

O julgamento da Reclamação nº 4.335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade

FLÁVIO QUINAUD PEDRON

Resumo: O presente texto tem por objetivo reconstituir o papel do Senado Federal segundo a teoria e a história do controle de constitucionalidade. Com isso, busca-se demonstrar que o Senado Federal representa uma instituição política fundamental do aprimoramento do Direito Constitucional brasileiro e da democracia. É, portanto, equivocada a afirmação feita por ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 4335-AC, no sentido de que seria possível identificar uma mutação constitucional que transformasse a Casa Legislativa em mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Historicamente, a importância da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade é uma aquisição de ganhos democráticos para o Direito brasileiro e não pode ser anulada pelo Judiciário.

Palavras-chave: Mutação constitucional. Controle de constitucionalidade no Brasil. Crise do Poder Judiciário.

1. Considerações iniciais

O debate jurídico trazido pelo julgamento da Reclamação nº 4.335-AC¹ não versa apenas sobre um caso em si – isto é, sobre a inconstitu-

¹ Deve ser inicialmente aclarado que a Reclamação nº 4.355-AC foi proposta em 2006 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), recebendo julgamento parcial em 2007, mas somente veio a ser completamente julgada no primeiro semestre de 2014. Os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam *habeas corpus* para que os dez condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais de Rio Branco. Os votos dos

cionalidade da progressão de regime para os condenados por crimes considerados hediondos.² Mais que isso, as conclusões trazidas pelos votos proferidos marcam uma situação de profunda transformação da estrutura do sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, podendo representar, até mesmo, a perda da linha divisória entre o sistema difuso e o sistema concentrado no Brasil.

Para os ministros do STF Eros Graus e Gilmar Mendes principalmente, o modelo do controle difuso é ultrapassado e ineficaz quando comparado com a sistemática do sistema concentrado, sobretudo em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões do tribunal, o que possibilitaria a solução processual de um número bem maior de casos e, supostamente, provocaria a diminuição de processos pendentes de julgamento no Judiciário brasileiro.

Curioso é que esses mesmos ministros do STF reconhecem que o controle concentrado é uma *novidade* dentro de uma tradição maior do direito constitucional brasileiro, que começou com a primeira Constituição republicana (1891) e se manteve até a Constituição de 1988.³

ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos demais proferidos, no sentido da procedência da reclamação. Para ambos, a regra constitucional que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

² Deve-se lembrar que, à época da propositura da ação, vigorava a Lei nº 8.072/1990, que, no art. 2º, § 1º, vedava a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. Mais recentemente, a Lei nº 11.464/2007 – ou seja, posterior ao ajuizamento da Reclamação – alterou o mesmo dispositivo, determinando o início no regime fechado, mas não mais seu integral cumprimento. Se bem analisada, a Reclamação nº 4.355-AC acabou por ter seu objeto perdido, o que deveria resultar na sua extinção sem julgamento do mérito (art. 267, CPC/1973, ou art. 482, CPC/2015).

³ Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) explicitam bem a leitura que o próprio STF faz da tradição do direito constitucional brasileiro, que passa por uma subversão. Essa

O presente texto objetiva explicitar o próprio entendimento que o STF desenvolve em sua jurisprudência. Assim, a pesquisa tem seu foco na leitura da história institucional que o próprio Tribunal pode narrar a partir de seus julgados.

2. O desenvolvimento do controle de constitucionalidade na história brasileira e a participação do Senado Federal

A participação do Senado Federal aparece pela primeira vez na Constituição de 1934, quando ficou preservada a sua competência para suspender a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF. Como observam Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 3), essa realidade institucional já dura mais de setenta anos. E só com a Emenda Constitucional nº 16/1965 é que a redação do art. 101 da Constituição de 1946 passou a trazer a possibilidade do controle concentrado no Brasil.

Olhando o texto original da Constituição de 1988, havia a previsão apenas das figuras da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADI por omissão) e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) aparece apenas após a Emenda Constitucional nº 3/1993, como uma figura singular no plano do Direito comparado (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 3).⁴

mesma linha de raciocínio é desenvolvida por Cruz (2004, p. 315), para quem o agigantamento do controle concentrado no Brasil é um sinônimo de autoritarismo do STF, acarretando nítidas perdas para uma democracia procedimental.

⁴ Por isso mesmo, pesa até hoje sobre sua criação uma duvidosa constitucionalidade, como lembram Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007) e Cruz (2004).

Sendo assim, o controle difuso é muito mais antigo e, por isso mesmo, incorpora a tradição constitucional brasileira desde o Decreto nº 848, de 1890⁵, e, depois, com a Constituição de 1891, com forte elaboração por Rui Barbosa (CRUZ, 2004, p. 342; VIEIRA, 2008, p. 103; STRECK, 2002, p. 339; BAHIA, 2009, p. 103).⁶ Os artigos 59 e 60, da Constituição de 1891, evidenciam, portanto, que tal texto assume a natureza concreta e difusa do controle de constitucionalidade:

“Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III – rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

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

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º – Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art. 60 – Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal” (MINAS GERAIS, 1981).

Aqui e até 1934, as decisões no controle de constitucionalidade apenas podiam atingir as partes envolvidas no processo a ser julgado, abrindo para qualquer juízo ou Tribunal a possibilidade de afirmar um entendimento contrário ao esposado pelo STF (STRECK, 2002, p. 341). Somente com a nova Constituição, então, a participação do Senado Federal aparece prevista no art. 91, IV. Desse modo, faz-se necessário um olhar mais cuidadoso para entender o porquê de tal escolha por parte dos constituintes. Segundo Streck (2002, p. 345) e Vieira (2008, p. 113),

⁵O Decreto nº 510, de 1890, também conhecido como Constituição Provisória da República, já destaca em sua exposição de motivos o papel do Judiciário – citando Marshall – em interpretar e verificar a conformidade das leis com a Constituição e, com isso, impedir e coibir abusos quer do Legislativo quer do Executivo (VIEIRA, 2008).

⁶Vieira (2008) lembra que, ao tempo do Império, o Superior Tribunal de Justiça, criado com a Carta Imperial, não abordava a disciplina da jurisdição constitucional, uma vez que tal órgão do Judiciário era uma continuidade do sistema e da lógica portuguesa. Além do mais, a existência do Poder Moderador a serviço do Imperador retirava qualquer autonomia do Judiciário. Aliado a isso, o art. 15, VIII e IX, deixava ao próprio Poder Legislativo a função interpretativa do direito (VIEIRA, 2008, p. 101).

a Constituição de 1934 tinha fortes inspirações na Constituição alemã de Weimar e na Constituição espanhola de 1931.

O anteprojeto de 1933 trazia como novidades um unicameralismo, a eleição indireta para o cargo de Presidente da República, um Conselho Supremo e a unidade do Poder Judiciário (STRECK, 2002, p. 345). Todavia, a proposta de unicameralismo não obteve êxito e, por isso, o Senado passou a desempenhar a função de “Poder Coordenador”, que, originalmente, caberia ao Conselho Supremo.

Dentro de suas funções, portanto, estava a figura da Resolução Legislativa.⁷ Assim, no caso de decisão do STF, quer pela via de sua competência originária, quer pela via do recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade apenas atingia as partes envolvidas (*inter partes*) e, temporalmente, seu efeito era *ex tunc*. Logo, qualquer outro magistrado brasileiro poderia assumir uma postura dissonante diante do seu caso pendente de julgamento, a não ser que o Senado resolvesse se manifestar; a partir daí, a ação do Senado atribuiria a eficácia *erga omnes* e o efeito *ex nunc*.

