



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: A AFETAÇÃO AO LIMITE
AXIOLÓGICO DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

José Roberto Linhares de Mattos Junior

Rio de Janeiro
2021

JOSÉ ROBERTO LINHARES DE MATTOS JUNIOR

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: A AFETAÇÃO AO LIMITE
AXIOLÓGICO DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO: A AFETAÇÃO AO LIMITE AXIOLÓGICO DO ARTIGO 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

José Roberto Linhares de Mattos Junior

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida. Advogado.

Resumo – diante da falência moral de uma parte da política nacional, em razão de casos de corrupção, o Supremo Tribunal Federal assumiu um papel importante no cenário atual no imaginário social dos brasileiros. A mutação constitucional como um processo informal de mudança da constituição, onde há mudança de entendimento sem mudança de texto, se tornou um mecanismo hermenêutico cada vez mais atraente na interpretação do texto constitucional diante da complexidade da dinâmica social contemporânea. O trabalho se propõe a discutir acerca da mutação constitucional e da afetação ao limite axiológico da norma na mutação constitucional do artigo 52, X, CF na ADI 3.406/RJ que aceitou a abstrativização do controle difuso.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Mutação. Limite Axiológico da Norma. Abstrativização do Controle Difuso. Hermenêutica.

Sumário – Introdução. 1. O ciclo rotativo da sistemática normativa. 2. A fundamentação existencial da mutação consitucional. 3. A mutação constitucional do artigo 52, X, CF na ADI 3.406/RJ. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal assumiu importante papel no cenário atual, diante da falência moral de grande parte da política nacional, em razão de inúmeros casos de corrupção (*lato sensu*) surgidos nos últimos anos, tendo a sociedade – que não necessariamente têm conhecimento jurídico – projetado no Supremo Tribunal Federal a esperança de justiça. Ainda, movimentações políticas no sentido contrário de jurisprudências com o intuito claro de modificação de entendimentos jurisprudências, verdadeira reação legislativa conhecida como *backlash* – o que não seria ilegítimo, já que foram eleitos para tal – acabam por criar uma disputa entre poderes.

A Constituição Federal tem mecanismos formais de alteração de seu texto, entretanto, a Constituição Federal não é apenas alterada pelo procedimento formal, há procedimento informal de mudança da Constituição Federal, qual seja: a mutação constitucional.

A diferença entre o texto e a norma, é a interpretação, ou seja, a leitura que se extrai dela, daí a existência dos intérpretes. A mutação constitucional nada mais é do

que a leitura atualizada do texto, de modo a interpretá-la sob o prisma da sociedade atual, de modo a gerar novo entendimento da norma. A sociedade muda constantemente, o que leva a uma nova interpretação do texto legal para que se concretize, inclusive, a intenção do próprio legislador, que não poderia ter imaginado todas as situações possíveis.

Entretanto, a mutação constitucional não é uma carta branca ao Poder Judiciário, não se podendo fazer do instituto ferramenta para o decisionismo, havendo, então, limitação ao poder de interpretação do intérprete, qual seja, o limite axiológico da norma, não tendo como se interpretar algo que não está contemplado, com base na hermenêutica, pelo texto da norma em questão.

A teoria da abstrativização do controle difuso em que a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, decidida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle difuso, se revestirá dos mesmos efeitos do controle concentrado, qual seja, eficácia erga omnes e efeito vinculante encontra óbice no artigo 52, X, da Constituição Federal, já que cabe ao Senado Federal, nos casos de controle de constitucionalidade difuso, suspender a execução. De modo que entendeu o Supremo Tribunal Federal, ter havido mutação constitucional do dispositivo para que pudesse aplicar a referida teoria.

O presente trabalho, em seu primeiro capítulo, analisa o ciclo rotativo da sistemática normativa constitucional, abrangendo da função típica de legislar do Poder Legislativo até a função típica de julgar do Poder Judiciário, relativamente ao controle de constitucionalidade, e como correlacionar ambos os poderes de maneira harmônica de modo a se criar um ciclo de diálogos institucionais onde não haveria o monopólio da palavra final.

