

O FRACASSADO CANTO DO CISNE NO CONTROLE DIFUSO BRASILEIRO

THE FAILED SWAN SONG IN BRAZILIAN JUDICIAL REVIEW

*Diego César Soares Ribeiro**

RESUMO

O presente artigo tem como escopo realizar uma releitura da Reclamação 4.335-5/AC à luz da Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck). O relator da ação, ministro Gilmar Mendes, questionou o atual modelo de controle difuso de constitucionalidade como ocorre no STF, alegando, entre outros motivos, que teria sofrido uma mutação constitucional, sendo, assim, estaria praticamente equiparado ao controle abstrato. Tal tese é que desencadeia toda a celeuma atinente à ação, mas o desenvolvimento do trabalho não ficará adstrito a ela, passando pelos votos de todos os ministros, analisando minuciosamente as argumentações, tendo em vista as matrizes teóricas talhadas na referida escola gaúcha de hermenêutica.

Palavras-Chave: Constituição; Controle Difuso; Crítica Hermenêutica do Direito.

ABSTRACT

This article has the scope to reinterpret the Complaint 4335-5/AC in the light of hermeneutics Law Review (Lenio Streck). The rapporteur of the action, Gilmar Mendes, questioned the current model of diffuse control of constitutionality as in the Supreme Court, alleging, among other reasons, it would have been a constitutional mutation, so would be almost equivalent to the abstract control. This thesis is that triggers all the fuss regard to action, but the development of the work will not be attached to it, passing in the votes of all ministers, scrutinizing the arguments, in view of the theoretical frameworks described in referred Rio Grande do Sul school of hermeneutics.

Keywords: Constitution; Judicial Review; Critical Hermeneutics of Law.

* Graduando em Direito no 9º período pela Universidade Federal Fluminense. Correspondência para: Rua Sidnei Vasconcelos Aguiar n. 1.047, Macaé-RJ, CEP: 27937-010, email: diego_ribeiro@id.uff.br. Telefone: (28)9998-32123.

INTRODUÇÃO

A história do surgimento do controle difuso remonta tradicionalmente ao juiz Marshall nos Estados Unidos que julgou o clássico caso intitulado de *Marbury v. Madison* (1803). Alguns historiadores apontam que antes desse julgado que ficou famoso por ter afastado uma lei considerada incompatível com a Constituição norte-americana, houve outros que prepararam o terreno, como a contribuição de Sir Edward Coke para a estruturação do *judicial review*, conforme se viu no caso *Bonham* (1605)¹.

De acordo com o Senador Albert Beveridge, Marshall – que na época em que julgou o caso era o *Chief Justice* –, já na Convenção da Filadélfia (que daria origem à Constituição), tinha em mente um papel relevante para o Judiciário, ao qual atribuía o dever de proteção da ordem constitucional em detrimento de leis antagônicas à Lei Fundamental. Em suma, os juízes no exercício da jurisdição poderiam não aplicar uma lei inconstitucional por ser nula. A nulidade decorreria de sua violação à Constituição. Caberia, pois, ao Judiciário dar cabo à conflitividade que reinava entre Legislativo e Executivo². É evidente que de lá para cá o controle de constitucionalidade evoluiu muito, temos aí o germen do *judicial review of legislation*.

238

A grande dificuldade que Marshall enfrentou era que a Constituição norte-americana não tinha à época (e ainda hoje) uma diretiva expressa que viabilizasse a realização do controle de constitucionalidade como é entendido hoje (aferição de compatibilidade das leis com a Constituição e expurgando as contrárias). Não obstante, o *Chief Justice* recordava que no artigo VI, cláusula 3, havia a obrigação de os juízes jurarem defender a Constituição. Aí que residia o busílis: se os juízes aceitassem aplicar leis inconstitucionais como ficaria o juramento feito? É evidente que seria desonrado³!

Nesse sentido, começava a ruir o dogma da supremacia do Parlamento para substituí-lo pelo da supremacia da Constituição. A autoridade do Judiciário emanaria diretamente da Constituição e competia a ele zelar pela ordem constitucional⁴. Quando tratamos disso, convém recordar o que já foi dito sobre a liberdade de conformação do legislador que não é mais absoluta como era no Estado liberal (em que havia o império da lei); ao revés, no Estado Democrático de Direito, há uma

¹ ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 343-349.

² COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 42.

³ COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 47.

⁴ COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 48.

moldura estrutural-constitucional a que o legislador, no seu ofício, precisa se adequar e, pois, não há discricionariedade como no tempo d'antanho.

Esses dois vetores, supremacia da Constituição e autoridade judicial para defendê-la, encontram fiel advogado em um importante *Founding Father* (Pai Fundador), Alexander Hamilton. No número 78 do *The Federalist*, ele nega uma suposta superioridade do Judiciário sobre o Legislativo ao realizar o controle de constitucionalidade, afirma que é o poder do povo superior a ambos e que quando a vontade do Legislativo, expressa em suas leis, choca-se com a do povo, manifesta na Constituição, os juizes devem ser governados por esta e não por aquela⁵. Não obstante, Hamilton defendesse essa tese, reconheceu que não havia “nenhuma sílaba” na Constituição norte-americana que permitisse aos tribunais realizar tal tarefa⁶.

No nosso país, a tese do *judicial review* foi acolhida na Constituição de 1891 que copiou até o nome de nossa República aos norte-americanos: Estados Unidos do Brasil. Apesar da recepção teórica, há um fato curioso que é registrado por Thales Chagas Machado Coelho nos seguintes termos⁷:

Com efeito, no Brasil, até as provocações de Rui Barbosa, ignorava o Supremo Tribunal Federal sua atribuição de *judicial review of legislation*, ante um texto constitucional explícito nesse sentido; já a Corte de Marshall entendera-se devidamente autorizada a empreender a revisão judicial das leis, à luz da Constituição, não obstante restasse patente que o texto constitucional não era claro na designação de tal atributo institucional.

239

Nesse diapasão, Georges Abboud destaca que o “Judiciário, principalmente, por meio da *judicial review*, tem a função primordial de limitar os dois outros poderes, buscando resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos”⁸. Depois, ele desenvolve a tese de se conferir a natureza de direito fundamental ao *judicial review*.

De modo sucinto, a teoria consiste em dizer que o *judicial review* é indispensável na preservação dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição, haja vista que diante de restrições a esses direitos e/ou garantias por algum ato formalmente legal do Poder Público, só seria possível ao particular

⁵ COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 63-64.

⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho et al. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 161-166.

⁷ COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 145-146.

⁸ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 349.

corrigir a ilegalidade e preservar seu direito e/ou sua garantia mediante o controle difuso, que impugnaria o referido dispositivo (lei ou ato) não o aplicando *in concreto*. Ao revés, com a ausência do *judicial review* “o direito de ação fica seriamente prejudicado”⁹, conclui Abboud.

A concretização em plenitude do acesso à justiça se dá por meio do controle difuso, já que este permite a observância das particularidades do caso concreto e a atribuição de *status* de direito fundamental ao *judicial review* tem como objetivo, conforme prossegue o professor paulista, “impedir que essa garantia fundamental do cidadão (controle difuso de constitucionalidade) seja suplantada pelo próprio Poder Judiciário, principalmente pelo recrudescimento das decisões de efeito vinculante do STF”¹⁰.

Em outras palavras, ante a expansão do efeito vinculante e de sua pretensão universalizante, como se não fosse necessária a realização da interpretação (súmulas vinculantes, ADC etc.), o controle difuso seria o instrumento pelo qual se efetivaria uma rígida fiscalização dos atos do Poder Público e de que, no caso concreto, direito fundamental algum fosse suprimido/drastricamente mitigado (como ampla defesa e contraditório) em virtude da presunção generalizante do efeito vinculante (quase legislativa).

A partir desse breve esboço a respeito do controle difuso, estudaremos a Reclamação 4.335-5/AC, que pretendeu equiparar este controle ao abstrato, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, escola fundada pelo professor Lenio Streck e assentada nas matrizes teóricas indicadas no transcurso do trabalho, haja vista a impossibilidade de abordar os pormenores pela exiguidade do espaço.

240

A TESE VENTILADA NO STF

Na Reclamação 4.335-5/AC, iniciada no ano de 2006 e concluída em março de 2014, o STF julgou matéria de direito penal, mais especificamente sobre a Lei de Crimes Hediondos e a inconstitucionalidade de um dispositivo. Não obstante, a discussão ganhou repercussão no âmbito jurídico em razão de uma suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição.

Como cada ministro realiza um resumo do objeto da reclamação, faremos uma síntese do caso em questão e, depois, apontaremos as análises dos votantes. A ação foi ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco (AC) que “negou” a 10 condenados por crimes hediondos o “direito à progressão de regime prisional”.

⁹ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 351.

¹⁰ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 351.

A DPU baseou sua reclamação constitucional com fulcro no reconhecimento feito pela Suprema Corte quanto à possibilidade de progressão de regime no julgamento do Habeas Corpus (HC) 82.959, em fevereiro de 2006, por 6 votos contra 5, quando foi declarado inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que proibia tal progressão.

Tendo isso em conta, passemos à análise dos discursos. Em primeiro lugar, é preciso se voltar para a alegação feita pelo reclamado (magistrado) quando indeferiu o pleito da reclamante (DPU) em primeira instância, pois ela, de algum modo, ensejou a propositura da reclamação constitucional.

