

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS — UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

THALES BORGES DELAPIEVE

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A POSSIBILIDADE DE SUA CONFORMAÇÃO À JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

**São Leopoldo
2025**

THALES BORGES DELAPIEVE

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E
A POSSIBILIDADE DE SUA CONFORMAÇÃO À JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA
HERMENÊUTICA DO DIREITO**

Tese apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Doutor em
Direito pelo Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos (UNISINOS)

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2025

D338a

Delapieve, Thales Borges

A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a possibilidade de sua conformação à jurisdição constitucional brasileira, sob a perspectiva da crítica hermenêutica do direito. / Thales Borges Delapieve -- 2025.
328 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito constitucional.
 2. Controle de constitucionalidade.
 3. Abstrativização.
 4. Crítica hermenêutica do direito.
 5. Supremo Tribunal Federal.
 6. Mutação constitucional.
- I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E A POSSIBILIDADE DE SUA CONFORMAÇÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÉUTICA DO DIREITO**” elaborada pelo doutorando **THALES BORGES DELAPIEVE**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 29 de abril de 2025.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dr. Ziel Ferreira Lopes	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dr. Pietro Lorenzoni	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro: Dra. Clarissa Tassinari	<i>Participação por Webconferência</i>

Esta tese é dedicada aos meus pais, Antonio e Silvana, que sempre acreditaram em mim e me apoiaram em todos os momentos. Sem eles nada seria possível.

AGRADECIMENTOS

Tenho para mim que a produção acadêmica em Direito é uma produção solitária. Fruto de leituras, reflexões, indignações e construções que surgem na mente e se materializam em texto. Todavia, o mundo não para de girar enquanto estamos pesquisando.

Essa tese não seria possível sem a colaboração essencial de algumas pessoas que foram fundamentais ao longo do percurso para que esse trabalho se materializasse. Assim, gostaria de agradecer...

...ao meu pai Antonio e a minha mãe Silvana que sempre me apoiaram e me ajudaram nos momentos mais difíceis. Toda a minha trajetória foi construída graças aos esforços e sacrifícios que eles fizeram por mim e eu não posso deixar de agradecer em todos os momentos possíveis.

...à minha namorada Janaina pelo amor, pela parceria e por ter estado ao meu lado ao longo do processo de escrita dessa tese. Quando tive dúvidas sobre mim mesmo, ela não teve.

...ao meu orientador Professor Dr. Lenio Luiz Streck, por ter me dado a oportunidade de ser seu orientando. Se antes mesmo de ter a oportunidade de ter convivido com o Professor Lenio eu já era seu admirador, esses anos trabalhando ao seu lado me fizeram um fã incondicional. Seu exemplo enquanto professor, intelectual e cidadão são uma inspiração a ser seguida.

...ao Pitt por ter sido meu suporte e parceiro incondicional.

...aos meus amigos Felipe Fraga, Lucianna Milani, Caroline Nunes e Bruno Ritzel por sempre terem acreditado em mim e no meu potencial.

...aos meus companheiros de *Jenny's Friends*, Hisham Muhammad, Marcos Coelho e Gustavo Moreira, por terem compreendido cada vez que tivemos que desmarcar um ensaio ou não aceitar um show porque eu tinha que trabalhar na tese.

...ao meu amigo e parceiro de escritório André Abrahão Oliveira que entendeu as minhas ausências e tocou o barco sem mim, por diversas vezes.

...aos professores que fizeram parte da minha jornada no PPG da UNISINOS, em especial, Clarissa Tassinari, Giancarlo Copelli, Anderson Vinchikeski Teixeira e Wilson Engelmann, que com seus ensinamentos ajudaram na construção desta tese.

...a todos os meus colegas de DASEIN — Núcleo de Estudos Hermenêuticos, em especial Vinicius Quarelli, Victor Rebello, Giovanna Dias, Luísa Giuliani, Ariel Stopassola e Francisco Campis, pelas trocas de ideias, ajuda com a pesquisa e pelo acolhimento no grupo.

*'E assim eu visto minha vilania nua
Com farrapos roubados das Sagradas Escrituras,
Eu pareço um santo quando faço o papel do diabo.'*¹

¹ SHAKESPEARE, William. **Ricardo III.** Ato 1. Cena 3. p. 67.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma desleitura da tradição da jurisdição constitucional brasileira, focando na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, tal como defendida pelo Supremo Tribunal Federal, com base na suposta mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal. O objetivo central é analisar a compatibilidade dessa abstrativização com o Direito brasileiro, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. O estudo se encontra dividido em três seções; na primeira seção são abordados elementos preparatórios referentes à Crítica Hermenêutica do Direito e examinadas as bases linguísticas e teóricas sobre as quais se assenta o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro; na segunda seção são investigados problemas contemporâneos da jurisdição constitucional brasileira, como o realismo jurídico, a inadequada diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, a recepção inadequada de teorias estrangeiras — como os precedentes da *common law* e, especialmente, a mutação constitucional —, argumentando que essas importações teóricas têm sido utilizadas politicamente pelo STF para justificar um “estado de exceção constitucional”. Na terceira seção é abordada a crise institucional do STF, vinculada à sua busca de autoafirmação como intérprete autêntico da Constituição; ainda são apresentados caminhos para o futuro da jurisdição constitucional, defendendo a necessidade de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica e de uma Emenda Constitucional para viabilizar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Conclui-se que a abstrativização, na forma como atualmente defendida pelo STF, é incompatível com o Direito brasileiro, violando o dever de coerência e a integridade da Constituição, exigindo reformas pelas vias constitucionais formais para que possa ser implementada. O impacto pretendido com a tese é de fomentar uma discussão sobre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade que não esteja ajustada somente na vontade do Supremo, inclusive propondo a criação de um incidente próprio para tanto. O presente trabalho é fundamentado no “método” fenomenológico-hermenêutico, indissociável da Crítica Hermenêutica do Direito.

Palavras-chave: abstrativização; controle de constitucionalidade Crítica Hermenêutica do Direito; Supremo Tribunal Federal; mutação constitucional.

ABSTRACT

This thesis undertakes a critique of Brazilian constitutional jurisdiction tradition, focusing on the abstraction of diffuse constitutional review, as advocated by Brazil's Supreme Court (STF), based on the alleged constitutional mutation of article 52, X, of Brazil's Constitution. The central objective is to analyze the compatibility of this abstraction with Brazilian Law from the perspective of Hermeneutic Critique of Law (*Crítica Hermenêutica do Direito — CHD*). The thesis is divided into three sections. The first section addresses preparatory elements related to the Hermeneutic Critique of Law (*Crítica Hermenêutica do Direito — CHD*) and examines the linguistic and theoretical foundations underlying the current model of Brazilian constitutional review. The second section investigates contemporary issues in Brazilian constitutional jurisdiction, such as legal realism, the inadequate distinction between judicial activism and the judicialization of politics, and the inappropriate reception of foreign theories — such as common law precedents and, particularly, constitutional mutation — arguing that these theoretical imports have been politically utilized by Brazil's Supreme Court to justify a "state of constitutional exception." The third section discusses the institutional crisis of the Supreme Court, linked to its pursuit of self-affirmation as the authentic interpreter of the Constitution, and proposes pathways for the future of constitutional jurisdiction, advocating for the need for an adequate Theory of Legal Decision-Making and a Constitutional Amendment to enable the abstraction of diffuse constitutional review. It concludes that the abstraction, as currently defended by the Supreme Court (STF), is incompatible with Brazilian law, violating the duty of coherence and the integrity of Brazil's Constitution, and requires formal constitutional reforms for its implementation. The thesis aims to foster a discussion on the abstraction of diffuse constitutional review, ensuring it is not solely dependent on the STF's discretion — even suggesting the establishment of a dedicated procedural mechanism for this purpose. This work is grounded in the phenomenological-hermeneutic "method," inseparable from the Hermeneutic Critique of Law (*Crítica Hermenêutica do Direito — CHD*).

Key-words: abstraction; constitutional review; Hermeneutic Critique of Law (*Crítica Hermenêutica do Direito — CHD*); STF; constitutional mutation.

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AC	Acre
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	A Direita de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BA	Bahia
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
PEC	Projeto de Emenda à Constituição
RAC	Resposta Adequada à Constituição
RE	Recurso Extraordinário
RG	Repercussão Geral
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 ELEMENTOS PREPARATÓRIOS: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO CHAVE DE LEITURA ÀS REFLEXÕES SOBRE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	24
2.1 O papel da reconstrução da história institucional: sobre a necessidade de uma Teoria do Direito adequada aos países de modernidade tardia	25
2.2 O papel da reflexão epistemológica: sobre a necessidade de uma Teoria do Direito crítica ao papel do Supremo Tribunal Federal	28
3 A ARQUITETURA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: AS INFLUÊNCIAS DAS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA E DA EUROPA CONTINENTAL E O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	31
3.1 A jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América: o modelo do <i>judicial review</i>.....	31
3.2 A jurisdição constitucional na Europa continental: o controle concentrado de constitucionalidade e modelo de cortes constitucionais.....	37
3.2.1 Quem deve ser o guardião da Constituição?	38
3.2.2 O modelo de cortes constitucionais aplicado: a Alemanha contemporânea.....	44
3.3 Revolvendo o chão linguístico sobre o qual se assentou a tradição da jurisdição constitucional brasileira	51
3.3.1 A Constituição de 1824	52
3.3.2 A Constituição de 1891	53
3.3.3 A Constituição de 1934	56
3.3.4 A Constituição de 1937	60
3.3.5 A Constituição de 1946	61
3.3.6 A Constituição de 1967 e a EC n.1 de 1969.....	62
3.3.7 A Constituição de 1988	67
4 A CONSTRUÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: QUESTÕES CRÍTICAS QUE IMPULSIONARAM A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO.....	81
4.1 O Realismo Jurídico brasileiro.....	85
4.2 O tensionamento entre o Direito e a Política	98
4.3 A Judicialização da Política.....	100

4.4 As recepções teóricas equivocadas.....	108
4.4.1 Da jurisprudência dos valores à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy: a ponderação à brasileira.....	109
4.4.2 Do realismo norte-americano: um governo de juízes baseado no ativismo judicial	114
4.4.3 Os velhos métodos interpretativos: sobre fundamentos e ornamentos.....	118
4.5 A construção do imaginário de um ativismo judicial benéfico no Brasil...	120
4.6 A questão do uso político dos “precedentes” no Brasil	129
4.6.1 O precedentalismo à brasileira.....	131
4.6.2 A doutrina dos precedentes no <i>common law</i>	138
4.6.3 A força reverberante de um verdadeiro precedente: o caso <i>Pearce v. Brooks</i>	144
5. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS DESDOBRAMENTOS	152
5.1 Surgimento teórico: a mutação constitucional dentro do complexo contexto do Direito Público alemão do final do século XIX e começo do século XX	153
5.1.1 A mutação constitucional para Paul Laband	155
5.1.2 A mutação constitucional para Georg Jellinek.....	158
5.1.3 Os problemas de Teoria do Estado no período de Weimar: A mutação constitucional na obra Herman Heller e Rudolf Smend.....	162
5.1.4 A sistematização da mutação constitucional por Hsü Dau-Lin	166
5.2 Tentativa de progressiva adoção pelo Supremo Tribunal Federal	173
5.2.1 O caso da Reclamação 4.335/AC	175
5.2.2 Os casos da ADI 3.470/RJ e da ADI 3.406/RJ	192
5.2.3 Os casos do RE 949.297/CE (Tema 881) e RE 955.227/BA (Tema 885)	201
6 O FUTURO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: HÁ POSSIBILIDADE DE CONFORMAÇÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?.....	214
6.1 O Supremo Tribunal Federal: entre o protagonismo e a autodefesa.....	215
6.1.1 O Supremo Tribunal Federal sob os holofotes	217
6.1.2 O Supremo Tribunal Federal sob ataque	224
6.2 A relação entre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional à brasileira, ou “como reescrever a Constituição sem alterar o seu texto”.....	233

6.3 A necessidade de preservação dos arranjos institucionais existentes e a manutenção do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade	245
6.4 A importância de uma verdadeira Teoria da Decisão Jurídica para a Jurisdição Constitucional brasileira.....	251
6.4.1 A busca de uma Resposta Adequada à Constituição, na Crítica Hermenêutica do Direito	253
6.4.2 A “falsa” Teoria da Decisão de Luís Roberto Barroso	259
6.5 Abstrativização do controle de difuso de constitucionalidade: há alguma possibilidade de conformação?.....	273
6.5.1 A necessidade de uma emenda constitucional para que seja alterado modelo híbrido de jurisdição constitucional brasileiro	276
6.5.2 Transformação do Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira Corte Constitucional.....	277
6.5.3 O perigo do <i>backlash</i> : a hipertrofia do Poder Judiciário poderia levar a uma deformação ou ruptura institucional	285
6.5.4 Reforma do instituto da repercussão geral: criação de um incidente de abstrativização de controle difuso de constitucionalidade	289
7 CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS.....	304

1 INTRODUÇÃO

A vida social brasileira tem se tornado cada vez mais judicializada. De pequenas disputas nos juizados especiais a temas de grande relevância e repercussão na sociedade brasileira, uma ampla gama de demandas sociais e políticas acaba nas mãos do Poder Judiciário.

Como veremos ao longo desse trabalho, este processo de ampla judicialização pode ser atribuído, em certa medida, ao extenso rol de direitos contemplados na Constituição Federal de 1988 — a nossa Constituição Cidadã, referência na contemplação de direitos fundamentais em seu texto.

Essa Constituição democrática é oriunda da capacidade de superação, da resistência ao período de ditadura civil-militar e do desejo da construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito: onde impera a Lei, e não o desejo de um soberano.

Pela primeira vez no Brasil, tivemos uma Constituição que se preocupou não apenas em reestabelecer os direitos e garantias individuais que foram solapados pela ditadura civil-militar, mas também prescrever obrigações positivas por parte do Estado e, ainda, buscar a construção de direitos que transcendessem a mera individualidade. Em outras palavras, a nova Constituição buscava uma construção social de índole democrática e plural.

Mais que isso, a Constituição de 1988 se preocupou em estabelecer os instrumentos capazes de garantir estes direitos, com uma confiança imensa no poder da institucionalidade. Os meios necessários para a efetivação dos direitos assegurados foram, eles sim, uma aposta: uma aposta no protagonismo judicial.

Assim, na linha em que foi desenvolvida a concepção de constitucionalismo própria do segundo pós-guerra, o Poder Judiciário brasileiro foi incumbido com uma missão que Montesquieu não previu originalmente e que, hoje, mostra limites claros de seu alcance. Este processo deu origem ao que verificamos como uma ampla judicialização dos conflitos no seio da sociedade brasileira.

Deve ser observado que esta ampla judicialização dos conflitos tem elevado o Poder Judiciário a um status de superpoder dentro da nação, sobretudo diante das graves crises — política, econômica, institucional e social — pelas quais o país tem atravessado ao longo de mais de uma década.

O resultado inicial dessa ampla judicialização foi uma extensa descrença das instâncias políticas tradicionais e, portanto, de seus representantes eleitos democraticamente para o Poder Executivo e Legislativo, cuja representatividade foi transferida para uma instância de poder onde o atendimento de demandas políticas não deve ser prioridade. Este processo fragilizou a trípartição de poderes, diante de uma sobrevalorização das capacidades do Poder Judiciário de atender as demandas e anseios de um país em profunda crise. Em um segundo momento, houve também um *backlash* diante da inexistência de autocontenção por parte do Judiciário e a reemergência de discursos populistas, principalmente de extrema-direita.

Em face deste cenário, sobretudo com a já mencionada existência de uma ampla gama de direitos fundamentais contemplados em nossa Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal ascendeu como a instância mais poderosa e notória dentro de um conflito institucional estabelecido entre os poderes da República — fruto de um constante tensionamento entre Direito e Política. Tornou-se, assim, a instância decisória máxima dentro do país, ao passo que todo fato social de relevância significativa na vida pública brasileira acaba por desaguar nesta instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, cedo ou tarde.

Pelas mesmas razões, o Supremo Tribunal Federal tem sido colocado sob os holofotes de maneira mais intensa, seja pela transmissão de seus julgamentos ao vivo na TV Justiça, seja pela (in)compreensão da população brasileira acerca do papel que o Supremo vem desempenhando neste momento de crise institucional, estando suscetível a ataques oriundos de diversos setores sociais que se mostraram incomodados ou inconformados com a atuação e o protagonismo do Supremo Tribunal Federal na vida pública brasileira contemporânea. Isso sem olvidar o processo de constitucionalização do direito que cada vez mais se incrementa — avultando o papel decisório desta Corte — desde a promulgação da Constituição em 1988.

É daí que se extrai a relevância do presente tema para o meio social. O destaque recente que o Supremo Tribunal Federal e suas decisões vêm recebendo nas últimas duas décadas (e, consequentemente, da jurisdição constitucional como um todo) não se restringe apenas ao mundo de advogados, membros do Ministério Público, juízes e professores, mas vincula-se singularmente ao debate diário da vida pública brasileira.

De outra parte, coexistem no Brasil dois modelos de controle de constitucionalidade — constituindo, assim, um modelo híbrido. Desta maneira, cada um destes modelos de controle de constitucionalidade possui suas particularidades, sendo desejável que este sistema híbrido funcione de maneira adequada para que haja uma apropriada tutela da constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais.

Dentre as características que distinguem estes dois modelos de controle de constitucionalidade, destaca-se a distinção dos efeitos produzidos pelas decisões proferidas em sede de controle difuso e de controle concentrado. No que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal possuem efeito *erga omnes*, enquanto no controle difuso de constitucionalidade, suas decisões, por regra, possuem efeito *inter partes*, podendo ser concedido o efeito *erga omnes* na forma do artigo 52, X da Constituição Federal, mediante a remessa ao Senado Federal para que seja editada resolução suspendendo a aplicação de dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em todo território nacional.

Não obstante o texto constitucional se mostre inequívoco do ponto de sua redação, ao apreciar a Reclamação n. 4.335/AC — bem como em julgamentos subsequentes — o Supremo Tribunal Federal buscou equiparar os efeitos do sistema de controle difuso de constitucionalidade aos do controle concentrado, possibilitando a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em sede de controle concreto, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em apenas um órgão de divulgação da decisão do STF. Em seus votos, os ministros referiram que se estaria diante de uma “mutação constitucional”: uma alteração informal do conteúdo da Constituição pela mudança do paradigma inicialmente vigente, nesse caso, produzido pela via da interpretação e da decisão judicial.