No segundo capítulo, empenha-se em discutir acerca do instituto da mutação constitucional: sua existência e fundamento, legitimidade e limitações, tocando em pontos como ativismo judicial e seus excessos e contraposição da realidade social à normatividade constitucional como uma forma de decisionismo, bem como a defesa do limite axiológico textual da norma como limite mínimo.

No terceiro e último capítulo, se analisa a desdogmatização da dogmática, a necessidade de novos critérios de designação jurídica mais condizentes com a complexidade da dinâmica social contemporânea, cuja mutabilidade se dá de modo demasiadamente rápido, a atuação específica do Supremo Tribunal Federal no

entendimento de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal ocorrido na ADI 3.406/RJ e uma possível subversão da norma.

A metodologia, em decorrência da complexidade do tema estudado, e de acordo com o método de Paul Feyerabend, quando fala-se em termos de ciências sociais, não é possível utilizar-se de um único método, é, então, necessário e melhor um pluralismo metodológico. Há, majoritariamente, inferências hipotético-dedutivas, entretanto, em determinados momentos, dialéticas.

1. O CICLO ROTATIVO DA SISTEMÁTICA NORMATIVA

A separação dos Poderes é um princípio constitucional basilar para o Estado Democrático de Direitos, encontrando previsão no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹ A Constituição confere o modelo tripartite da separação dos Poderes, dispondo que são independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso², a independência e harmonia é consubstanciada no sistema de freios e contrapesos – conhecido como “*checks and balances*” – onde há controle recíproco entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a impedir a criação de uma superestrutura homogênea. Cada Poder tem funções típicas e atípicas. Tipicamente, cabe ao Poder Legislativo legislar, ou seja, criar, aprovar ou revogar leis e emendas à Constituição, além de fiscalizar o Poder Executivo que, por sua vez, tipicamente, efetua a administração do Estado. Por fim, o Poder Judiciário tem como função típica o julgamento das demandas que lhe forem propostas, interpretando e aplicando as leis. Para o presente trabalho, interessa o papel inicial do Poder Legislativo, que dá início ao Processo Legislativo e o que põe fim à validade de uma norma, qual seja, uma declaração de inconstitucionalidade, por parte do Poder Judiciário.

O ciclo rotativo do sistema normativo inicia-se, em regra, com o Poder Legislativo – diz-se, em regra, porque o processo legislativo também pode começar com o chefe do Poder executivo, por exemplo –, com a propositura de um projeto de lei ou

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Nº. 13. 2009, p. 29.

de uma emenda à constituição. O Poder Executivo, por sua vez, veta ou sanciona e coloca em prática as Leis elaboradas e aprovadas pelo Poder Legislativo. Cabe, então, ao Poder Judiciário interpretar e aplicar ao caso concreto nas demandas que lhe for proposta, cabendo, por meio dos mecanismos hermenêuticos cabíveis, entender pela constitucionalidade ou não de determinado dispositivo, ou seja, cabendo ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade de norma produzida pelo Poder Legislativo.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é paralelo (ou *dual*), de modo que coexistem as modalidades de controle preventivo-político e controle repressivo-judicial, conforme bem ensina Guilherme Peña de Moraes³. O controle preventivo-político é feito na parte inicial do processo legislativo, pelo próprio Poder Legislativo, por meio de uma comissão específica – conhecida como Comissão de Constituição e Justiça – onde caberá fazer o julgamento prévio da constitucionalidade ou não do projeto de lei, para que este possa prosseguir com a tramitação pelo Congresso. O controle repressivo-judicial, por sua vez, é o elo final do ciclo, de modo que encerra a discussão acerca da constitucionalidade ou não da norma.

No caso do controle repressivo-judicial, este se subdivide em dois, quais sejam: controle abstrato e controle concreto. No caso do controle abstrato de constitucionalidade (como no caso de uma ação direta de inconstitucionalidade) a decisão, de acordo com os artigos 102, §2º e 103-A, caput, ambos da CRFB⁴, possui eficácia *erga omnes* (atinge a todos e não somente as partes do processo) e efeito vinculante (vincula demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, que tem que cumprir a decisão). Deste modo, há pelo menos três exclusões do efeito vinculante, quais sejam: o próprio Supremo Tribunal Federal – já que a norma diz “demais órgãos do Poder Judiciário” –, o Poder Legislativo e o Governo.