É importante registrar que a preocupação com a eficácia das decisões do STF já estava presente nos debates daquele período. Tanto é assim que o Deputado Nilo Alvarenga chegou a apresentar uma proposta de emenda que criava uma corte constitucional aos moldes kelsenianos (STRECK, 2002, p. 346); mas tal proposta foi negada, o que confirma também a opção do constituinte e a sua permanência na tradição do controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Também, não se pode olvidar que a Constituição de 1934 trouxe a figura da ação direta interventiva – mas esta sem qualquer caráter que pudesse afirmar desde já a abertura para um mecanismo de controle abstrato da constitucionalidade, já que ela acaba ficando no meio do caminho entre a fiscalização *in thesi* e a realidade em concreto (VIEIRA, 2008, p. 117; STRECK, 2002, p. 348). Seu procedimento era peculiar e merece descrição: primeiro, o Senado Federal editava lei de sua competência exclusiva disciplinando a intervenção federal (art. 41, § 3º) sob o fundamento de que os princípios constitucionais do art. 7º (princípios constitucionais sensíveis) foram atingidos por meio de ação ou de omissão de um Estado; em seguida, mediante provocação do Procurador-Geral da

⁷ Interessante é que a leitura do art. 91 da Constituição de 1934 revela que a configuração do Senado Federal na época era *sui generis* (VIEIRA, 2008, p. 114). O art. 91, II, traz ainda uma inovação que não foi acompanhada pelas constituições que se seguiram – e, segundo Streck (2002, p. 348), em sua curta vigência, nem chegou a ser aplicado –, que era a possibilidade de o Senado “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais”, o que reforça ainda mais a participação deste no controle de constitucionalidade brasileiro da época.

República, o STF avaliaria a constitucionalidade da lei que declarava a intervenção – e não ato ou omissão que afrontava o art. 7º (VIEIRA, 2008, p. 118; STRECK, 2002, p. 348).

Ao se analisar a Constituição de 1937, algumas observações devem ser feitas:

(i) O seu contexto de imposição representa um retrocesso para a ordem democrática brasileira (VIEIRA, 2008, p. 121; STRECK, 2002, p. 348); e

(ii) O Senado Federal é substituído por um equivalente, o Conselho Federal (art. 50), que deveria representar legislativamente os Estados – ele era composto por um representante de cada Estado por eles eleitos e por mais outros dez membros indicados livremente pelo Presidente da República.

Com isso, não houve transmissão da função de “coordenação de poderes” da Constituição de 1934, de modo que a atribuição da suspensão da norma inconstitucional com efeitos *erga omnes* ficou sem previsão.

O art. 96 passava a exigir um quórum de maioria absoluta para a declaração; e mais:⁸ se o Presidente da República identificasse que tal lei era necessária “ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” (BRASIL, 1934), ele poderia submeter novamente ao exame do Parlamento, e, se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal (VIEIRA, 2008, p. 124; STRECK, 2002, p. 349).

⁸“Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. *Parágrafo único* – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 1934).

O art. 101 da Constituição de 1946 determinou a competência do STF para o julgamento do recurso extraordinário,⁹ marcando a opção pela adoção do sistema difuso e concreto. Retorna-se, assim, ao bicameralismo, e, sob tal ótica, o Senado Federal volta a ter a atribuição de suspender a norma declarada inconstitucional pelo STF (art. 64). Mas a “cláusula de reserva de plenário” manteve-se para a declaração de inconstitucionalidade – claro que sem a possibilidade de cassação da decisão pelo Legislativo (art. 200).

Ainda é importante notar que a ação direta interventiva é remodelada: além de proteção dos “princípios constitucionais sensíveis”, o ato supostamente ofensor é que é impugnado e analisado de modo direito pelo STF – e não mais o decreto autorizador da intervenção – e, com isso, a ação direta interventiva ganhou contornos muito mais próximos aos atuais.

Apenas a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965 – já no curso do Golpe Militar de 1964 – que o STF ganhará a competência para processar a representação contra a inconstitucionalidade (MAUÉS, 2010, p. 369), de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República (art. 101, *k*, da CR/1946).

Com isso, tem início a implantação da lógica do sistema abstrato e concentrado de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Como bem observa Streck (2002,

⁹“Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa” (BRASIL, 1946).

p. 354), o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado aqui foi instituído não como um mecanismo de proteção de direito e de garantias fundamentais,¹⁰ mas, devido à sua eficácia *erga omnes*, servia muito bem aos interesses do Governo para estabelecer um mecanismo que fosse efetivo e célere para impedir que juízes e Tribunais ainda afeitos à ideologia democrática pudessem, por meio do controle difuso, tomar decisões que contrariassem as pretensões governistas. O controle concentrado, então, serviu bem aos interesses governistas, possibilitando um freio e um controle do Judiciário brasileiro.

A Constituição de 1967, por sua vez, passou a adotar uma fórmula eclética de controle de constitucionalidade e, com isso, passaram a coexistir o modelo concentrado e o modelo difuso. O art. 45, IV, veiculava a possibilidade de o Senado Federal suspender os atos declarados inconstitucionais pelo STF pela via concreta; e o art. 114 dava ao STF a competência de julgar a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade. Ainda, a ação direta interventiva já não precisava de controle do Congresso Nacional, bastando um ato emanado do Poder Executivo (art. 11, § 2º). E, para pressionar o Judiciário, o Ato Institucional nº 6/1969 modificou a composição do STF de 16 para 11 membros, aposentando compulsoriamente diversos ministros.

Como se não bastasse, o controle difuso também foi atingido com a inserção de um pressuposto recursal para o recurso extraordinário: a “arguição de relevância da questão federal”. Originalmente, sua justificativa se apresentava como medida para tentar solucionar a “crise do Judiciário”, e, principalmente, diminuir o número de recursos extraordinários que deveriam ser julgados pelo STF (BAHIA, 2009, p. 122).¹¹

Por meio da Emenda Constitucional nº 1/1969, o STF passou a ter competência para, no seu Regimento Interno (RI),¹² indicar as causas que, devido à sua relevância,¹³ apresentassem questões que ultrapassassem o

¹⁰ Maués explicita que a finalidade do controle difuso sempre foi ligada à proteção dos direitos fundamentais contra deliberações de uma maioria política, ao passo que “o problema central da defesa da Constituição era a busca de garantias do exercício regular das funções estatais, de acordo com sua concepção da estrutura hierárquica da ordem jurídica” (MAUÉS, 2010, p. 360).

¹¹ Segundo Baptista (1976, p. 31), os recursos extraordinários representavam 80% dos feitos submetidos ao STF.

¹² O Min. Aliomar Baleeiro, conforme Baptista (1976, p. 32), foi voz minoritária ao discordar da utilização do Regimento Interno do Tribunal para destacar tais causas mais relevantes, pois tal ato deveria ser feito por meio legislativo pelo Congresso, e não pelo Tribunal. Todavia, a maioria expressou seu entendimento no sentido de que tal solução era inovadora por estar dando maior independência ao Judiciário, até porque, com isso, estar-se-ia livrando o Tribunal do “inconveniente diálogo” com o Legislativo, tão volúvel às convicções políticas.

¹³ Esclarece Baptista (1976, p. 35): “[...] a relevância, para esse efeito, será apurada especialmente do ponto de vista do interesse público. Em princípio, qualquer problema de

mero interesse dos litigantes.¹⁴ Dessa forma, a Emenda Regimental nº 3/1975 ao RISTF disciplinou que causas não seriam examinadas pelo Tribunal por já ser pressuposta a carência de relevância.¹⁵

O que se pode perceber é que o critério da relevância apenas deixava a cargo da discricionariedade dos ministros do STF a definição de causas que iriam julgar. O instituto, então, foi de importância ímpar para que o STF pudesse deixar de julgar determinadas causas, desenvolvendo como escusa uma justificativa de ordem meramente processual (BAHIA, 2009, p. 128).

Antes da sessão, os ministros receberiam um extrato e a arguição seria acolhida se pelo menos quatro deles se mostrassem favoráveis (art. 328, § 5º, VIII, RISTF). Uma ata seria publicada para ciência das partes, constando quais arguições foram acolhidas e quais foram rejeitadas. Todavia, a decisão seria irrecorrível (art. 328, § 5º, VII e VIII, RISTF) e não apresentaria qualquer fundamentação ou mesmo motivação.¹⁶

Com a Constituição de 1988 e com a expectativa de uma reabertura democrática, o constituinte buscou implementar um plano de ação que compatibilizasse ambos os sistemas de controle de constitucionalidade.

De um lado, o sistema difuso se manteve, inclusive abolindo-se a arguição de relevância e mantendo a competência do Senado Federal para

aplicação da lei é de interesse público. Mas, na prática, muitas questões têm repercussão limitada às partes, ou a pequeno número de casos, e há problemas legais cujas conseqüências são muito reduzidas, mesmo para as partes, servindo antes como pretexto para manobras protelatórias ou que visam a subtrair o mérito do litígio ao direito aplicável. Muitas controvérsias sobre o direito processual estão compreendidas nesta última hipótese”.

¹⁴ RISTF: “Art. 327. [...] § 1º Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal” (BRASIL, 2015).