De fato, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão referente ao papel do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade, buscou reescrever o texto constitucional e alterar o regime de controle difuso de constitucionalidade, modificando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso. No entanto, é importante levar em consideração que há uma razão para que o artigo 52, X esteja presente na Constituição Federal.

A razão de existência da regra contida no artigo 52, X da Constituição Federal é conferir um grau de participação democrática às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ao remeter a decisão que declara a inconstitucionalidade de um dispositivo pela via difusa ao Senado da República, a sociedade de forma indireta pela via representativa, passaria a legitimar a decisão emanada do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de um arranjo institucional.

Todavia, pela via da decisão judicial, o Supremo buscou excluir a competência do Senado Federal, transformando “suspensão” em “publicização”, reduzindo o papel do Senado ao de uma secretaria de divulgação de decisões do Supremo em matéria de controle difuso. Da mesma forma, esse processo de redução de competências do Senado significou extirpar do processo de controle difuso de constitucionalidade qualquer possibilidade de chancela dos representantes eleitos pelo povo deste aludido processo, o que não parece se coadunar com o que se encontra determinado no texto da Constituição Federal.

De fato, há uma tendência nos tribunais brasileiros — não limitada aos tribunais superiores — de realizar importações de teorias estrangeiras e aplicá-las dentro do ordenamento jurídico brasileiro; no entanto, quando destas importações, raramente são realizadas reflexões críticas acerca das suas implicações, o que resulta em problemas de ordem hermenêutica e adequação constitucional, como é o caso do argumento da mutação constitucional.

Assim, resta demonstrada a importância da temática proposta na presente pesquisa para o meio jurídico, devendo ser observado que a matéria do controle de constitucionalidade e das diferentes teorias a ele vinculadas se encontram em destaque dentro do cenário do direito brasileiro, merecendo a devida atenção e crítica sob uma adequada perspectiva.

Para além da questão referente ao processo democrático pensado pelo legislador para legitimar o controle difuso de constitucionalidade, deve-se observar que as principais diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade residem justamente nos efeitos advindos da decisão proferida.

O Supremo Tribunal Federal, assim, vem buscando subverter o sistema híbrido brasileiro ao tentar equiparar os modelos de controle de constitucionalidade, os quais deveriam coexistir no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, conforme previsto originalmente na

Constituição Federal, mostra-se evidente que os efeitos de uma decisão só poderão ser *ex nunc*, uma vez que dependem da edição de uma resolução do Senado para que se suspenda a aplicação da lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Portanto, ao buscar equiparar os sistemas de controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade, sob o pretexto de uma suposta mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal vem buscando se colocar na posição de intérprete autêntico e singular da Constituição Federal, com a organização de um sistema de controle de constitucionalidade unificado sob seu domínio e amplas competências em outras áreas de atuação do Tribunal, dentro de sua competência originária.

Não há dúvidas de que as decisões do Supremo Tribunal Federal nestes casos se mostram extremamente problemáticas, razão pela qual seu estudo, bem como da temática da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e a verificação da possibilidade de sua conformação ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base a Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck, se mostram alinhadas com os interesses da academia. Sobretudo porque nesse espaço é possível revolver o tema proposto dentro de um enfoque que não esteja limitado a mera declaração e reprodução daquilo que já foi esposado pelo Supremo Tribunal Federal acerca dessa temática.

Vem daí a necessidade de revolver o chão linguístico sobre o qual se assentou a jurisdição constitucional brasileira e como vem sendo o tratamento dado ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo porque a Constituição Federal não é (e nem pode ser) aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. Exercer o papel de “Guardião da Constituição” não implica em ser o dono da Constituição.

Nesse sentido, vale dizer que na atual edição de sua obra “Jurisdição Constitucional”, Lenio Streck assinala que, ainda que se possa considerar que no plano das práticas jurídicas a discussão estivesse encerrada, em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, é necessário o revolvimento do chão linguístico sobre o qual está assentado o fenômeno relacionado ao controle difuso de constitucionalidade e o papel desempenhado pelo

Senado Federal, para permitir que o fenômeno venha à luz, cabendo ao estudiosos e pesquisadores do Direito emitirem os respectivos juízos a respeito da temática.²

É precisamente essa “provocação” realizada por Streck que ampara o desenvolvimento da presente tese e que serve de combustível para aplicação da Crítica Hermenêutica do Direito como forma de analisar o fenômeno de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

A respeito da questão referente a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, Streck assinala ser possível extrair três conclusões oriundas dos julgamentos que abordaram o tema e o sentido da previsão do artigo 52, X da Constituição Federal, sob a perspectiva delineada pelo Supremo Tribunal Federal até o presente momento: 1) a admissão da tese da mutação constitucional do referido dispositivo; 2) o entendimento do papel meramente publicizador do Senado Federal das decisões do STF em sede de controle difuso; 3) definição que o efeito *erga omnes* e vinculante decorreria da própria decisão judicial.³

Streck salienta, ainda, que seria necessário esperar futuros pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acerca do tema para que se possa compreender o alcance de tal entendimento adotado.⁴

Todavia, face à controvérsia gerada por estas decisões do Supremo Tribunal Federal e a problemática estabelecida a partir da adoção ou não da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, ao invés esperarmos por futuros pronunciamentos do Supremo, o que se propõe no presente trabalho é investigar os caminhos até aqui percorridos e apontar possíveis direcionamentos futuros, sob uma perspectiva crítica.

Deve ser ressaltado que esta é uma tese atual e se mostra alinhada às linhas de pesquisa desenvolvidas pelo meu orientador Professor Dr. Lenio Luiz Streck, o qual tem dedicado especial atenção à discussão do futuro da jurisdição constitucional no Brasil de maneira profunda e engajada, tanto através de sua participação ativa no debate público, quanto em sua vasta obra acadêmica, inclusive dedicando um capítulo inteiro de sua obra “Jurisdição Constitucional”, ao futuro da jurisdição constitucional e aos debates contemporâneos sobre a temática.

² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional** — 7. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 198.

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional** — 7. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 199.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional** — 7. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 199.

Por conseguinte, a originalidade da tese encontra-se amparada na inexistência de uma pesquisa que tenha se proposto a realizar uma antropofagia do modelo de jurisdição constitucional brasileiro, das decisões problemáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre esse modelo de controle de constitucionalidade, bem como pela possibilidade de conformação da teoria da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, fundamentada na Crítica Hermenêutica do Direito formulada por Lenio Streck. Trata-se, portanto, de uma tese na acepção mais clara da palavra, a partir do momento em que esta não se propõe a dizer como o modelo de justiça constitucional brasileiro “é”, mas sim “como este poderia ser” ou, ainda, se adotadas as proposições desenvolvidas pela Crítica Hermenêutica do Direito, “como deveria ser”.

Deste modo, a temática aqui proposta comprova sua aderência ao Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da UNISINIOS, estando enquadrada dentro da linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Ademais, mostra-se justificada e pertinente a presente pesquisa, estando alinhada com os anseios da sociedade, da comunidade jurídica e da academia, com a busca do estudo da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e sua problemática adoção no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo por base a Crítica Hermenêutica do Direito.

Outrossim, oportuno destacar que não há como dissociar a adoção da teoria de base desta tese do fato de que o criador da Crítica Hermenêutica do Direito é o professor orientador deste pesquisador. No entanto, deve ser frisado que uma das razões pelas quais este pesquisador ingressou neste Programa de Pós-Graduação em Direito foi justamente por ser adepto do estudo da Crítica Hermenêutica do Direito e pelo desejo de realizar investigações dirigidas por este marco teórico, sobretudo por um entendimento pessoal (aqui esposado e justificado) pelo qual entende que esta teoria se mostra capaz de oferecer as respostas corretas que o Direito brasileiro está precisando neste momento de crise.

São exatamente estas as propostas levantadas: a de filosofar sobre o problema proposto e, através da hipótese levantada, tentar construir um caminho a ser trilhado na busca de respostas adequadas (ou, até mesmo, mais questionamentos) sobre os fenômenos que serão estudados, sobretudo sobre a tradição em que se assentou a jurisdição constitucional brasileira.

Assim estabelecidas tais premissas se propõe o seguinte problema: é possível conformar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito?

A hipótese levantada é de que a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, conforme vem sendo sustentada pelo Supremo Tribunal Federal (amparada em uma mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal), é incompatível com os requisitos de uma Resposta Adequada à Constituição, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito.

Por conseguinte, o objetivo geral da presente tese é analisar a possibilidade de conformação da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito.

A partir deste objetivo geral surgem quatro objetivos específicos que serão enfrentados em cada um dos capítulos da presente tese: 1) a necessidade de revolvimento do chão linguístico sobre o qual se formou o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro; 2) analisar as questões críticas experienciadas pela jurisdição constitucional brasileira contemporânea; 3) investigar a tese da mutação constitucional e sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade; 4) refletir sobre o futuro da jurisdição constitucional brasileira e a existência de possibilidade da conformação da abstrativização do controle de constitucionalidade ao Direito brasileiro.

Assim, no primeiro capítulo, que serve como uma “antessala” da tese, referente a aspectos metodológicos que servem à tese como um todo, abordaremos a Crítica Hermenêutica do Direito como chave de leitura para todos os fenômenos que serão aqui estudados, iniciando pela necessidade de adoção de uma Teoria do Direito capaz de dar conta de fenômenos próprios de um país de modernidade tardia, como é o caso brasileiro e a necessidade de uma Teoria do Direito crítica ao papel do Supremo Tribunal Federal.

A seguir, no segundo capítulo, vislumbraremos a origem de muitos dos instrumentos de controle de constitucionalidade introduzidos no Brasil, a partir de sua origem, tendo como foco o *judicial review* norte-americano e o modelo de cortes constitucionais pensado e efetivado na Alemanha no período anterior e posterior à Segunda Guerra Mundial. Além disso, revolveremos a tradição da jurisdição

constitucional brasileira ao longo de nosso histórico constitucional, até chegarmos ao paradigma da Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo, abordaremos as questões críticas enfrentadas pela jurisdição constitucional brasileira contemporânea. Assim, a partir de uma analogia com o corpo humano, buscamos investigar a forma como o Poder Judiciário brasileiro — e, em especial, o Supremo Tribunal Federal — foram sendo hipertrofiados ao longo do tempo. Abordaremos, desta forma, o primado do realismo jurídico como explicação dos fenômenos do Direito no Brasil; o tensionamento constante entre Direito e Política; e a necessidade de diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Além de, por suposto, os problemas oriundos das recepções teóricas equivocadas: 1) da jurisprudência dos valores e criação da ponderação à brasileira; 2) um governo de juízes lastreado em ativismo judicial; 3) os velhos métodos interpretativos que servem como ornamentos em decisões. Trataremos, ainda, da questão premente do uso político dos precedentes, a partir daquilo que Lenio Streck chamada de teses precedentalistas, comparando a proposta brasileira de uso de precedentes ao precedente no *common law*, e refletindo sobre como se constrói um verdadeiro precedente.

No quarto capítulo, abordaremos a tese da mutação constitucional e sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a proposta de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, primeiramente investigaremos as origens da mutação constitucional na doutrina do direito público alemão do final do século XIX e começo do século XX, a partir dos desenvolvimentos de Paul Laband e Georg Jellinek; os problemas de Teoria do Estado na República de Weimar e a mutação constitucional em Hermann Heller e Rudolph Smend, até a sistematização da mutação constitucional por Hsü Dau-Lin. Posteriormente, abordaremos também a recepção realizada pelo Supremo Tribunal Federal da mutação constitucional, analisando os julgamentos nos quais esta tese foi invocada para justificar a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.

No quinto capítulo, trataremos da questão referente ao futuro da jurisdição constitucional brasileira e da possibilidade de conformação da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao Direito brasileiro. Assim, analisaremos de que forma a defesa da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade se entrelaça diretamente com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil contemporâneo, desde um primeiro momento no qual ficou sob os

holofotes até depois, sob ataques. Investigaremos a relação existente entre abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mutação constitucional e o domínio do sentido da Constituição. Abordaremos a necessidade de preservação dos arranjos institucionais existentes como a remessa das decisões proferidas em sede controle difuso de constitucionalidade ao Senado Federal. Exploraremos também a necessidade de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica contrapondo a Resposta Adequada à Constituição de Lenio Streck com a “falsa” Teoria da Decisão de Luís Roberto Barroso. Finalmente, discutiremos se após percorrido este caminho ainda há alguma possibilidade de conformação entre abstrativização do controle de constitucionalidade e o Direito brasileiro.

O método de abordagem a ser adotado no presente estudo, será o “método” fenomenológico-hermenêutico, adaptado e adotado pela Crítica Hermenêutica do Direito, a fim de propiciar uma reflexão filosófica acerca do problema apresentado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, visando a sua desconstrução, bem como a dos fenômenos jurídicos que neste problema estão imbricados, sob uma perspectiva crítica, revolvendo o chão linguístico sobre o qual está assentada nossa tradição jurídica e filosofando sobre a hipótese aventada na construção de caminhos para uma resposta adequada.

Assim, tendo por base o “método” fenomenológico-hermenêutico, no caráter procedural, a tese está dívida em três seções a partir de uma adaptação da proposta da *destruktion* de Heidegger: construção, destruição e reconstrução. No bloco de construção será reconstituída a história da jurisdição constitucional brasileira a fim de compreender de maneira profunda por quais razões algumas das questões tratadas hoje como senso comum teórico dos juristas se formaram. No segundo momento, de destruição, o intuito é investigar as questões críticas experienciadas por este modelo de jurisdição constitucional brasileiro, abordados sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. Por final, na seção reconstrução, o que buscamos analisar é de que maneira a defesa da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade se relaciona com o papel que o Supremo vem buscando desempenhar na vida institucional brasileira, bem como as implicações para o futuro da jurisdição constitucional, em face da premissa de existência de respostas adequadas à Constituição na Crítica Hermenêutica do Direito.

No que tange à interpretação, o “método” fenomenológico-hermenêutico, indissociável da Crítica Hermenêutica do Direito, proposto por Lenio Streck, busca por uma resposta adequada à Constituição para a temática proposta. Oportuno destacar que não estamos tratando aqui de métodos de interpretação que se ligam à hermenêutica em sua acepção vulgar, mas sim da construção de uma metodologia adaptada pela CHD, construída a partir da fenomenologia de Heidegger, com aportes de Gadamer — em Verdade e Método — e, ainda a constituição de uma ontologia, com a compreensão dos fenômenos não a partir da concepção de que o ser é um ente, mas tendo por base Heidegger, é possível demonstrar que há uma cisão entre nós e o mundo, uma vez que nunca alcançamos diretamente o mundo dos objetos, mas sim, através do discurso, conforme aponta Ernildo Stein.

Por fim, deve ser dito que esta é uma pesquisa teórica de objetivos filosóficos, reconstituindo os fatores determinantes dos fenômenos apresentados e suas consequências e relações entre si.

A tese está sustentada em uma revisão bibliográfica das principais obras relativas ao tema da jurisdição constitucional — nacionais e estrangeiras — privilegiando aquelas que estejam alinhadas à perspectiva da hermenêutica e da concretização de direitos, em especial aquelas obras que se dialogam com a Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, seja em consonância ou direto confronto com as prescrições da CHD.

Ainda, há análise de casos emblemáticos referentes ao tema, com sua devida desconstrução, para que possa ser analisado como a temática proposta, referente à abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, vem sendo tratada no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Feitas essas considerações introdutórias passaremos a primeira seção deste trabalho — construção — onde abordaremos a Crítica Hermenêutica do Direito como chave de leitura para todos os fenômenos que aqui serão enfrentados ao longo da tese.

Seção I: Construção

2 ELEMENTOS PREPARATÓRIOS: A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO CHAVE DE LEITURA ÀS REFLEXÕES SOBRE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para que seja possível compreender como se chegou a um lugar é fundamental saber qual foi o ponto de partida. Em sintonia com a tradição hermenêutica, isso significa dizer que não há um grau zero de sentido,⁵ mas que sempre interpretamos o mundo a partir de uma pré-compreensão.⁶

No caso do objeto de estudo do presente trabalho, para que possamos compreender como chegamos ao atual modelo de jurisdição constitucional brasileiro é fundamental estabelecer que este paradigma não foi simplesmente instaurado a partir da Constituição Federal de 1988. Ignorar a história por trás da construção do modelo de jurisdição constitucional brasileiro seria assumir que os problemas enfrentados atualmente estão dissociados do próprio processo histórico de formação da jurisdição constitucional brasileira.

Neste sentido, para realizar o adequado revolvimento do chão linguístico sob o qual se assentou a tradição da jurisdição constitucional brasileira, é fundamental apresentar o ponto de partida sob o qual as (des)leituras serão realizadas e sobre os quais se pretende construir este trabalho.

Sob esta premissa, a Teoria do Direito é fundamento sobre o qual a tese está assentada, sendo indissociável de sua gênese. Exatamente por esta razão, nesta primeira seção, denominada “construção”, abordaremos primeiramente o marco

⁵ ‘Como não existe grau zero de sentido, sempre partimos de algum lugar. Por certo, Gadamer reabilita a autoridade da tradição e, ao mesmo tempo, afirma que a condição de possibilidade da compreensão são os pré-juízos que operam conosco no momento em que nos aproximamos de um texto.’ (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 363)

⁶ ‘A partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, a compreensão não é um processo que é produto de uma subjetividade do sujeito, mas é um existencial, é algo que nos constitui como seres humanos. Nessa linha, compreender significa o modo próprio de ser humano na medida em que não nos perguntamos por que compreendemos o mundo pelo fato de já o termos compreendido. Há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Essa antecipação é a pré-compreensão (*Vorverständnis*) da qual nos fala Heidegger.’ (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 357)

teórico sob o qual o objeto da pesquisa será confrontado: a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck. A partir deste marco, analisaremos o processo de formação da jurisdição constitucional brasileira.