Na época (2006), o juiz era responsável pela Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco e, quando lhe foi requerida a progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos com base em um julgamento de HC (*habeas corpus*) concedido pelo STF, alegou primeiramente que a vedação legal permanecia no ordenamento jurídico (o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90), isto é, não havia sido expurgada mediante jurisdição constitucional, logo, aquele juízo não estaria vinculado, pois a decisão não tinha efeitos *erga omnes*. E a segunda argumentação consistia em que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo foi realizada em sede de controle difuso (via incidental) e, portanto, perfilhando-se a “melhor doutrina constitucional pátria” que emprega a essa decisão efeito *inter partes*. Ele frisa também que foi “maioria apertada” (6 a 5) e durante 16 anos o STF entendia que a lei era constitucional. Depois, a reclamante (DPU) impetrou HC da decisão do juiz no Tribunal de Justiça do Acre.

241

Cabe expor também a manifestação do juiz a pedido do relator ministro Gilmar Mendes – da Reclamação (n. 4.335). O juiz opina pelo não conhecimento da reclamação em razão do não preenchimento dos requisitos do art. 13, da Lei n. 8.038/90. Alega que a competência é da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, já que os condenados cumprem neste juízo e não naquele (STF), assim não há que se falar em “preservação da competência e garantia da autoridade da decisão da Corte” como levaria a crer o instituto da reclamação constitucional como positivado no art. 102, I, l, CF. Aponta também que a ação não foi instruída com os documentos necessários. Após, o magistrado esclarece algumas falsas acusações feitas contra ele pelo defensor. Uma delas foi que aquele se eximia de julgar graças a um cartaz em que expôs a decisão do STF, mas, na verdade, o objetivo era informar às pessoas que solicitavam informações no juízo sobre o HC 82.959 (o *writ* que julgou o dispositivo da Lei de Crimes Hediondos inconstitucional) que veiculava a notícia emanada do próprio site do STF que, em linhas gerais, avisava que a decisão no referido *habeas corpus*, como realizada em controle difuso, deveria ser submetida à apreciação pelo Senado Federal consoante o art. 52, X, da Constituição.

Por seu turno, o juiz reitera que os efeitos no caso em voga são *inter partes*, inclusive utiliza o Regimento Interno do STF que, no seu art. 178, prevê o

procedimento para encaminhar ao Senado para conceder eficácia *erga omnes*. Como o Senado ainda não se manifestou, o dispositivo legal ainda vigorava. Afirma que se a decisão da Suprema Corte se desse no âmbito do controle concentrado, os efeitos seriam *erga omnes* e vinculante (art. 102, § 2º, CF). Por fim, assegura que a Lei de Execução Penal só autoriza a modificação do título executivo judicial (a sentença penal condenatória dos condenados por crimes hediondos) quando há alteração legal posterior benéfica (art. 66, I, LEP), o que não foi o caso.

Outro ponto para o qual o juiz chama atenção é que depois de julgar o HC 82.459, o próprio site do STF divulgou que a decisão precisava ser encaminhada ao Senado para ter seus efeitos estendidos (*erga omnes*) como tradicionalmente se faz em concordância com o art. 52, X, CF. O magistrado dá uma lição de controle de constitucionalidade e coloca o “dedo na ferida”, ou seja, diz que pensar de modo diferente é negar vigência ao dispositivo constitucional referido e desequilibrar o sistema de freios e contrapesos, inspirado no modelo norte-americano. Afinal, cabia a ele dar cumprimento à coisa julgada, e não desrespeitá-la por decisão que, como prolatada em sede difusa, não vincula juízos e tribunais.

242

No relatório do ministro Gilmar Mendes, este concedeu medida liminar no dia 21 de agosto de 2006 para que fosse afastada a vedação legal até o julgamento da reclamação. Já a subprocuradora da República opinou pelo não conhecimento do pedido, haja vista que não havia decisão proferida pelo Supremo que precisava ter sua autoridade preservada e, pois, a reclamação era manifestamente descabida.

Votos favoráveis

Passemos ao voto do ministro Gilmar Mendes. Ele menciona o HC 82.959 e o acórdão ementado, o comunicado que o reclamado afixou no cartório e nega que a referida reclamação seja descabida como alude o parecer do Ministério Público Federal. Logo em seguida, diz que investigará se a reclamação foi utilizada segundo sua destinação constitucional. Para isso, ele analisará o papel do Senado no controle de constitucionalidade.

Primeiro o ministro reconhece que a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões sobre inconstitucionalidade foi mediante a suspensão da execução do ato declarado inconstitucional pelo Senado e, que ao longo do tempo, surgiram algumas dificuldades sobre o alcance desse instituto. Por exemplo, se o ato do Senado era discricionário ou vinculado etc. Gilmar sustenta que na época havia uma contradição, ao mesmo tempo em que a doutrina e jurisprudência defendiam que a lei declarada inconstitucional era “inexistente” ou mesmo apresentava “ampla ineficácia”, não se

indicava a razão ou o fundamento do efeito amplo da declaração de inconstitucionalidade até que, em 1934, se resolve o imbróglio “com a suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar a generalidade à declaração de inconstitucionalidade”¹¹.

Embora Gilmar trate como uma celeuma os efeitos pertinentes à resolução emanada pelo Senado quando se ocupava das declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF na via acidental, na verdade, parece-nos que o debate era travado entre Lúcio Bittencourt que preconizava que o objetivo do art. 45, IV, da Constituição de 1967 visava tornar pública a decisão do Tribunal, ao passo que outros defendiam que o Senado praticava um ato político – e não exclusivamente técnico – e este que conferia o efeito geral a uma decisão de índole particular (*inter partes*). De todo modo, deve-se frisar que o texto do art. 45, IV, da Constituição de 1967 é o mesmo contido na Constituição vigente (art. 52, X), sem nenhuma mudança substantiva na sua redação. Em outras palavras, para Bittencourt o “objetivo”, aliás, o “sentido verdadeiro” era de que competia ao Senado publicar as decisões definitivas emitidas pelo STF quando se pronunciasse sobre a inconstitucionalidade das leis¹². O Supremo consente com a visão majoritária, qual seja, que é a resolução do Senado que estende os efeitos da sua decisão de inconstitucionalidade.

Outro ponto controverso, aponta Gilmar Mendes, era atribuir efeitos *ex nunc* ao ato do Senado, já que a lei inconstitucional era tida por *natimorta*, portanto, a decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade tinha caráter meramente declaratório (reconhecia o que já existia) e era contraproducente falar em “atos jurídicos formalmente perfeitos”, “efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos” e “situações juridicamente criadas” em face de uma lei declarada inconstitucional. Alguns juristas equiparam a suspensão à revogação, pois ambas produziriam os mesmos efeitos *ex nunc*. O ministro cita alguns teóricos que divergem dessa posição e assinalam que a suspensão é mais ampla do que a revogação, sendo que a primeira opera efeito *ex tunc*, isto é, fulmina a lei desde seu nascimento e não produz efeitos válidos; além disso, está atrelada a uma declaração de inconstitucionalidade do STF. O Senado não pode suspender lei à revelia da manifestação da Alta Corte julgante. Enquanto a segunda passa a reger os atos futuros – a partir dela – e confere segurança jurídica aos atos realizados sob a égide da lei revogada.

Após essa exposição, ele cita alguns arestos do STF que foram dando contornos ao instituto da suspensão. Fala, por exemplo, que o “ato do Senado tem o condão de outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente,

¹¹ MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 13.

¹² MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 13.

apenas para os litigantes”¹³. O ato é discricionário, não se podendo falar em omissão do Senado ou mesmo de violação a algum princípio da ordem constitucional. Não pode restringir ou ampliar a extensão do julgamento proferido pelo STF no que concerne ao mérito. O ministro trata de que houve um projeto para transformar o papel do Senado no controle de constitucionalidade como órgão incumbido de publicar a decisão do Supremo.

Em 1977, a jurisprudência do STF se firma quanto à dispensabilidade do Senado em suspender ou não uma lei declarada inconstitucional no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade. Isso, passadas muitas divergências, porque a modalidade abstrata é acolhida na Constituição de 1967 (pela primeira vez na CF/46 por meio da EC 16/65), fazendo nosso sistema, desde aquela época até hoje, ser considerado misto, abarca o difuso de inspiração americana e o concentrado de orientação austríaca. Em outras palavras, no perfil concentrado, a decisão do STF não dependia de passar por outro crivo para ter efeitos *erga omnes* como tinha a oriunda da modalidade difusa.

Em subseção seguinte, Gilmar analisa o instituto à luz da Constituição de 1988. E resume sua proposta nos seguintes termos¹⁴:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – *hoje inevitavelmente ultrapassada*. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes? *A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.* (grifos nossos)

Para endossar essas palavras, afirma que o instituto não dá conta de trabalhar com as sentenças interpretativas, manipulativas etc., que requerem “técnicas” (não têm o mesmo sentido de métodos como foi explicado anteriormente e superado pela hermenêutica gadameriana por insuficiência) mais apuradas como a “interpretação conforme”, a arguição de nulidade sem redução de texto etc. A dificuldade consiste em que não se trata de afastar o ato impugnado, mas um dos seus sentidos ou mesmo conformá-los à Lei Fundamental (só é constitucional se interpretado no sentido X2 e não X1, por exemplo). O instituto se revelaria inócuo para essas ocasiões.

¹³ MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 22.

¹⁴ MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 25.

Cabe dizer que, em alguns julgados em sede de controle difuso, o STF tem operacionalizado a modulação dos efeitos de sua decisão – que são, via de regra, *ex tunc* – em razão da segurança jurídica e relevante interesse social (não se confunde com interesse público!). Papel este que era atribuído, consoante parte da doutrina, ao Senado e que o STF absorveu, declara o ministro Gilmar Mendes. Sem falar que a estipulação dos efeitos é aplicável originariamente ao controle abstrato (art. 27, Lei n. 9.868). O professor Georges elucida que, mesmo sem previsão legal, os efeitos no *judicial review* podem ser modulados para “preservar direito fundamental do cidadão no caso concreto, utilizando-se, para tanto, os preceitos jurídicos da segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança legítima”¹⁵.

