei, seja por meio de Recurso Extraordinário, por Mandado de Segurança, Recurso Ordinário, Reclamação Constitucional etc., cabe ao Senado suspender a eficácia da lei ou ato declarado inconstitucional, atribuindo eficácia geral *erga omnes* ao que na decisão da Corte Constitucional tinha eficácia entre as partes. A atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões em controle difuso de constitucionalidade, como será analisado posteriormente, exclui a competência do Senado para tornar pública a decisão do Supremo Tribunal e de retirar o efeito do ato ou norma declarado inconstitucional. Segundo Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 50) isso “significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal.”.

O controle de constitucionalidade, portanto, está intimamente vinculado às atribuições de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, não lhe sendo possível inovar no sistema jurídico, mas apenas afastar as leis ou atos normativos que julgue em desacordo com a Constituição. Cumpre ressaltar que no sistema misto de controle de constitucionalidade existem mecanismos que procuram envolver a sociedade civil no debate sobre a constitucionalidade de leis ou atos. A respeito do controle concentrado o rol de legitimados, conforme artigo 103 da Constituição Federal envolve representantes do Estado e da sociedade civil, desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal estará legitimada em virtude de ter sido proferida pela Corte Constitucional, mas também pela participação da sociedade civil na elaboração da decisão. Do mesmo modo no controle difuso existe mecanismo de participação da sociedade civil na decisão, embora indiretamente, é o caso da atribuição ao Senado Federal de suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conforme artigo 52, X.

A respeito da decisão em controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal utiliza da chamada mutação constitucional como técnica de decisão, buscando avaliar a relação entre a Constituição e a realidade social. A mutação constitucional, que será objeto de análise na próxima seção, essa técnica de decisão por vezes ultrapassa os limites da jurisdição constitucional e inova no ordenamento jurídico. A mutação constitucional está intimamente relacionada, portanto, com o controle de constitucionalidade e com os limites da jurisdição.

2 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL¹⁰

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 159), o fenômeno da mutação

¹⁰ Acerca da terminologia adotada, Miranda (1991, p. 133) utiliza o termo “vicissitude constitucional tácita”, enquanto Canotilho (1993, p. 231) utiliza “transições constitucionais”.

constitucional (*verfassungswandlung*) surgiu no debate da Escola Alemã de Direito Público, fundada por Gerber e Gierke, aos fins do século XIX e início do século XX, entre os principais nomes vinculados ao fenômeno da mutação constitucional é do alemão Paul Laband, que desenvolveu a distinção entre “reforma constitucional” (*verfassungänderung*) e “mutação constitucional” (*verfassungswandlung*), outro importante teórico da mutação constitucional foi Georg Jellinek, que desenvolveu as principais linhas distintivas da problemática da mutação na obra *Reforma e mutação da constituição* (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*). Assim, foi com a Constituição bismarckiana de 1871 que surgiram os debates sobre a alteração da Constituição sem um processo formal no âmbito na esfera legislativa.

Como destaca Santos (2015, p. 82), a unificação da Alemanha com Otto von Bismark resultou na formulação, em 1866, de uma Constituição que tornou-se em 1871 a Constituição do Império Alemão. A unificação da Alemanha, até então fragmentada em diversas regiões, resultou em um anacronismo jurídico em virtude de que possibilitou a existência de elementos da ordem jurídica anterior, mesclados com elementos da nova ordem constitucional. Essa nova realidade política somada com a rigidez da Constituição propiciou a existência de um enorme anacronismo entre a ordem constitucional e a realidade social do país. A tensão daí decorrente resultou, portanto, no desenvolvimento de mecanismo que possibilitassem alterações do texto constitucional com maior plasticidade.

Laband observou que a Constituição era alterada informalmente pelas autoridades jurisdicionais, tornando-a mais condizente com a realidade social. A constatação de Laband foi de que o Estado pode alterar a Constituição sem procedimentos formais por meio da mutação constitucional, em detrimento da reforma constitucional por vias legislativas. A centralidade da mutação constitucional é de que é possível alterar o sentido e o alcance da Constituição sem que se altere seu texto. No mesmo sentido está Jellinek¹¹ quando afirma que a mutação constitucional está baseada no fato consumado, i.e., a mutação constitucional decorre da existência do fato consumado pois, a partir desse imobilismo, o texto da Constituição não corresponderia mais com as expectativas da realidade social. Contudo, a despeito de Laband e Jellinek, o aprofundamento do estudo sobre mutação constitucional foi dado pelo jurista chinês HsüDau-Lin, em 1932 na obra *A mutação constitucional* (*Die Verfassungswandlung*). Nessa obra, Dau-Lin identifica a mutação constitucional como a incongruência entre a norma constitucional e a realidade (URRUTIA, 2000, p. 126), ou seja, há uma “modificação do conteúdo das normas constitucionais sem alteração do texto constitucional, em virtude da incongruência entre a constituição escrita e a realidade constitucional” (SARLET, MARINONI; MITIDIERO 2013, p. 159).