2.1 O papel da reconstrução da história institucional: sobre a necessidade de uma Teoria do Direito adequada aos países de modernidade tardia

Conforme assevera Streck, países de modernidade tardia são nações que não experimentaram as transformações da modernidade dentro do seu período histórico e que ainda estão processando as transformações, tanto dentro de sua história, como em sua institucionalidade.⁷

Sem nunca haver vivenciado um *welfare state* ou algo que o valha, o Brasil está posicionado na periferia do capitalismo. Os efeitos de ocupar este espaço na balança geopolítica vão muito além da economia, criando raízes na cultura e nas instituições. Assim como, por consequência, no Direito.

Isso significa dizer que em países como o Brasil as promessas da modernidade ou mesmo os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa nunca se realizaram. Trata-se de um simulacro, erigido a partir de soluções de compromisso do *establishment* que em verdade nunca romperam com um pensamento colonialista e elitista; mas, sim, é carregado de comprometimento com a manutenção dos privilégios de uma classe dominante (que permanece exatamente onde sempre esteve).

Exatamente por essas razões há necessidade de uma Teoria do Direito que seja adequada às peculiaridades que são enfrentadas por um país de modernidade tardia que, passando por avanços e retrocessos sociais e democráticos constantes,⁸ tem dificuldades em solidificar políticas sociais operadas pelo Estado.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 representou uma tentativa de uma concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, após o período da Ditadura Civil-Militar iniciado em 1964, com a consagração deu um amplo catálogo de direitos fundamentais que incluem uma série de direitos sociais ou,

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário senso incomum:** mapeando as perplexidades do direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 143.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário senso incomum:** mapeando as perplexidades do direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 143.

ainda, aqueles definidos por Ingo Sarlet, como direitos fundamentais de segunda dimensão.⁹

Esse processo de inserção de uma grande quantidade de direitos sociais no texto constitucional foi, sem sombra de dúvidas, uma tentativa por parte do legislador constituinte de criação de condições jurídicas para construção de um *Welfare State* que àquela altura se encontrava solidificado na Europa, em especial nos países escandinavos.

O problema reside em que, para a construção de um *Welfare State*, não basta que sejam criadas tão somente condições jurídicas por meio da consagração de uma vasta gama de direitos sociais no texto constitucional. São necessárias além das condições jurídicas, a criação de condições políticas e econômicas, que sejam capazes de sustentar esse modelo de Estado.

Assim, não obstante a Constituição Federal tenha criado as condições jurídicas, a ausência de condições políticas e econômicas, fez com que se criasse um hiato entre a prescrição constitucional e a efetivação destas por meio de políticas públicas.

De fato, durante os anos 1990, o Brasil foi marcado por uma série de projetos neoliberais que, no campo econômico, buscavam controlar o cenário de hiperinflação dos anos 1980. O processo de recuperação contou com um personagem recorrente: Fernando Henrique Cardoso. Inicialmente como Ministro da Fazenda de Itamar Franco, chefiando a criação do Plano Real. E, a partir de 1995, como Presidente do Brasil, com uma agenda econômica extremamente neoliberal.¹⁰

Mas o Brasil não virou a nova Dinamarca, e FHC logo apregoou que esquecêssemos tudo o que havia escrito como teórico da Social-Democracia. “Corte, contenção e privatização” tornaram-se os eixos de uma política de Estado que parecia se esquecer dos avanços discursivos de uma Constituição provedora de direitos sociais.

Desta forma, como conformar uma Constituição Federal que possui um forte ideário de provimento por parte do Estado, com uma série de direitos fundamentais consagrados em seu texto, com governos que possuem um intenso alinhamento

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 45

¹⁰ OLIVEIRA NEGRÃO, J. J. de. O governo FHC e o neoliberalismo. **Lutas Sociais**, [S. I.], n. 1, p. 103—112, 2004. DOI: 10.23925/ls.v0i1.18809. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18809>. Acesso em: 8 maio. 2023.

ideológico com uma posição de não intervenção do Estado e que, na prática, atuam na realização de “reformas” para desregulamentação dos mercados, abertura comercial e, sobretudo, financeira e na redução do tamanho e papel do Estado?¹¹

Nesse ponto, é necessário reconhecer que, passados 36 anos de entrada em vigor da Constituição Federal, o cenário não foi alterado e essa tensão entre Direito, política e economia permanece atual — potencializada, ainda, pela afirmação de um capitalismo financeiro sem apreço ou respeito aos limites impostos pelo Direito.

Também é necessário apontar que Constituição ainda se mostra muito mais revolucionária do que muitas das propostas de Brasil apresentadas contemporaneamente. Razão pela qual a preservação da integridade da Constituição se mostra fundamental para que se possa pensar em efetivamente construir o modelo de Brasil idealizado na transição democrática após a ditadura civil-militar.

No entanto, para que isso seja possível, faz-se necessária uma Teoria do Direito capaz de dar conta do fenômeno jurídico próprio de um país de modernidade tardia como o nosso; levando em consideração uma história institucional, política e econômica como a nossa; e, por fim, aprofundando-se nas origens e história de uma jurisdição constitucional como a nossa, seguindo a tradição Hermenêutica.

Assim, quando formulamos a pergunta “O que é Direito?” (ou, ainda melhor, “O que é isto — o Direito?”), sua resposta é determinante porque nos informa acerca das premissas sobre as quais a compreensão do fenômeno jurídico será posta em análise. Nesse sentido, teorias meramente descritivas do Direito, como as diversas formas de positivismo, não satisfazem as exigências básicas do caráter prescritivo do Direito — essenciais em um país como o nosso.

Em meio à modernidade tardia, uma Teoria do Direito que se limita a descrever o Direito está fadada ao imobilismo, independente do teor desta descrição — seja ela cingida ao que está legislado, conforme preconizado pelo positivismo normativista de Kelsen ou, ainda, de uma maneira mais em voga com a perspectiva dominante no país, atuando como comentarista de jurisprudência dos Tribunais Superiores, calcada em um positivismo fático (realista). O presente trabalho se debruçará neste tema com maior profundidade no subcapítulo 4.1.

¹¹ FERNANDES, Luis. (1995). “Neoliberalismo e reestruturação capitalista”. In SADER, E. GENTILI, P. (orgs.), **pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

No Brasil, há a necessidade de uma Teoria do Direito que aponte caminhos, ofereça soluções e não se limite a reproduzir dogmas ou, menos ainda, atue como mera glosadora de decisões de tribunais. Nas palavras de Lenio Streck ‘*se o Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é, já não é Direito, é o que os tribunais dizem que ele é*’.¹² Este ponto pede destaque: é necessário evitar o canto das sereias. Se queremos cumprir as promessas de Democracia que a Constituição fez e superar os problemas de uma modernidade tardia, precisamos de uma teoria que dê suporte a isso.

São precisamente estas as razões pelas quais este trabalho toma como ponto de partida a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), sendo esta uma teoria capaz de preencher dois requisitos fundamentais: seu caráter prescritivo para o Direito e a sua adequação aos países de modernidade tardia, conforme exposto por seu criador, desde a primeira edição da obra Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.¹³

2.2 O papel da reflexão epistemológica: sobre a necessidade de uma Teoria do Direito crítica ao papel do Supremo Tribunal Federal

A Crítica Hermenêutica do Direito formulada por Lenio Streck é uma matriz teórica que foi construída ao longo de mais de duas décadas, tendo como primeiro fundamento para sua edificação o giro ontológico-linguístico, com a invasão da filosofia pela linguagem, amparado nos escritos de Ludwig Wittgenstein — especialmente na obra *Investigações Filosóficas* — e as contribuições de Ernildo Stein; bem como aportes fundamentais da filosofia, sobretudo a filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, possibilitando uma análise crítica do fenômeno jurídico. Essa matriz teórica foi também influenciada pelo pensamento de Luis Alberto Warat, no que diz respeito à sua crítica ao senso comum teórico dos juristas; agregando, ainda, a ideia de coerência e integridade do direito, desenvolvidas por Ronald Dworkin.

¹² STRECK, Lenio Luiz. Código de processo constitucional: superaremos finalmente o instrumentalismo? *Revista gralha azul*, v. 1, p. 136-142, 2022. p. 140-141.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21-30.

Sendo assim, trata-se de uma matriz teórica para o direito com elementos filosóficos e da teoria do direito, tendo estes seis autores especial relevância.¹⁴

Assim, ao longo de mais de 20 anos, a CHD tem levantado questionamentos com singular pertinência sobre muitos dos problemas vivenciados diariamente pelo direito brasileiro e, dadas as angustias epistemológicas que ainda afligem o seu fundador mesmo após todos estes anos,¹⁵ esta tem se mostrado uma teoria apta a propor digressões sobre os mais variados temas que estão em voga no Brasil, bem como a dar respostas aos novos problemas que estão surgindo diuturnamente, demonstrando de forma cabal a importância de fazer filosofia no direito.¹⁶

São objeto das críticas pensadas pela CHD temas como o positivismo jurídico, solipsismo, ativismo judicial, livre apreciação da prova, livre convencimento motivado, pamprincipiologismo, senso comum teórico dos juristas, ensino jurídico, precedentalismo, discricionariedade, predação do direito e as recepções teóricas equivocadas de uma maneira geral.¹⁷

Todas estas questões estão diretamente ligadas ao problema enfrentado nesta tese, razão pela qual a CHD foi estabelecida como a chave de leitura pela qual todos os fenômenos discutidos serão analisados.

No que diz respeito ao aspecto metodológico, a CHD é desenvolvida pela ótica do “método” hermenêutico-fenomenológico.¹⁸ O ponto fulcral na adoção dessa

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da constituição: o papel do direito e da jurisdição constitucional. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 18, n. 27, p. 91-109, jan./abr. 2020. p. 91.

¹⁵ Sobre angústias epistemológicas: ‘Warat, embora não fosse um hermeneuta, bem falava que seu objetivo como professor era provocar angústia nos alunos. Ele chamava a isso de angústia epistemológica. Lembro que escrevi um texto no Jornal de Rio Pardo, em que mantinha uma coluna hebdomadária, exatamente falando de angústia epistemológica. Eu tinha acabado de ter a primeira aula com Warat. Saí esburacado. Warat abriu um rombo nas minhas parcas certezas. Isso foi em 1983’. (KARAM, Henriete. Entrevista com Lenio Streck: a literatura ajuda existencializar o direito. **ANAMORPHOSIS — Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 4, n. 2, p. 615-626)

¹⁶ Acerca da origem do termo “filosofia no direito”: [...] o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa. Em definitivo: o direito não é uma mera racionalidade instrumental. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 404).

¹⁷ QUARELLI, Vinícius; BARBOSA, Ana Julia Silva. **O que é isto — a crítica hermenêutica do direito?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito#_ftn3 acesso em: 09/10/2024

¹⁸ Sobre o “método” hermenêutico-fenomenológico: [...] o método hermenêutico-fenomenológico adaptado e adotado pela CHD parece ter os elementos necessários para se chegar à compreensão de um fenômeno. Revolve-se o chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição; reconstrói-se-lhe a história institucional, fazendo com que o fenômeno se desvele, como em um palimpsesto. Método fenomenológico-hermenêutico também quer dizer “elaborar desleituras”. O revolvimento do chão linguístico implica desler as coisas, os fenômenos.

metodologia encontra-se no rompimento das estruturas metodológicas modernas tradicionais, calcadas na ideia de certeza e segurança inerentes ao conceito de exatidão do pensamento moderno.

De maneira contraposta a este pensamento moderno de busca de certezas, o método hermenêutico-fenomenológico sugere um modo de filosofar sobre a temática proposta, construindo caminhos metodológicos precários e provisórios, sobre os quais não se possui completa apreensão ou domínio.¹⁹ Em apertada síntese: ‘revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição, reconstruindo a história institucional do fenômeno’.²⁰

Torna-se fundamental dizer, portanto, que a CHD traz um substrato teórico com referências várias: desde uma verdadeira “filosofia no Direito” até chegar a uma Teoria da Decisão Jurídica (e, com ela, à rejeição da discricionariedade), passando também por uma adequada antropofagia da teoria dworkiniana e sua preocupação-chave com a coerência e integridade do Direito.

Para além desses aspectos basílares de caráter filosófico, teórico e de metodologia que constituem a matriz teórica que é a CHD, outro pilar fundamental é seu caráter prescritivo para o Direito. Nesse ponto, a preocupação com a decisão jurídica e a rejeição das teorias meramente descritivas do Direito faz com que a CHD se constitua em uma importante Teoria da Decisão Jurídica, a partir da tese da Resposta Adequada à Constituição (RAC), que em face de sua pertinência temática será devidamente abordada no capítulo 6 do presente trabalho.

Feitas essas considerações acerca da teoria de base que constitui os alicerces sobre os quais se ergue este trabalho — bem como, a ótica pela qual todos os fenômenos que serão observados a partir de agora serão analisados — passaremos a abordar o estado da arte no que diz respeito aos fenômenos jurídicos que serão estudados, iniciando pelas origens dos modelos de jurisdição constitucional que se constituíram pelo mundo a partir do século XIX.

Retirar a poluição semântica que se acumula com o passar do tempo. E, ao desler, a coisa exsurge sob outra vestimenta fenomenológica, como no exemplo citado acerca do crime de escalada. Ou na metáfora, ou alegoria, dos peixes de cabeça e rabo cortados. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 241)

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da constituição: o papel do direito e da jurisdição constitucional. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 18, n. 27, p. 91-109, jan./abr. 2020. p. 91.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da constituição: o papel do direito e da jurisdição constitucional. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 18, n. 27, p. 91-109, jan./abr. 2020. p. 91.

3 A ARQUITETURA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL: AS INFLUÊNCIAS DAS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA E DA EUROPA CONTINENTAL E O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Antes que possamos analisar propriamente de que maneira se deu o processo de formação do atual modelo de jurisdição constitucional brasileiro é necessário observar as influências que este sofreu ao longo do tempo a partir das experiências de outros países que serviram como inspiração para os constituintes brasileiros ou que nos legaram instrumentos que foram importados e que atualmente fazem parte do sistema de jurisdição constitucional brasileiro.

Nesse sentido, tanto o modelo do *judicial review* norte-americano quanto o modelo de cortes constitucionais *ad hoc* consolidado na Europa continental no segundo pós-guerra foram fundamentais para a construção do atual modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro.

Em especial, no que diz respeito aos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade, o modelo alemão de controle de constitucionalidade foi responsável por inspirar muitos dos instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade que foram introduzidos no Brasil com a Constituição de 1988 e reformas que a seguiram.

Assim, neste primeiro momento, abordaremos estas experiências que inspiraram o atual modelo de jurisdição constitucional brasileiro para que possamos revolver o chão linguístico sobre o qual está assentado o modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro, iniciando pelo *judicial review* norte-americano.

3.1 A jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América: o modelo do *judicial review*

O surgimento da jurisdição constitucional nos Estados Unidos da América está diretamente ligado à decisão histórica do caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, sob a liderança do *Chief Justice* da Suprema Corte, John Marshall. A partir dessa decisão, foi construída a noção de controle de constitucionalidade, conferindo

ao Poder Judiciário a prerrogativa de declarar nulas as leis que conflitassem com a Constituição.²¹

A referida decisão teve por base os desenvolvimentos de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay em seus *Federalist Papers* publicados em fins do século XVIII,²² que foram inicialmente aplicados em casos isolados nos tribunais estaduais norte-americanos. Posteriormente, este entendimento foi consolidado em todo o país, a partir de *Marbury v. Madison*.²³

O caso concreto tem como pano de fundo as eleições realizadas ao final do ano de 1800 nos Estados Unidos, em que o Presidente John Adams e seus congregados federalistas foram derrotados no Executivo e no Legislativo pela oposição Republicana, com a eleição de Thomas Jefferson para presidência. Visando à manutenção de sua influência política por meio do Poder Judiciário, Adams aproveitou os últimos momentos de seu governo, quando ainda detinha a maioria, aprovando uma lei reorganizando o Judiciário Federal (*The Circuit Court Act*) que reduzia o número de ministros da Suprema Corte e criava cargos de juiz federal, todos preenchidos por aliados federalistas.²⁴

O passo seguinte foi aprovação de uma nova lei (*The Organic Act of the District of Columbia*), autorizando o Presidente a nomear 40 juízes de paz; todos os nomeados foram confirmados pelo Senado à véspera da posse de Thomas Jefferson como Presidente. Adams assinou todos os atos de investidura e encarregou ao seu Secretário de Estado, John Marshall — ele próprio àquela altura nomeado para o cargo de *Chief Justice* da Suprema Corte — para que entregasse os atos de nomeação. Como Marshall tinha apenas um dia para entregar todos os atos de nomeação, antes que o Jefferson tomasse posse, alguns dos escolhidos não conseguiram recebê-los.²⁵

²¹ SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da corte suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p.10.

²² Mais especificamente no *Federalist* n. 78, de autoria de Alexander Hamilton, em que era apontado que nenhum ato legislativo contrário à Constituição poderia ser considerado válido (HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **The federalist papers**. [s.l.] Start Classics, 2024, *passim*.)

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 312.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 3-4.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 4.

No dia seguinte, com a posse de Thomas Jefferson, o novo Secretário de Estado, James Madison, se recusou a entregar os atos de investidura que haviam sido assinados por Adams, àqueles que não haviam sido capazes de receberem os atos na véspera das mãos de Marshall. Um dos juízes que havia sido nomeado, mas não tinha conseguido tomar posse no cargo, William Marbury, propôs um *writ of mandamus*, formulado com base em uma lei de 1789 (*the Judiciary Act*) que havia atribuído à Suprema Corte competência originária para julgar casos daquela natureza, para ver reconhecido seu direito ao cargo.²⁶

O julgamento inicialmente foi marcado para o ano de 1802, no entanto, em face das tensões políticas oriundas da reconfiguração de poder com a posse dos Republicanos no congresso, que revogaram a *Circuit Court Act* de 1801, extinguindo os cargos e destituindo seus ocupantes, o Congresso suspendeu a sessão da Corte daquele ano para evitar contestações. Além disso, Jefferson considerava ilegítima qualquer decisão da Suprema Corte que determinasse a entrega dos atos de investidura e apontava que não iria cumprir uma decisão neste sentido; paralelamente corria um processo de *impeachment* de um juiz federalista que poderia ser estendido aos membros da Suprema Corte.²⁷ Foi nesse clima de alta tensão que teve início o julgamento do caso pela Suprema Corte em 1803.