O ministro confere a repercussão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre as decisões de outros tribunais. Recorda um recurso extraordinário em que a Primeira Turma do STF decidiu que a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF) poderia ser dispensada, caso a matéria já tivesse sido decidida pela Suprema Corte por maioria qualificada (dois terços dos ministros). Esse entendimento foi referendado pela Segunda Turma em julgado posterior.

Gilmar Mendes considera essa dispensa uma “evolução” e diz que ela praticamente equipara o controle difuso ao concentrado, haja vista que o órgão fracionário fica liberado de remeter a matéria constitucional para ser apreciada pelo Pleno ou pelo Órgão Especial e pode adotar “autonomamente” a fundamentação prolatada pelo STF. De algum modo, “antecipa o efeito vinculante” e “permite” que o órgão fracionário descumpra seu dever de observação do art. 97, CF.

Nesse diapasão, o referido ministro passa a sustentar a tese de mutação constitucional relacionada à suspensão da execução da lei pelo Senado. Ele advoга uma releitura que, ao decorrer da exposição, mostrar-se-á uma ruptura da função tradicionalmente desempenhada por esta Casa Legislativa. A expressão não deixa de ser curiosa, parece-nos uma das várias palavras que compõem uma novilíngua jurídica que têm como escopo fazer o leitor aceitar a ideia de modo sutil (George Orwell).

Ele relata que o país estava atrasado em relação a outros Estados que já concediam eficácia geral às decisões da Suprema Corte (Alemanha e Áustria) e que o papel do Senado atribuído à época (1934) mantinha correlação com uma divisão de poderes superada pela Constituição de 1988. Depois, Gilmar Mendes, ao tratar da ampliação do controle abstrato de um legitimado (PGR) a vários órgãos como consta no art. 103 da Lei Maior, que o legislador constituinte pretendeu (interpretação subjetivista?) reforçar o controle abstrato e causou uma “mudança substancial” no controle de constitucionalidade brasileiro, já que

¹⁵ ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 286.

qualquer questão pode ser submetida ao STF. Portanto, o controle difuso teria sido apequenado de maneira radical em face dessas alterações legislativas conforme a análise “quase intuitiva” (sic!) do ministro. Afinal, o que seria esse tipo de análise? Como brinca Lenio, “sentença vem de *sentire*”?

Nessa perspectiva, ele retoma afirmando que a ênfase do nosso controle de constitucionalidade está na modalidade abstrata, sobretudo quando matéria pré-constitucional pode ser apreciada também. Cita o voto da ADC 1, em que o ministro Sepúlveda Pertence designa o papel do Senado em atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do STF no perfil difuso de “anacronismo”. E salienta que a teoria da nulidade da lei inconstitucional não foi aceita no país. Aborda que nos Estados Unidos, por lá haver o *stare decisis* (assegura efeito vinculante às decisões das Cortes Superiores), “em caso de declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, tinha-se a segurança de que, em princípio, nenhum tribunal haveria de conferir eficácia à norma objeto de censura”¹⁶.

Gilmar declara que a doutrina brasileira trabalhava a teoria da nulidade da lei inconstitucional e da obrigação de os demais órgãos estatais se absterem de aplicar disposição que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF. A incongruência do sistema persistia graças ao sentido substantivo empregado no controle do Senado (concessão de eficácia *erga omnes*). Ele é assertivo ao dizer que conferir a um órgão eminentemente político, e não a órgãos de aplicação cotidiana do direito, a atribuição de suspender lei declarada inconstitucional era negar a referida teoria. Conclui que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso iure* nula, deveriam ter defendido que a decisão do Senado se destinava exclusivamente a atribuir publicidade à decisão do STF e essa posição foi sustentada isoladamente por Lúcio Bittencourt. E acrescentamos: é o que ele deseja fazer agora!

246

O ministro prossegue afirmando que, com a remodelação do sistema processual civil, em que recursos podem ser rejeitados ou providos a depender da sua compatibilidade com as súmulas ou “jurisprudência dominante” do STF, ele compreende que o legislador estendeu os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, ou seja, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até no controle concreto de constitucionalidade, com fundamento na jurisprudência do Supremo.

Após isso, ele cita alguns julgados em que o STF tem atribuído efeito vinculante não só à parte dispositiva, como também aos fundamentos determinantes em caso de leis municipais julgadas inconstitucionais. Ainda que reconheça que isso se dê de forma “tímida”, trata-se de uma eficácia transcendente que dispensaria a manifestação do Senado Federal. Por seu turno, traz à colação as ações

¹⁶ MENDES, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 37.

coletivas (ACP, MS coletivo) não terem simplesmente efeitos *inter partes* e que a declaração do Senado se revela inútil nessas hipóteses. Ademais, menciona alguns Recursos Extraordinários em que o STF modulou efeitos (*pro futuro/ex nunc*). Situações em que não se aplica o princípio da nulidade (da lei inconstitucional). É preciso, finda o ministro, limitar os efeitos não por razões de conveniência, e sim por fundamentos constitucionais.

Por seu turno, o ministro encerra seu voto recapitulando as observações já descritas. A adoção do modelo concentrado (1965), a nova divisão dos poderes (1988) e a Reforma do Judiciário que expandiu os legitimados do controle abstrato de constitucionalidade (2004) ensejaram uma nova compreensão do instituto do controle difuso, inclusive de institutos correlatos (cláusula de reserva de plenário e sua “dispensa”). Em outras palavras, trata-se de razões de ordem pragmática que retiraram o sentido substantivo empregado no art. 52, X, CF. A multiplicação de processos também favoreceu essa “releitura”.

De acordo com o Gilmar, a lei ordinária quando admite que o relator decide monocraticamente um recurso extraordinário com fulcro em uma questão já resolvida pelo Plenário do STF (art. 557, § 1º, CPC). O que se quer dizer é que o Legislativo contribuiu nesse processo de mutação constitucional do controle concreto. Nesse sentido, o ministro chega a afirmar que a “prática” parece ter dado razão à visão do Bittencourt: compete ao Senado dar apenas publicidade à decisão do STF. É um “dever de publicação”. Portanto, a não expedição da resolução do Senado não impediria que a decisão do Supremo tivesse sua “real eficácia jurídica”. É a equiparação do controle concreto ao abstrato, inclusive a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos sinaliza isso.

Enfim, ele considera que a visão doutrinária que atribui ao Senado o papel que teve desde 1934 até agora como “ultrapassada” e “ortodoxa”. A sentença do juiz da VEP desrespeitou a eficácia *erga omnes* do HC 82.959 e Gilmar Mendes julgou procedente a Reclamação 4.335, cassando, assim, todas as decisões do magistrado contrárias à possibilidade de progressão de regime. Se a reclamação, ao final, for julgada procedente, o juízo reclamado deverá reavaliar a fim de que os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, admitindo a realização do exame criminológico para tal fim.

Analisaremos agora o voto do ministro Eros Grau. Ele proferiu voto-vista sobre a Reclamação 4.335. Como o ministro Gilmar Mendes foi o relator da referida ação, demos um tratamento mais pormenorizado aos seus argumentos. Quanto aos demais ministros, seremos mais sucintos.

Em um primeiro momento, Eros Grau desenvolveu o raciocínio de que duas forças duais e opostas percorrem o direito, a primeira tende à rigidez e a segunda, à elasticidade (Pablo Rossi). Na primeira, há a certeza e a liberdade garantidas

pela lei no sistema de direito burguês; na segunda, sucede uma contínua adequação ao devir social que é firmada pela interpretação. A postura rígida será assegurada na medida em que o texto vincule o intérprete, ao passo que a postura elástica requer uma criatividade que pode fazê-lo ir além do texto.

Depois, o ministro Eros Grau trabalhará a diferença entre texto e norma. Aquele, produzido e encerrado no processo legislativo; esta, produzida por meio da interpretação. De antemão, a distinção entre texto e norma não está embasada na diferença ontológica (a norma só é no seu texto e o texto só é na sua norma) como veremos a seguir. Embora ele assevere que não seja possível cindir o momento do texto e o momento da norma, aliás, “partir em distintos pedaços”.

Ao tratar da mutação constitucional propugnada pelo relator da reclamação, o ministro Eros Grau se questiona se Gilmar Mendes não teria excedido a moldura do texto, pergunta-se também sobre o término do legítimo desdobramento do texto ao ponto de este ser “subvertido”. Após isso, trabalha com a ideia de tradição, em que um autor se insere em uma tradição, podendo se amoldar a ela com exatidão ou se afastando em algum ponto. Para que sua narrativa (a mítica que é aplicável ao direito em alguma medida) seja entendida pelo público, precisa aludir à tradição, mesmo que implicitamente.

Nessa perspectiva, o ministro realiza uma travessia do texto do mito ao texto normativo. Afirma que “o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma”¹⁷. Ele fala que o texto normativo se insere na tradição do texto e o intérprete não pode reescrevê-lo segundo seu talante, ao seu bel-prazer. Retoma o paradigma objetificante (relação S-O) ao dizer que a norma se encontra em estado de potência involucrada no texto e precisa ser desnudada pelo intérprete como se houvesse essência(s). E ele continua dizendo que o intérprete compreende o “*sentido originário do texto*” e tem de mantê-lo como referência da norma produzida. Insta frisar que, com o giro-ontológico linguístico, essa questão está (e foi) superada como elucidamos nos fundamentos teóricos.