O Supremo Tribunal Federal está excluído para que não haja uma fossilização jurisprudencial, evitando-se que ele se autoengesse, possibilitando o “*overruling*”, ou seja, uma guinada jurisprudencial, que mude de opinião no futuro, inclusive do entendimento de inconstitucionalidade para a constitucionalidade, tendo em vista que a decisão de inconstitucionalidade opera efeitos no campo da eficácia, mas não no campo de sua existência.

O legislador também é excluído da vinculação para que possa reagir à decisão judicial, conhecido como “efeito *backlash*” (ou ativismo congressional). A exclusão do

³ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 534.

⁴ BRASIL. op. cit., 1988.

poder Poder Legislativo e do Governo se dá, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁵, em razão do princípio da liberdade de conformação legislativa, ou seja, a liberdade pertencente ao legislador da escolha do conteúdo e de quando produzirá as normas (necessidade e oportunidade, respectivamente), de modo típico pelo Poder Legislativo e de modo atípico pelo Governo. Cabe ressaltar que no caso do “ativismo congressual” não há presunção de inconstitucionalidade, por mais que a presunção de constitucionalidade seja atenuado, de modo que pode o próprio Supremo Tribunal Federal mudar de posição e entender, agora, pela constitucionalidade da norma.

Conforme ensinamentos de Roberto Mangabeira Unger⁶, o reconhecimento da dinâmica constitucional fundada no ciclo rotativo da sistemática normativa como uma premissa dialógica afasta leituras idealizadas e romantizadas das instituições, evitando-se a criação de um fetichismo institucional. Deste modo, melhorar-se-á a qualidade democrática na sistemática normativa constitucional, respeitando-se a separação dos poderes e o Estado Democrático de Direitos.

No caso do controle concreto há uma peculiaridade expressa na Constituição, de acordo com o artigo 52, X da Constituição Federal⁷: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”, o último rito que põe fim à rodada de discussão, por mais que seja meramente instrumental, pela redação do artigo (inclusive norma originária), parece ser de competência do Senado Federal, de modo que caberia ao Senado Federal suspender a execução da lei, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, no controle concreto a aplicação de efeitos inter partes, cabendo, no máximo, caso satisfeitos os pressupostos de relevante multiplicação de processos acerca de questão idêntica, valer-se da edição de súmula vinculante, para que pudesse estender o pronunciamento de inconstitucionalidade no controle difuso, conforme ensinamentos do professor Guilherme Penã⁸.

⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1993, p. 997.

⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998, p. 25.

⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁸ MORAES, op. cit., p. 555.

De toda sorte, por mais que o Supremo Tribunal Federal ponha fim numa “rodada de discussão”⁹, com a declaração de uma norma inconstitucional no caso do controle abstrato, não cabe ao Supremo Tribunal Federal o “monopólio da palavra final”¹⁰, havendo que se falar, no caso, de um “diálogo institucional”¹¹ existente na sistemática normativa, onde o Supremo Tribunal Federal põe fim numa rodada de discussão, mas podendo o Poder Legislativo abrir outra rodada de discussão com a edição de nova norma em sentido oposto ao decidido, por meio do efeito *backlash*.

O efeito *backlash*, diga-se, é legítimo, já que o Poder Legislativo foi eleito democraticamente pelo povo para fazer justamente edição, discussão, tramitação e revogação de leis do interesse do povo, de modo que o impasse termina quando o Supremo Tribunal Federal amoldar sua posição à do legislador ou quando o Poder Legislativo cessar a atuação legislativa, de modo que tal modelo se mostra condizendo com a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, evitando-se a criação de um superpoder. Enquanto não houver uma pacificidade entre as instituições, sempre haverá a possibilidade de que seja aberta uma nova rodada de debates acerca do tema em discussão, em decorrência da existência de um ciclo rotativo na sistemática normativa, em razão da separação dos poderes, do Estado Democrático de Direitos e do sistema de freios de contrapesos.