Ao analisar o caso, Marshall assinalou em seu voto que, em uma república constitucional, a Constituição ocupa o lugar de norma suprema e que é tarefa do Poder Judiciário assegurar que os atos legislativos permaneçam subordinados a esse texto fundamental.²⁸ Essa interpretação não se encontrava expressamente no texto constitucional, mas emergiu a partir de uma construção judicial baseada na ideia de separação de poderes e na necessidade de limitar as atribuições dos legisladores.

Ao estabelecer essa concepção de jurisdição constitucional, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que no contexto de uma Constituição escrita, a supremacia judicial na defesa da Constituição se impunha em detrimento de maiorias legislativas transitórias. Esse modelo de supremacia judicial foi inovador ao

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 4.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 5.

²⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), *passim*.

atribuir aos tribunais o papel de fazer o confronto das leis com a Constituição escrita, algo que contrastava com o paradigma britânico daquele momento de supremacia do Parlamento.²⁹

Tendo por base esta premissa, ao decidir o caso *Marbury v. Madison*, Marshall também destacou que seria uma contradição lógica permitir que o próprio legislativo julgasse a constitucionalidade de suas ações, o que consolidou o papel do Judiciário como responsável pela análise da conformação das leis em face da Constituição.³⁰

Além de estabelecer o controle de constitucionalidade, a decisão do caso *Marbury vs. Madison* foi determinante para a manutenção do federalismo nos Estados Unidos da América, tendo a Suprema Corte norte-americana protegido este sistema da crise que estava enfrentando, em face dos ataques operados pela nova maioria republicana. Também solidificou a independência do Judiciário frente aos outros poderes, contribuindo para moldar o sistema de freios e contrapesos em sua acepção contemporânea.³¹

Cumpre destacar que a referida decisão foi a primeira das grandes decisões do juiz Marshall na Suprema Corte. Apesar de ter sido o quarto juiz a tomar posse na Corte, foi o primeiro a criar um impacto vital no Direito Constitucional norte-americano.³²

A decisão de Marshall em *Marbury v. Madison*, foi ao mesmo tempo juridicamente relevante e politicamente sagaz: ao colocar a administração de Jefferson em xeque por se recusar empossar Marbury, que fora nomeado por Adams e confirmado pelo Senado, a Corte considerou que Marbury tinha direito subjetivo à posse no cargo; que os princípios do Direito americano habilitavam a reivindicar seu direito e que o *writ* era o instrumento legal adequado à reivindicação.³³

²⁹ DR. SYED RAZA SHAH GILANI; AL-MATROOSHI, D. A. M.; QURESHI, M. A. N. *Supremacy of the Parliament and the rule of law in the UK: An analysis*. *Journal of European studies*, v. 40, n. 1, p. 15, 2024, *passim*.

³⁰ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), *passim*.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1162.

³² SWISHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p.9.

³³ SWISHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 10.

Poderia se dizer, então, que a Suprema Corte estava desafiando a administração de Jefferson para um conflito, ao ordenar-lhe que fizesse o que ela não queria. Todavia, Marshall encontrou uma saída, quando questionou se a Suprema Corte era o tribunal adequado para expedir o *writ of mandamus*, naquele caso. Ele ponderou que a Constituição prescrevia estritamente a jurisdição original da Suprema Corte, mas não prescrevia o poder de expedir mandados contra o Executivo.³⁴ A questão que se apresentava então era: deveria a corte obedecer a Constituição ou a lei inconstitucional? Ao decidir que o tribunal deveria obedecer a Constituição e, não, uma lei que confrontava a Constituição, Marshall definiu o controle judicial de constitucionalidade das normas dentro do Direito norte-americano.³⁵

Evidentemente a decisão de Marshall não foi imune a críticas de seus contemporâneos que apontaram, dentre outras repreensões, que Marshall deveria ter se declarado impedido de julgar o feito, uma vez que estava diretamente ligado aos fatos que ensejaram o julgamento do caso; que a decisão tomada no caso invertia a lógica dos argumentos e que, em um última análise, deveria ter reconhecido a incompetência do Tribunal para o julgamento; que haviam diversos fundamentos infraconstitucionais que levariam a um julgamento diverso; e a falta de legitimidade democrática para desempenho deste papel pelo Judiciário.³⁶

Apesar da decisão do caso ter sedimentado a noção de controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos da América, demorariam mais 54 anos até que outra decisão em matéria de controle de constitucionalidade fosse tomada pela Suprema Corte. Isso ocorreu no ano de 1857 quando a Suprema Corte apreciou o caso *Dred Scott v. Sanford* em que foi declarada inconstitucional uma lei que havia proibido a escravidão em todo território norte-americano, uma vez que sob a perspectiva constitucional vigente à época, negros não eram considerados “cidadãos” americanos e, portanto, não seriam legitimados à propositura de ações judiciais em face de “legítimos” cidadãos americanos.³⁷

³⁴ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 332.

³⁵ SWISHER, Carl Brent. **Decisões Históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 10.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 9.

³⁷ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 333.

Ademais, diante da ausência de expressa previsão de existência de um tribunal dedicado ao controle de constitucionalidade a decisão de *Marbury v. Madison* inaugurou a ideia de controle de difuso de constitucionalidade onde cada juiz e tribunal atua como um tribunal de constitucionalidade, primeiramente verificando a constitucionalidade da lei ou ato legislativo, antes de apreciar o mérito da demanda.³⁸

De outra parte, não obstante o julgamento de *Marbury v. Madison* seja paradigmático e inovador, vale dizer que a noção de possibilidade de controle judicial de legislação não era um conceito absolutamente novo, havendo referências já na antiguidade.³⁹ Em relação ao *common law* norte-americano, deve ser observado que já haviam sido invocados anteriormente ao julgamento de *Marbury v. Madison* nos Estados Unidos, no período colonial, as noções desenvolvidas por Sir Edward Coke no *Dr. Bonham's Case* (1610) em que este asseverara que se um ato do parlamento estivesse em confronto com *common law*, a lei deveria prevalecer.⁴⁰

A partir disso, Lenio Streck aponta que não é desarrazoado afirmar que doutrina do *judicial review* tem suas raízes na Europa, tendo sido inspirada na Inglaterra e nos desenvolvimentos de Sir Edward Coke de supremacia do *common*

³⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 333.

³⁹ Mauro Cappelletti aponta que, ainda que se deva reconhecer que a decisão de *Marbury v. Madison* é pioneira ao assinalar o primado da Constituição escrita sobre as leis, é possível identificar na história casos muito mais antigos, que remontam ao período ateniense e medieval, onde um juiz foi confrontado entre a conformação de uma determinada lei e uma “lei maior”. Portanto, assevera que o desenvolvimento de Marshall foi um ato de amadurecimento de algo que já estava presente na história do mundo. (CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 489 e s.)

⁴⁰ “[...] Quando um ato do parlamento é contrário ao direito e a razão comuns, ou repugnante, ou impossível de ser executado, o direito comum irá controlá-lo e julgar tal ato nulo.” (tradução livre) (COKE, Edward. **The Twelfth Part of the Reports of Sr. Edward Coke**: of Diverse Resolutions and Judgments Given Upon Solemn Arguments, and With Great Deliberation and Conference with the Learned Judges in Cases of Law, the Most of Them Very Famous, Being of the Kings Especial Reference, From the Council Table. London, In the Savoy: printed by E. and R. Nutt, and R. Gosling, (assigns of Edw. Sayer Esq;) for D. Browne, J. Walthoe, B. Lintot, R. Gosling, W. Mears, [and 8 others in London]. p. 271)

⁴¹ Em uma nota histórica é importante dizer que o julgamento de Coke não foi bem recebido à época, em especial pelo Rei James I e seu *Lord Chancellor* que viram no ato de Coke um desafio ao Rei e ao parlamento. Coke acabou transferido do *Court of Common Pleas* para a *King's Bench* e, posteriormente suspenso de 1613 a 1616, com o Rei James I exigindo, pessoalmente, de Coke uma explicação sobre o caso, o que levou a indagação de qual era o verdadeiro objetivo de Coke com aquela decisão. (ORTH, J. V. Did sir Edward coke mean what he said? **Constitutional commentary**, v. 16, p. 33—38, 1999.). Além disso, o julgamento de Coke não encontrou eco na Inglaterra ao seu tempo, tendo sido o argumento sobre a superioridade do *common law* tido como um *obter dictum* e, não, parte da *ratio decidendi*, razão pela qual o caso foi tomado como imprestável como precedente e desconsiderado. (SCHWARZ, Bernard. **Commentary on the Constitution of the United States**. Part I: The. Powers of Government. Vol. I: Federal and State Powers. New York: Macmillan, 1963, *passim*.)

law e posteriormente retornado ao velho continente, tomando forma de novos tipos de controle de constitucionalidade.⁴²

No entanto, conforme veremos a seguir o desenvolvimento da jurisdição constitucional na Europa, de fato, só viria a acontecer no começo do Século XX e sua construção se encontra diretamente entrelaçada com diversos acontecimentos históricos que marcaram a humanidade e redefiniram os contornos do que se entende por constitucionalismo.

3.2 A jurisdição constitucional na Europa continental: o controle concentrado de constitucionalidade e modelo de cortes constitucionais

A partir da Constituição Federal de 1988, muitas discussões foram travadas sobre o papel exercido pela jurisdição constitucional no Brasil. Tais discussões perpassam diretamente as relações entre os direitos previstos nas Constituição e sua implementação, mediante a elaboração de políticas públicas e a relação estabelecida entre direito e política. De fato, essas discussões ganham especial relevância em momentos de crise.

Ao longo dos últimos 36 anos, muita esperança foi depositada em uma atuação ativa do Poder Judiciário em relação à concretização dos direitos fundamentais, em especial ao longo da década de 1990 e o começo dos anos 2000. Neste ponto é inegável que o Supremo Tribunal Federal nos pós-88 saiu de um papel de retaguarda institucional para o papel de protagonista.

Uma das razões para tanto reside em que a Constituição define em seu artigo 102 que a função precípua do Supremo Tribunal Federal é realizar a guarda da Constituição. Portanto, o texto constitucional expressamente refere que cumpre ao STF exercer o papel de “Guardião da Constituição”.

Ao prescrever que o Supremo possui o papel de guardião da Constituição, nossos constituintes fizeram uma opção institucional que dialoga diretamente com a tradição do constitucionalismo contemporâneo e se relacionam com fatos que ocorreram na Alemanha no contexto da queda dos impérios ao final da Primeira Guerra Mundial, a ascensão do Nazismo, a Segunda Guerra Mundial e a reconstrução da Europa após estes fatos históricos.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 42.

3.2.1 Quem deve ser o guardião da Constituição?

De fato, a ascensão da importância da jurisdição constitucional não é um fenômeno absolutamente novo, sendo decorrente da mudança de concepção de Constituição ocorrida a partir da consolidação da ideia de um Estado Constitucional de Direito, acontecimento este reflexo direto dos desenlaces do final da 2^a Guerra Mundial.⁴³

Antes da consolidação deste novo paradigma vigorava um modelo identificado por Luigi Ferrajoli como “Estado Legislativo de Direito”, em que a Constituição era mera proclamação política que visava inspirar o Poder Legislativo, não sendo as normas estabelecidas na Constituição autoaplicáveis, ficando a cargo de desenvolvimento regulamentador e concretizador pelas funções legislativa e executiva do Estado.⁴⁴

Por sua vez, o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, conforme entendido hoje, inexistia na grande maioria dos países, e onde existia era “tímido e pouco relevante”, nas palavras de Luís Roberto Barroso.⁴⁵ Nesta senda cumpre destacar o controle de constitucionalidade já existente nos Estados Unidos da América à época — conforme visto anteriormente — e, com menor relevância, no próprio Brasil, importado da experiência americana.

Acerca do Estado Constitucional de Direito, a importância desta mudança de concepção acerca do que se entende por Constituição e o que ela representa, como instrumento para efetivação de uma Democracia, em sua acepção contemporânea, conforme Luís Roberto Barroso:

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como

⁴³ BARROSO., Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênué Fronteira Entre o Direito e a Política**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf> Acessado em: 05/04/2024.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. In CARBONELL, MIGUEL. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotto. 2009. P. 15-17.

⁴⁵ BARROSO., Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênué Fronteira Entre o Direito e a Política**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf> Acessado em: 05/04/2024.

tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.⁴⁶

Por sua vez, por jurisdição constitucional Hans Kelsen entende que esta é ‘*a garantia jurisdiccional da Constituição*’, e que se trata de ‘*um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais*’⁴⁷ Trata-se, por conseguinte, de uma outorga de poderes a um órgão jurisdiccional, para examinar a adequação das leis e demais atos em relação ao texto constitucional.⁴⁸

Tal definição, cunhada por Kelsen, tem origem em um debate histórico travado entre ele e Carl Schmitt, no começo do século XX, na Alemanha, acerca de a quem caberia exercer o papel de Guardião da Constituição e que determinou os rumos da Alemanha naquele momento.

Para se entender melhor a origem deste debate e sua importância para a compreensão da jurisdição constitucional na acepção que possui hoje - e, também, as razões pelas quais a jurisdição constitucional brasileira foi concebida da maneira que encontra atualmente formatada em nossa Constituição - é fundamental entender o panorama histórico que estava desenhado à época da disputa epistemológica travada e as implicações resultantes das posições tomadas pelos juristas.

Com efeito, pode-se traçar as origens do debate sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição à primeira metade do século XX, no período conturbado compreendido entre o fim da Primeira Guerra Mundial e o começo da Segunda Guerra Mundial, particularmente levando-se em conta a situação da Alemanha.

Com a derrota alemã na Primeira Guerra Mundial e a posterior abdicação do Kaiser Wilhelm II, o Império Alemão (*Deutsches Reich*) foi dissolvido dando lugar à República de Weimar. O antigo império, governado por meio de uma monarquia constitucional, foi então convertido em uma república parlamentarista, com a missão de reerguer o país derrotado e severamente fragilizado economicamente em razão das rigorosas imposições feitas pelo Tratado de Versalhes⁴⁹.

Foi neste cenário que foi elaborada a Constituição da República de Weimar, promulgada em 1919. As incertezas e fragilidades de um país em colapso após a

⁴⁶ BARROSO., Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênué Fronteira Entre o Direito e a Política**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf> Acessado em: 05/04/2024

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo : Martins Fontes. 2003. p. 123.

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo : Martins Fontes. 2003. p . 124.

⁴⁹ Conforme muito bem observado por John Maynard Keynes em 1919 ao integrar a comitiva britânica na Conferência de Paris. (KEYNES, John Maynard. **The economic consequences of the peace**. [s.l.] Book Jungle, 2006.)

guerra fizeram com que o Direito e aquela constituição ficassem desprendidos do momento. Como era possível garantir a preservação e a concretização de uma constituição neste contexto?

Foi então que se iniciou um debate acerca de a quem caberia a guarda desta constituição, tendo como atores desta contenda dois dos principais juristas do período, Hans Kelsen e Carl Schmitt, homens com histórias, biografias e opiniões completamente dissonantes.

Carl Schmitt, jurista e professor de forte criação católica, embora tenha produzido relevantes obras em vida, certamente é mais lembrado por aqueles que analisam sua biografia por sua vinculação direta ao Partido Nazista, sendo considerado um dos principais teóricos nazistas do período e um dos responsáveis por dar apporte intelectual ao regime instaurado na Alemanha naquele momento.⁵⁰

Sua tese de habilitação, denominada “O valor do estado e o significado do indivíduo”, concluída em 1914, é de grande relevância para a compreensão de seu pensamento. Carl Schmitt era expoente do estatalismo⁵¹, firme defensor de um Estado forte, elevado e glorificado, sendo contrário às conquistas liberais do século XIX.

Sua Tese de Habilitação, concluída em 1914, denomina-se “O Valor do Estado e o Significado do Indivíduo”. Essa obra é de grande importância para se demarcar uma característica de Schmitt.

Schmitt era expoente de um estatalismo, defensor de um Estado forte que é exaltado e glorificado, ao mesmo tempo em que se contrapunha a qualquer conquista do constitucionalismo liberal do século XIX.⁵²

Por sua vez, Hans Kelsen foi um jurista e filósofo austríaco, de ascendência judaica, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito no século XX. Sua importância acadêmica transcendeu a teoria legal, contemplando a filosofia política e a teoria social; sua influência pode ser sentida nos campos da

⁵⁰ DIAS ALVES, Adamo. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 105. jul./dez. 2012. p. 228-229.

⁵¹ ‘O estatalismo de Schmitt negava as garantias dos direitos individuais do paradigma liberal, entendendo que o Estado, ao estabelecer o direito por meio de seu soberano, não pode admitir a autonomia individual dos cidadãos.’ (DIAS ALVES, Adamo. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 105. jul./dez. 2012. p. p. 232.)

⁵² DIAS ALVES, Adamo. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte. n. 105. jul./dez. 2012. p. 232.

filosofia, ciência jurídica, sociologia, teoria do Estado e relações internacionais, sendo um dos principais expoentes do positivismo jurídico.

Com relação ao pensamento de Kelsen, sua obra mais famosa é a “Teoria Pura do Direito” — obra máxima do positivismo normativista da Europa continental — onde propõe uma separação entre a ciência do direito e a moral.

Todavia, deve ser apontado que no capítulo VIII da referida obra, Kelsen expõe seu calcanhar de Aquiles ao demonstrar uma despreocupação com a tomada de decisões judiciais e a interpretação jurídica, referindo que estas questões não são relevantes para os cientistas do Direito, uma vez que os juízes decidem por ato de vontade e realizam “política judiciária”.

Nesse sentido, os seguintes trechos da obra são pertinentes:

Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Na hipótese em que geralmente se pensa quando se fala de interpretação, na hipótese da interpretação da lei, deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Mas há também uma interpretação da Constituição, na medida em que de igual modo se trate de aplicar esta - no processo legislativo, ao editar decretos ou outros atos constitucionalmente imediatos - a um escalão inferior; [...] Existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.⁵³

Acerca da determinação na aplicação do Direito, Kelsen afirma:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. [...] Daí resulta que todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.⁵⁴

A partir destas premissas é possível verificar, de maneira bastante clara, as diferenças de vida, história e as maneiras teorizar o Direito que permeavam estes

⁵³ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6^a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 387.