¹⁵ “Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único [da EC nº 1/1969], das decisões proferidas: I. nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II. nos *habeas corpus*, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III. nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV. nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V. nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI. nas execuções por título judicial; VII. sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII. nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única” (BRASIL, 2015).

¹⁶ Para uma distinção entre fundamentação e motivação de uma decisão judicial, ver Cattoni de Oliveira e Pedron (2010).

editar a Resolução Legislativa (art. 52, X);¹⁷ de outro, o sistema concentrado (art. 102, I, a)¹⁸ aparentou se democratizar, uma vez que passou a permitir, na forma do art. 103, um número maior de legitimados, não exclusivamente o Procurador-Geral da República.

Podem, agora, propor a ADI: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O peculiar, aqui, é que não tardou para que membros da doutrina constitucional, como Mendes (1999, p. 131), afirmassem que se trataria de um processo objetivo – sem partes e sem contraditório –,¹⁹ de modo que seu foco não está na defesa de direitos subjetivos, mas em uma suposta defesa da ordem jurídica como um todo (VIEIRA, 2008, p. 150).²⁰

¹⁷ A Constituição de 1988 manteve, no art. 97 (“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”), a exigência da chamada “cláusula de reserva de plenário” para os julgamentos em face do controle difuso, cuja decisão aponte para a inconstitucionalidade na lei ou ato normativo.

¹⁸ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual” (BRASIL, 1988).

¹⁹ Tal leitura assumida pelo STF, portanto, é destoante de uma concepção democrática de processo (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001; GONÇALVES, 2001; CRUZ, 2004), para a qual o processo é uma espécie de procedimento que deve garantir o contraditório e a simétrica paridade entre as partes. Dessa forma, a legitimidade do provimento produzido é dependente das condições de participação e de construção dos seus destinatários. Logo, a expressão *processo objetivo* à luz dessa concepção é uma contradição em termos.

²⁰ Essa foi exatamente a lógica esposada pelo STF, com destaque ao voto do Min. Moreira Alves, no julgamento da ADC nº 1.1 – DF, que tinha como objeto a declaração de constitucionalidade da própria EC nº 3/93.

Outra estranheza fica para o desenvolvimento na jurisprudência do STF de duas classes de legitimados para proposição do controle concentrado: de um lado, têm-se os legitimados “universais” (art. 103, I, II, III, VI, VII e VIII), que não estão sujeitos ao requisito da pertinência temática; e, de outro, aqueles “especiais” (art. 103, IV, V e IX) submetidos a tal exigência.

Ora, se o controle concentrado visa à proteção da ordem constitucional, não tendo partes, nem se voltando ao interesse subjetivo, qualquer um dos legitimados é tão interessado quanto os demais na proteção da Constituição, de modo que a distinção traçada é nitidamente paradoxal e injustificada (VIEIRA, 2008, p. 156; CRUZ, 2004, p. 380), salvo do ponto de vista pragmático: inviabilizar o acesso irrestrito ao STF a fim de que não se tenha um aumento descontrolado de ações suscitando o controle de constitucionalidade.²¹

Em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 modificou um pouco as feições do controle de constitucionalidade brasileiro, trazendo uma inovação ímpar no direito comparado: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), alterando, assim, o texto original do art. 102, I, a.²² Anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, os únicos legitimados para propô-la eram: o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República. A motivação para sua criação dizia ser a preservação da segurança jurídica e seu pedido, diferentemente da ADI, era pela declaração

²¹ Para ser coerente com sua tese do processo objetivo, o próprio Mendes (1999, p. 145) rejeita tal concepção.

²² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

da *constitucionalidade* da lei ou ato normativo (VIEIRA, 2008, p. 162).

À primeira vista, não deixa de ser estranha a sua motivação; afinal, toda norma até sua declaração jurisdicional definitiva tem a seu favor a presunção de constitucionalidade. Sua justificativa é novamente alcançada apenas num plano pragmático: dada a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante de sua decisão, nenhum juízo ou tribunal inferior poderia apresentar entendimento diverso ao do STF, forçando, então, uma interpretação padronizada e em conformidade com o Tribunal,²³ e impedindo a dinâmica regular do controle difuso no Brasil; ou seja, a ADC mostrou ser um importante “instrumento da governabilidade”,²⁴ deixando as preocupações democráticas de lado (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 4). Assim, a ADC acabou por representar um mecanismo útil para o enfraquecimento do controle difuso no sistema brasileiro.

Objetivando implementar ainda mais o controle concentrado no direito brasileiro, editaram-se as Leis nºs 9.868/1999 e 9.882/1999 que estabelecem o procedimento para as demandas de controle concentrado. É fácil perceber que nelas o legislador infraconstitucional acabou por ultrapassar os contornos dos institutos fixados na Constituição de 1988 (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 4). Vieira (2008, p. 173) parece demonstrar um otimismo injustificado com relação à disci-

²³ No julgamento da ADC nº 4 (BRASIL, 1999), o STF concluiu pela possibilidade de deferimento de medida liminar em sede de ADC, o que reforça mais ainda seu caráter autoritário.

²⁴ “[...] o efeito e a súmula vinculantes caracterizam-se como mecanismos de prevenção da divergência sobre a interpretação constitucional, e não como mecanismos de correção. Eles visam que os juízes se adaptem às orientações jurisprudenciais do STF, evitando que as dúvidas sobre a constitucionalidade da lei cheguem ao Tribunal dificultando uma nova análise da questão que ensejou a divergência” (MAUÉS, 2010, p. 371).

plina constitucional do *amicus curiae* no art. 7º da primeira lei, inclusive afirmando que tal dispositivo consagra uma postura de abertura da interpretação constitucional para uma “sociedade aberta”.

Todavia, este não é o propósito da norma, já que, em comparações com o direito norte-americano,²⁵ principalmente, a versão nacional do instituto, retira dos participantes da sociedade as condições processuais (contraditório e ampla defesa) para uma atuação efetivamente legitimadora. Desde a ADI nº 3.510-DF, o STF também vem intensificando a realização de “audiências públicas”, o que parece, à primeira vista, sinalizar uma preocupação do Tribunal com a participação argumentativa da sociedade.

Mas, novamente, a postura assumida pelo STF não materializa tal preocupação com a legitimidade de suas decisões, pois, na etapa de fundamentação do provimento, os magistrados deixam de se preocupar em responder aos argumentos trazidos pela sociedade.

3. A falácia do discurso a favor da objetivação do controle de constitucionalidade no Brasil

Nesse quadro sinteticamente traçado anteriormente, é possível verificar que o controle difuso se desenvolveu ao longo da história institucional brasileira como a principal modalidade. Todavia, o controle concentrado, que apareceu em segundo plano, paulatinamente foi ganhando mais relevância no cenário jurídico-constitucional pátrio. Logo, uma afirmação no sentido de que o controle concentrado é a regra geral certamente ou despreza ou subverte a história institucional brasileira.

Maués (2010, p. 372) traz dois importantes argumentos que reforçam tal visão:

²⁵ Ver Mattos (2010).

(a) a Constituição de 1988 não traz qualquer limite ao controle difuso, ainda mais quando se lembra que os direitos fundamentais foram estabelecidos como dotados de aplicabilidade direta;

(b) tanto a ADC quanto a ADPF impedem uma monopolização do controle de constitucionalidade pelo STF, uma vez que pressupõem a existência de controvérsia judicial relevante para sua propositura (Lei nº 9.868/1999, art. 14, III e Lei nº 8.882/1999, art. 1º, parágrafo único, I).

O que se vê, na realidade, são medidas de constitucionalidade duvidosa tentando diminuir o acesso da sociedade aos canais institucionais de discussão da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais, em razão de um fechamento desses canais pela lógica do sistema concentrado.

Entretanto, uma ótica e uma ideologia que elevam a todo custo uma leitura de economia e de celeridade acabam por advogar a ampliação de mecanismos para a utilização de decisões cunhadas a partir de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ao que parece, então, escapa aos ministros Mendes e Grau o fato de que a Constituição de 1988 representa uma opção paradigmática ao Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, traz exigências normativas de participação democrática da sociedade nos processos de decisão institucionais, inclusive naqueles que versam sobre (in)constitucionalidade de normas produzidas por um Legislativo nacional (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 10).