2. A FUNDAMENTAÇÃO EXISTENCIAL DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para melhor compreensão da problemática envolvendo a fundamentação existencial da mutação constitucional, há que tomar nota, em primeiro momento, acerca da separação entre texto e norma. É necessário que se distinga o texto da norma da norma propriamente dita, de modo que um não é necessariamente o outro, assim como entende Paulo Bonavides¹² que “onde menos se conhece a Constituição é provavelmente no seu texto, não sendo, portanto, de se desprezar jamais a parte submersa e invisível das Constituições, aquela que transcorre com toda força e energia na ambiência sensível da vida”.

⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 206.

¹⁰ *Ibid.*, p. 182.

¹¹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 279.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.85.

De igual modo, J. J. Gomes Canotilho¹³ sustenta no sentido de que “o texto legal a ser interpretado é denominado de ‘disposição’ e a norma é a parte de um texto já interpretado, ou seja, é o sentido ou significado da disposição”. Uma norma jurídica seria mais do que seu próprio texto, seria a interpretação dada ao texto. Deste modo, ante a diferenciação de texto e norma, abrir-se-á a possibilidade da existência legal da mutação constitucional, onde a Constituição não é um fim em si mesmo, mas deve ser interpretada e aplicada, de modo que, durante o processo hermenêutico, o intérprete pode dar-lhe uma nova interpretação, importando-lhe uma mutação constitucional.

Conceitualmente, mutar significa transformar, alterar, de modo que mutação constitucional, em sucinta análise, significa a possibilidade de alteração da interpretação de normais constitucionais, ou seja, a alterabilidade informal do texto constitucional ao longo do tempo, uma transição constitucional.¹⁴ Há alterabilidade formal na Constituição, qual seja, emenda constitucional (ou revisão constitucional) e alterabilidade informal na Constituição, qual seja, a mutação constitucional, que seria, em outras palavras, mudança de contexto sem mudança de texto.

A problemática que surge da fundamentação existencial da mutação constitucional consiste na divergência: se a mutação constitucional é uma mera interpretação constitucional à luz da contemporaneidade ou se seria usurpação do Poder Legislativo para legislar.

De acordo com entendimento de Luís Roberto Barroso¹⁵, além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional, existe uma terceira modalidade de poder constituinte que “se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais”.

Conforme se percebe do entendimento de Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal quando se utiliza do instituto da mutação constitucional se coloca na posição de um verdadeiro poder constituinte – e mais, um poder permanente – baseado em mecanismos não expressos na Constituição (mas que, de acordo com o autor, seriam por ela admitido). Neste caso, a mutação constitucional não seria vista tão somente

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.202.

¹⁴ *Ibidem*, p.1228.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.92.

como um instrumento hermenêutico, mas como um poder constituinte propriamente dito. Nessa visão, a mutação constitucional se deslocaria de uma mera interpretação constitucional à luz da contemporaneidade, que colaboraria para uma ‘construção coordenada’¹⁶ e ficaria mais próximo de uma usurpação do Poder Legislativo para legislar, tendo em vista que não cabe, segundo a própria Constituição – e talvez aqui resida o maior problema da mutação constitucional –, ao Supremo Tribunal Federal o poder típico de legislar, muito menos um poder constituinte permanente.

A mutação constitucional, quando realizada de modo a não respeitar, ao menos minimamente, o limite axiológico da norma, tende ao ativismo judicial – e, talvez, pior, já que nem sempre para concretização de direitos fundamentais. Critica Lenio Streck¹⁷ ser uma tendência brasileira de apostar no protagonismo judicial como uma forma de concretização de direitos e que isso seria uma interpretação equivocada do que ocorreu na Alemanha com a ‘jurisprudência de valores’ no pós-segunda guerra.

De inverso modo, a mutação constitucional pode ser compreendida como uma usurpação do Poder Legislativo de legislar, melhor dizendo, uma usurpação do poder típico de legislar do Poder Legislativo, levando ao ativismo judicial, onde, acerca do ativismo judicial, inclusive, descreve o prof. Lenio Streck¹⁸, comparando-o aos Atos Institucionais da ditadura – no caso ele fala sobre uma decisão do Supremo Tribunal Federal completamente contrária ao texto da norma – alertando para os riscos do decisionismo.

Ainda, em outro artigo, o prof. Lenio Streck¹⁹ alerta para a ‘overdose de ativismo’ onde, segundo o autor, o debate é tomado por posições ideológicas em confronto às garantias constitucionais, critica: “No século XIX, falava-se que as Constituições eram folhas de papel. Havia uma realidade social, que podia substituir a realidade das leis.”