⁵⁴ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6^a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 388.

dois interlocutores em seu debate sobre a quem caberia a guarda da Constituição de Weimar.

O debate se iniciou quando Kelsen proferiu conferência sobre “A natureza e o desenvolvimento da Justiça Constitucional”, onde defendeu o cabimento e a necessidade de um Tribunal independente, sendo este responsável por apreciar a conformação das leis diante da Constituição.⁵⁵ Foi o surgimento da concepção alargada de justiça constitucional autônoma, em substituição à noção limitada de justiça do Estado, que predominava nos estudos constitucionais alemães.

Então, Carl Schmitt publicou o artigo intitulado “O guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*), no qual defendeu que a guarda caberia ao Presidente do Reich, asseverando que a Constituição lhe conferia poderes excepcionais para realizar sua defesa. Criticou a criação ou reconhecimento de um Tribunal Constitucional, afirmando que isto transferiria poderes de legislação para o judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional. O líder da nação (*führer*) seria um idôneo defensor da Constituição, poder neutro, que estaria acima dos titulares dos direitos políticos de caráter decisivo ou influente⁵⁶.

Kelsen então escreve “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*)⁵⁷, em que rebateu os argumentos de Schmitt. Fundamentando-se no entendimento de que ninguém pode ser juiz em causa própria, afirmou a necessidade de criar uma instituição por meio da qual seja controlada a conformidade de certos atos do Estado frente à Constituição, particularmente do Parlamento e do governo, sustentando que tal controle, obviamente, não poderia ser confiado a um dos órgãos que devem ser controlados.⁵⁸

À época, Carl Schmitt foi vitorioso em sua argumentação, observada a decisão proferida pelo Tribunal do Estado, no caso *Prússia v. Reich*, de 25 de

⁵⁵ Cumpre destacar que, conforme Rui Medeiros, apesar da fórmula dos tribunais constitucionais *ad hoc* ter sido popularizada por Kelsen, esta não foi inventada por ele: ‘As ideias de Kelsen sobre a justiça constitucional, mais do que ponto de partida, indicam um ponto de chegada. Assim, mesmo omitindo o precedente introduzido poucos meses antes da Checoslováquia ou os antecedentes austriacos do sistema desenhado pela Constituição de 1º de outubro de 1920, não se pode ignorar que o referido compromisso estava subjacente a alguns modelos filosóficos, projetos políticos, precedentes jurisprudenciais e doutrinas jurídicas que um pouco por toda a Europa prepararam o terreno da justiça constitucional no século XX.’ (MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade:** os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 2000. p. 53.)

⁵⁶ SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. 193-seguintes.

⁵⁷ O livro em questão foi lançado em edição brasileira com o título “Jurisdição Constitucional”, compilando juntamente outros textos de Kelsen sobre o tema.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo : Martins Fontes. p. 155.

outubro de 1932, em que se negara a definir os limites de atuação do Presidente do Reich e de seu chanceler, deixando-os livres para agirem contra as instituições democráticas que ainda funcionavam em Weimar naquele momento.

Todavia, esta vitória não se mostrou definitiva. Três meses após a decisão proferida pelo Tribunal, Adolf Hitler chegou ao poder na Alemanha, sem romper com nenhum aspecto de legalidade vigente à época. Neste sentido, destaca Gilmar Ferreira Mendes no prefácio da edição brasileira de “O Guardião da Constituição”:

Concretizava-se, em certo sentido, a previsão de Schmitt: O sistema político de Weimar permitiria que seu maior inimigo assumisse o poder e destruísse, de dentro do sistema, todo o regime constitucional de 1919. A história parecia dar alguma razão a Kelsen!⁵⁹

Ademais, no contexto fático-histórico posterior, o sistema proposto por Kelsen de jurisdição constitucional acabou sendo adotado na maior parte dos países democráticos, ao longo da segunda metade do século XX, denotando a importância do pensamento de Kelsen para a democracia, não estando restrito aos países da *civil law*, e o alcândo ao *status* de um dos mais importantes juristas no período pós-Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez, Carl Schmitt foi preso pelas Forças Aliadas ao final da Segunda Guerra por sua vinculação ao regime nazista, interrogado diversas vezes e passou anos em campos de concentração. Nos interrogatórios negou veementemente que seus escritos tivessem caráter ideológico e asseverou que todo seu trabalho era científico. Ao final conseguiu escapar do julgamento em Nuremberg, pois a investigação fora inconclusiva. Todavia, foi impedido de dar aulas na Alemanha, tendo realizado suas pesquisas após 1945 de maneira privada, até sua morte em 1985⁶⁰.

Este debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt no começo do século se mostra de valiosa importância, uma vez que foi fundamental para a construção do paradigma de jurisdição constitucional existente tanto no Brasil quanto na Alemanha, ainda que haja diferenças essenciais entre estes modelos de jurisdição constitucional, conforme veremos a seguir.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. In SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. XIII.

⁶⁰ DIAS ALVES, Adamo. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 105. jul./dez. 2012. p. 229.

3.2.2 O modelo de cortes constitucionais aplicado: a Alemanha contemporânea

Ao se analisar a formação do modelo de jurisdição constitucional vigente hoje na Alemanha é impossível se dissociar o aspecto histórico que o marca, uma vez que profundamente ligado ao debate que vimos no subcapítulo anterior, com os reflexos do período da Alemanha Nazista e do período posterior à Segunda Guerra Mundial, de forma que muitos dos elementos que constroem a jurisdição constitucional alemã atual estão indissociavelmente atrelados a este aspecto histórico.

Para os fins desta pesquisa, iremos nos ater a estes elementos fundamentais da jurisdição constitucional alemã, sobretudo aqueles que guardam similitude com o atual modelo de jurisdição constitucional brasileiro, para que se possa entender onde se encontram as implicações que determinam suas semelhanças e diferenças, e as razões pelas quais o modelo de jurisdição constitucional existente na Alemanha se mostram inspiradores do modelo brasileiro.

Como é de amplo conhecimento, após o final da Segunda Guerra Mundial com a derrota da Alemanha Nazista e dos demais integrantes do Eixo pelos Aliados, a Alemanha foi dividida e erguido o muro em Berlim que separava as duas partes do país em Alemanha Ocidental e Alemanha Oriental.

Foi neste contexto, que no ano de 1949 foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn, na então República Federal da Alemanha. Uma das principais inovações trazidas por essa nova Lei Fundamental (*Grundgesetz*) foi a criação do *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, responsável por realizar o controle de constitucionalidade das leis do país.

A criação do Tribunal Constitucional Federal surgiu da necessidade vivenciada pela Alemanha no período do posterior ao final da Segunda Guerra Mundial de recuperar a proteção aos direitos fundamentais, bem como a necessidade de imparcialidade, autonomia funcional e supremacia que aquele Corte deveria ter, razão pela qual o legislador constitucional alemão optou pela adoção do modelo de jurisdição constitucional proposto por Kelsen, à época uma experiência bastante jovem, porém bem sucedida em outros países da Europa. Após a queda do

muro de Berlim o modelo de jurisdição constitucional vigente na Alemanha Ocidental foi estendido para o todo o território da Alemanha unificada.⁶¹

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a adoção do modelo de jurisdição constitucional kelseniano se deu pela necessidade de adoção de um modelo de controle de constitucionalidade que fosse equidistante dos demais poderes do Estado alemão, razão pela foi adotada a criação de um Tribunal cuja função exclusiva é a realização do controle constitucionalidade das normas.⁶²

Oportuno destacar que, diferentemente do modelo preconizado por Kelsen, com exclusividade de um Tribunal Constitucional que exerce o papel de Guardião da Constituição, há na Alemanha tribunais constitucionais regionais. A existência desses tribunais é ligada diretamente a autonomia concedida pela Constituição às Regiões, como as *länd* possuem constituições próprias, faz-se necessário um órgão de jurisdição constitucional, para dar efetividade a essas constituições.⁶³

No que diz respeito à organização do Tribunal Constitucional Federal, a Constituição alemã é bastante sucinta no tocante a este aspecto, limitando-se a definir as suas competências, no art. 93, e a forma de escolha dos juízes que compõe o Tribunal, no art. 94. Os detalhes quanto ao funcionamento do Tribunal se encontram especificados na lei sobre o Tribunal Constitucional, a qual é fundamental para a compreensão do funcionamento da jurisdição constitucional alemã.⁶⁴

As atribuições destes tribunais regionais são: decidir sobre conflitos entre poderes internos da Região; julgar recurso constitucional direto interposto contra ato de uma autoridade regional que, supostamente, viole direito que por esta deveria ser garantido; julgar a constitucionalidade de ato normativo com força de lei proveniente da própria Região e que contrarie a norma estipulada na constituição desta.⁶⁵

No que se refere ao caráter do Tribunal Constitucional Federal, a doutrina alemã, sustenta que este Tribunal tem a forma de “órgão constitucional”, estando acima dos demais por ter a finalidade de interpretar e aplicar as normas

⁶¹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 262.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 288.

⁶³ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018.. p. 263.

⁶⁴ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 262.

⁶⁵ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 268-269

constitucionais. Neste sentido, cumpre destacar o posicionamento de Bockeförde para quem o Tribunal Constitucional Federal possui o status de “intérprete autêntico da Grundgesetz”.⁶⁶

Neste sentido, cumpre destacar o seguinte trecho:

Assim, o TCF não seria tão somente independente em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é, mas também teria autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição”.⁶⁷

A sede do Tribunal Constitucional Federal fica localizada na cidade Karlsruhe no *länd* de Baden-Württemberg, a escolha deste local para a sede foi intencional, contendo um forte aspecto simbólico. Uma vez que Tribunal Constitucional Federal é externo a todas as demais jurisdições federais e outros poderes do Estado, o legislador constitucional quis que o Tribunal também estivesse fisicamente distante desses poderes ou órgãos federais.

Quanto a composição do Tribunal Federal Constitucional, definida na Constituição alemã e na chamada “Lei Orgânica”⁶⁸, este é dividido em duas seções (*senaten*) e composta por oito juízes cada. Cada seção é estruturada em câmaras internas (*kammer*), compostas por três juízes constitucionais, responsáveis pela análise da admissibilidade dos recursos constitucionais. As relações entre as seções são pautadas pela paridade e independência funcional. Não é admitido que uma funcione como instância recursal da outra. Além das seções, há ainda o plenário, onde se reúnem os juízes das duas seções para resolver as controvérsias interpretativas entre as seções, além de exercerem as competências próprias do plenário.⁶⁹

São requisitos para ser juiz constitucional, ter completado 40 anos e possuir idoneidade e capacidade técnica para o exercício da função de juiz ordinário. O juiz permanece no cargo por 12 anos ou até o último dia do mês em que complete 68 anos de idade, sendo vedadareeleição. Dos oito postos de juiz constitucional que cada seção possui três dos eleitos devem vir das supremas cortes de justiça do

⁶⁶ MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2.

⁶⁷ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 3.

⁶⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 263.

⁶⁹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 264.

Estado central, devendo ter pelo menos três anos de exercício efetivo nestas cortes. Os demais juízes são eleitos de modo paritário e com alternância de vagas entre o *Bundestag* (Parlamento Constitucional) e *Bundestrat* (Conselho Federal). O Parlamento e Conselho Federal elegem de maneira alternada o presidente e vice-presidente do TCF, sendo que este não poderá ser membro da mesma sessão que o Presidente.⁷⁰

Para o exercício de suas funções, cada seção poderá se constituir quando estiverem presentes seis ou mais juízes e os juízes ausentes na audiência inicial não mais poderão atuar naquele processo. Exige-se maioria de dois terços dos membros da seção para que seja aprovada a perda de direitos fundamentais, a inconstitucionalidade de partidos políticos, acusações contra o Presidente da República feitas pelo *Bundestag* ou *Bundestrat* e as acusações contra juízes federais ou juízes dos *länder*; nos demais casos bastará maioria simples, exceto nos casos em que lei específica determine quórum mais rígido.⁷¹

Em relação as competências do Tribunal Constitucional Federal, a primeira seção é competente para julgar os casos de divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal ou substancial de direito federal ou de direito dos *länder* frente à Constituição; Compatibilidade de lei de um *länd* com a Constituição e os casos de tutela de direitos fundamentais suscitados mediante recurso constitucional direto.⁷²

Por sua vez a segunda seção é competente para julgar a perda de direitos fundamentais; inconstitucionalidade de partidos políticos; recursos contra decisões do Parlamento Federal relativas à validade de uma eleição ou aquisição ou perda de qualidade de membro do Parlamento por parte de um deputado federal; acusações contra o Presidente da República feitas pelo *Bundestag* ou *Bundestrat*; Conflitos de atribuições entre os poderes do Estado, ou entre este e um *Länd* ou entre os próprios *Länder*; dúvidas quanto a aplicação de normas de direito internacional

⁷⁰ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018.. p. 264-265.

⁷¹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 265.

⁷² CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 263

dentro do ordenamento Constitucional e dúvidas quanto à sobrevivência de normas pré-constitucionais.⁷³

Em face do objeto da presente pesquisa não entraremos de maneira detalhada no objeto da Jurisdição Constitucional operada pelo Tribunal Constitucional Federal, nos limitando a enumerar os casos em que esta atua. No caso, o objeto é apreciar conflitos entre órgãos do Estado, entre o *Bund* e os *Länder*, entre *Länder* ou dentro de um *Land*; o Controle de Constitucionalidade dos atos do governo federal; o Controle de Constitucionalidade de normas federais e regionais; o Controle de Constitucionalidade em casos de omissão do legislador; o Controle de constitucionalidade sobre os julgados dos tribunais dos *Länder*; o Controle de Constitucionalidade como instrumento de garantia de direitos fundamentais; perda de direitos fundamentais por ofensa ao Estado Constitucional de Direito. Controle de Constitucionalidade de eleições políticas e juízo e sobre a constitucionalidade de partidos político e processos por violação à Constituição: juízos sobre atos cometidos pelo presidente da República e pelos juízes federais.⁷⁴

No que diz respeito ao Controle de constitucionalidade de normas federais e regionais, esta pode ser considerada a competência que melhor caracteriza a função da Corte. Há duas formas de controle judicial previstos na *Grundgesetz*, o controle concreto (*konkrete Normenkontrolle*) e o controle abstrato (*abstrakte Normenkontrolle*). Em sentido amplo, o objetivo desta forma de controle de constitucionalidade é garantir a supremacia da Constituição em toda a federação alemã.

Assim, a Constituição prevê que nos casos de divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal do direito federal ou do direito dos *Länder* com Constituição, ou do direito dos *Länder* com o direito federal, poderá o governo federal, o governo de um *Land* ou um terço dos membros do Bundestag suscitar a inconstitucionalidade do ato em questão perante o Tribunal Constitucional Federal. O controle abstrato pode ser exercido sobre atos normativos da Federação e dos *Länder*, independente de sua hierarquia normativa e tem por finalidade maior garantir a coerência legislativa entre normas inferiores e normas constitucionais e,

⁷³ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 267.

⁷⁴ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 271 e seguintes.

também, objetiva assegurar o respeito à repartição de competências legislativas entre os demais órgãos do Estado, sobretudo entre os *Länder*.⁷⁵

Por sua vez, no controle concreto, podem ser objeto somente leis em sentido formal, produzidas pela Federação ou pelos *Länder*. Todo e qualquer juiz é competente para, incidentalmente suscitar a exceção de constitucionalidade. Para isso, o juiz deverá recorrer ao Tribunal Constitucional Federal quando diante de caso concreto se deparar com norma, em tese, inconstitucional e que esta deveria ser aplicada por ele. Diante disso o juiz deverá suspender o seu processo e encaminhar ao TCF o pedido salientando as razões pelas quais reputa a referida norma inconstitucional. A decisão de admissibilidade deverá ser tomada por uma das câmaras que compõe a seção e apenas após que a questão constitucional estiver decidida pelo TCF, o processo poderá continuar.⁷⁶

Oportuno destacar a inteligência da metodologia adotada pelo legislador alemão no que diz respeito a forma de controle concreto da constitucionalidade exercida pelo Tribunal Constitucional Federal. Não é permitido ao magistrado se manifestar sobre a existência ou não de uma questão constitucional e muito menos sobre o seu mérito, estando sua atuação limitada a suscitar a exceção de constitucionalidade, a análise sobre toda questão constitucional envolvida é exclusiva do Tribunal Constitucional Federal, o que garante sua supremacia de fato e de direito.

De outra parte, o Tribunal Constitucional Federal possui competência para controlar a compatibilidade de ato normativo ou com força de lei em face da Constituição em que, de maneira específica, trata dos direitos fundamentais garantidos ao indivíduo. No caso do controle concreto, não compete ao indivíduo suscitar violação a direito fundamental, no entanto, caso haja violação expressa de seus direitos fundamentais por autoridade pública, o indivíduo poderá suscitar recurso constitucional direto, em sua defesa. No caso de existirem instâncias inferiores, essas deverão ser esgotadas antes de recorrer ao Tribunal Constitucional Federal.⁷⁷

⁷⁵ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 273

⁷⁶ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 264-275.

⁷⁷ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p.277.

Cumpre ainda destacar a existência da possibilidade de perda dos direitos fundamentais existente no âmbito da jurisdição constitucional alemã. Se trata de uma previsão muito específica da Constituição Alemã, ligada diretamente ao aspecto histórico alemão já abordado na primeira parte deste trabalho.

Aquele que abusa da liberdade de expressão de pensamento, em especial da liberdade de imprensa, da liberdade de ensino, da liberdade de reunião, da liberdade de associação, da garantia do segredo epistolar, postal ou de telecomunicações, do direito de propriedade ou do direito de asilo para combater o ordenamento fundamental, poderá perder tais direitos. Trata-se de caso de competência Exclusiva do Tribunal Constitucional Federal e pode ser solicitado pelo *Bundestag*, *Bundestrat*, pelo governo federal ou pelo governo de uma Região. Ao final do processo, para que o imputado perca os direitos fundamentais, será necessário voto de dois terços da seção do Tribunal Constitucional Federal.⁷⁸

O Tribunal Constitucional Federal ainda possui competência para julgar recursos em matéria eleitoral, no sentido de validar eleições e presença de requisitos de elegibilidade de candidatos. De maneira mais específica, compete ao Tribunal Constitucional Federal garantir a proteção dos princípios constitucionais e eliminar do ordenamento fundamental partidos políticos que ameacem prejudicar o ordenamento fundamental da República Federal da Alemanha.⁷⁹

No tocante ao Controle de Constitucionalidade de Partidos políticos, foram declarados inconstitucionais na Alemanha o partido nazista e o partido comunista. Trata-se de uma competência raramente utilizada e ligada, também, diretamente ao passado da Alemanha, sendo garantia institucional contra movimentos antidemocráticos que pretendam tomar o poder via partido político⁸⁰.