Para esse desiderato quase místico (sentido originário do texto), prossegue o ministro Eros Grau, mister se faz que haja a coerência interna entre texto normativo e necessária atualização à realidade. Passa a discutir a “autêntica mutação constitucional” do art. 52, X, CF, de que o ministro Gilmar Mendes “extraí” o sentido do dispositivo constitucional de que é competência privativa do Senado publicar as decisões do STF que sozinhas já têm força normativa para suspender a execução da lei federal declarada inconstitucional, isto é, dar eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, o ministro Eros Grau reconhece que o relator não se limita a interpretar um texto e produzir norma que lhe corresponde, mas “avança” até

¹⁷ GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 7.

o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. É a isso que ele designa por mutação! Realmente, a declaração é chocante! Nega-se validade/vigência a um dispositivo constitucional “na cara dura” e encobre a discussão com uma malsinada mutação. Dispensa-se a tarefa legislativa de alteração formal-textual da Lei Maior e a substitui pelo intérprete que farto do anacronismo do texto (obsoleto) “cria” um novo texto (sic!) segundo seu alvitre com fulcro em uma tradição falsa, afinal, o que são as décadas de experiência do controle difuso com submissão ao Senado para conceder eficácia geral às decisões do STF desde 1934 até 2007? Nada! A vontade do intérprete assujeita tudo, inclusive o texto constitucional que é, como dito à exaustão, o limite mínimo e máximo de sentido, não se pode ir além, tampouco ficar aquém. É o fim da democracia e o início da juristocracia (governo de juízes, a expressão foi cunhada em inglês para se referir a risco do excessivo ativismo judicial norte-americano: *juristocracy*). A supremacia da Constituição é solapada pela supremacia ilegítima do Tribunal Constitucional! Se há alguma dúvida, deixemos que o ministro Eros Grau se pronuncie¹⁸:

Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é outro.

Assim, para Eros Grau, pouco importa a circunstância de a competência do Senado no novo texto produzido pelo intérprete soar estranha e peculiar, já que se trata de mutação, e não de certa interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição. A mutação constitucional deriva de uma incongruência entre a Constituição formal e a Constituição material, entre normas constitucionais e a realidade constitucional. De antemão, é importante dizer que no *linguistic turn* essa cisão é descabida e remonta à relação sujeito-objeto superada pela intersubjetividade (sujeito-sujeito). Não existe “realidade em si”, tampouco “texto em si”, “norma em si”. Com a *applicatio*, o intérprete já lançado no mundo (*Dasein*), produz uma norma que não está descolada do texto (diferença ontológica), tampouco desligada do ambiente histórico-efetual mediado pela tradição (historicidade e faticidade) e que a atribuição de sentidos não é arbitrária pelo DNA que o direito tem (história institucional) com base no dever de coerência e integridade. Tudo isso compõe a síntese hermenêutica!

¹⁸ GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 9.

Nessa ótica, ele continua as lições sobre a “mutação” alegando que a práxis constitucional no mundo da vida afasta uma porção do texto da Constituição formal sem que se rompa com o sistema. E que o novo texto precisa estar em consonância com a tradição para que seja mantida a coerência com o todo no seu contexto. Aliás, assevera que a mutação “não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento”¹⁹. Acusa o texto do art. 52, X, CF, de obsoleto como fez Sepúlveda Pertence em outras palavras que o designou de anacrônico.

Como se não fosse suficiente os paradoxos até então expostos com a maior naturalidade do mundo (*nonsense*), o ministro Eros Grau repristina *mutatis mutandis* a citação célebre do ex-ministro Humberto Gomes de Barros que disse que não se importava com o que diziam os doutrinadores, era a doutrina que tinha que se adaptar a ele em razão da sua autoridade de ministro do STF e de que decidia conforme sua consciência (AgReg em ERESP n. 279.889-AL). A ideia ventilada pelo Eros Grau é tão chocante que merece ser descrita *ipsis litteris*²⁰:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.

250

Para averiguar se o novo texto em oposição ao texto obsoleto está de acordo com a tradição, o ministro realiza esse teste individualmente. Sim, é a “percuciente análise” solitária do Eros Grau que determina se há ou não concordância com a tradição. Não há conflito entre o texto novo e os demais textos, qualquer de seus princípios, há uma adequação plena ao espaço semântico constitucional. Parece-nos que ele se esqueceu de verificar a compatibilidade com o princípio democrático, da separação de poderes, do papel do STF de guardião, e não de dono, proprietário da Constituição (Bercovici) etc.

Por fim, Eros Grau tece algumas considerações adicionais e conclui julgando a reclamação procedente em virtude de que a decisão do STF detém força normativa *per se* para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, não se fazendo necessária a submissão ao Senado para ampliar os efeitos (*erga omnes*).

¹⁹ GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 12.

²⁰ GRAU, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 14.

Votos refratários

Passemos a expor sumariamente o voto do ministro Sepúlveda Pertence. Para ele, não se trata de caso de mutação constitucional, inclusive porque a ideia poderia levar a suspeitas de “golpe de Estado”. O papel do Senado – prossegue o ministro –, no campo do controle de constitucionalidade pela via difusa, é um marco de nossa tradição constitucional e por causa disso deve ser preservado. Assim, as pretensões dos votos anteriores (Gilmar e Eros) acabam sendo equivocadas por atentarem contra a lógica da própria história do constitucionalismo brasileiro.

Embora o ministro Pertence concorde com a superioridade do controle abstrato, que tornaria “obsoleto” o controle concreto, consigna que a EC 45 trouxe uma solução menos gravosa do que a perpetrada pelos ministros Gilmar e Eros Grau, qual seja a súmula vinculante. De acordo com esse raciocínio, o STF, quando diante de uma decisão no controle difuso passível de gerar “insegurança jurídica” ou “multiplicidade de processos”, poderia expedir uma súmula vinculante, o que garantiria o mesmo resultado prático (efeito vinculante e eficácia *erga omnes*), mas sem o risco de ofensa às normas constitucionais. E, ao publicar a súmula vinculante, o STF não precisaria do “endosso” do Senado Federal.

Nessa toada, a solução não subverteria a tradição constitucional brasileira; além do mais, o Senado não seria rebaixado a uma espécie de departamento de comunicação a serviço do STF. E, com isso, o texto constitucional seria resguardado de uma inversão de valores, visto que os votos anteriores sinalizavam para o reconhecimento do primado da realidade sobre o texto. Por fim, ele julga a reclamação improcedente e concede *habeas corpus* de ofício para que o reclamado verifique, no caso, a possibilidade de progressão para cada interessado.

Quanto ao voto do ministro Joaquim Barbosa, é possível dizer que ele contestará as conclusões trazidas pelos defensores da mutação constitucional. O ministro rejeita qualquer aplicação de mutação nesse caso, tanto a defendida pelo Gilmar quanto a pelo Eros. Compreende que o art. 52, X, da Constituição, não é contraditório com a atual sistemática de controle de constitucionalidade de caráter misto inculcado pela Lei Fundamental. Destarte, carece de legitimidade qualquer tentativa de anular as nuances historicamente definidas entre os dois modelos.

Então, o ministro Joaquim traz à baila que, para caracterização de uma mutação autêntica, são necessários dois requisitos: existência de lapso temporal razoável; e o definitivo desuso do dispositivo (uma espécie de ostracismo constitucional?), mormente, no segundo requisito, é possível contestar estatisticamente a falácia de texto obsoleto, já que desde 1988 o Senado se valeu quase 100 vezes do instituto previsto no art. 52, X, da Constituição, sendo seis vezes em 2006 e uma vez em 2007 (ano em que se iniciou o julgamento da reclamação).

Afinal, Barbosa conclui seu voto assinalando, com base em Canotilho, o que não é mutação constitucional, embora não diga o que entende por esse fenômeno (via positiva). A simples alteração de interpretação de um dispositivo não autoriza a realização de mutação constitucional. Por sua vez, os pressupostos da reclamação não foram preenchidos, julgando o feito sem apreciação do mérito e concedendo *habeas corpus* de ofício pelo Tribunal.

Desta feita, passemos ao voto do ministro Ricardo Lewandowski. Ele destaca que, no sistema de *civil law*, há um conflito representado pelo julgamento de leis declaradas inconstitucionais por uns juízes e as mesmas leis tidas por constitucionais por outros. Essa “dissonância” não ocorre no *common law* graças aos “precedentes” que derivam do *stare decisis*, em que as decisões da Suprema Corte vinculam todos os órgãos do Judiciário. No Brasil, para não fugir à regra das recepções teóricas incorretas, adotou o controle difuso (1891) sem incorporar a sistemática do *stare decisis*. Isso gerou muita controvérsia, até que em 1934, com uma nova Constituição, insere-se no controle difuso a participação do Senado com fito de expandir os efeitos *inter partes* das decisões prolatadas pelo STF.

Já em 1965, o país introduz o controle concentrado de cariz kelseniana e, em 1977, mediante a jurisprudência do STF, consolida-se o entendimento de que não era necessário submeter as decisões nesse perfil de controle de constitucionalidade ao Senado. Depois, ele resume algumas premissas no voto do Gilmar (expostas anteriormente) que levariam à conclusão de que, com uma medida liminar, é possível suspender a eficácia de uma lei, por que uma decisão em controle difuso geraria meramente efeitos *inter partes*?

Assim o ministro Lewandowski observou que entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado pautou, para deliberação dos senadores, 53 ofícios encaminhados pelo Supremo solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Então, o ministro Ricardo salienta que essa interpretação levaria ao aviltamento da tradicional competência do Senado, reduzindo-o a mero órgão de divulgação de decisões do STF. A Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência outorgada de modo expresso. Essa exegese defendida pelos ministros Gilmar e Eros conduziria à lesão do princípio da separação dos Poderes, visto que o poder seria “enfeixado” nas mãos do Judiciário, “*ensejando, assim o surgimento de regime autocrático*”²¹. No mesmo sentido, ele afirma que suprimir competências do Poder Legislativo por meio da exegese constitucional é colocar em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos.

²¹ LEWANDOWSKI, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 9.