Porquanto o prof. Lenio Streck aborde mais os abusos, o alerta se faz válido quando se consegue ver o uso fora dos limites mínimos – não fora de um limite

¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p.135.

¹⁷ STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.10

¹⁸ Idem. *Embargos, conduções e recursos: o AI 5 continua em vigor?* Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/senso-incomum-embargos-conducoes-recursos-ai-continua-vigor>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁹ Idem. *Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?* Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-vozas-ruas-qual-valor-constituicao>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

qualquer, mas do limite mínimo, qual seja, o limite axiológico da norma –, de modo que percebe-se que se coloca uma contraposição da realidade social à normatividade constitucional e que isso seria uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes – que, de todo modo, foi confirmada, inclusive, pelo Min. Luís Roberto Barroso.

A existência da mutação constitucional parece razoável quando da presença de fatos novos, não previstos à época pelo legislador, sendo a mutação constitucional um processo natural, sendo uma engrenagem integrante de um sistema de construção constitucional – já que a interpretação faz parte da construção normativa – integrando uma construção coordenada do constitucionalismo, caso contrário, talvez, estejamos diante não de uma mutação constitucional, mas de uma verdadeira ruptura da sistemática normativa, com intuito claro de modificação constitucional sem observação do *due process* legislativo, o que é odioso em uma democracia.

Entretanto, cabe ressaltar que a mutação constitucional, como fenômeno hermenêutico, deve ser utilizado dentro de limites interpretativos, por óbvio, não podendo, por exemplo, ferir o limite axiológico da norma, de modo que é impossível se interpretar ‘x’ de ‘y’, caso contrário, seria abnegar completamente do texto constitucional em favor de um simples decisionismo, de um entendimento pessoal, de um grupo ou, ao menos, completamente alienado do texto constitucional, o que, frisa-se, é inconstitucional.

3. A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, CF NA ADI 3.406/RJ

Por mais que no século XIX, no Direito, com o positivismo jurídico pudesse se acreditar que a norma jurídica possuiria a capacidade de disciplinar todas as possibilidades fáticas da vida²⁰, hodiernamente, sabe-se que não só o Direito não tem essa capacidade de disciplinar todas as esferas da vida – até porque se tivesse não haveria lacunas ou contradições –, quiçá a norma jurídica de albergar todas as possibilidades fáticas da vida, já que, caso contrário, estaria o Judiciário fadado ao sumiço, já que prestaria tão somente para declaração de algo que já é sabido, contemplado, existente de modo geral, funcionando o Poder Judiciário como mero homologador, ou seja, de reconhecer algo – o direito – oficialmente.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p.17 et seq.

Em relação à mudança de paradigma, criou-se um ‘direito jurisprudencial’ onde o Judiciário, diante da necessidade de preencher a lacuna deixada pelo legislador, passou a criar jurisprudências e súmulas com entendimentos consolidados por turmas e câmaras. Acerca disso, Mauro Cappelletti chega a falar em ‘direito judiciário’²¹ em seu livro ‘juízes legisladores?’ e indaga sobre a interpretação e a criação do Direito, se seriam conceitos contrapostos ou não, onde conclui que deve o intérprete preencher as lacunas, deve resolver as incertezas e esclarecer as ambiguidades, não podendo se dizer que de uma palavra ou conjunto de palavras se possa apenas extrair tão somente uma interpretação, um sentido. Aduz o autor²² não ser completamente verdadeiro que na realidade prática uma dada palavra ou até determinada combinação de palavras, tenha um só significado e nenhum outro, que inclusive no dicionário qualquer palavra tem vários significados.

Até que ponto se pode dizer que não há uma possível subversão da norma, não afetando o limite axiológico textual da norma em uma mutação constitucional entendida pelo Supremo Tribunal Federal, qual seus limites?