Em linhas gerais, portanto, a mutação constitucional é uma técnica de interpretação do texto constitucional que visa alargar seu sentido em razão da rigidez da Constituição e de seu distanciamento e relação à realidade social. A mutação constitucional é muito associada a uma técnica ou método de interpretação, embora a interpretação seja uma subcategoria da hermenêutica,

11 “Por reforma de la Constitución entiendo lamodificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entendo lamodificación que deja indemne su texto sincambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por laintención, o conciencia, de lamutación”. (JELLINEK, 1991, p. 7).

ao lado da integração e da aplicação do direito. Assim, a mutação busca fornecer uma alternativa para a rigidez constitucional em contraste com a realidade social, a Constituição que sofre a mutação não tem seu texto alterado por meio de emendas ou revisões, mas simplesmente por interpretação (BULOS, 1997, p. 54).

Segundo Bulos (1997, p. 61), é por meio da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, dos grupos de pressão, da construção judicial, dentre outros mecanismos que provocam a mutação constitucional, que processam-se lentamente muito embora o texto da Constituição permaneça o mesmo. Ainda segundo Bulos (1997, p. 63 e ss), existem três modalidades de mutação constitucional, a mutação por meio da interpretação; a mutação por mediante os costumes; e a mutação por obra da legislação infraconstitucional. Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 161) “especialmente relevante, portanto, são as mutações constitucionais pela via da interpretação, que ocorrem sempre que se alteram o significado e o alcance do texto constitucional sem que se efetue qualquer alteração textual”.

É possível haver, a despeito da mutação constitucional, a mutação inconstitucional, i.e., que viola a literalidade do texto da Constituição por meio da interpretação judicial ou mesmo pelos costumes. Nesses casos a mutação inconstitucional prevalece em virtude da falta de controle das mudanças, ou mesmo por que o controle pode ser inviável, como destaca Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 163). No caso de mutação inconstitucional por via judicial verifica-se que os limites da mutação são os limites da própria interpretação, em virtude de que ao Poder Judiciário não lhe cabível julgar contra a Constituição. A interpretação perpetrada pela via judicial deve limitar-se ao texto constitucional sem contrariá-lo, sob pena de configurar grave violação aos direitos fundamentais. A mutação constitucional, como se verá na próxima seção, pode levar à hipótese acima destacada, a de uma interpretação contra a própria Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal.

3 OS LIMITES DA JURISDIÇÃO NOS CASOS DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL EM DECISÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O CASO DA RECLAMAÇÃO 3445-5

O caso em questão diz respeito à propositura da Reclamação 4335-5/AC, por parte da Defensoria Pública da União, em face da decisão proferida pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados por crimes hediondos. Nas alegações a Defensoria da União destaca o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959 em que a Corte Constitucional julgou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei n.º 8.072/1990, a Lei dos Crimes Hediondos. Assim, a declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal afastava a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crime hediondo.

A partir disso, o Juiz de Execuções Penais indeferiu o pedido de progressão requerido

pela Defensoria Pública, sob o argumento de que os efeitos da decisão proferida no HC 82.959 estão cingidos apenas às partes (*inter partes*), em virtude da decisão ser fruto de controle de constitucionalidade difuso. A decisão do magistrado de Rio Branco destaca a necessidade da expedição de resolução por parte do Senado Federal, conforme expresso no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, em que suspende a eficácia do dispositivo de lei declarado inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a análise proposta diz respeito à decisão dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes¹² e Eros Roberto Grau a respeito, primeiro, da desnecessidade de atuação do Senado Federal para suspender a validade do dispositivo declarado inconstitucional (art. 52, X, CF/88), o que reformula a concepção de controle difuso de constitucionalidade, e por segundo, a técnica da mutação constitucional utilizada na decisão que excede os limites da própria jurisdição da Corte Constitucional. Essa medida de excesso da jurisdição configura, conforme Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 75-83) uma espécie de poder constituinte derivado por parte da Corte Constitucional, uma contradição com a forma democrática de governo e com a divisão dos poderes.

O voto do Ministro Gilmar Mendes assentasse na concepção de que em ações coletivas, como a ação civil pública ou mesmo o mandado de segurança coletivo, em que a eficácia da decisão pode ser estendida *erga omnes*, como foi o caso do HC 82.959 e RE 197.971, faz com que “a suspensão de execução da lei pelo Senado”, conforme afirma o Ministro Gilmar Mendes, “revele-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade.” A fundamentação da decisão do Ministro baseia-se no fato de que em decisões em processos coletivos que questionam a constitucionalidade de ato normativo, “relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo.”