O ministro Ricardo afirma categoricamente que o desiderato dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes é deslocar a competência atribuída pelos constituintes a um Poder para outro. Frisa que há limites para a mutação constitucional como desvirtuar a “letra” das normas que embasam a Constituição e não pode contrariar “o” sentido da norma, apesar de considerar possível e até “salutar” a modificação do alcance de uma norma constitucional a fim de moldá-la à evolução social. A alteração pretendida afeta o “conteúdo essencial” e afronta o próprio “âmago da norma”. Em miúdos, a técnica hermenêutica – prossegue o ministro – ante a impossibilidade de conciliar as exigências de ordem fática com o sentido íntimo da norma deve ceder espaço à emenda constitucional, já que há absoluta inadequação.

Sobre o inciso X do art. 52, X, o ministro Ricardo declara ser um “dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grandes manobras exegéticas por parte de seus intérpretes”²². A expressão “manobras exegéticas” não deixa de ser curiosa no contexto. A “dada taxatividade” do dispositivo não admite maiores questionamentos.

Afinal, apesar dos arestos trazidos a lume pelo relator, estes não autorizam a conclusão de que as decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade produzam efeitos *erga omnes* à revelia do que dispõe a literalidade do art. 52, X, CF. Ricardo Lewandowski recomenda a edição de uma súmula vinculante para dirimir a controvérsia e evitar a vulneração de um dispositivo constitucional, já que a resolução do Senado é ato eminentemente político e concede *habeas corpus* de ofício.

Votos centralistas

O último voto na Reclamação 4.335 foi proferido pelo ministro Teori Zavascki no dia 20 de março de 2014. Analisaremos o teor desse voto e passaremos a fazer algumas objeções finais a partir dos argumentos defendidos pelos ministros, tanto os favoráveis à mutação do art. 52, X, CF, quanto os contrários à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. O ministro Teori salienta que a mutação constitucional em si não é o “fator determinante” para se conhecer ou não da reclamação. Fala a respeito de uma “força expansiva” da decisão do STF e pretende dar contornos de índole processual para a utilização da reclamação.

Ele faz observações sobre as mudanças legislativas na seara processual e cita como exemplo uma expansão da eficácia dos efeitos da sentença para além da lide clássica (autor *versus* réu) nas decisões prolatadas nas ações coletivas, tais como Ação Civil Pública (art. 16, Lei n. 7.347), Mandado de Segurança Coletivo (art. 22, Lei n. 12.016), de natureza consumerista (art. 103, Lei n. 8.078), cujos

²² LEWANDOWSKI, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 14.

efeitos extrapolam a relação subjetiva (*inter partes*) e atingem uma pluralidade de pessoas (*ultra partes*). Em outras palavras, são ações dotadas de eficácia ampliada e, por isso, transcendem os partícipes da relação processual.

Assinala a incoerência de nossos constituintes em adotar o controle difuso sem a introdução do *stare decisis* (1934) e que isso gerou inconveniente e grave insegurança jurídica em razão da disparidade das decisões, umas declaravam a lei constitucional, outras reconheciam que a mesma lei era inconstitucional. Houve uma falta de valorização dos precedentes judiciais, inclusive os do STF e, por isso, a implantação não logrou êxito. A participação do Senado era uma forma de conceder a eficácia *erga omnes* e, assim, equiparar o nosso modelo com o *stare decisis* norte-americano.

Após enunciar as alterações que ocorreram na legislação pátria, de modo sumário, na Constituição modificações decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45) com os institutos da repercussão geral (seleciona a controvérsia a ser julgada e lhe confere efeitos expansivos), súmula vinculante etc. e no Código de Processo Civil com a súmula impeditiva de recurso, poderes amplificados do relator para indeferir recursos com base na jurisprudência dominante ou súmula do STF etc, assim sintetiza o ministro Teori²³:

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

Cita alguns julgados em sede de controle difuso (Recurso Extraordinário, Mandado de Segurança, Habeas Corpus) em que o STF de algum modo modulou os efeitos da sua decisão (que seria em tese *ex tunc*) e sinaliza que o mesmo ocorreu com o HC 82.959 ao dizer que a declaração de inconstitucionalidade não teria consequências jurídicas em relação a penas já extintas naquela data. Indubitavelmente ele assevera que o Tribunal reconheceu e atribuiu imediata eficácia *ultra partes* à sua decisão.

Para o ministro, é necessário dar interpretação restritiva às competências originárias do STF, pois o uso indistinto da reclamação poderia transformar o Tribunal em “verdadeira corte executiva”, levando à supressão de instâncias locais e atraindo competências próprias de instâncias ordinárias. Para tal desiderato,

²³ ZAVASCKI, voto na Rcl. 4.335-AC, p. 15.

ele distingue a decisão com força expansiva da eficácia vinculante *erga omnes* (ações de controle abstrato, súmulas vinculantes) que não são sinônimas. Somente as segundas ensejariam o ajuizamento da reclamação.

Enfim, o ministro Teori encerra seu voto acolhendo a Reclamação 4.335 por violação à Súmula Vinculante 26 do STF, segundo a qual, “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”. Embora a reclamação tenha sido ajuizada mais de 3 anos antes da edição da súmula, a aprovação do verbete constitui, segundo o ministro, fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pode ser desconsiderado pelo juiz, nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil (CPC). O seu voto-vista foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso²⁴, Rosa Weber e Celso de Mello.

OBJEÇÕES RELEVANTES

Portanto, fazendo o esboço dos votos, temos o seguinte: os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio²⁵ julgavam inviável a Reclamação (não conheciam), mas, de ofício, concediam *habeas corpus* para que os 10 condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais. Os votos dos ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos proferidos pelo voto-vista do ministro Teori Zavascki, cujo entendimento foi seguido pelos ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello. Ademais, não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam aos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence.

²⁴ No *Informativo 739* do STF, lemos o seguinte no número 18: O Ministro Roberto Barroso, ao acompanhar essa orientação, frisou que a expansão do papel dos precedentes atenderia a três finalidades constitucionais: segurança jurídica, isonomia e eficiência. Explicou que essa tendência tornaria a prestação jurisdicional mais previsível, menos instável e mais fácil porque as decisões poderiam ser justificadas à luz da jurisprudência. Assinalou que, embora os precedentes só vinculassem verticalmente e para baixo, na linha da doutrina *stare decisis*, eles deveriam vincular horizontalmente para que os próprios tribunais preservassem, conforme possível, a sua jurisprudência. Sublinhou que, na medida em que se expandisse o papel dos precedentes, seria necessário produzir decisões em que a tese jurídica fosse mais nítida, o que seria denominado, pelo direito anglo-saxão, de *holding*. Considerou que o denominado processo de mutação constitucional encontraria limite na textualidade dos dispositivos da Constituição. Nesse sentido, a suposta mutação do art. 52, X, da CF não poderia prescindir da mudança de texto da norma.

²⁵ Ainda no *Informativo 739* do STF: O Ministro Marco Aurélio registrava que as reclamações exigiriam que o ato supostamente inobservado deveria ser anterior ao ato atacado. Na situação dos autos, somente após a prática do ato reclamado surgiria o verbete vinculante. Ademais, reputava que não se poderia emprestar ao controle difuso eficácia *erga omnes*, pois seria implementado por qualquer órgão jurisdicional.

Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na cidade italiana²⁶.

A teoria da objetivação do controle difuso ou abstratização do controle concreto de constitucionalidade está fundada em uma suposta mutação constitucional do art. 52, X, da CF, cujos argumentos já foram expressos nos votos dos ministros favoráveis a essa “releitura”. Como já deixamos consignado em alguns parágrafos, a nossa posição é refratária a essa tese e faremos nosso “constrangimento epistemológico”²⁷.

Por seu turno, a Reclamação 4.335 é um caso não paradigmático ancorado na mutação constitucional como álibi teórico, ou seja, não serve de modelo para outras situações e utilizou-se de uma construção retórica para negar validade a um dispositivo constitucional. Com isso não queremos negar a possibilidade de ocorrerem mutações constitucionais legítimas, mas, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, esse fenômeno – mutação constitucional – não pode ser entendido como geralmente o é de acordo com nossa doutrina.

Nesse sentido, é preciso tecer algumas notas sobre o instituto da mutação constitucional. Tornou-se um lugar-comum quando se estuda esse tema falar que a Constituição é viva, orgânica, mantém relação com o movimento dinâmico da realidade e quando sofre alguma alteração formal (via emenda) é para atender à necessidade da sociedade. Não queremos trazer à baila a discussão já bem assentada sobre os fatores reais de poder, em que, segundo Lassalle, a Constituição jurídica seria uma mera folha de papel quando não estivesse concorde com esses mesmos fatores²⁸. Posteriormente, Konrad Hesse mostrou que o assunto não era tão simples assim (submissão ao poder fático) e reivindicou a devota autonomia que a Constituição jurídica tinha (e tem), criando, dessa forma, a tese da força normativa²⁹. Quando comentamos, mais adiante neste trabalho, a Constituição comparada à Geni foi para reiterar a normatividade de que goza a nossa Lei Fundamental e que ela não pode ficar à mercê de outros campos (moral, economia, política etc.), afinal, é a Constituição que constitui o agir público e privado! Ela é condição de possibilidade para o exercício dos direitos

²⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 2 dez. 2014.

²⁷ Expressão usada por Lenio para se referir à função (social) da doutrina em criticar as decisões inadequadas que os Tribunais tomam e não ficar caudatária (submissa) a esses julgados. É como ele mesmo diz: *a doutrina doutrina!* A questão se torna mais complicada quando é o STF pelo efeito simbólico no imaginário jurídico. Em outras palavras, seria como pensar: se até o STF não respeita a Constituição, por que eu deveria fazê-lo?

²⁸ LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985, p. 17.

²⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

e garantias fundamentais. É óbvio que ela não faz isso sozinha e para isso é necessária a construção de um “sentimento constitucional” (PabloVerdú).

Além da alteração formal, a doutrina aponta que existe a mudança informal, isto é, altera-se o sentido da norma enquanto se mantém o texto intacto, a isso que eles designam por mutação constitucional. Há quem prefira tratar por poder constituinte difuso. Em outras palavras, há uma espécie de descompasso – alegam os defensores – entre o texto e a realidade e a mutação serviria para adequar a ambos, colocá-los em consonância, sem que para isso precise de uma modificação efetiva do texto em virtude de ser um processo custoso e difícil, já que nossa Constituição é rígida (art. 60, CF).

Assim, a mutação constitucional pode ocorrer mediante interpretação legislativa, administrativa e jurisdicional; também por práticas, usos e costumes como aponta Bulos³⁰. E outro requisito fundamental para sua manifestação é que a Constituição seja escrita. Na Inglaterra, não poderia acontecer mutação constitucional.

Com Nelson Nery, grande estudioso do assunto, sobretudo das raízes do fenômeno que é de origem alemã, é possível introduzir um elemento ignorado por muitos doutrinadores brasileiros, qual seja, a não intencionalidade ou não consciência da mutação³¹. Em miúdos, a mutação constitucional ocorre sem que os intérpretes se deem conta pelo menos a curto prazo (constatação *a posteriori*) e sem que possa ser anunciada previamente!

De acordo com o insigne jurista, a alteração formal da Constituição via emenda é intencional, desejada, ao passo que a mutação é “processo natural e não intencional de interpretação constitucional”³². Aponta que existem quatro classes de mutação e a que mantém relação com o nosso trabalho é a última, qual seja, a mutação da Constituição por meio de sua interpretação, caso em que a realidade distorce a norma, isto é, a reinterpreta³³. Ademais, salienta que o texto

³⁰ BULOS, Uadi Lamego. Da reforma à mutação constitucional. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 133, n. 129, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176380>>. Acesso em: 2 dez. 2014, p. 27.

³¹ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 92.

³² NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 95.

³³ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 96.

constitucional “demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”³⁴.

O professor Nelson Nery traça algumas linhas sobre a objetivação do controle difuso ventilada pelo ministro Gilmar Mendes quando da relatoria da Reclamação 4.335. Antes de as expor, ainda nos socorrendo de suas lições, convém reiterar que uma mutação anunciada é “uma ruptura do sistema, com ofensa flagrante ao texto e ao espírito da Constituição, porque o anunciador ou prenunciador está demonstrando à evidência sua intenção de modificar a Constituição sem o *due process* legislativo”³⁵. Agora passemos à rotunda crítica que Nery faz à aludida tese³⁶:

É inconstitucional porque: (a) ofende o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), e o *due process of law* (CF, art. 5º, *caput*, e LIV); (b) ofende a CF, art. 2º, já que não respeita o princípio da separação dos poderes; (c) ofende a CF, art. 5º, XXXV, porque confere à causa de pedir em *processo judicial subjetivo* eficácia de coisa julgada material, que nem mesmo entre as partes desse processo existiria (CPC, arts. 467 e 469), transformando, na prática, o controle concreto em controle abstrato equiparável, pois, à ação direta de inconstitucionalidade (ADI); (d) ofende e nega vigência à CF, art. 52, X, a pretexto de que estaria ocorrendo *mutação constitucional*. (grifos do autor)

258

Depois de abordarmos a mutação constitucional segundo uma concepção clássica, cabe dizer que à luz da CHD, o fenômeno toma outra perspectiva. De plano, com o giro ontológico-linguístico não existe o “texto em si”, tampouco a “realidade em si”, uma vez que com a diferença ontológica o texto só é na sua norma e a norma só é no seu texto, ou seja, não se pode falar em um texto abstratizado e universal como se fosse possível extrair dele um sentido originário, o sentido unívoco e verdadeiro, sob pena de remontar ao paradigma objetificante em que os textos contêm essências e estas são descobertas pelo intérprete. Só assim boa parte do esforço hercúleo que o ministro Ricardo faz para contraditar os ministros Gilmar e Eros é inócuo. Aqui sabe dizer que *data venia*, mesmo

³⁴ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 97.

³⁵ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 95.

³⁶ NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 101.

tendo se oposto à mutação, o voto dele é uma mixórdia teórica, faz um sincretismo metodológico assombroso. É como se ele disparasse vários conceitos em tom suplicante para que não se levasse adiante esse intento, mas sem levar em conta os contextos teóricos em que eles se enquadram, misturam-se e combinam-se escolas antagônicas!

Quanto à “realidade em si”, a diferença ontológica também supera, pois a norma é resultado da interpretação, é a atribuição de sentido de um texto e ela (a norma) não está descolada do texto, tampouco é idêntica ao texto. A *applicatio* gadameriana contribui ao dizer que o intérprete compreende para interpretar, ou seja, não é possível cindir o ato interpretativo da sua aplicação “prática” (não se interpreta em *fatias* como aduz três *subtilitates*). De novo: com Gadamer aprendemos que os sentidos só exsurgem na *applicatio*, isto é, compreende-se para interpretar, levando em conta que em toda compreensão há a antecipação de sentido (pré-compreensão) que não é controlável pelo querer do intérprete inserido na tradição (faticidade e historicidade), porque o sentido se dá em um *a priori* compartilhado. O intérprete não se fecha em uma redoma para conhecer o texto em si mesmo, uma espécie de “textitude”. Na verdade, o que ele faz é explicitar o compreendido! E como já explicamos, a atribuição de sentidos não é arbitrária, porque pois ocorre inserida na tradição, na reconstrução da história institucional do direito (o “DNA do direito” para usar a expressão streckiana).

A historicidade e a faticidade sofrem mudanças ao longo do tempo, mas não são controláveis diretamente pela vontade do intérprete, pois o compreender dele se dá na linguagem. Não se pode falar quando se trabalha com hermenêutica em uma “realidade em si”, à parte, isolada, hermética! Repito: como o sujeito da compreensão já está no mundo (historicidade e faticidade), ele recebe o legado da tradição e esse legado é compulsório, ao qual não pode renunciar. A tradição, para Gadamer, é objeto de nossa pré-compreensão e esse legado nos é dado por meio da linguagem. A tradição tem uma dimensão linguística, pois, fala por si mesma e não é possível dominá-la pela experiência. Deixemos que Lenio explique isso melhor³⁷:

Mais uma vez, está aqui presente uma leitura idealista que projeta uma dicotomia entre normas e fatos, uma perspectiva monológica e solipsista da questão que se esquece que a normatividade é uma construção intersubjetiva interna à realidade, embora não se deixe reduzir a uma mera força do factual. Do ponto de vista hermenêutico-crítico, a ‘realidade’ não é um obstáculo, mas é constitutiva, reflexivamente, do processo hermenêutico de concretização da normatividade. Basta pensar em autores como Müller ou Dworkin, por exemplo. Até porque a ‘realidade em si’ não existe, a realidade é uma construção hermenêutica; o

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 319.

que há são tradições autointerpretativas, paradigmas, pré-compreensões. Permanentemente em disputa e em conflito, dessa e nessa mesma realidade, em face do horizonte de uma história factual enquanto aprendizado social de longo prazo, cujo sentido permanece também em aberto.

Por isso que a não intencionalidade da mutação é tão relevante. Não é possível prever ou anunciar de plano que ocorreu a mutação como, diga-se de passagem, fizeram ambos os ministros, Gilmar e Eros. Dessa forma, o fenômeno à luz da CHD somente encontra “razão de ser” quando há novos sentidos (novas normas) que “abrangem” novos fatos (âmbito normativo é variável, a própria historicidade e faticidade aludem a isso³⁸) em concordância com os limites semânticos do texto (*programa normativo*) em uma relação tensional (oposicionalidade), mormente se for o texto da Constituição, sem violação à tradição e com o respaldo da doutrina *lato sensu* e jurisprudência por um dever de coerência e integridade do intérprete! Mas tudo isso só é “percebido” sem ruptura (em um *continuum*) depois de um longo tempo e comparativamente, não se justifica a mutação com argumento consequencialista de que, por exemplo, a sociedade “evoluiu” (darwinismo jurídico?) e que, portanto, o STF pode passar o trator por cima dos limites semânticos do texto constitucional!

Nessa ótica, o professor Georges nos dá um exemplo de mutação constitucional autêntica no direito norte-americano (guardadas as devidas proporções com o nosso direito) nos seguintes termos³⁹:

Para esclarecer bem a questão, merecem destaque as decisões da Suprema Corte norte-americana sobre as questões raciais, que constituem legítimo exemplo de mutação constitucional. No caso *Plessy vs. Ferguson*, a Suprema Corte havia admitido a raça como fator de *discrîmen* em benefícios dos brancos durante o transporte ferroviário, tal voto consolidou a equivocada premissa (separados, mas iguais). Ou seja, a Suprema Corte admitiu como razoável a segregação racial em locais públicos. O entendimento da Suprema Corte Norte-Americana modificou-se totalmente, posteriormente, no julgamento do caso *Brown vs. Board of Education*, que revogou a possibilidade de *discrîmen* racial, declarando inconstitucional o “*regime Jim Crow*” que eram leis estaduais e locais decretadas nos estados sulistas e limítrofes nos Estados Unidos, em vigor entre 1876 e 1965, e que discriminavam afro-americanos, asiáticos e outros grupos minoritários.

³⁸ Assim não se sustenta a ideia de uma sociedade de mortos que governa os vivos ou como ficou disposto no art. 28 da Constituição francesa ainda no período revolucionário: “[...] Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras”.

³⁹ ABBOUD, Georges. Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 215, janeiro, 2013, p. 8.