Por final cumpre ainda destacar a existência do Recurso constitucional direto (*Verfassungsbeschwerde*), que é o principal instrumento de defesa do particular de seus direitos fundamentais, permitindo ao cidadão pleitear diretamente seus direitos fundamentais perante o Tribunal Constitucional Federal. Não obstante não esteja

⁷⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018.. p. 278

⁷⁹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 279

⁸⁰ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 279

expressamente previsto na Constituição pode ser extraído do art. 93, 4, a, e está disciplinado na lei orgânica do TCF.⁸¹

É permitido a qualquer pessoa física ou jurídica; incluindo associações e demais formas de representação coletiva, legalmente constituídas; é possível de ser oposto em qualquer situação nas quais um direito fundamental, tiver sido lesado ou colocado em grave risco pela autoridade pública. A interpretação ampla do conceito de direito fundamental presente na Constituição, tornou o rol de direitos fundamentais um rol aberto, facilitando seu acesso por meio deste recurso.⁸²

Feitas essas considerações acerca do modelo de Jurisdição Constitucional alemão e suas principais características e instrumentos para seu exercício - os quais guardam similitude e inspiraram institutos existentes no Brasil - passaremos a analisar o modelo de jurisdição constitucional brasileiro.

3.3 Revolvendo o chão linguístico sobre o qual se assentou a tradição da jurisdição constitucional brasileira

No período compreendido entre a chegada dos portugueses ao Brasil e a Proclamação da República, não houve, no Brasil, jurisdição constitucional propriamente dita.

No período imediatamente posterior ao desembarque dos portugueses nas terras da América, o território brasileiro de então era “terra-sem-lei”,⁸³ onde vigoravam as feitorias, e a lei era aquilo que o feitor dizia que era; portanto, simples *autorictas*. Não havia controle legal sobre o que estava acontecendo na nova terra neste momento, limitando-se as atividades aqui exercidas à extração, armazenamento e transporte de Pau-Brasil com destino ao Velho Mundo.⁸⁴

Posteriormente, foi dada a largada para um processo progressivo de concentração de poder sob o comando da Coroa Portuguesa, visando a colonização

⁸¹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 279

⁸² CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 279

⁸³ Vale dizer que havia no Brasil, antes da invasão portuguesa, sociedades dos povos originários com organizações complexas e sistemas de Direito que demandam um estudo próprio. Todavia, a invasão resultou em uma ruptura dessas estruturas e uma imposição colonizadora que não reconhecia essas estruturas. Por isso a expressão entre aspas, afinal o Brasil não era uma terra-sem-lei, apenas estas não eram reconhecidas pelos colonizadores que impuseram mediante força suas estruturas de poder.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 460-461.

e a exploração das terras invadidas. Este foi um tempo de intensa violência e de profundo abuso da terra e dos povos que aqui há muito habitavam antes da chegada dos portugueses.

Tal processo atingiu seu ápice com a fuga da família real portuguesa para o Brasil durante o período das guerras napoleônicas, quando a Corte Real foi transferida de Lisboa para o Brasil, procedendo, posteriormente, na criação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.⁸⁵

Veio, então, a independência do Brasil da Coroa Portuguesa, em razão da tentativa por parte do Reino de Portugal de transformar o Brasil novamente em uma colônia, resultando no surgimento do Império do Brasil. Juntamente com o Império, veio a primeira Constituição em 1824, tendo sido adotado um controle dos demais poderes por meio de um “Poder Moderador”, o qual era prerrogativa do Imperador.

3.3.1 A Constituição de 1824

No período do Império, compreendido entre 1824 e 1889, o Brasil não conheceu controle de constitucionalidade das leis. De fato, a Constituição de 1824 não previa qualquer sistema semelhante aos modelos de controle de constitucionalidade contemporâneos.

O parlamento, em tese, tinha amplos poderes já que além de elaborar as leis, podia interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las e, ainda, era responsável por exercer a função de “guarda” da Constituição. Todavia, na prática, a função de controle dos poderes era efetuada pelo Poder Moderador, detido pelo Imperador do Brasil, que podia inclusive suspender magistrados, conforme previsto no art. 101 da Constituição do Império do Brasil.

Vale destacar que em um comparativo moderno com a moderna doutrina constitucional o título mais deficiente da Constituição de 1824 era justamente o que tratava do “Poder Judicial”, como era chamado à época. O Judiciário era um poder dependente e submetido ao executivo (e ao Imperador) e nos conflitos que houve à época, os juízes que se colocaram em oposição aos desígnios do executivo, acabaram aposentados ou transferidos.⁸⁶

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.476.

⁸⁶ NOGUEIRA, Octaciano. **1824** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 26-27.

Não obstante a Constituição de 1824 tenha sido influenciada pelo constitucionalismo forjado nas lutas políticas da Europa continental, nos séculos XVIII e XIX, que buscava a limitação do poder discricionário dos monarcas formada pela *volonté générale* do Parlamento⁸⁷, esta acabou ficando marcada pela existência do Poder Moderador, que transformava o parlamentarismo em mera pantomima, uma vez que, ao contrário do que acontecia na Inglaterra, o rei reinava e governava.⁸⁸

Por conseguinte, o constitucionalismo no Brasil, começou de maneira meramente aparente, tendo em vista que o Imperador conduzia o país de maneira despótica, por meio do Poder Moderador a ele outorgado, tendo perante si um judiciário servil e um parlamento débil, suscetível às investidas do governo central. Tal quadro favorecia a manutenção do regimento autoritário, comandado diretamente pelo Imperador, de maneira quase absolutista, não se tratando, portanto, de uma monarquia governada constitucionalmente.⁸⁹

3.3.2 A Constituição de 1891

Foi no ano de 1891 que o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil através da nova Constituição que veio após a Proclamação da República e a derrubada da monarquia, Constituição essa que foi profundamente influenciada por Ruy Barbosa.

Assim alinhado com as tendências do momento, sobretudo entre a juventude da alta estirpe brasileira que se encontrava fascinada pelo republicanismo, positivismo e instituições norte-americanas às quais creditavam o extraordinário desenvolvimento econômico experenciado por lá⁹⁰, Barbosa que havia sido alçado ao posto de figura proeminente da nascente República, copiou o modelo de controle de constitucionalidade vigente nos Estados Unidos da América.

Todavia, com a Proclamação da República, pouco foi modificado no Brasil no que se refere à configuração do Estado. Em verdade, a figura do Imperador foi meramente substituída pela nova figura do Presidente da República, naquilo que

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 113 e seguintes.

⁸⁸ NOGUEIRA, Octaciano. **1824** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 31.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 114.

⁹⁰ BALEIRO, Aliomar. **1891** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 12.

pode ser definido como uma imitação malfeita do sistema presidencialista constituído nos Estados Unidos da América a partir do século XVIII.⁹¹

De fato, talvez possamos apontar este como sendo o primeiro momento em que o Brasil fez a importação de um instituto oriundo de outro sistema jurídico onde a falta de condições políticas e sociais — sendo imposto de cima para baixo e, não construída de maneira orgânica — acabou gerando um hiato entre a ideia original e sua execução brasileira.

Se nos Estados Unidos da América a ideia de constituição de verdadeiros estados unidos, com uma federação de fato e de direito, a lógica era que não havia razão pela qual lutar pela independência da Monarquia Inglesa para simplesmente colocar um novo monarca, com a única diferença que este seria eleito por seus pares. Pois bem, no Brasil foi exatamente isso que aconteceu, e ainda hoje é possível se verificar os traços de superconcentração de poder na mão da União Federal e do Executivo em detrimento a autonomia dos estados membros da federação.

Da mesma forma, copiando-se novamente o modelo americano, foi então criado o Supremo Tribunal Federal e introduzido o controle difuso de constitucionalidade. Contudo, mais uma vez seguindo uma tradição de dificuldade de rompimento com as estruturas dominantes, havia necessidade de manutenção dos antigos quadros monárquicos na nova república, e foram colocados no Tribunal os antigos membros do Supremo Tribunal de Justiça, para que aplicassem as inovações constitucionais, as quais desconheciam ou desprezavam.⁹²

Acerca desta nova Constituição e da criação do Supremo Tribunal Federal, cumpre destacar o seguinte trecho da obra de Nelson Jobim:

O Supremo Tribunal Federal e o Poder Judiciário nacional pelos republicanos tinham a função de salvaguarda da federação, de um lado, da unidade nacional pela via do recurso extraordinário, porque assegurava a preservação da legislação federal por sobre a legislação dos estados, a preservação da Constituição Federal por sobre a Constituição dos Estados; e, de outro lado, assegurava, também, a não aplicação sem necessidade de debate legislativo revogatório da legislação infraconstitucional contrária à Constituição Republicana. Os Juízes passaram então a ser instrumentos da República para assegurar a manutenção de uma legislação infraconstitucional que estivesse conforme às regras republicanas. [...] essa

⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 339 e seguintes.

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 339 e seguintes.

análise que procura ver na criação do controle da constitucionalidade do Brasil nada acadêmica, mas sim uma necessidade política dos republicanos para assegurar a vigência republicana, uma vez que eles tinham resolvido o problema de elaborar a Constituição Republicana pelo Regimento Alvim, que assegurou a hegemonia do Partido Republicano na Assembleia Constituinte de 91. Mas eles não podiam prosseguir na exclusão dos quadros monárquicos, eles precisavam exatamente caminhar pela inclusão dos quadros monárquicos, e essa inclusão só se daria pelo processo eleitoral subsequente, pela Lei 35. Mas o risco era grande. Portanto, com risco grande, vamos nos preservar. Preserva-se de que forma? Institui-se um poder da República que não tem assento na vontade popular para ser o árbitro do conflito político entre monarquistas e republicanos na elaboração da legislação infraconstitucional.⁹³

Por conseguinte, o papel que fora reservado aos juízes pela nova Constituição era de grande relevância. Relevância esta que vinha desde a edição do Decreto nº 848/1890, pelo qual foi instituída a Justiça Federal no Brasil e representava, pelo menos no plano normativo, a primeira aparição da jurisdição constitucional no Brasil.

Lenio Streck, por sua vez, aponta para os problemas da introdução deste sistema de controle de constitucionalidade difuso no Brasil:

O maior problema desta nossa embrionária forma de controle de constitucionalidade decorrida do fato de que não havia como dar efeito erga omnes e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal. Explicando: nos Estados Unidos, modelo que nos inspirou, vige o sistema jurídico denominado *common law*, onde, através da doutrina do *stare decisis*, cada decisão da Supreme Court tem efeito vinculante. Observe-se que o *stare decisis* é regra costumeira, na medida em que não consta nem na Constituição e nem nos *statutes* (leis escritas). Assim, se a Supreme Court, ao examinar um recurso — porque somente por recurso um caso de índole constitucional chega até lá, pela inexistência do controle concentrado de constitucionalidade — decidir que determinada lei ou dispositivo de lei é inconstitucional, pela regra do *stare decisis* nenhum juiz ou tribunal inferior poderá voltar a aplicar a tal lei ou dispositivo. Estará, pois, vinculado ao precedente, mecanismo cujo funcionamento já foi delineado em capítulo específico.

No nascedouro da República, pois, embora praticantes do modelo de direito romano-germânico, optamos pelo controle difuso de constitucionalidade, sem qualquer mecanismo que estendesse o efeito da decisão para o restante da sociedade. Ou seja, formal e tecnicamente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, até o ano de 1934, ficava restrito às partes contendoras. Mesmo que o STF, apreciando recurso extraordinário, julgassem inconstitucional uma lei, qualquer outro juiz ou tribunal poderia continuar a aplicá-la, exatamente pela ausência de um mecanismo que fizesse com que a decisão do Supremo Tribunal Federal alcançasse todo o sistema jurídico.⁹⁴

⁹³ JOBIM, Nelson. O papel do Supremo Tribunal Federal no atual momento político brasileiro. **Anais do Seminário “O Supremo Tribunal Federal na História Republicana”**. Brasília: Dupligráfica, 2002. p. 13-26.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 141.

Veja-se que esta questão ainda hoje é pertinente. A empolgação com as conquistas norte-americanas era tão grande que não se atentou a um problema central de tradição jurídica ao se importar o *judicial review* para o Brasil: no *common law* as decisões dos tribunais também são fonte criadora do Direito, ainda que não sejam a única.⁹⁵

Para além disso, deve ser dito que o próprio *common law* norte-americano àquela época ainda estava em construção de uma identidade própria,⁹⁶ buscando expurgar os vestígios do *common law* clássico inglês,⁹⁷ o que só viria a acontecer, de fato, anos depois com os desenvolvimentos de Oliver Wendell Holmes Jr. e seu realismo jurídico.⁹⁸

3.3.3 A Constituição de 1934

Buscando trazer soluções a estes problemas foi elaborada a Constituição de 1934, sendo esta nova carta fruto das revoluções ocorridas entre 1930 e 1932. Este novo texto constitucional foi inspirado na Constituição de Weimar e na carta republicana espanhola de 1931.⁹⁹

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, a Constituição de 1934 buscou resolver o problema da efetividade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, instituindo a previsão para que o Senado Federal suspendesse, por meio de uma resolução, a execução de lei que fosse declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, de sorte que conferiria eficácia geral às decisões tomadas em sede de controle concreto de constitucionalidade.

Importante ressaltar que este era um surgimento de um importante dispositivo que buscava conciliar as funções do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, o que seria adequado uma vez que havia necessidade de se conformar um instituto que

⁹⁵ ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil:** formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 96.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 28-29.

⁹⁷ Por *common law* clássico, entendido como aquele que tomou forma a partir do final do Século XVI e começo do Século XVII, especialmente, a partir da obra de Sir Edward Coke. (POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition.** 2. ed. Cary, NC, USA: Oxford University Press, 2019. p. 04)

⁹⁸ Desenvolvimento este construído primeiramente em: HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2009.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 144.

havia sido trazido de um país de tradição da *common law* para um país que possui um sistema de *civil law*.

De fato, diante da inexistência do *stare decisis* os juízes não eram obrigados a deixar de aplicar a lei que fora declarada inconstitucional pelo Supremo, a solução trazida pela Constituição possibilitava a atribuição de efeitos *erga omnes* a uma decisão que fora tomada em um caso concreto e, de maneira sábia, atenuava o problema de quebra de harmonia e equilíbrio entre os poderes ao conferir ao Poder Legislativo a atribuição de suspender a execução de uma lei que fora declarada inconstitucional pela via abstrata.¹⁰⁰

Todavia, na visão de Lenio Streck, esta nova previsão não foi suficiente para resolver o problema da efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal:

A evidência, [...], a ausência de um mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade do correspondente efeito *erga omnes* denotava a índole liberal-individualista do sistema jurídico, que relegava a Constituição a um plano secundário, alçando a legislação infraconstitucional, construída para a regulação das relações privadas, a um lugar de comando das relações sociais. Desse modo, o controle de constitucionalidade difuso mantido pela Constituição de 1934 não acompanhou o viés social constante no corpo da Constituição, inspirada na Constituição de Weimar, a qual, se sabe, ao lado da Constituição do México de 1917, inaugura uma nova fase do constitucionalismo no mundo. Ou seja, o componente social da Constituição ficou incompatível com a forma de controle de constitucionalidade, pela falta de um mecanismo de dar efeito *erga omnes* com efeito *ex tunc* e pela ausência de um controle concentrado de constitucionalidade. O acesso à jurisdição constitucional postou-se como um obstáculo das metas da Constituição de 1934.¹⁰¹

Àquela época a questão dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade de uma lei pela via concreta foi objeto de análise por parte dos parlamentares que elaboraram a Constituição. Dentro da assembleia, houve a defesa de que após a segunda declaração de inconstitucionalidade realizada pelo Supremo fosse reconhecida a inexistência jurídica da lei, o que acabou sendo rechaçado, privilegiando o arranjo institucional.¹⁰² Após longos debates, a assembleia acabou por entender que a atribuição de efeitos *erga omnes* a decisão que declarava a

¹⁰⁰ POLETTI, Ronaldo. **1934** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 38-39

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 46.

¹⁰² MENDES, Gilmar F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 749.

inconstitucionalidade, ainda que oriunda do Supremo Tribunal Federal, violaria a separação de poderes.¹⁰³

Na visão de Mendes, essa atribuição conferida ao Senado Federal de suspensão de lei declarada inconstitucional, pela Constituição Federal de 1934, “medrava certa concepção de divisão de Poderes, há muito superada”.¹⁰⁴ Essa compreensão encontra eco em Marinoni, que vai recorrer ao histórico da assembleia constituinte, onde afirma que houve debates “interessantes” sobre os modelos de controle de constitucionalidade então vigentes, para asseverar que a construção do papel do Senado Federal foi fruto das discussões políticas, de uma incompreensão da função do Judiciário, disputa entre poderes, sendo fruto de uma “distorcida” e “superada” concepção de separação de poderes que “dificultaram a percepção de que a eficácia vinculante é uma decorrência absolutamente natural dos precedentes da Suprema Corte”.¹⁰⁵

Por sua vez, Barroso afirma, que ainda que deva ser reconhecida e respeitada a razão histórica da Constituição de 1934 desta competência atribuída ao Senado, oriunda das diferenças de tradições jurídicas, sua persistência até os dias de hoje se revela em anacronismo, observado que a subsequente criação da ação genérica de inconstitucionalidade em 1965 e os contornos da ação direta de inconstitucionalidade em 1988, uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, tomada em controle incidental ou em controle concentrado deve ter o mesmo valor, sendo uma violação do “princípio da economia processual” obrigar que seja ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade para que seja proferida uma nova decisão, cujo conteúdo já seria sabido.¹⁰⁶

Estas percepções divergentes são trazidas porque desacordos são importantes para a compreensão do instituto e a construção da tese. Todavia, podemos dizer que se trata de claro caso daquilo que Lenio Streck chama de *target*

¹⁰³ MARINONI, Luis Guilheme in SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 909

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 756.