Não se espera que o raciocínio jurídico possa ser tão somente obtido com base em regras de lógica estrita. Conforme entende Luís Alberto Warat²³, seria duvidoso saber se esse tipo de raciocínio seria eficaz, recomendável ou realizável em um discurso prático do direito, até porque, a própria linguística nos ensina que não existem termos que contenham conceitos completamente precisos, de modo que os termos refletem seus usos e compreensões. Inclusive, é nesse exato ponto que a dogmática se encontra com a epistemologia, que abre espaço para uma ‘desdogmatização’ da dogmática, entretanto, esta tenderia a uma nova dogmatização, ainda apegada ao direito positivo, onde produz conhecimentos reprodutivos e não renovadores. Deste modo, conclui Luís Alberto Warat²⁴: “Deve abrir-se aos domínios relacionados com o jurídico, dos quais pode extrair novos critérios de designação jurídica, mais condizentes com a dinâmica social atual, cuja complexidade e mutabilidade crescem rapidamente”.

A mutação constitucional se coloca exatamente nessa abertura aos domínios relativos à esfera jurídica, de modo que se cria a possibilidade de extrair-se novos critérios de designação jurídica mais condizentes com a complexidade da dinâmica

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p.17.

²² Ibid., p.22.

²³ WARAT, Luís Alberto. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência, Estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 2, p. 33-55, 1980, p.52.

²⁴ Ibid., p.52.

social contemporânea, cuja mutabilidade se dá de modo demasiadamente rápido, sendo impossível o processo legislativo com suas burocracias – que, frisa-se, são necessárias – acompanhá-la de maneira eficiente.

Em que pese a existência de tal possibilidade – e o presente trabalho não nega essa existência –, deve haver uma limitação para tal possibilidade, de modo que, em não havendo, criar-se-ia uma aberração jurídica, com a criação de um ‘superpoder’ com a atribuição de – independente dos demais poderes – criar e destruir o direito ao seu bel prazer, conforme sua própria consciência, o que não só iria de encontro frontal com o princípio da separação dos poderes como com toda a lógica sistêmica jurídica.

De outro modo, Luiz Lênio Streck²⁵ colocando de modo diverso – e, minimamente, bem enfático – onde, em seu livro ‘O que é isto – decido conforme minha consciência?’, que apresenta questionamentos acerca do tradicional modelo decisivo judicial em ‘*terrae brasilis*’ – como o próprio autor gosta de mencionar – e ao falar sobre o giro ontológico-linguístico, dispõe que “a viragem ontológico linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição de sentido”.

A virada hermenêutica que, no plano do conhecimento jurídico o autor vem denominando de crítica hermenêutica do Direito seria um novo estilo de abordagem filosófica pela qual se coloca como primeira etapa o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou positividade).²⁶

Considerando tais divergências doutrinárias, a mutação constitucional em si, se coloca como ferramenta hermenêutica apta para a solução da lacuna legislativa que sempre irá existir, de modo que há que se extrair novos critérios de designação jurídica condizentes com a complexidade da dinâmica social contemporânea, lembrando que sua mutabilidade se dá muito rapidamente, sendo impossível exigir do legislador que a acompanhe de maneira eficiente, cabendo ao Poder Judiciário colaborar para a construção do sistema jurídico como um todo, fazendo, nesse caso, um papel de colaborador no processo legislativo – e não como protagonista, ou como se detivesse monopólio sobre a palavra final – por meio de um “diálogo institucional”²⁷, o que se coaduna com o sistema normativa vigente e, principalmente, com o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

²⁵ STRECK, Lênio Luiz. *op. cit.*, 2010, p.16.

²⁶ *Ibid.*, p.17.

²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *op. cit.*, 2012, p. 279.

Em relação ao objeto mais específico do presente artigo, no julgamento da ADI 3.406/RJ²⁸, o Supremo Tribunal Federal entendeu ter havido mutação constitucional no artigo 52, X da Constituição Federal²⁹ de modo que, durante os debates do julgamento da ação, o Supremo Tribunal Federal acabou por concluir – apesar da improcedência do objeto principal da ADI 3.406/RJ³⁰ – que o art. 2º da Lei federal nº 9.055/95³¹ – que não era objeto principal da ADI 3.406/RJ³² – seria inconstitucional, de modo que a declaração de inconstitucionalidade se deu de forma incidental, em controle difuso de constitucionalidade.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, mesmo se ele declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, esta decisão já teria efeito vinculante e erga omnes³³, ignorante a disposição legal do artigo 52, X, da Constituição Federal³⁴ que dispõe de maneira diametralmente oposta, onde diz que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução no todo ou em parte a lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, sendo essa suspensão da execução da lei discricionária, não cabendo, sequer, falar em decorrência natural.