Nesse sentido, fica descaracterizada a distinção das decisões em controle concentrado e difuso de constitucionalidade, fazendo com que a Corte Constitucional reconheça efeitos gerais para as decisões proferidas em sede de controle incidental. Nas palavras do próprio Ministro Gilmar Mendes, o qual afirma que é possível “falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988”. Para o Ministro, portanto, trata-se de uma autêntica mutação constitucional sem expressa modificação de texto. A partir disso, o Senado Federal possui apenas a função de publicizar a decisão que declara inconstitucional lei ou ato normativo, pois os efeitos da decisão são suspensos pela própria eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal. O Senado Federal passa a ter uma função de apenas chancelador das decisões da Corte Constitucional.

A despeito da decisão do Ministro Eros Grau, que corrobora a tese de mutação constitucional defendida por Gilmar Mendes, ela está baseada na dualidade “texto” e “norma”. Para o referido Ministro, cabe à Corte Constitucional não apenas mudar a norma, “mas mudar o próprio texto constitucional”, em virtude de que a mutação constitucional é a “transformação de

12 Em artigo o Ministro Gilmar Mendes reitera sua posição adotado em seu voto (MENDES, 1999).

sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual”. Nos casos de mutação, portanto, o intérprete extrai do texto “norma diversa daquelas que nele se encontravam originalmente involucradas”. Contudo, como bem analisa Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 63), logo em seguida o Ministro afirma que na mutação constitucional não trilha o caminho do texto para a norma, mas “de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”.

O próprio Min. Eros Grau propõe uma mutação não da norma, mas do próprio texto constitucional, que vai do texto originário: “[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]” a outro texto por ele proposto: “[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].” Assim, como o próprio Ministro Eros Grau afirma, nos casos de mutação constitucional não apenas uma nova norma é extraída do texto, mas na verdade o próprio texto normativo é substituído, uma vez que se trata de um texto “obsoleto”.

As consequências de tal decisão e da própria técnica de decisão não devem ser subestimadas. Diante das argumentações dos dois Ministros, em que utilizaram da mutação constitucional para interpretar dispositivo constitucional e alterar os aspectos do controle de constitucionalidade difuso, não há mais diferenças entre o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade. Como destaca Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 51) “não há como se imaginar que os efeitos do controle concentrado sejam extensivos ao controle difuso, de forma automática”. O sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento brasileiro é o misto, portanto, a função de fazer cessar os efeitos da lei ou ato atribuída pela Constituição ao Senado Federal é fundamental para a diferenciação dos dois sistemas. Uma decisão tal como a analisada faria letra morta o dispositivo do artigo 52, X da Constituição, igualando o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. O controle concentrado com efeitos retroativos e *erga omnes* e o controle difuso igualmente com efeitos retroativos, mas entre as partes, com a diferença de que o Senado suspende a eficácia da lei ou ato com efeitos *erga omnes* e prospectivos.

O segundo ponto diz respeito não ao conteúdo da decisão, como analisado anteriormente, mas na técnica de decisão e suas consequências. Ambos os Ministros, Gilmar Mendes e Eros Grau utilizam da técnica de mutação constitucional para afastar a necessidade de o Senado Federal suspender a execução de lei ou ato administrativo julgado inconstitucional, em virtude de que atribuem à própria decisão em controle difuso o efeito *erga omnes*. Como já ressaltado, a mutação constitucional é uma alteração da norma constitucional por vias informais, i.e., uma alteração da norma sem alteração do texto constitucional. Contudo, como adverte Streck, Lima e Oliveira (2007, p. 61) “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”.

A crítica que se dirige a esta decisão é de que ela extrapola os limites da jurisdição constitucional quando altera o próprio texto constitucional, sob o pretexto de que o texto está

“obsoleto” como afirma o Min. Eros Grau. Assim, a questão central se revela, a tensão entre os limites da jurisdição e a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, além da própria divisão dos poderes, pois, a alteração do texto constitucional é de competência do Poder Legislativo por meio de emendas e reformas à Constituição. Não cabe ao Poder Judiciário inovar no ordenamento jurídico, extrapolando seus limites jurisdicionais, em vista de que tal ato é contrário à própria Constituição. Quando se vive em uma democracia deve-se compreender que as alterações legislativas devem ser amplamente debatidas.