Em nosso ordenamento, temos um exemplo bem citado de mutação constitucional legítima e que se mantém segundo o paradigma hermenêutico adotado. Trata-se do conceito de “casa” contido no art. 5º, XI, da CF, tal dispositivo assegura a inviolabilidade do domicílio como regra, comportando quatro exceções. Após a promulgação da Constituição, o STF o entendia como aplicável às residências convencionais, inclusive os apartamentos, não alcançando quartos de hotel, locais de trabalho fechados ao público, trailers etc. Com o passar do tempo, o STF passou a aplicá-lo também a esses outros casos já referidos. É o que se nota no julgamento de um *habeas corpus*, em que o ministro Celso de Mello afirmou que o conceito normativo de “casa” se trata de qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado, e que o agente público não poderá ingressar nele sem mandado ou sem a autorização do dono (*invito domini*), sob pena de fulminar a prova com a ilicitude originária (RHC 90.376).

Mais uma vez: a mutação à luz da CHD não pode ser entendida como uma adequação entre texto e realidade como se estivessem cindidos e que cabe ao intérprete realizar essa convergência por meio de sua vontade assujeitadora! Não é possível realizar esse controle, a realidade não está à disposição do intérprete, tampouco o texto é compreendido *per se* sem *applicatio*. Afinal, compreender é um existencial! O intérprete desde sempre é um ser-no-mundo! Não lida com o mundo desde fora, ao contrário, está lançado no mundo (*Dasein*)! Em miúdos, deixemos que o professor gaúcho expresse isso melhor⁴⁰:

Quando o jurista interpreta, ele não se coloca diante do objeto, separado deste por ‘estar terceira coisa’ que é a linguagem. Na verdade, ele está desde sempre jogado na linguisticidade deste mundo do qual ao mesmo tempo fazem parte ele (sujeito) e o objeto (o Direito, os textos jurídicos, as normas etc.). A atitude de pensar que ele, intérprete, está fora e/ou separado do objeto pela linguagem, é alienante. Dito de outro modo: com isto ele não se considera coprodutor da realidade (da sociedade).

Quando Lenio trata da distinção entre regra e princípio, dá-nos uma lição que serve também à suposta incongruência entre texto e realidade: “Na medida em que o mundo prático não pode ser dito no todo – porque sempre sobra algo –, o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro (aquí o antidualismo entra como condição de possibilidade para a compreensão do fenômeno)”⁴¹. Para a hermenêutica jurídica, o texto não subsiste sem a realidade e a realidade não subsiste sem o texto! A norma só é no seu texto e o texto só é na sua norma!

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 363.

⁴¹ STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 2013, p. 60.

Voltemos à Reclamação 4.335. Há uma música da cantora Rita Lee que ilustra bem a atuação dos ministros do STF nesta ação. O título é “Agora só falta você!” e a primeira estrofe elucida o projeto engendrado pelos ministros favoráveis à mutação constitucional: “Um belo dia resolvi mudar / e fazer tudo o que eu queria fazer / me libertei daquela vida vulgar / que eu levava estando junto a você”. Se na letra da canção as palavras “vida” e “você” forem substituídas, respectivamente, por “tradição jurídica” e “coerência e integridade do direito”, as respostas exsurtem.

Em miúdos, a interpretação do STF é *ad hoc* porque rompe com a história institucional do direito (doutrina *lato sensu* e jurisprudência não só a própria como a dos demais tribunais país a fora sobre o controle difuso) e a substitui por “novos entendimentos” que não se sustentam na tradição, mas em um ineditismo discricionário e voluntarista dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, em uma “clara” (clareza no sentido de minimamente inteligível) manifestação de vulneração da Lei Maior. O “ato de vontade” subjuga, sujeita a Constituição, os limites textuais dela e o que mais se coloque como “óbice” (pedra no caminho, diria Drummond) da sanha reformista encoberta pelo véu de uma suposta mutação (in)constitucional.

De igual modo, a professora Anna Candida, que foi uma das pioneiras a tratar do instituto da mutação constitucional no Brasil, declara sobre o *case* da Reclamação 4.335⁴²:

[...] O fato é que, em razão dessa discussão, não há encaminhamento de decisões do STF ao Senado Federal desde 2006. [...] Parece, portanto, impor-se, com urgência, reforma constitucional que solucione tais questões, de modo a evitar que o Supremo Tribunal Federal se transforme em Poder Constituinte, lance mão de mutação inconstitucional e torne letra morta disposição expressa da Constituição.

Outra observação que chama a atenção no voto do ministro Gilmar Mendes é o fato de ele considerar ultrapassada a função do Senado exercida desde 1934 até 2006 e referir-se à visão doutrinária que a defende com o fito de proteger a integridade e a coerência de nosso direito já tão vilipendiado, seja pelo Executivo, Legislativo e, infelizmente, até pelo Judiciário, como “ortodoxa”. Ao revés, ele é o porta-voz do progresso, da evolução, da heterodoxia? Tudo leva a crer que sim. Parece um argumento *ad hominem*. Ele é o arauto da inovação, ao passo que quem resguarda a tradição e o limite semântico do texto é atrasado!

Por falar em tradição, Eros Grau brindou ao imaginário jurídico com um conceito de mutação constitucional que recorda a canção do Raul Seixas, “eu

⁴² FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentários ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.067.

prefiro ser uma metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo”. Por que é assim? Segundo o ministro, à revelia de toda a doutrina, quiçá ocidental, a mutação é a substituição (travessia) de um texto obsoleto (sic), promulgado democraticamente, por um texto novo criado pela vontade do intérprete! E pasmem: essa passagem tem que estar de acordo com a tradição! É a instauração de um paradoxo que corrói o edifício jurídico! Como ele verifica a congruência com a “tradição”? *Solus ipse!* Ele sozinho determina que assim o será! A expressão de Bercovici encontrou sua realização integral no voto do Eros Grau. Se a tese colar no futuro, quando o STF se cansar de um texto, ele o muda e declara previamente: é caso de mutação! Afinal, o dono pode dispor como bem entender do seu pertence ou não? Nem a propriedade privada está sujeita ao talante pleno do proprietário em razão da função social, exceto quando se tratar da relação STF e Constituição de acordo com Eros Grau. Não existe uma função social da Constituição para o STF. A democracia tombou perante a vontade de poder! O *Ancien Régime* constitucional de 1988 caiu!

E a mudança não para por aí. Conforme o ministro Eros, a doutrina brasileira precisa se dobrar aos ministros do STF. Qual o motivo? Eles serem os ministros do STF! São eles que fazem direito, enquanto a doutrina se debruça sobre o direito! A Constituição é aquilo que o STF diz que é! Uma espécie de volta ao realismo jurídico, em que o direito (verdadeiro) era como os tribunais o aplicavam nas suas decisões. O resto era acessório. Um argumento embasado na autoridade, do lugar de fala! Lenio escreveu um artigo criticando não o ministro Eros Grau, mas outro ministro, só que do STJ, Humberto Gomes de Barros, que teve uma declaração semelhante e à qual a crítica também se aplica. Vejamo-na, ainda que alguns detratores oponham ao texto a obsolescência⁴³:

Para aqueles que pensam que o Direito é aquilo que os tribunais dizem que é, o voto de Sua Excelência é um prato cheio. Só que não é bem assim, ou, melhor dizendo, *não pode ser assim* (ou, melhor, ainda bem que não pode ser assim!). Com efeito, o Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto. Na verdade, o ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade*. Repetindo: o Direito não é aquilo que o intérprete quer que ele seja. Portanto, o Direito não é aquilo que o Ministro Humberto Barros diz que é (lembremos, aqui, a assertiva de

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em: 9 dez. 2014.

Herbert Hart, em seu *Concept of Law*, acerca das regras do jogo de criquet, para usar, aqui, um autor positivista contra o próprio decisionismo positivista propagandeado pelo Ministro no voto em questão). A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de Direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes (do STJ) podem — como sustenta o Ministro Barros — “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei? Ora, é preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, *não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos.* (grifos do autor)

Para concluir essa subseção, tecerei as últimas objeções com base em um artigo que Lenio escreveu em parceria com os professores Marcelo Andrade e Martonio Lima comentando a Reclamação 4.335, mormente os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. E abordarei, em sequência, a “interpretação construtiva e evolutiva” (Barroso) à luz do que foi trabalhado até então sobre mutação no corrente estudo.

264

Nesse sentido, os autores retomam um dado formado na jurisprudência do STF de que a reclamação só é pertinente quando há “prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado” (Rcl. 1.880, 23.05.2002)⁴⁴ que guarda semelhança com o argumento que o ministro Teori utilizou para julgar procedente a Reclamação 4.335-5 por ofensa à Súmula Vinculante (a de número 26) que tem eficácia contra todos e, portanto, o uso dessa ação constitucional é adequado por cumprir requisito formal. Vale frisar que, à época em que se formou esse entendimento do STF sobre a reclamação, ainda não havia ocorrido a Reforma do Judiciário e, pois, não havia sido criado o instituto da súmula vinculante.

Então, Lenio e os demais rejeitam a utilização de reclamação constitucional feita pela DPU com o escopo de fazer valer a decisão no HC 82.959 quanto à inconstitucionalidade de um dispositivo que vedava a progressão de regime para

⁴⁴ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

crimes hediondos, já que – prosseguem os autores – “o resultado da atuação do STF no controle difuso nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão”⁴⁵. Ao misturar as duas realidades na Reclamação 4.335-5, o STF não obedeceu aos ditames do poder constituído que é a condição existencial da Alta Corte como poder jurisdicional vinculado à Constituição⁴⁶!