Apesar da nomenclatura “abstrativização do controle difuso” não ter sido descrita expressamente na decisão do Supremo Tribunal Federal, o que fez o próprio Supremo Tribunal Federal foi a abstrativização do controle difuso, de modo que as decisões de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle difuso teriam o mesmo efeito de uma decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle concreto, qual seja, seriam erga omnes e teriam efeito vinculante.

Tendo em vista se tratar de um possível esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal, qual seria a legitimidade da mutação constitucional entendida pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 52, X, da

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI. nº 3.406/RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3406efeitos.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

²⁹ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁰ BRASIL. op. cit., 2020.

³¹ BRASIL. *Lei nº 9.055*, de 1 de junho de 1995. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19055.htm>. Acesso em: 2 set. 2020.

³² BRASIL. op. cit., 2020.

³³ Idem.

³⁴ BRASIL. op. cit., 1988.

Constituição Federal³⁵ no julgamento da ADI 3.406/RJ³⁶, tendo em vista ter ocorrido de maneira diametralmente oposta ao texto da própria norma?

Não há falar em relação à legitimidade da mutação constitucional entendida pelo STF no artigo 52, X, da Constituição Federal³⁷, de modo que, com isso, houve um esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal (que sequer havia sido deixada de ser aplicada na prática pelo Senado Federal), transformando-o de protagonista em mero figurante.

O Supremo Tribunal Federal, no caso, extrapolou o limite axiológico do artigo 52, X, da Constituição Federal³⁸ no julgamento da ADI 3.406/RJ³⁹, razão que não é possível entender ‘x’ de ‘y’. A norma diz “compete privativamente ao Senado Federal”, não podendo o Supremo Tribunal Federal entender isso como “não compete ao Senado Federal” ou como algo a desnaturar por completo a sua competência privativa e que pode fazer de maneira discricionária – tendo sequer o Senado Federal, historicamente, deixado de exercer sua competência.

Em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal, o papel do Senado Federal, atualmente, é apenas o de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso, dotada de eficácia vinculante e efeitos erga omnes.

O limite axiológico da norma deve ser um limite mínimo para as mutações constitucionais, evitando-se, ao menos, que se subverta a norma em nome de uma interpretação contemporânea, já que de diferente modo, importaria em uma legitimação legislativa – inclusive superior à do próprio legislador ordinário – por parte do intérprete da norma, o que confrontaria a separação dos poderes, corolário da Constituição Federal, já que o Poder Judiciário se tornaria um superpoder dotado da palavra final.

Desse modo, a mutação constitucional, por ser um processo informal de mudança da constituição, onde há mudança de entendimento sem mudança de texto, se não for utilizada dentro de ao menos uma limitação básica, qual seja, o respeito ao limite axiológico da norma – de modo ser impossível interpretar ‘x’ de ‘y’ –, pode se configurar uma legitimação legislativa irrestrita e ilimitada ao Poder Judiciário – colocando-o como um superpoder –, de maneira que seria possível o intérprete ir

³⁵ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁶ BRASIL. op. cit., 2020.

³⁷ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁸ BRASIL. op. cit., 1988.

³⁹ BRASIL. op. cit., 2020.

diametralmente contra não só o texto da norma, bem como a intenção do legislador originário, afetando, inclusive um dos pilares mais basilares do Estado Democrático de Direitos, qual seja, a separação dos poderes.

CONCLUSÃO

De fato, o Supremo Tribunal Federal assumiu importante papel no cenário atual, diante da falência moral de grande parte da política nacional, em razão de inúmeros casos de corrupção (*lato sensu*) surgidos nos últimos anos, tendo a sociedade – que não necessariamente têm conhecimento jurídico – projetado no Supremo Tribunal Federal a esperança de justiça. Ainda, movimentações políticas no sentido contrário de jurisprudências com o intuito claro de modificação de entendimentos jurisprudências – o que não seria ilegítimo já que foram eleitos para tal – acabam por criar uma disputa entre poderes.