Transformar os Tribunais em reformadores do ordenamento jurídico é conferir o Poder Constituinte derivado a os próprios juízes, enquanto isso está em ampla contradição com a forma democrática de governo. Como adverte Streck, Barreto e Oliveira (2009, p. 79) “o risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*.”. O ativismo judicial não pode substituir o debate público sobre questões de interesse coletivo, justamente para evitar que decisões de grande relevo fiquem à mercê da posição particular do magistrado. “É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva todos os seguimentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 80). Desse modo, é necessário combater as decisões legiferantes, que vão além dos limites jurisdicionais e entram em confronto com a própria forma democrática de governo, estabelecendo ingerência da esfera legislativa e fazendo refém da decisão de alguns magistrados legislação que deve ser amplamente discutida para se tornar legítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das análises empreendidas foi possível identificar as tensões entre o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador negativo em casos de controle de constitucionalidade difuso e os limites da jurisdição no uso da mutação constitucional, i.e., o papel jurisdicional do Supremo Tribunal Federal pode entrar em conflito com a própria atividade judicante. É reconhecido o fato, desde Kelsen, que deve haver uma instituição responsável pela defesa e guarda da Constituição, no ordenamento brasileiro, essa atividade coube ao Supremo Tribunal Federal. Sua atuação revela sua natureza de legislador negativo, em virtude de que atua na defesa da Constituição julgando inconstitucional a legislação que entrar em conflito formal ou material com o texto constitucional. Esse papel de legislador negativo se expressa no controle de constitucionalidade.

No caso em análise, a Reclamação n. 3445-5 materializa além do papel de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal uma específica técnica de interpretação, a mutação constitucional. A mutação constitucional busca dar novo sentido à norma constitucional que encontra-se obsoleta frente às mudanças da realidade social, sem alterar o próprio texto da Constituição. Contudo, na Rec. Em apreço destaca-se os relatórios dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau ao utilizarem desse expediente, alterando o próprio texto constitucional e não somente o

sentido da norma. Essa alteração do art. 52, X da Constituição Federal acarreta duas consequências fundamentais, a primeira, equipara os efeitos da decisão do controle de constitucionalidade difuso aos efeitos da decisão em controle concentrado, pois atribui a competência ao Senado Federal para apenas tornar pública a decisão de inconstitucionalidade. O segundo e principal efeito da decisão é revelar a tensão existente entre o ativismo judicial e os próprios limites da jurisdição.

A Constituição Federal consagra a forma democrática de governo e a divisão dos poderes em seu texto, essas formas de controle e regulação do poder visam unicamente evitar a monopolização do poder político ao arbítrio de poucos indivíduos. A técnica utilizada na decisão pelos Ministros está em frontal conflito entre a divisão dos poderes e a própria forma democrática de governo, uma vez que inovam no ordenamento jurídico, alterando o texto da Constituição informalmente. Contudo, cabe ao Poder Legislativo a reforma ou emenda da Constituição, esfera essa que tem como proposta o debate público visando a legitimidade do sistema de leis que regem a sociedade. Atribuir de forma indevida o poder legiferante, i.e., atribuir a competência de inovar no ordenamento jurídico aos magistrados revela um enfraquecimento da democracia e da própria harmonia entre os poderes. O fato é que viver sob uma democracia tem seus efeitos indesejados, como a lentidão no processo de alteração legislativa, contudo, esse é um pequeno ônus a pagar diante dos benefícios que a democracia proporciona.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruy. **Os actos inconstitucionales do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Imprensa, 1893. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000124.pdf>. Acesso em: 5 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 44., p. 189-220, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf. Acesso em: 5 out. 2016.

BRYCE, James. **Constituciones flexibles y constituciones rígidas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988,

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

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro:

Forense, 1966.

DIAS, Gabriel Nogueira. Legislador negativo na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria *Reine Rechtslehre*. **Revista de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 4, n. 15, p. 91-116, jul./set, 2010. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/GABRIELDIAS-Legislator-negativo.pdf>. Acesso em: 6 out. 2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1067/1050>. Acesso em: 10 out. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manuel de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. t. 2.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 7, n. 1, p. 80-91, jan./abr. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.71.08/4550>. Acesso em: 8 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, MartonioMont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>. Acesso em: 7 out. 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Paulo de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401>. Acesso em: 7 out. 2016.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, ano 20, n. 58, p. 105- 135, jan./abr. 2000.

Como citar: MARIN, Jeferson Dytz. Para uma Nova Concepção do Controle de Constitucionalidade Difuso: O Supremo Tribunal como Legislador Negativo e os Limites da Jurisdição Constitucional. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 26, n. 1, p. 29-42, mar. 2022. DOI: 10.5433/21788189.2022v26n1p29. ISSN: 2178-8189.