O último ato contra o controle difuso no Brasil acabou sendo introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar o pressuposto recursal da arguição de repercussão geral para o recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da CR/88).²⁶ O objetivo foi o desenvolvimento de um “filtro” para os recursos extraordinários, a fim de diminuir o número julgado pelo STF. Ter-se-á, então, um incidente processual prévio ao conhecimento do mérito do recurso extraordinário, no qual o STF analisará se a causa apresenta tal repercussão geral. O STF, apenas por dois terços dos seus ministros, poderia recusar o conhecimento da matéria, por entender ausente a repercussão.²⁷

²⁶ “§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL, 1988).

²⁷ Nesse sentido, o § 3º do art. 102 torna, pelo menos a princípio, todo recurso dotado de repercussão, cabendo ao STF um exame mais detalhado e o pronunciamento negativo por quórum especial. É claro que, por questões de economia procedimental, a análise da repercussão geral só vem depois de esgotada a verificação de atendimento de todos os demais pressupostos recursais, conforme determina o art. 323, do RISTF.

Sinteticamente, o propósito seria desenvolver um pressuposto recursal, no qual o recorrente deveria demonstrar que seu caso, seja no aspecto jurídico, econômico, político ou social,²⁸ levanta uma questão que ultrapassa o plano de interesse apenas individual, materializando um interesse público subjacente (art. 543-A, § 1º, do CPC/1973 e art. 1.032, do CPC/2015).²⁹

Sendo assim, tanto Tavares (2004) quanto Madeira (2011) reconhecem que o julgamento da repercussão geral se dá no modelo do processo objetivo – já presente nas demandas pelo sistema do controle concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, os interesses subjetivos das partes devem ceder lugar a um interesse público maior: a defesa da ordem constitucional objetiva. Contudo, um problema aparece nessa leitura levada a cabo pela dogmática: “Com a repercussão geral não é qualquer violação à Constituição que vai ser apreciada pelo Su-

²⁸ Madeira (2011, p. 571) destaca que tais espécies caracterizadoras da repercussão geral pelo legislador infraconstitucional são imersas em imensa subjetividade, mas tal situação não é acidental, é intencional, pois permite ao STF a discricionariedade de seleção de causas e, com isso, garante a eficiência desse filtro recursal.

²⁹ Para André Ramos Tavares (2004, p. 55), a repercussão geral estaria presente quando a questão constitucional fosse dotada do atributo da novidade e da multiplicidade, isto é, ela deverá ser inédita e sua decisão deverá ser útil para a resolução de diversos outros casos pendentes nos tribunais inferiores. Ora, tal tese apenas pode ser cogitada como adequada se for considerada também adequada à tese do processo objetivo nos Tribunais Superiores. Entretanto, isso acaba por deixar transparecer um problema processual grave: os defensores dessa tese olvidam o fato de que o recurso extraordinário decorre sempre de uma causa, isto é, de uma alegação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelas partes do processo, a princípio do autor, e não de uma questão que pode ser resolvida em abstrato. Todavia, ainda assim é possível afirmar que, mesmo a apreciação judicial em abstrato, como acontece com as hipóteses de controle de constitucionalidade, constitui-se em discursos de aplicação e, por isso mesmo, depende de uma base fática, não se processando no vácuo (CRUZ, 2004, p. 246). Ao que parece, esse perfil elitista por parte do Judiciário, assumido principalmente pelo STF com a tese da natureza objetiva dos processos destinados a julgamento naquele Tribunal, é transportado para o processamento do recurso extraordinário.

premo Tribunal Federal, mas somente aquelas que têm uma repercussão que ultrapasse o caso concreto” (MADEIRA, 2011, p. 572).

Isso equivale, então, a dizer que o Supremo Tribunal Federal não vai mais zelar por toda a Constituição, mas somente pelas normas e situações que ele entender como de especial importância (MADEIRA, 2011, p. 572).

Ora, ao proceder assim, parece olvidar a dogmática de que se estaria criando uma distinção hierárquica entre as próprias normas constitucionais; ter-se-iam algumas normas que são mais importantes do que outras – e é o próprio STF que definirá isso –, já que sua violação justifica a intervenção processual do Tribunal e, em outras, essa atuação não é vista como necessária. Algumas lesões à Constituição seriam de segunda ordem e, por isso mesmo, “toleradas” pelo STF.³⁰

Desde o início, há críticas ao quórum de 2/3 dos ministros para não conhecimento do recurso.³¹ Para muitos juristas, tratar-se-ia de número elevado, o que conduziria a uma permissividade recursal maior e indesejável, razão pela qual a legislação processual acabou regulando a questão de modo distinto.

Logo, a Lei nº 11.418/2006, que alterou o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), acabou por dar novas feições ao instituto e um rigor ainda maior que o dado pelo texto constitucional. Pelo texto da lei processual, o Presidente do tribunal recorrido (*a quo*) tem

³⁰ O perigo, então, dessa leitura reside no fato de que se olvida que normas – pelo simples fato de serem objeto de uma deliberação e discussão pública e política pelo Legislativo – representam interesses públicos por si sós e, portanto, qualquer forma de violação a uma norma jurídica já é uma ofensa ao interesse de toda sociedade; afinal, essa mesma sociedade espera que suas normas sejam integralmente cumpridas.

³¹ Também no sistema alemão aparece a exigência de 2/3 dos membros do Tribunal para a não apreciação do recurso, favorecendo a lógica de que, em regra, o recurso deverá ser conhecido (JORGE; SARTÓRIO, 2005, p. 186).

a competência para realizar uma primeira análise da repercussão geral, podendo considerar prejudicados todos aqueles que versem sobre matéria em que o STF entendeu ausente a repercussão geral (art. 543-B do CPC/1973 e art. 1.033 do CPC/2015). Ele ainda pode realizar uma seleção por amostragem dos recursos que seguirão para o STF analisar a presença da repercussão geral.³²

As decisões sobre a repercussão geral deverão ganhar ampla divulgação e atualização no sítio eletrônico do STF (art. 329 do RISTF), de modo a formarem verdadeiros pontos de referência sobre a admissibilidade ou não dos recursos a partir de súmulas impeditivas. Sendo assim, segundo o art. 543-A, § 5º, do CPC/1973³³, a negativa de repercussão geral terá o condão de prejudicar o julgamento de mérito dos demais recursos extraordinários que veicularem a mesma controvérsia. A negativa de seguimento poderá ser pronunciada pelo STF se o recurso já tiver em sua órbita de competência, ou mesmo pelo Presidente do Tribunal *a quo*. Vê-se aqui uma modalidade de indeferimento dos recursos através de um efeito *erga omnes*.

Todavia, ainda que pesem tais tentativas de redução do espaço do sistema difuso, o fato é que o mesmo ainda compõe a nossa tradição e se afirma, continuamente, como a regra e a tônica do Direito Constitucional brasileiro, de modo que suas decisões apresentavam o efeito temporal retrospectivo (*ex tunc*) e o efeito

peçoal limitado às partes (*inter partes*). Bem coloca, então, a situação Dinamarco (2010, p. 89-90):

“Ora, quando uma dessas pronúncias (constitucionalidade ou inconstitucionalidade) vem expressa pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, é natural que tenha eficácia *erga omnes* porque essa é a função das ações diretas [...]. No controle concentrado! Não ocorre uma tal expansão de eficácia, todavia, quando a constitucionalidade da lei é declarada no controle *difuso*. Se ao julgar um *recurso extraordinário* vem o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade, é natural que essa decisão tenha grande poder de contaminação, dada a já apontada razão de, imediata ou mediamente, produzir a ineficácia (sentença constitutiva negativa). Mas, sendo um *recurso extraordinário* julgado com a conclusão pela *constitucionalidade* da lei ou ato impugnado, não ocorre essa desconstituição de eficácia nem qualquer outra consequência parecida. Em perspectiva técnico-processual vê-se que, em decisões como essa, não está o Supremo pronunciando a constitucionalidade em sede principal (*principaliter*) mas *incidenter tantum*: a constitucionalidade da lei impugnada aparece ali exclusivamente como fundamento, ou *razão de decidir*. O *decisum*, nos processos de controle difuso, consiste na conclusão que o Tribunal vier a dar no tocante ao litígio pendente entre as partes, concluindo pela procedência ou improcedência da pretensão do autor. [...] Não ocorre pois tal propagação de eficácia e, como vou dizendo, a pronúncia de constitucionalidade de uma lei ou de algum outro ato estatal em sede de controle difuso não é dotada de eficácia *erga omnes*” (DINAMARCO, 2010, p. 89-90, grifo do autor).