A Constituição Federal tem mecanismos formais de alteração de seu texto, entretanto, a Constituição Federal não é apenas alterada pelo procedimento formal, há procedimento informal de mudança da Constituição Federal, qual seja: a mutação constitucional.

De modo que a diferença entre o texto e a norma, é a interpretação, ou seja, a leitura que se extrai dela, daí a existência dos intérpretes. A mutação constitucional nada mais é do que a leitura atualizada do texto, de modo a interpretá-la sob o prisma da sociedade atual, de modo a gerar novo entendimento da norma. A sociedade muda constantemente, o que leva a uma nova interpretação do texto legal para que se concretize, inclusive, a intenção do próprio legislador, que não poderia ter imaginado todas as situações possíveis, até porque a própria linguística nos ensina que não existem termos que contenham conceitos completamente precisos, de modo que os termos refletem seus usos e compreensões.

Entretanto, a mutação constitucional não pode ser uma carta branca ao Poder Judiciário, não se podendo fazer do instituto ferramenta para o decisionismo, havendo, então, limitação ao poder de interpretação do intérprete, qual seja, o limite axiológico da norma, não tendo como se interpretar algo que não está contemplado, com base na hermenêutica, pelo texto da norma em questão.

Considerando as divergências doutrinárias, a mutação constitucional em si, se coloca como ferramenta hermenêutica apta para a solução da lacuna legislativa que

sempre irá existir, de modo que há que se extrair novos critérios de designação jurídica condizentes com a complexidade da dinâmica social contemporânea, lembrando que sua mutabilidade se dá muito rapidamente, sendo impossível exigir do legislador que a acompanhe de maneira eficiente, cabendo ao Poder Judiciário colaborar para a construção do sistema jurídico como um todo, fazendo, nesse caso, um papel de colaborador no processo legislativo – e não como protagonista, ou como se detivesse monopólio sobre a palavra final – por meio de um “diálogo institucional”, o que se coaduna com o sistema normativa vigente e, principalmente, com o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.

Entretanto, na ADI 3.406/RJ, a mutação constitucional entendida pelo Supremo Tribunal Federal – aceitando a abstrativização do controle difuso –, data máxima vênua, tendo em vista se tratar de um possível esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal, não há legitimidade na mutação constitucional entendida pelo STF no artigo 52, X, da Constituição Federal, já que, com isso, houve um esvaziamento de uma função constitucionalmente expressa do Senado Federal (que sequer havia sido deixada de ser aplicada na prática pelo Senado Federal), transformando-o de protagonista em mero figurante, de modo a ir diametralmente contra o limite axiológico da norma e a intenção do legislador ordinário, já que seria impossível se extrair a interpretação negativa completa de uma norma da própria norma – de modo a esvaziá-la por completo.

Desse modo, a mutação constitucional, por ser um processo informal de mudança da constituição, onde há mudança de entendimento sem mudança de texto, se não for utilizada dentro de ao menos uma limitação básica, qual seja, o respeito ao limite axiológico da norma, pode se configurar em uma legitimação legislativa irrestrita ao Poder Judiciário, podendo ir, inclusive, diametralmente contra a intenção do legislador originário, afetando, inclusive um dos pilares mais basilares do Estado Democrático de Direitos, qual seja, a separação dos poderes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional – Centro de Estudos Políticos y Constitucionales. Núm. 13. 2009. Disponível em:

<<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015>>. Acesso em: 3 set. 2020.

_____. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 2 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI. nº 3.406/RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3406efeitos.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUENO, Roberto. *Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito*. Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 180, p. 275-290, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

FEYERABEND, Paul K. *Tratado contra o Método*. São Paulo: Unesp, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Embargos, conduções e recursos: o AI 5 continua em vigor?* Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/senso-incomum-embargos-conducoes-recursos-ai-continua-vigor>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Se Supremo deve obedecer à voz das ruas, qual é o valor da Constituição?* Conjur, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy realized: the Progressive Alternative*. New York: Verso, 1998.

WARAT, Luís Alberto. Sobre la dogmática jurídica. *Revista Sequência, Estudos jurídicos e políticos*, Florianópolis, n. 2, p. 33-55, 1980.