¹⁰⁵ MARINONI, Luis Guilheme in SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 909-910.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

effect,¹⁰⁷ onde primeiro se joga a flecha para depois pintar o alvo, garantindo o aceito perfeito.

Com efeito, em especial naquilo que é apontado por Marinoni quando refere que a atribuição de papel de suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo ao Senado Federal foi fruto de uma concepção “superada e distorcida” de separação dos Poderes e de uma incompreensão do papel dos “precedentes” na atuação de uma Suprema Corte, ele próprio afirma que o assunto não foi tratado com leviandade pela assembleia e que os constituintes daquela época não eram ignorantes sobre os modelos de controle de constitucionalidade que existiam, tanto que estes foram objetos de debate.

Portanto, partindo desses pressupostos, não há como se falar de maneira peremptória que se estava diante de uma decisão que não compreendia o papel dos “precedentes” no Direito e de uma concepção superada de separação dos poderes. No mínimo, podemos assinalar que os parlamentares de 1934 compreendiam que adaptações eram necessárias e entenderam a necessidade de privilegiar diálogo entre os poderes. Igualmente, a permanência desta previsão em constituições subsequentes se justifica pela permanência da necessidade de conformação de um instituto importado de uma tradição jurídica diversa.

No mesmo sentido de nossas conclusões é o entendimento de Nelson Nery Jr., que afirma que não há como equiparar o nosso sistema constitucional com aquele existente na Alemanha — conforme exposto no subcapítulo próprio — ou na Áustria, países que possuem cortes constitucionais que não fazem parte do Poder Judiciário.¹⁰⁸

Acerca do papel exercido pelo Senado Federal, após a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, houve o entendimento de que sua atuação não era vinculada e que, portanto, havia uma margem de discricionariedade, havendo a possibilidade de Senado Federal revogar o ato de suspensão que fora anteriormente editado ou de restringir o seu alcance. Foi esse o entendimento do próprio Supremo

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão:** diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 149

¹⁰⁸ NERY JR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 2010, n. 187, p. 193-200.

Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Segurança 16.512/DF, de Relatoria do Min. Oswaldo Trigueiro.¹⁰⁹

Oportuno destacar, ainda, outra inovação trazida pela Constituição de 1934, a instituição da cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Assim, a partir daquele momento, para a declaração de inconstitucionalidade de uma lei se fazia necessária a maioria absoluta dos membros do Tribunal, de maneira a afastar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei com maioria simples e quórum reduzido.

3.3.4 A Constituição de 1937

A questão premente é que ainda que tenha sido a inauguração de um importante instituto para a jurisdição constitucional brasileira, a Carta de 1934 não vigeu por muito tempo. Em 1937, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, de notório caráter autoritário, visando a manutenção do regime por ele estabelecido. Desta forma, houve uma concentração demasiada de poder nas mãos do Presidente e uma redução significativa de garantias constitucionais.¹¹⁰

A Constituição em questão era problemática, estabelecida em a partir de circunstâncias de exceção e nela havia a previsão de um plebiscito que deveria ser realizado para tornar a vigência da Constituição, que era supostamente provisória, em definitiva. No entanto o plebiscito em questão nunca foi realizado o que levou a contestações e a pecha de uma Constituição “fascista”.¹¹¹

No plano da jurisdição constitucional, foi mantida a fórmula do controle difuso de constitucionalidade, mas sem a previsão de remessa ao Senado. Afinal, não havia necessidade de garantir harmonia e equilíbrio entre poderes quando todos eles eram subalternos a um regime autocrático.

Ademais, não obstante a manutenção do controle difuso foi inserida uma cláusula que possibilitava o veto de decisões do Supremo Tribunal Federal que declarassem a inconstitucionalidade de leis, por parte do Congresso Nacional, algo que produzia o efeito contrário entre harmonia e separação de poderes.

¹⁰⁹ BRASIL, STF. **Mandado de Segurança n.º 16.512/DF**. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. 1966.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 233.

¹¹¹ PORTO, Walter Costa. **1937** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 12-14.

Tal mecanismo se efetivava através da submissão da decisão que declarava a constitucionalidade da lei para que esta fosse apreciada pelo Congresso Nacional, que poderia, em caso de confirmação por dois terços dos votos, em cada uma das casas, manter a vigência desta.

Tal previsão se aplicava nos casos em que, “*a juízo do Presidente da República fosse relevante/necessária para o bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do poder Executivo submetê-la novamente ao parlamento*”.¹¹²

Na prática, uma vez que o parlamento permaneceu fechado durante todo período compreendido como *Estado Novo*, significava que Getúlio Vargas tinha poder de veto sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.¹¹³

3.3.5 A Constituição de 1946

Com o fim da Segunda Guerra Mundial o mundo começava a se reconfigurar, com os Estados Unidos da América e a União Soviética emergindo como as grandes potências vitoriosas em um cenário em que a Europa estava devastada pela guerra, reconfigurando o tabuleiro global de influências e dando início ao período de bipolaridade mundial e a tensão entre o comunismo e o capitalismo em escala global.

No Brasil, depois de uma adesão inicial às ideias fascistas por parte de Getúlio Vargas, à época da Constituição de 1937, o resultado da Segunda Grande Guerra e reconfiguração das forças pelo mundo, com o projeto norte-americano de transformação do resto da continente americano em sua zona de influência direta, havia uma necessidade de adequação e sobrevivência política. Rejeitar antigas simpatias e se demonstrar alinhado ao lado vencedor é mais produtivo do que perecer ao lado dos perdedores.

Foi nesse contexto em que veio a derrubada do regime de Getúlio Vargas e a necessidade de uma nova formulação política de Brasil para mais um momento de turbulência. Um dos responsáveis pela deposição de Vargas foi o Marechal Eurico Gaspar Dutra, que virara a casaca indo para o lado dos opositores de Vargas, após ter sido determinante para que este chegasse ao poder. Dutra se candidatou à

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 148.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 149.

presidência da República, ganhou e junto com sua posse teve início os trabalhos da nova constituinte.¹¹⁴

Como se tratava de um regime de redemocratização, as preocupações mais determinantes naquele momento não eram referentes ao controle de constitucionalidade das leis, sendo mais urgentes os temas decorrentes de problemas de ordem política, com a acomodação dos interesses dos diversos grupos que emergiam na república, contando pela primeira vez com parlamentares comunistas e trabalhistas.¹¹⁵

No que tange ao constitucionalismo, o Brasil não embarcou nas ideias que vinham da Europa no rescaldo da Segunda Guerra, preferindo apostar na tradição que havia iniciado 1891 e fora interrompida em 1937.¹¹⁶

Portanto, na Constituição de 1946, o controle de constitucionalidade nela previsto, se tratou basicamente de uma reedição daquele visto na Constituição de 1934. Sendo reestabelecido o modelo de controle difuso, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por meio de quórum qualificado e maioria absoluta dos membros do tribunal. Esta Constituição teve basicamente a mesma inspiração daquela de 1934 e buscou a valorização dos ideais democráticos e a repressão a investidas autoritárias.

3.3.6 A Constituição de 1967 e a EC n.1 de 1969

Com o aprofundamento das tensões da Guerra Fria e da disputa entre Estados Unidos da América e União Soviética dentro de suas zonas de influência. A posse de João Goulart em 1961 despertou nos grupos conservadores brasileiros profundo descontentamento. Além destes, o governo norte-americano também não ficou satisfeito com um presidente com tantas tendências à esquerda governando o Brasil e passou a ativamente financiar grupos opositores e oferecer garantias em caso de ruptura com o governo instaurado.

Em 1º de abril de 1964 veio o golpe militar que depôs Jango e instaurou a ditadura civil-militar no país, que perdurou por mais de duas décadas. Foi o início de um dos períodos mais dramáticos da história brasileira e que até hoje ainda gera

¹¹⁴ BALEIRO, Aliomar. **1946** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 9.

¹¹⁵ BALEIRO, Aliomar. **1946** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 10.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 149.

repercussões, em face do grau de violência e repressão empregado pelos militares para instauração e manutenção do regime.

No plano da jurisdição constitucional, posteriormente ao golpe, no ano de 1965 houve a maior modificação, até aquele momento, no sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil: a introdução do modelo de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade que passou a conviver dentro do mesmo universo jurídico do modelo difuso que já havia se tornado tradição no Brasil, desta maneira criando um sistema híbrido de controle de constitucionalidade.

Com relação às principais inovações trazidas por este novo modelo, podemos destacar a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis municipais em face das Constituições dos Estados da federação, efetuado pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, previsão esta que persiste até hoje.

Além disso, a possibilidade de representação de inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República representou o início do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Alguns consideram paradoxal que o controle concentrado tenha sido instituído pelo regime militar, tendo em vista que a fiscalização de constitucionalidade se presta principalmente para proteção e garantia de direitos fundamentais.

Porém, conforme explica Lenio Streck, não foi mero acaso que este controle tenha sido instituído pelos militares; em verdade, se tratava justamente de um instrumento de proteção do próprio regime naquele momento:

Não vejo paradoxo no proceder do regime militar. Ao contrário, a preocupação dos militares era justamente estabelecer um mecanismo rápido e eficaz para evitar que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões de controle difuso de constitucionalidade obstaculizassem ações do *establishment*. Não se deve esquecer que a Constituição de 1946, quando da aprovação EC 16/45, longe estava de seu texto original. Além disso, o próprio regime preparava uma nova Constituição. Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, representava um meio para manter o controle do sistema jurídico-judiciário, uma vez que, como se viu logo em seguida, o próprio Supremo Tribunal Federal sofreu pesadas baixas.¹¹⁷

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p 154.

Aqui vale dizer que se tivermos que marcar um marco zero dos problemas de coesão dentro do sistema jurisdição constitucional brasileiro, sem dúvida alguma é este.

A introdução de um sistema de controle concentrado de constitucionalidade nesta ordem jurídica que visava dar suporte ao regime militar, passou a coexistir com o controle difuso de constitucionalidade que já estava aqui há tempos, foi o início do modelo de controle “confuso” de constitucionalidade brasileiro,¹¹⁸ uma construção jurídica absolutamente singular, que foi criada neste momento e que até hoje persiste.

Aqui reside, ainda, uma ironia: é a partir desta ocasião histórica que o controle de constitucionalidade brasileiro passa a se assemelhar ao modelo kelseniano, no qual o Supremo Tribunal Federal exerce o papel de “Guardião da Constituição” preconizado por Kelsen, sendo a sua particularidade a adoção efetuada em um período de ruptura democrática.¹¹⁹ De fato, o Brasil foi capaz de buscar um sistema que de controle de constitucionalidade que visava garantir a autonomia da Constituição e transformá-lo em um sistema de submissão.

A nuance que possibilitou isso reside em que, ao contrário do modelo kelseniano por excelência, com existência de um tribunal *ad hoc* para realizar o controle de constitucionalidade, no Brasil esta função foi delegada ao Supremo Tribunal Federal, ao qual também é atribuída a função de órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Como a ideia era manter o Supremo daquela época em xeque sob o regime militar — mesmo que depois este tenha tido membros cassados de qualquer forma — não foi criado um tribunal próprio para exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Assim, o Supremo passou a exercer dupla função: Corte Constitucional e Suprema Corte. Essa dupla função que à época amarrava do STF, em outro contexto o deixou com poderes demais.

Diante deste panorama é possível assinalar que os principais problemas até hoje enfrentados em sede de controle de constitucionalidade decorrem desse

¹¹⁸ A referência por mim utilizada de um controle “confuso” de constitucionalidade é feita a partir da junção das terminologias de controle concentrado e difuso e a consequente problemática que emerge da mistura destes dois modelos oriundos de tradições diversas e com características distintas e que nem sempre convivem de maneira harmônica.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

peculiar modelo misto adotado desde meados da década de sessenta do século passado, que em momento algum teve como fim a coesão e muito menos a integridade do Direito.

Esses problemas surgem, em sua essência, da mistura de modelos de controle de constitucionalidade de matrizes teóricas completamente distintas, operando-se pela justaposição pura e simples de sistemas importados com diferentes realidades, sem que fosse feita uma racionalização ou adaptação para que coexistissem adequadamente.

A união desses dois modelos de controle de constitucionalidade formata o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que pode ser reconhecido como um sistema híbrido, uma vez que adota características destes dois modelos distintos.

Aqui é necessário referir que, ainda que o entendimento preponderante na doutrina seja de que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é híbrido, há autores que defendem que o controle de constitucionalidade brasileiro deve ser caracterizado tão somente como difuso.

É o caso de Elival da Silva Ramos que assinala que havendo dispersão de competências de controle de constitucionalidade entre diversos órgãos do aparato judiciário, trata-se de uma característica que define um sistema de controle difuso de constitucionalidade.¹²⁰

Ainda que esta seja uma posição respeitável, este é um ponto de vista minoritário dentro da doutrina brasileira, havendo uma avaliação preponderante de que o constituinte privilegiou a manutenção de um modelo misto ou híbrido, conforme Streck¹²¹ e Silva.¹²²

Para além disso, retornando ao momento histórico em que foi implantado, este sistema de controle concentrado não tinha papel relevante, observado que somente o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para apresentar a representação de inconstitucionalidade. Uma vez que este agente público era nomeado pelo Presidente da República, e a ele estava submetido o processo, na

¹²⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução, São Paulo: Saraiva, 2010. p. 246.

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 163.

¹²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 41 ed. — São Paulo: Malheiros, 2018. p. 51.

prática significava que o Procurador-Geral se submetia à vontade do Poder Executivo.

De fato, se pode ser apontada uma característica que determina o caráter da Constituição que foi outorgada em 1967, esta característica é a concentração de poder nas mãos do Poder Executivo.¹²³ Como não estava diante de uma democracia, todo o sistema era pensado de forma a dar verniz de legalidade e manter o regime no poder. Então a chave era a centralização política-administrativa.

Foi dentro deste exato contexto que em 1969 veio a Emenda Constitucional n. 01/69 que substituiu quase integralmente o texto da Constituição Federal de 1967 por um novo, que fechava o regime e dava ainda mais poderes aos militares. Quanto ao controle de constitucionalidade, a única modificação trazida por esta emenda foi a possibilidade de realização de controle de constitucionalidade de lei municipal a ser realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado, em face de violação de princípios sensíveis, para fins de intervenção do Estado no Município.¹²⁴

Ademais, no período compreendido entre 1965 e 1986, a jurisdição constitucional existente no Brasil permaneceu praticamente inalterada. As mudanças ocorridas não tiveram impacto substancial capaz de alterar o panorama até aqui delineado. Houve pequenos avanços e retrocessos, com a retirada e reintrodução, em diferentes momentos ao longo destes 20 anos, de características de nossa jurisdição constitucional que já se faziam presentes nos momentos anteriores.¹²⁵

A título de exemplificação destes institutos, se pode citar a manutenção do controle de constitucionalidade difuso nos moldes das constituições anteriores na Carta de 1967, a introdução da possibilidade de controle de constitucionalidade de lei municipal pelo Tribunal de Justiça do Estado, adicionado em 1969, a possibilidade de concessão de medida cautelar em representação de constitucionalidade, positivando entendimento que já era consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e previsto no seu Regimento Interno e a introdução da ação de interpretação de direito federal, no ano 1977, que representou a introdução do efeito vinculante no direito brasileiro, com previsão de que a partir da publicação

¹²³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **1967** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 37.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 156.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p 155-156.

da ementa do julgado, esta seria vinculante, implicando a sua não observância em negativa de vigência do texto interpretado.¹²⁶

3.3.7 A Constituição de 1988

A partir do ano de 1985 se iniciou o processo de abertura política e com ele veio o desejo de uma transformação no Brasil, crescendo o anseio por dotar o país de uma nova Constituição que substituisse aquela inicialmente outorgada 1967 e emendada em 1969,¹²⁷ que visava proteger unicamente os interesses da ditadura imposta, por uma nova Constituição que defendesse os valores democráticos e liberdades individuais.

Com a Constituição de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil, foi significativamente fortalecido com o aumento de ações de (in)constitucionalidade e, principalmente, com o aumento do número de legitimados para a proposição destas ações, retirando o controle concentrado do monopólio do Procurador-Geral da República.

Primeiramente, a representação de inconstitucionalidade foi rebatizada de ação direta de inconstitucionalidade. Sendo este o modelo de provocação de controle concentrado por excelência, estendeu-se a possibilidade de ajuizamento da ação, conferindo legitimidade, além do Procurador-Geral da República, a órgãos do Poder Legislativo, chefes do Poder Executivo, inclusive dos Estados, bem como a entes privados, como por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos e órgãos sindicais.¹²⁸

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p.156.

¹²⁷ A Constituição de 1967 foi diretamente inspirada por aquela de 1937, incorporando a ela suas características essenciais. Nela não se fala em democracia, sendo utilizado o termo “regime representativo”. Dentre suas previsões, pode ser destacada a centralização do poder na União e no Presidente da República, a aprovação de leis por recurso de prazo, a possibilidade da expedição de decretos-leis por parte do Presidente da República relativos à segurança nacional e finanças e a redução da autonomia individual, com a permissão da suspensão de direitos e garantias constitucionais. Posteriormente, o AI-5 supriu ainda mais direitos ao atribuir ao executivo a possibilidade de suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos, a suspensão de *habeas corpus* em casos de crimes políticos e o afastamento do controle judicial dos atos praticados com base no AI. Por final, a EC1 de 1969 substituiu quase integralmente o texto de 1967, ampliando os poderes de exceção e consolidando a Ditadura instalada. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional** — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 237-238)

¹²⁸ Acerca da pertinência temática para a proposição de ADI: ‘Ao longo dos anos de vigência da nova Carta, e independentemente de qualquer norma expressa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou uma distinção entre duas categorias de legitimados: (i) os universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os

Além destes dois institutos, foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade, por força da Emenda nº 03/93, que dava maior força àquilo que acontecia quando do julgamento de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Inicialmente continha um rol mais restrito de legitimados para a sua proposição, posteriormente ampliado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.¹²⁹

Acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade destaca Gilmar Mendes:

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993 disciplinou o instituto, firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuí eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Considerando a súbita introdução do instituto, cumpre agora cogitar se representa ele um *novum* no modelo brasileiro de Controle de Constitucionalidade.¹³⁰

Ademais, o autor discorda que esse instituto seja de todo inovador, referindo que o dispositivo constitucional mantém a imprecisão da fórmula adotada na Emenda Constitucional nº 16/65:

Em verdade o dispositivo não inova. Tal como anotado [...], a imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16/65 — *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* — não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era permitir, “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de conteúdo duplice ou de caráter ambivalente, mediante o qual Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral

especiais, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada. São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.’ (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência — 6. ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.)