Outro adendo que autores fazem a essa relevante discussão é que com a expansão dos legitimados e mesmo a possibilidade de *amici curiae*, as decisões do STF ganham mais legitimidade pela viabilidade de que a sociedade civil participe mais ativamente na modalidade abstrata (ADI, ADPF, ADC etc.), ao passo que no controle difuso a participação da sociedade se dá de modo indireto pela atribuição constitucional conferida ao Senado. Assim, eles asseveram⁴⁷:

Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal às de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.

Há uma consequência gravíssima que passou ao largo de todos os votos dos ministros que é a lesão aos princípios da ampla defesa e contraditório, ademais de ferir o princípio do devido processo legal como apontou o ministro Ricardo, uma vez que no controle difuso há possibilidade de que as partes participem do processo de decisão que os afetará (é uma lide subjetiva), ao passo que com a

⁴⁵ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

⁴⁶ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

⁴⁷ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

atribuição de eficácia *erga omnes*, as portas se fecharão e atingirão inclusive aqueles que não tiveram seus direitos de se defender e de contraditar viabilizados⁴⁸.

Daí que advém logicamente a concessão de efeitos à resolução do Senado como *ex nunc*, sendo apenas a relação subjetiva que formou a declaração de inconstitucionalidade do STF passível de receber tratamento eficaz retroativo (*ex tunc*), já que não haveria razão para a adoção do controle concentrado em 1965, se os efeitos deste fossem idênticos ao difuso⁴⁹! A decisão do Senado é um “*plus eficaz*”⁵⁰. Afirmam também que não se trata da defesa da tradição pela tradição, mas de “todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira”⁵¹.

Eles alertam também de outro perigo ignorado pelos votos dos ministros. No HC 82.959, a decisão foi apertada de 6 a 5 a favor da inconstitucionalidade da lei, ou seja, sem amadurecimento teórico. E querer estender os efeitos de uma decisão controversa como se fosse uma súmula vinculante que exige quórum de oito ministros é um disparate, já que falar em “equiparação” entre difuso e concentrado é tratar de efeito vinculante. Assim, as súmulas perderão sua razão de ser porque valerão tanto ou menos que uma decisão por 6 votos a 5⁵².

⁴⁸ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

⁴⁹ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

⁵⁰ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

⁵¹ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

⁵² 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 1.

Sobre a competência do Senado, eles fazem uma abordagem federativa que merece descrição⁵³:

[...] somente a um organismo da Federação é que poderia recair a autoridade para suspensão de instrumentos normativos, por exemplo, oriundos de outros entes da Federação, como Estados, Distrito Federal ou Municípios, em razão, especialmente, da amplamente solidificada sistemática de controle da constitucionalidade a inadmitir controle concentrado de espécie normativa municipal diretamente no Supremo Tribunal. Tem-se, então, uma dupla acepção de democracia: *a que parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e o equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro.* (grifos do autor)

Nesse passo, eles refutam a argumentação do ministro Gilmar de que o controle difuso se mostraria insuficiente para lidar com outros mecanismos, mormente os que ocorrem nas sentenças interpretativas de constitucionalidade, já que declarar a inconstitucionalidade não pode ter os mesmos efeitos de declarar a constitucionalidade, embora o equívoco tenha sido cometido com a adoção da ADC em 1993. Em miúdos, a declaração de constitucionalidade gera um engessamento no ordenamento jurídico incapaz de adaptar o texto da Constituição às situações históricas mutáveis e insuscetível de atender a toda riqueza inventiva da casuística⁵⁴. Os desdobramentos não serão elucidados com minúcias aqui.

Lembrando que não é possível cindir texto e realidade, os autores salientam que as situações históricas são cambiáveis, o que não é nenhuma novidade. Como já dito alhures, o âmbito normativo é mutável, mas a mudança ocorre no bojo da tradição e com a historicidade e faticidade do intérprete! E não é possível cindir texto e norma (diferença ontológica)! Não há texto em si, tampouco realidade em si, não estão separados, nem são idênticos! Em outras palavras, para Gadamer a tradição carrega consigo historicamente as possibilidades de compreensão⁵⁵!

⁵³ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 2.

⁵⁴ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 2.

⁵⁵ STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 2013, p. 457.

Ainda sobre a relevância do instituto do controle difuso como está assentado na tradição do nosso constitucionalismo, os autores afirmam que: “Por isso, o art. 52, X é muito mais importante do que se tem pensado. Ele consubstancia um deslocamento do polo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões”⁵⁶. Eles fazem uma dura crítica à mutação alardeada pelos dois ministros na referida reclamação: “[...] em determinadas situações, mutação constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia. E este nos parece ser o ponto principal da discussão [...]”⁵⁷.

Eles apontam a origem histórica da discussão sobre mutação que se deu em primeiro lugar por autores como Laband (1895) e Jellinek (1906), posteriormente foi aprofundada a teorização com Hsü-Dau-Lin (1932). E afirmam que o fenômeno em questão como formulado por este último em especial “não leva em conta aquilo que é central para o pós-Segunda Guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático”⁵⁸. O que em alguma medida abordamos quando, a partir da CHD, diferenciamos regra e princípio e de como a mutação só pode ser compreendida nesse paradigma hermenêutico com um novo enfoque. Importa frisar que a mutação surge em um contexto de superação do positivismo legalista que pretendia açambarcar toda a “realidade”, sobretudo na época da codificação civilista de inspiração napoleônica!

Se essa filtragem hermenêutica não for realizada, a mutação constitucional funcionará como um “presente de grego” que silenciosamente destrói desde dentro a Constituição, burlando inclusive as implacáveis muralhas “troianas”

⁵⁶ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 17.

⁵⁷ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 2.

⁵⁸ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 2.

(limites semânticos do texto), considerando-se como foi (e é) compreendida pela maioria dos juristas⁵⁹:

[...] *advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes.* 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 [...] Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a Constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Os autores expõem o paradoxo contido na decisão do ministro Eros Grau de forma contundente⁶⁰:

Ocorre que, ao mesmo tempo, o Min. Eros Grau admite que “a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição *sem que o próprio texto seja alterado em sua redação*, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência”, para, logo em seguida, acentuar que “há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. *Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.*” [...] Mais ainda: se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Min. Eros Grau - como admitir que o Supremo Tribunal Federal “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega à conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado – e ratificado em 1988 – o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate – acerca da (in)validade de

⁵⁹ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 2.

⁶⁰ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 2.

um texto normativo – o Poder Legislativo, *único que pode tratar do âmbito da vigência*, providência necessária para dar efeito *erga omnes* à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas, sim, uma questão prejudicial?

E, desse modo, prestes a concluir esse tópico, é importante dizer com os autores que não cabe ao STF “corrigir a Constituição”, sob pena de transformarem-no em um “*poder constituinte permanente e ilegítimo*” e seria um “equivoco confundir as tarefas constituídas das constituintes, o que, traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República”⁶¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reclamação 4.335-5 é um caso não paradigmático camuflado com o alibi teórico da mutação constitucional (sem o filtro hermenêutico) que demonstra a exteriorização de uma “vulneração constitucional” em escalada na Suprema Corte do país e os efeitos simbólicos que a decisão evoca são prejudiciais ao Estado Democrático de Direito, não obstante que a situação tenha se resolvido com a edição posterior da Súmula Vinculante 26 em 2009 que pôs fim à controvérsia constitucional, mas o “ranço” que é a negação de vigência de um dispositivo constitucional com fulcro na mutação persiste. Não aplicar é uma forma de aplicar, não podemos nos esquecer disso.

Por fim, o STF poderia ter optado por solucionar o conflito de maneira democrática e, portanto, legítima, já que embasada em fundamentos constitucionais, como só fez depois de “chocar” a comunidade jurídica com essa decisão estapafúrdia, sobremodo com os votos do Gilmar Mendes e do Eros Grau. Não só com a criação da súmula vinculante que era uma saída viável, como também valorizando nossa tradição constitucional mediante a resolução do Senado ou mesmo remetendo a cópia do acórdão (HC 82.959) a algum legitimado do art. 103 para impetrar a ADI para se declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos e ter os efeitos desejados desde o início (*erga omnes* e vinculante), como sugere o professor Nelson Nery⁶².

⁶¹ 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. *Jus Navigandi*, 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: 9 dez. 2014, p. 3.

⁶² NERY JR., Nelson. Anotações sobre mutação constitucional – alteração da Constituição sem modificação do texto, decisionismo e Verfassungsstaat. In: LEITE, Georg Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009, p. 105.

Cabe, pois, à Academia realizar o constrangimento epistemológico a essa reclamação a fim de afastar essas teses que favorecem a perversão da Carta Magna, afinal, em alguma medida é ela quem nos salva (Geni), inclusive de nós mesmos, em detrimento da *vontade de poder* avassaladora⁶³! E se reza a lenda que o cisne canta antes de morrer, reafirmamos nosso júbilo que esse canto tenha fracassado e o controle difuso subsiste, apesar de algumas ranhuras. É sinal de que ainda a Constituição *constitui-a-ção* e os ministros da Suprema Corte sabem ler como nós, pobres mortais, sem “mutações”, se a ironia se explica sozinha!

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.
- ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni! *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 938, dezembro, 2013.
- ABBOUD, Georges. *J*Crítica à jurisprudência do STF em matéria de controle de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 215, janeiro, 2013.
- COELHO, Thales Chagas Machado. *O princípio da moderação e a legitimação do controle judicial de constitucionalidade das leis*. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 42.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Comentários ao art. 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreiras Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma constituição?* 2. ed. São Paulo: Kairós, 1985.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina?pagina=3>. Acesso em: 9 dez. 2014.
- 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. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/>

⁶³ ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: parabéns à Geni! *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 938, dezembro, 2013.

Diego César Soares Ribeiro

artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>. Acesso em: 9 dez. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl. n. 4.335/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 25 de agosto de 2006.

Data de recebimento: 16/12/2014

Data de aprovação: 07/07/2015