Maués (2010, p. 375) identifica, ainda, a existência de uma reação sistêmica ao controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, argumento que enfraquece, ainda mais, a tese da preponderância deste sobre o controle difuso. Assim,

³² Aqui, fica clara a deturpação do regramento constitucional: ao passo que o texto do art. 103-A, da CR/88, considerava a análise caso a caso do requisito de admissibilidade da repercussão geral, o art. 534-B, do CPC/1973, e o art. 328, do RISTF, falam em julgamento por amostragem, de modo que a decisão para um caso passa a ter validade para outros que ainda aguardam o julgamento.

³³ “§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1973).

“[u]ma primeira hipótese em que seria possível aventar limitações ao exercício do controle difuso refere-se ao indeferimento da cautelar em ADIn. Como vimos, contudo, o STF não aderiu à tese de que essa decisão possui efeito vinculante, o que significa que o controle incidental de constitucionalidade pode continuar sendo exercido sobre a lei cuja eficácia não foi suspensa pelo STF” (MAUÉS, 2010, p. 375).

O autor busca, ainda, destacar outras situações nas quais, então, poder-se-ia falar em preponderância: (a) deferimento da medida cautelar em ADC, com efeito de suspender o curso do julgamento de processos que discutam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação.³⁴ Mas, Maués (2010) lembra que, de 1993 até 2010, essa situação teve pouco impacto, já que, apenas nas ADCs nºs 4,³⁵ 5, 8, 9, 11, 12 e 18, o mesmo foi utilizado. O STF reconheceu que a “singularidade da questão” ou as “peculiaridades do caso concreto” poderiam afastar o efeito vinculante da decisão liminar de uma ADC;³⁶ (b) improcedência da ADI e da decisão pela procedência da ADC. Mas, novamente, a própria jurisprudência do STF já assumiu o entendimento de que é possível que no caso a caso a lei declarada (in)constitucional pelo STF em sede de ADI ou ADC possa continuar a ser discutida no controle difuso, deixando-se de aplicar a decisão anterior.³⁷

³⁴ “Como o próprio STF indica quando defere a cautelar em ADC, a suspensão dos processos significa que não pode ser prolatada qualquer decisão que tenha como pressuposto a inconstitucionalidade dos dispositivos alcançados pela liminar, além de que, no caso de efeitos *ex tunc* da cautelar, suspendem-se os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado que também tenham deixado de aplicar a norma pela mesma razão. À primeira vista, isso representa suspender a possibilidade do exercício do controle difuso, monopolizando, ainda que temporariamente, a fiscalização da constitucionalidade no STF” (MAUÉS, 2010, p. 376).

³⁵ “No entanto, no julgamento de várias reclamações com base na cautelar concedida na ADC nº 4, o próprio STF reconheceu como válida a não aplicação da lei em casos concretos pelos demais órgãos do judiciário. Essa ação teve como objeto a declaração de constitucionalidade, com pedido de cautelar, do art. 1º da Lei nº 9.494/97, segundo o qual: ‘Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992’. Como visto, essa lei estendia à tutela antecipada um conjunto de limitações já existentes no ordenamento jurídico para a concessão de liminares em mandado de segurança ou processo cautelar contra o Poder Público” (MAUÉS, 2010, p. 376).

³⁶ “[...] o STF firmou jurisprudência no sentido de que, tal como ementado no julgamento das Rcls. nºs 1.105, 1.137, 1.122, ‘A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária’ e editou a Súmula 729, com o mesmo teor” (MAUÉS, 2010, p. 378).

³⁷ “No julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 3.034, ajuizada pelo Estado da Paraíba, o STF manteve decisão do Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba, que expedira ordem de sequestro de bens do Estado para quitação de precatório, em razão de grave moléstia que acometia a credora da Fazenda Pública. Para o Supremo Tribunal, essa decisão não conflitava com seu julgamento da ADIn nº 1.662, que declarara inconstitucional hipótese similar de sequestro” (MAUÉS, 2010, p. 379). Outra situação de destaque: “Em decisão monocrática que indeferiu o pedido de liminar na Reclamação nº 4.374, ajuizada pelo INSS, o Min. Gilmar Mendes também reconhece que o STF pode mudar o seu entendimento sobre a constitucionalidade da norma em determinadas situações. Nesse caso, a

Com isso, tal quadro vem reforçar a importância do controle difuso para a tradição brasileira, e sua compatibilização com o controle concentrado. Logo:

“ainda que o ato normativo não seja julgado, pela via direta, incompatível com a Constituição, sua aplicação pode gerar situações inconstitucionais não previstas pelo STF, demandando que a lei não seja aplicada à espécie. Embora não haja declaração de inconstitucionalidade, a lei deixa de ser aplicada ao caso, o que representa igualmente uma forma de exercício do controle difuso” (MAUÉS, 2010, p. 381).

E conclui o mesmo autor:

“O conjunto de casos aqui analisados serve para exemplificar que o direito brasileiro admite que o juiz afaste o precedente dotado de efeito vinculante, ou a súmula vinculante, sem desrespeitar a autoridade da decisão do STF, sempre que haja novos argumentos, diferentes daqueles que foram recusados pelo Alto Tribunal. Por essas razões, devemos concluir que a declaração de constitucionalidade em ADIn ou ADC e a edição de súmula vinculante que declara lei compatível com a Constituição não eliminam a concorrência no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, tendo em vista que permanece possível seu exercício no caso concreto. O indeferimento de reclamações pelo STF demonstra que o controle difuso continua ativo no exercício do juízo de constitucionalidade da lei, elaborando novos argumentos que podem, ao final, ser reconhecidos como válidos pelo próprio STF. Nada melhor para demonstrar o caráter concorrente de nosso sistema” (MAUÉS, 2010, p. 382).

4. A função do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro

A partir das colocações anteriores, registra-se que é atual e necessária a figura do efeito *erga omnes* possibilitada pela participação do Senado

reclamação fundava-se em pretensa ofensa à decisão do STF na ADIn nº 1.232, que julgara constitucional os critérios estabelecidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 para o recebimento do benefício previsto no art. 203, V, da CF. Na decisão reclamada, a Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco afastara o requisito da renda *per capita* de ¼ do salário mínimo, considerando que tal critério legal não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência. Na fundamentação de sua decisão, o Min. Gilmar lembra que o STF mantinha-se firme no deferimento de reclamações em casos semelhantes, mas que vinha revendo seu entendimento, baseado em que a reclamação não é um meio hábil para ‘reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseou a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993’. Além disso, as decisões reclamadas não declaravam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas buscavam interpretá-lo em conjunto com a legislação posterior (Leis nºs 10.836/2004, 10.689/2003 e 9.533/1997), mais vantajosa para a análise da miserabilidade” (MAUÉS, 2010, p. 379-380).

Federal, ao editar a Resolução Legislativa retirando a eficácia da norma declarada pelo STF.

É importante a seguinte observação: o Regimento Interno do Senado Federal (art. 386) admite que tal comunicação, além de feita pelo STF, pode ser encaminhada também pelo Procurador-Geral da República ou pela respectiva Comissão de Constituição e Justiça.

Ainda cabem duas discussões: (a) quanto à compulsoriedade da edição de tal resolução; e (b) quanto aos seus respectivos efeitos.

Como já se mencionou, a doutrina constitucional brasileira se divide entre os entendimentos de que a atuação do Senado seria discricionária ou de que seria vinculada à decisão do STF. Desse modo, a função do Senado seria apenas a de dar publicidade à decisão assumida pelo STF anteriormente.

Lembra Brossard (1976, p. 56) que Lúcio Bittencourt foi um dos primeiros a levantar a tese da natureza vinculada. Mas fica, então, uma pergunta: qual a diferença, se tanto a decisão do STF quanto a resolução do Senado são ambas públicas e veiculadas no Diário Oficial? Seria, então, o Senado uma espécie de órgão de registro ou de assessoria de imprensa do Tribunal?

A resposta para tais questionamentos, e, claro, para a negativa da tese do caráter vinculado, está novamente na história institucional brasileira. Como já se disse, o Senado Federal, no texto da Constituição de 1934, quando recebeu tal competência, funcionava em uma situação especial, como um “Poder Coordenador” dos demais. Dessa dinâmica e visando ao equilíbrio, o constituinte – justamente a partir de uma dinâmica de *checks and balances* – determinou que o efeito *erga omnes* fosse dependente de uma *deliberação* política no Senado Federal, ou seja, o ato era discutido e votado pelo órgão, e não apenas aprovado em caráter automático (mecânico).

Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 4) destacam, então, que o “novo” papel que pretendem os ministros do STF para o Senado Federal no controle difuso perde de vista o fato de que ele é composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro que exercem uma função importante no que toca à legitimidade democrática, haja vista o debate público que a questão decidida pelo STF poderá promover. Além disso, deve-se observar que o seu caráter revogatório decorre do fato de o ato ter natureza política, e, conseqüentemente, eficácia temporal *ex nunc*; ou seja, tem-se aqui uma norma jurídica posterior retirando a anterior do ordenamento jurídico.

Entretanto, alguém poderia observar que, a partir da Constituição de 1946, quando retorna essa atribuição ao Senado Federal, após a queda do regime jurídico da Carta de 1937, o Senado volta a ocupar o papel de

casa legislativa, e não mais de “coordenador” dos demais Poderes. Mas isso não significa que a tradição já assentada tenha sofrido alterações. Por isso mesmo, o constituinte de 1946 manteve a mesma atribuição ao Senado Federal. Como demonstra Brossard (1976), a tradição se manteve na década de 1970, preservando a respectiva leitura. O mesmo jurista posiciona-se, inclusive, sobre os riscos de o Senado Federal editar uma Resolução exclusivamente a partir de um único julgado do STF – ainda que tenha sido este unânime. Para ele, é importante a prudência dos senadores, que devem procurar verificar se a decisão do Tribunal não passa de um caso único e isolado, bem como balizar sua decisão política nas leituras e nas interpretações assumidas por outros atores do cenário jurídico nacional – tribunais inferiores, doutrinadores etc., o que remete a uma ideia de sociedade efetivamente “aberta”. Ao que parece, essa tese não perde de vista, inclusive, que a decisão assumida pelo STF pode ser eivada de erro (BROSSARD, 1976, p. 63).³⁸

³⁸ Ao que tudo indica, é exatamente esse ponto que parece obscurecer os votos dos ministros Mendes e Grau na Reclamação nº 4.335-AC; principalmente o último, com uma atitude que pode soar como prepotência e como arrogância, para quem o Tribunal “está mais ao alto”, devendo a doutrina se curvar às suas posições. Mas, tal posição não é original. O Min. Grau, em sua apresentação à obra de Schmitt (2006), *Teologia Política*, na “versão” para a língua portuguesa, tenta atualizar e contextualizar a conclusão atingida pelo jurista alemão. Se “o soberano é aquele quem decide sobre o estado de exceção”, quem é o “soberano” no Brasil contemporâneo? Ora, seria de se esperar que um jurista comprometido com a ordem democrática trazida pela Constituição de 1988 – para não mencionar um ministro do STF, como é o caso de Grau – responderia afirmando que o soberano é o povo. A resposta de Grau (2006, p. xii) vai por outra via – se já é possível se surpreender com uma resposta que revela um conteúdo autoritário, muito próximo ao próprio Schmitt (2006), a continuação consegue ser ainda mais assustadora – e atesta que o soberano é o *Judiciário*, mais atentamente o *Supremo Tribunal Federal*. Se a resposta ainda poderia deixar dúvidas quanto ao fato de Grau ter, realmente, entendido o argumento schmittiano, essas indagações desaparecem quando se lê o voto na Reclamação nº 4.335-AC. A saída pela via da mutação constitucional que tomam, tanto ele quanto Mendes, não deixa de querer revelar que o STF detém o controle tanto

Outra reflexão, também presa ao problema, está na definição do efeito temporal da Resolução do Senado. Segundo Cruz (2004, p. 343), a doutrina brasileira majoritária – o que inclui nomes como José Afonso da Silva (2005), entre outros – advoga a tese de que os efeitos temporais da Resolução do Senado Federal serão prospectivos, isto é, *ex nunc*; já outros juristas – como Mendes (1999) e Clève (2000), por exemplo – trazem a tese de que o ato do Senado não se confunde com a revogação da lei e, por isso mesmo, teria efeitos de confirmar a inconstitucionalidade, sendo, então, *ex tunc*.

Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 5) aduzem, então, um importante argumento: o STF parece se esquecer do que significa “suspender a execução” de uma lei ou de um ato normativo. Ora, uma coisa é a “retirada da eficácia da lei” própria do controle concentrado, outra é a ação do Senado de retirar, do quadro das leis, uma lei declarada inconstitucional no controle difuso (o que é revogação). Autores filiados à mesma corrente de Mendes (1999) e de Clève (2000) parecem recair no equívoco de acreditar que a suspensão da eficácia de uma lei é similar ao ato de revogação.

O ato do Senado Federal, até por ser um ato de natureza política, é similar ao ato de revogação (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 5); logo, os efeitos preteridos permanecem, permitindo falar no efeito *ex nunc*, ao passo que a decisão no controle concentrado visa a declarar a nulidade da norma. Nessa lógica, exige-se uma interpretação no sentido de que norma inconstitucional nunca poderia ter existido e, por isso mesmo, nunca te-

sobre o direito quanto sobre a exceção schmittiana. E, por isso mesmo, decorre a proposta de uma mutação sobre o art. 52, X, da Constituição de 1988. Não é sem propósito, portanto, a crítica que o Min. Pertence faz em seu voto, questionando a legitimidade da mutação e suas proximidades a um Golpe de Estado.

ria produzido os seus efeitos, o que determinaria o efeito *ex tunc* (STRECK, 2002, p. 377). Assim,

“[s]e até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, a *decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*. Repetindo: a valer a tese de que os efeitos da decisão do senado retroagem, portanto, são *ex tunc*, qual a real modificação que houve com a implantação do controle concentrado, em 1965? Na verdade, se os efeitos da decisão desde sempre tinham o condão de transformar os efeitos *inter partes* em efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, a pergunta que cabe é: *por que, na prática, desde o ano de 1934 até 1965, o controle de constitucionalidade tinha tão pouca eficácia?* Desse modo, mesmo que o próprio Supremo Tribunal assim já tenha decidido (RSM 17.976), temos que a razão está com aqueles que sustentam os efeitos *ex nunc* da decisão suspensiva do Senado” (STRECK, 2002, p. 377, grifo do autor).

Toda a questão, portanto, parece radicar no fato de a atuação do Senado Federal ter natureza política, o que os votos dos ministros Mendes e Grau tentam obscurecer. Mesmo assim, Brossard (1976) já havia identificado uma importante questão: a natureza política da deliberação do Senado Federal cumpre um importante papel no que toca à possibilidade de abertura de um canal comunicativo para a sociedade. Ou seja, o Senado Federal não atua apenas como um órgão de uniformização de jurisprudência, mas há outra função igualmente importante subjacente.

Ora, tal situação, como o mesmo autor já identificou, marca a oportunidade de que, para a tomada de sua decisão, o Senado Federal se mostre poroso para participações advindas de vários setores da sociedade – demais tribunais, membros da doutrina constitucional, intelectuais etc. –, pluralizando as razões para uma toma-

da de decisão. Há, então, aqui, um nítido ganho para uma democracia procedimental, o que não pode ser apagado, como quer uma parcela do STF. Essa abertura para novas razões sobre a (in)constitucionalidade da norma, distintas daquelas trazidas pelo STF em sua decisão, provocará um ganho qualitativo de legitimidade para a deliberação do Senado Federal.

5. Última reflexão: o equívoco por detrás do argumento da mutação (in)constitucional na Reclamação nº 4.355-AC

Fica, ainda, um questionamento importante: já que é a tradição do constitucionalismo brasileiro subjacente ao texto da Constituição de 1988 que fixa não apenas o papel do Senado Federal na dinâmica do controle de constitucionalidade, mas também a sua distinção em face do controle concentrado, qual a legitimidade do STF para decidir alterar por meio de sua decisão – e não por meio de um processo formal da Constituição – suas disposições?

Ora, como bem estabelecem Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 6), tais características apresentadas pela Constituição de 1988 não são meros elementos de um debate entre acadêmicos, mas, antes de tudo, são normas constitucionais, que revelam, quando entendidas sob um pano de fundo maior, a tradição constitucional brasileira, e mais, assinalam “um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira”.

Pode-se, ainda, acrescentar que a manutenção da posição assumida por Mendes e Grau em seus votos acaba por violar também um “modelo constitucional de processo”, já que a decisão em sede de recurso extraordinário dotada de eficácia *erga omnes* se faz imperativa para pessoas que não participaram do debate que conduziu a construção do próprio provi-

mento jurisdicional (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 4). Esse “modelo constitucional”³⁹ é formado por um conjunto de princípios processuais constitucionalizados, dentre eles, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa (ANDOLINA; VIGNERA, 1990). Por se tratar de um recurso, é evidente que há interesses dos sujeitos processuais envolvidos, não sendo cabível afirmar a tese de um julgamento “objetivo”, sob pena de contrariedade à própria lógica do instituto processual. Assim, lembra Nunes,

“o instituto do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões já debatidas pelas partes, mas levadas, ou não, em consideração pelo órgão julgador de primeira instância em sua decisão, ou de questões suscitadas pelo juízo de primeira instância de ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim, um espaço de debate” (NUNES, 2003, p. 148).

É importante, então, fazer um alerta: o princípio do contraditório, hoje, não pode mais ser reduzido, como outrora, a um direito de “dizer e contradizer” ou à “bilateralidade em audiência”, como querem as teorias tradicionais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 55-56). O contraditório, a partir de uma perspectiva processual democrática, deve ser compreendido como direito de participação em igualdade na preparação do provimento, como já faz Fazzalari (1996). Explicando melhor, posiciona-se Nunes (2008, p. 230):

“Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório” (NUNES, 2008, p. 230).

Logo, a tese advogada pelos ministros Mendes e Grau acaba por ignorar a dimensão processual que também é um dos marcos distintivos dos controles difuso e concentrado. A teoria processual democrática, trazida pelas teses de Fazzalari (1996), Andolina e Vignera (1990), Gonçalves (2001) e Cattoni de Oliveira (2001), expressa bem as preocupações em superar uma concepção solipsista de processo, indicando a necessidade de, em observância ao princípio democrático, respeitar os espaços de participação de todos aqueles que são atingidos pela decisão judicial (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 10).⁴⁰

³⁹ “[...] a estrutura procedimental como espaço intersubjetivo e participativo dos provimentos, com a marca de nosso ‘modelo constitucional’ em sua acepção dinâmica, lastreado institucionalmente por uma ampla defesa, uma fundamentação adequada das decisões e por um contraditório dinâmico, em que existe um diálogo genuíno entre juiz e partes, e não meramente formal, entendido como princípio da bilateralidade da audiência” (NUNES, 2003, p. 52).

⁴⁰ Nesse aspecto, é fundamental uma incursão nos aprendizados trazidos pela hermenêutica para que se possa compreender, como explicam Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 10), que a filosofia da consciência entra em processo de ruínas a partir da proposta de compreensão intersubjetiva do mundo e do Direito. Também no campo processual, a hermenêutica e as teorias processuais democráticas vão apresentar séria oposição à leitura “instrumentalista” do processo, como a levada a cabo por Dinamarco (1999) e outros.

Importantes, ainda, são as observações feitas tanto pelo Min. Pertence quanto por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 6) no sentido de que tal conclusão traz ainda uma consequência séria: o esvaziamento da função da súmula vinculante, inserida na órbita jurídica brasileira pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Para a edição de uma súmula vinculante pelo STF, conforme o art. 103-A, da Constituição de 1988,⁴¹ precisa-se de um quórum especial de 2/3 (dois terços) de seus membros. Já a decisão a que o STF atribui a eficácia *erga omnes*, o HC nº 82.959, foi tomada por um quórum nada tranquilo, de seis votos a cinco, como lembram Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 6).

Ao fim, a reconstrução, análise e discussão dos votos acabam por abrir para um questionamento mais profundo acerca dos limites e da legitimidade do uso da chamada mutação constitucional. Para uma parte da teoria constitucional, a mutação é um mecanismo legítimo de “atualização” (alteração) das normas constitucionais. Todavia, o questionamento de Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 11) é crucial: não seria a mutação constitucional uma forma de “substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário”, o que revelaria um grave desvio no campo da separação das funções do Estado, comprometendo a dinâmica democrática?

É verdade que a posição assumida pelo STF demonstra uma faceta decisionista da função jurisdicional, principalmente no que tange ao exercício dos mecanismos de controle de consti-

tucionalidade, já que passam a exercer um papel hipertrofiado, avocando uma legitimidade duvidosa para, não apenas “guardar” a Constituição, mas assumir como uma modalidade de Poder Constituinte permanente (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12-13). Assim, se para o STF a Constituição de 1988 não está suficientemente em compasso com o que ele entende por “realidade”, a questão deixa de ser tratada sob o ponto de vista de uma discussão pública e democrática sobre a necessidade de reforma/alteração da Constituição pelos canais institucionais que o próprio Texto Maior prevê, e passa a ser vista como uma saída mais imediatista, qual seja, a alteração da normatividade constitucional pelo STF.⁴²

Outra questão também levantada por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 11): não haveria sob a base da tese da mutação constitucional um problema hermenêutico grave? Ora, a suposta correção jurisprudencial desse hiato entre realidade e normatividade não está na verdade encobrendo uma concepção limitada de compreender o próprio Direito contemporâneo, que deveria estar afinado a um paradigma do Estado Democrático de Direito? Ou, dizendo de outro modo: não se está tentando lançar mão de um instrumental teórico típico da crise do positivismo para solucionar o que parece ser um problema do tempo atual (JACOBSON; SCHLINK, 2002)?

É interessante observar que as leituras desenvolvidas pelos ministros Mendes e Grau acerca da mutação constitucional são ainda

⁴¹ “Art. 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” (BRASIL, 1988).

⁴² “Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”. “A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo [*sic*] que ‘diz o que é a Constituição’)” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12).

colidentes entre si. Para o primeiro, a mutação é instrumental hermenêutico-constitucional, por meio do qual o Tribunal pode modificar a norma, mas com a preservação do texto original; para o segundo, a mutação constitucional exige a alteração tanto da norma como do texto normativo. Em ambos os casos, fica clara a redução da estrutura normativa do direito a um mero conjunto de regras jurídicas, olvidando-se, de modo absoluto, uma compreensão do Direito a partir de uma dimensão principiológica; e mais, uma dimensão principiológica organizada a partir de uma exigência de integridade (DWORKIN, 1999; STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 12). Todo o problema é desenvolvido pelos ministros a partir de uma dicotomia entre “texto e norma” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 200, p. 13), apostando na tese da mutação como a solução taumaturga do problema, mas que é falha por não problematizar paradigmaticamente a questão.

Ora, a teoria e o conceito de mutação constitucional têm sua gênese teórica no pensamento de Laband e Jellinek, nos fins do século XIX e início do século XX, com posterior reformulação e tentativa de sistematização por Dau-Lin, no curso da República de Weimar. Em ambos os casos, assim como a posterior teorização de Hesse, o que se vê é a utilização do mecanismo da mutação constitucional para a resolução de problemas típicos de paradigmas jurídicos diferentes do assumido pelo Estado Democrático de Direito. Isso porque tais propostas de soluções aos problemas se dão ainda dentro dos limites de uma concepção positivista já em crise e descompromissada com uma função jurisdicional democrática, que, necessariamente, tem que assumir uma interpretação construtiva (DWORKIN, 1999) do Direito, tendo em vista que o direito é um empreendimento coletivo do qual participa toda a sociedade – na forma de uma comunidade de princípios.

Além do mais, deve-se lembrar que todos os autores que se debruçaram sobre a figura da mutação constitucional identificaram que seu emprego se dá sempre dentro de limites, que, se desobedecidos, desnaturam toda a legitimidade de sua aplicação, fazendo com que o produto mental seja, na realidade, uma mutação inconstitucional.

Todavia, é espantoso que nenhum dos votos a favor de sua aplicação, no caso da Reclamação nº 4.335-AC, tenha sequer levado em conta tais limites e suas consequências.⁴³ Ao inverso, todos os argumentos parecem se apoiar apenas em uma racionalidade instrumental (celeridade, efetividade e segurança jurídica, como razões elevadas a verdadeiros dogmas no interior do discurso decisório), segundo a qual “os fins justificam os meios”.

Por isso mesmo há que avaliar se, no quadro teórico da mutação constitucional, seria constitucional a postura decisória assumida pelos ministros Mendes e Grau.⁴⁴ Afinal, poderia o STF modificar uma norma presente no texto da Constituição de 1988, versando sobre separação de poderes, uma vez que o próprio texto constitucional, no seu artigo 60, § 4º, III,⁴⁵ impede

⁴³ Ora, para os ministros Barbosa e Pertence, no mesmo julgado, a utilização da mutação constitucional no caso é totalmente descabida e vilipendiadora da própria Constituição de 1988. Pertence, mais uma vez, lembra que isso traz toda a aparência de “golpe de Estado”.

⁴⁴ “Portanto, na Rcl. nº 4.335-5/AC, o conceito e o limite de mutação adotados por Eros Grau desrespeitam a Constituição. Como já dito, existe uma única maneira de mudar o texto constitucional – chamada de reforma constitucional – e um único responsável por tal alteração – poder Legislativo (titular do poder constituinte derivado). E também existe um procedimento específico para alterar a Constituição. Ora, o juiz não é nem competente e nem pode se socorrer do procedimento adequado para prover à alteração constitucional. Destarte, uma alteração do texto constitucional pela via interpretativa jurisdicional (exatamente o que Eros Grau propôs) atenta contra a Constituição” (CARVALHO, 2009, p. 25).

⁴⁵ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

a alteração pela via da emenda à Constituição? Logo, se nem mesmo o Poder Constituinte derivado está autorizado pela Constituição a proceder a uma alteração como essa, o que legitimará o STF?

Fato é que, textualmente, o dispositivo constitucional refere-se apenas à figura da abolição (extinção), mas tal situação deve ser interpretada de modo mais adequado como proteção ao núcleo essencial dos princípios, de modo que, sendo assim, pode ser evidenciado um agigantamento no plano das funções do Judiciário, o que viria a ser contrário à ideia de *checks and balances*, adotada pelo constituinte de 1988.

A discussão trazida, então, pelo voto do Min. Pertence é importante: será que, ao se lançar mão de um recurso como a mutação constitucional, não se está aceitando o “triunfo do fato sobre a norma” e, com isso, correndo o risco de se perder de vista a “força normativa da Constituição” (HESSE, 1991)?

Dito de outro modo, a utilização da mutação constitucional não poderia trazer danos para a supremacia da Constituição e para o próprio Estado de Direito? Ora, fica claro que o Min. Pertence não coaduna com a solução encontrada pelos ministros Mendes e Grau, pois tal situação acaba em uma inversão de valores.

II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL, 1988).

O próprio voto do Min. Barbosa remete ao plano da dogmática constitucional, na qual muitos autores apontam que, para se afirmar a existência de uma mutação constitucional, dois requisitos são importantes: (a) o decurso de um período de tempo; e (b) o desuso da norma – o que revela a fragilidade das pretensões dos ministros Mendes e Grau.

Dessa forma, o julgamento da Reclamação nº 4.335-AC acaba por deixar uma constelação de indagações sem solução satisfatória. E mais, acaba por revelar a fragilidade teórica da compreensão levada a cabo pelo próprio STF sobre o que seja a mutação constitucional. Ora, dos quatro ministros que até o momento votaram, nenhum compartilhou do mesmo entendimento que seus pares, demonstrando a obscuridade que ronda tal instituto jurídico, e mais, a relevância de um estudo aprofundado sobre suas condições de possibilidade e de limites, quer dogmáticos quer de legitimidade democrática.

Mas há um elemento comum aos votos dados pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau: a mutação é resultado da própria leitura semântica da Constituição que eles desenvolvem. Isto é, a alegação de que é preciso adequar a norma a partir do texto normativo constitucional a uma realidade ainda é uma forma de supervalorização do texto em detrimento da norma e também da própria realidade.

Há aqui um paradoxo. Por meio da afirmação de que o Tribunal irá proceder a uma mutação constitucional, busca-se exatamente encobrir a dificuldade em lidar com outro *standard* normativo que não as regras, qual seja, a figura dos princípios jurídicos. Tal situação fica muito clara quando se volta aos momentos históricos nos quais a teoria da mutação constitucional foi pensada: a crise do positivismo na Alemanha.

Nesse contexto, a solução realista – a autorização de que o Judiciário crie norma

substitutiva à Constituição – é, na verdade, outra fase do positivismo jurídico e ainda um apego paradigmaticamente injustificado ao texto normativo constitucional (CAMARGO, 2009; NUNES, 2008, p. 191).⁴⁶ E, como tal, inadequado para um paradigma que se queira assumir como Democrático.

Sobre o autor

Flávio Quinaud Pedron é doutor e mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor nos cursos de mestrado (Direito Público) e na graduação (Direito) da Universidade FUMEC-MG. Professor Adjunto do IBMEC-MG. Advogado.
E-mail: qpedron@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁷

THE TRIAL OF THE RCL. N. 4335-AC AND THE ROLE OF THE SENATE IN THE DIFFUSE JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT: This paper aims to reconstruct the role of the Senate in the theory and history of Brazilian judicial review. Thus, it seeks to demonstrate that the Senate is a important political institution of the improvement of the Brazilian constitutional law and democracy and, therefore, misguided statement made by the Brazilian Supreme Court, in the judgment of the Rcl. n. 4335-AC, in the sense that it would be possible to identify a constitutional mutation that turns the Legislature in one organ disclosure of decisions of the Brazilian Supreme Court. Historically, the importance of the participation of the Senate in the judicial review is an acquisition of democratic gains for the Brazilian law and cannot be annulled by the Court.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL CHANGES. JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL. THE JUDICIARY CRISIS.

⁴⁶ Nesse cenário, ganha enorme destaque o julgamento da ADPF nº 132 pelo STF, justamente pela demonstração da capacidade de compreensão dessa dimensão principiológica contida na Ordem Jurídica. Se os passos da Reclamação nº 4.335-AC fossem seguidos, o natural seria esperar a afirmação de que a Constituição passou por uma mutação constitucional para afirmar o direito de igual tratamento das uniões homoafetivas, mas essa possibilidade sequer foi cogitada pelo Tribunal. Vecchiatti (2011) até tenta justificar a decisão pela via da mutação, mas tal argumento equivocadamente já não foi assumido pelos julgadores, e o correto seria, como faz Dworkin (1985, 2006), compreendê-lo à luz de uma interpretação construtiva do direito, que toma consciência de um processo histórico de aprendizado ou das “ambições” a que o próprio direito se reserva. Afinal, o que a decisão faz é reconhecer a existência de um princípio mais abstrato, segundo o qual o “Estado não deve tomar decisões apoiadas em preconceitos sociais” ou, de outra forma, “nenhuma decisão estatal pode prejudicar um grupo por simples preconceito social” (DWORKIN, 2006, p. 430).

⁴⁷ Sem revisão do editor.

Referências

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano: corso di lezioni*. Torino: Giappichelli, 1990.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAPTISTA, Newton Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à Emenda Regimental n. 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Emenda constitucional n. 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 18 mar. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação declaratória de constitucionalidade n. 1 /DF. *Diário da Justiça*, 16 jun. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 4 MC / DF. Relator: Ministro Sydney Sanches. DJ, 11 fev. 1998. *Diário da Justiça*, 21 maio 1999.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 29 mar. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3510 / DF. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Reclamação n. 4.355 / AC. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 1º set. 2006. *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 out. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno do STF*. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 13. n. 50, p.55-64, abr./jun. 1976.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel; BINENBOJN, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 363-385.

CARVALHO, Renan Flumian. *Qual é o conceito de mutação constitucional para os ministros do STF?*. Monografia (Graduação em Direito) – Escola de Formação, Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada?: reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma do processo civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (Org.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 119-152.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Processo civil empresarial*. São Paulo: Malheiros, 2010.

DWORKIN, Ronald. Law's Ambitions for Itself. *Virginia Law Review*, v. 71. n. 2. p.173-187, mar. 1985.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. (Direito e Justiça).

_____. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Direito e Justiça).

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Apresentação. In: SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. ix-xiv. (Del Rey Internacional, n. 2).

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p. 1-39.

JORGE, Flávio Cheim; SARTÓRIO, Elvio Ferreira. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.) *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense: 2011. p. 526-578.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga. *Amicus Curiae*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MINAS GERAIS. Constituição de 15 de junho de 1891. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Del Rey Internacional, n. 2).

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *JusNavigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

TAVARES, André Ramos. Recurso extraordinário: modificações, perspectivas e propostas. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 38-63.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva: resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *JusNavigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19086/o-stf-e-a-uniao-estavel-homoafetiva>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.