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 509.

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 116.

submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isso lhe fosse solicitado (grifo do autor).¹³¹

Outra novidade trazida foi a ação de descumprimento de preceito fundamental trazida pela Lei 9.882/99, sobre a qual se pode destacar:

O dispositivo em tela é inovador na história constitucional brasileira, sem qualquer precedente nas Constituições anteriores. A doutrina brasileira divergiu acerca da origem do instituto, mormente na comparação com o recurso constitucional alemão. O próprio Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 22.427-5, deu a entender que arguição de descumprimento de preceito fundamental guarda semelhança com o *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional) alemão. Na verdade, comparando-se o modelo constitucional alemão com o brasileiro, tem-se que a existência de processos diversos ressalta uma importante diferença entre as duas Cortes de uma perspectiva processual. A ordem constitucional brasileira não conhece processos como conflito entre órgãos (*Organsteitigkeit*) nem instrumento com múltiplas funções como o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*).

[...]Mesmo que arguição de descumprimento de preceito fundamental brasileiro não guarde essa similitude *stricto sensu* com o recurso constitucional alemão, é importante que se retirem lições do instituto tedesco. Dito de outro modo, assim como ocorre no direito alemão através do recurso constitucional, a arguição de descumprimento fundamental prevista na Constituição do Brasil é instrumento relevante de proteção dos direitos fundamentais.¹³²

Ainda, merecem ser destacados o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, dois institutos que buscam possibilitar o exercício de um direito constitucionalmente assegurado, que não esteja sendo efetivamente garantido pelos demais poderes.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão — instituto que foi importado da Constituição Portuguesa¹³³ — busca tornar efetiva a norma constitucional, declarando a existência de mora, dando ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.¹³⁴

Por sua vez, o Mandado de Injunção tem por objeto o não cumprimento do dever constitucional de legislar que, de alguma maneira, afeta concretamente direitos assegurados constitucionalmente, ou seja, a ausência de uma norma

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 116-117.

¹³² STRECK, Lenio L; MENDES, Gilmar F. Comentário ao artigo 102, § 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CANOTILHO; SARLET, Ingo W.; SARLET (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2018. p. 1389.

¹³³ TÁCITO, Caio. **1988**— 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 22.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2022. p. 1351.

regulamentadora que torne inviável o exercício de liberdades e direitos constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à cidadania.¹³⁵

Como se vê, a Constituição de 1988 emprestou grande prestígio ao controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, introduzindo diversos institutos visando a efetivação e proteção da vasta gama de direitos fundamentais presentes na “Constituição Cidadã”, de maneira direta.

Em relação ao controle difuso de constitucionalidade, este foi mantido pela Constituição Federal de 1988. Conforme afirma Lenio Streck, a manutenção do controle difuso, foi a preservação de uma tradição que atravessou as Constituições de 1934, 1946, 1967, 1969, com a preservação da sistemática de declaração de inconstitucionalidade por meio difuso acompanhada da remessa da decisão proferida pelo Supremo ao Senado.¹³⁶

Neste contexto de uma nova ordem constitucional, no começo dos anos 1990 o Poder Judiciário brasileiro e o Supremo Tribunal Federal tiveram uma explosão no número de novas ações que ingressaram nos tribunais a cada ano. Este incremento substancial atingiu seu ápice no começo dos anos 2000, momento em que desde os juízos de piso até o Supremo Tribunal Federal atingiram sua máxima histórica de ingresso de novas ações.¹³⁷

Conforme Fabiano Rezende Lara, existe uma forte correlação entre o aumento da litigiosidade anual no Brasil com o PIB per capita, a taxa de urbanização, a extensão do texto constitucional e o número de direitos garantidos pela Constituição.¹³⁸

Assim, o contexto vivenciado pelo Brasil à época favoreceu o aumento da litigiosidade. Sem dúvida alguma, a existência de um amplo catálogo de direitos

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2022. p. 1379.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 163.

¹³⁷ LARA, Fabiano Rezende. **Por que a litigância aumentou?**: Avaliação de algumas hipóteses da literatura por meio das estatísticas históricas do Judiciário. Orientador: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara. 2022. Dissertação de Mestrado (Mestrado) — UFMG - Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46350/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Hugo%20Freitas%20Reis%20-%20Por%20que%20a%20litig%c3%a2ncia%20aumentou.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2024.

¹³⁸ LARA, Fabiano Rezende. **Por que a litigância aumentou?**: Avaliação de algumas hipóteses da literatura por meio das estatísticas históricas do Judiciário. Orientador: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara. 2022. Dissertação de Mestrado (Mestrado) — UFMG - Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46350/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Hugo%20Freitas%20Reis%20-%20Por%20que%20a%20litig%c3%a2ncia%20aumentou.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2024.

fundamentos fundamentais, aliado a um déficit de políticas públicas para sua efetivação e havendo à disposição uma gama de instrumentos constitucionais visando à tutela destes direitos, redundou nesta judicialização em massa que foi observado ao longo dos anos 1990 e começo dos anos 2000.

Diante deste contexto de ampla judicialização que se verificou na primeira década de vigência da Constituição Federal, a cúpula do Poder Judiciário atuou por modificações que visavam a diminuição do volume de processos que ingressavam ano a ano. Isso foi viabilizado por meio de uma Emenda Constitucional que buscou reorganizar o funcionamento do Poder Judiciário.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”, foi responsável por uma série de alterações, que podem ser divididas em quatro grupos: o primeiro, um conjunto de mudanças relacionado a alterações estruturais, que não se limitam ao Poder Judiciário, mas também abrangem o Ministério Público; o segundo grupo, trata de normas relacionadas à competência, com destaque para as mudanças de competências entre os tribunais; o terceiro grupo, abrange disposições que dizem respeito à regulamentação jurídica da Magistratura, incluindo temas como ingresso na carreira, promoções, aposentadoria, etc. Por fim, o quarto grupo aborda regras de natureza processual, incluindo aspectos ligados ao funcionamento dos órgãos judiciais.¹³⁹

Ao contrário das reformas estruturais que aconteceram no Brasil desde 1988 — em especial, a reforma trabalhista e as reformas da previdência — que tiveram como marca a subtração de direitos que haviam sido conferidos pela Constituição, caracterizando evidente retrocessos,¹⁴⁰ a “Reforma do Judiciário” foi um instrumento de empoderamento do Poder Judiciário em relação aos demais poderes da República, o que enseja alguns apontamentos.

¹³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexos da Emenda Constitucional no 45 de 2004 no Processo Civil. **Revista da EMERJ**, v. 8, nº 32, 2005. p. 31.

¹⁴⁰ Este aspecto dialoga diretamente com a questão da necessidade de uma Teoria do Direito adequada a países de modernidade tardia explicitada no subcapítulo 2.1 deste trabalho. Tais reformas estruturais foram diretamente influenciadas por atores políticos vinculados a ideologias neoliberais que atuaram diretamente para que tais reformas fossem aprovadas no Congresso. As “reformas”, nestes casos foram verdadeiros deformações constitucionais que enfraqueceram direitos fundamentais que haviam sido conquistados no texto constitucional. No que tange à reforma trabalhista a chancela do enfraquecimento dos direitos trabalhistas veio de parte do Supremo Tribunal Federal que nada fez para preservar os direitos que estavam estabelecidos adotando uma postura que fragiliza o direito em nome da economia e de uma ideologia neoliberal. Uma Teoria do Direito que não esteja preocupada em apontar esses problemas seria apenas mais uma forma de chancelar o arbítrio e a fragilização do Direito.

Dentre os quatro grupos de alterações que foram trazidos pela Emenda Constitucional n. 45, sem dúvida, os dois mais relevantes foram o primeiro e o quarto, os quais tiveram impactos duradouros e mudaram o panorama de funcionamento no Judiciário nos anos que seguiram.

Em relação ao primeiro grupo de alterações, este não se encontra alinhado diretamente ao objeto do trabalho, tendo em vista que diz respeito à criação dos órgãos de “controle externo” do Judiciário e do Ministério Público. Todavia, não há como deixar de falar de como a criação de um órgão de controle, supostamente externo, da magistratura formado majoritariamente por membros da própria magistratura acabou por se transformar não é órgão de controle, mas de chancelaria oficial do Poder Judiciário.

Em especial a possibilidade de edição de “atos regulamentares”¹⁴¹ tem se mostrado problemática pelas implicações da abrangência das resoluções editadas pelo CNJ que acabam por impactar diretamente a atuação não só do Poder Judiciário, mas também de todos os outros atores jurídicos e, por vezes, tolhendo direito de advogados e efetivamente alterando regras processuais.¹⁴²

Quanto ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro, a Emenda n. 45/2004, introduziu o regime de Repercussão Geral nos recursos extraordinários, estabelecendo como condição de admissibilidade do recurso a necessidade de demonstração de questão constitucional de suficiente relevância para que esta seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Acerca da Repercussão Geral, cumpre referir:

A Emenda Constitucional n. 45/2005 (Reforma do Judiciário) consagrou, no art. 102, § 3º, da Constituição, o instituto da *Repercussão Geral*. A Lei n.

¹⁴¹ Em 2006 Lenio Streck, Ingo Sarlet e Clémerson Clève já apontaram que os “atos regulamentares” previstos no parágrafo 4º e inciso I do art. 103-B e no parágrafo 2º e inciso I do art. 130-A que foram introduzidos na Constituição Federal pela Emenda n.45 não poderiam substituir o princípio da reserva legal e autorizar o CNJ e o CNMP a legislarem (STRECK, L. L.; SARLET, I. W.; CLÈVE, C. M. **Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>. Acesso em: 13 dez. 2024.)

¹⁴² A título exemplificativo, recente Resolução n. 591/2024 do CNJ que permite, a critério do relator, que qualquer processo seja remetido a julgamento virtual, com substituição da sustentação oral do advogado por um vídeo pré-gravado, violando frontalmente dispositivos processuais e constitucionais que não seriam passíveis de serem modificados por lei por flagrante inconstitucionalidade. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. **CNJ não tem poder de alterar o CPC e nem de criar regras de processo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-dez-12/cnj-nao-tem-poder-de-alterar-o-cpc-e-nem-de-criar-regras-de-processo/>. Acesso em: 13 dez. 2024.

11.418, de 19-12-2006, definiu a disciplina processual desse novo instituto. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à Repercussão Geral. A adoção do instituto maximiza a feição objetiva do recurso extraordinário.

[...]Pode-se dizer que o escopo do instituto é maximização da feição objetiva do recurso extraordinário, característica que bem pode servir ao propósito republicano de dar coerência e integridade ao direito. Em outras palavras, a repercussão geral deve ser assimilada como um instituto que optimiza a aplicação do direito democraticamente produzido, assegurando a sua melhor interpretação na lente da coerência de princípios.¹⁴³

A justificativa para introdução da Repercussão Geral estava diretamente atrelada ao crescimento do número de recursos que haviam aportado ao Supremo Tribunal Federal. Essa inovação representou a maior modificação para o controle difuso de constitucionalidade, que havia permanecido praticamente inalterado desde 1934.

Aqui cabem algumas considerações acerca da justificativa para a introdução da Repercussão Geral nos recursos extraordinários e sua operacionalização dentro do Supremo desde então.

Conforme dados do CNJ, o número de casos novos aumentou de 14,7 mil em 1989 para aproximadamente 120 mil em 2007.¹⁴⁴ Esse crescimento acelerado na demanda, aliado à quase inexistente mudança na estrutura do Judiciário, “estimulou os poderes públicos a pensarem em novos mecanismos de gestão processual, garantindo respostas mais uniformes e céleres à sociedade”.¹⁴⁵

Portanto, deve ser observado que toda a argumentação justificativa para a instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário está adstritamente focada na excessividade do número de recursos. Nesse sentido há uma clara vinculação entre a repercussão geral, os recursos repetitivos e demais institutos processuais de gestão de ações de massa.

Com efeito, o art. 102, § 3º da CF estabelece que o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral da questão constitucional discutida no recurso,¹⁴⁶

¹⁴³ STRECK, Lenio L; MENDES, Gilmar F. Comentário ao artigo 102, § 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; _____; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). 2013. p. 1406-1407.

¹⁴⁴ BARROS, S. **CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 18 dez. 2024.

¹⁴⁵ BARROS, S. **CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 18 dez. 2024.

¹⁴⁶ Art. 102: [...] §3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal

por sua vez é o Código de Processo Civil que disciplina de que maneira se dá o julgamento dos recursos extraordinários, através de diversos dispositivos que estão dispersos pelo código, mas que criam uma complexa teia que deve ser analisada.

A primeira menção à repercussão geral no código de processo civil ocorre no capítulo VIII que trata do incidente de resolução de demandas repetitivas, onde se estabelece no art. 979, que uma vez instaurado o incidente deverá ser conferida ampla publicidade¹⁴⁷ e que a mesma disciplina deve ser aplicada aos processos com repercussão geral e recursos repetitivos.¹⁴⁸ O art. 987, §1º do CPC estabelece que há presunção de repercussão geral no recurso extraordinário interposto contra decisão que resolve o incidente de resolução de demandas repetitivas.¹⁴⁹

A menção seguinte ocorre no capítulo IX, no art. 988, §5º, II, que estabelece a inadmissibilidade de ajuizamento de reclamação para garantir a observância de acordão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acordão de julgamento de recurso extraordinário ou especial repetitivo, quando não tenham sido esgotadas as instâncias ordinárias.¹⁵⁰

Posteriormente, na Seção II do Código de Processo Civil, que trata especificamente do recurso especial e do recurso extraordinário, é estabelecida a sistemática pela qual é reconhecida a repercussão geral em um recurso extraordinário e como se dá seu julgamento.

O art. 1035 do CPC estabelece que uma vez admitido o recurso extraordinário na origem — reintrodução do sistema de dupla admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores feito por meio da Lei n. 13.256 de 2016 por lobby dos tribunais junto ao Congresso¹⁵¹ — o Supremo, por decisão irrecorrível, não conhecerá do

examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁴⁷ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

¹⁴⁸ § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

¹⁴⁹ Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

¹⁵⁰ Arr. 988 [...]§ 5º É inadmissível a reclamação: [...]II — proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

¹⁵¹ Nós estamos mudando, porque o Supremo Tribunal Federal fez uma reivindicação: limitar e acabar com as reclamações. E o Superior Tribunal de Justiça fez outro pedido: que eles não ficassem com juízo de admissibilidade. Portanto, é ponderável que esta Casa dialogue com essas duas instâncias do Judiciário, para atender essas duas reivindicações. (BRASIL, Câmara dos

recurso extraordinário que não tiver reconhecia a repercussão geral. Por sua vez, é o §1º do art. 1035 que estabelece que para reconhecimento de repercussão geral, deverão ser demonstrados “*questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo*”.

No §5º do mesmo art. 1035, há nova conexão entre o instituto da repercussão geral e a gestão de recursos de massa, quando o referido dispositivo estabelece que, uma vez reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e estejam tramitando em território nacional. E o §8º do mesmo dispositivo atribui a competência aos vice-presidentes dos tribunais regionais para negar seguimento a todos os recursos extraordinários sobrestados que tenham sua repercussão geral não reconhecida.

A subseção seguinte do Código de Processo Civil descreve como se dão os julgamentos de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Conforme o art. 1036, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento conforme o rito estabelecido nesta subseção.

É a partir das disposições desta subseção que se refere aos recursos extraordinários e especiais repetitivos, seus representativos de controvérsia e recursos afetados para julgamento que surgem os famosos julgamentos por meio de “temas” nos tribunais superiores.

No caso específico de controle difuso de constitucionalidade, a conjugação da previsão constitucional de necessidade de demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade aliada aos dispositivos do código de processo civil que estabeleceram como se dá o processamento do recurso extraordinário cuja repercussão geral é reconhecida e o julgamento dos recursos repetitivos cria uma sistemática complexa que mistura institutos de naturezas diversas, mas que tem em comum apenas o desejo na redução do número de processos a serem julgados pelo Supremo.

Com efeito, a justificativa de todos esses institutos se encontra na ideia de redução do número de processos e racionalização dos recursos dentro do Supremo Tribunal Federal. Conforme assinala Lenio Streck, o instituto da repercussão geral

deita suas raízes na jurisprudência defensiva e na arguição de relevância que já existiam dentro do nosso sistema de jurisdição constitucional em momentos anteriores.¹⁵²

A ideia de jurisprudência defensiva surgiu inicialmente na esteira da previsão do art. 101, III, a a d, da Constituição de 1946, referente ao recurso extraordinário e no art. 119, III, a a d da Constituição de 1967, introduzido pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969, compreendendo mecanismos jurisprudenciais criados com o objetivo de diminuir a quantidade de recursos extraordinários submetidos à análise do Supremo.¹⁵³ Após este surgimento inicial, a ideia de jurisprudência defensiva se sedimentou dentro dos tribunais superiores como um modo de proceder.

Com efeito, a expressão "jurisprudência defensiva" refere-se a uma postura caracterizada por um rigor excessivo na análise dos requisitos necessários para a admissibilidade de recursos. Com frequência, esse rigor ultrapassa o que seria considerado razoável. O termo se justifica pela ideia de que essas teses, embora frequentemente absurdas, funcionam como uma "defesa" das Cortes diante do elevado volume de recursos, que poderia comprometer seu funcionamento ou reduzi-las a uma "terceira instância" recursal.¹⁵⁴

Por sua vez a arguição de relevância encontra inspiração no *Judiciary Act* de 1925 que concedeu à Suprema Corte dos Estados Unidos ampla discricionariedade na concessão *writ of certiorari*,¹⁵⁵ possibilitando à Suprema Corte escolher quais processos consideraria que seriam suficientemente relevantes para que fossem apreciados por ela.¹⁵⁶

Conforme Alexandre de Moraes essa maior discricionariedade concedida ao Supremo Tribunal Federal para julgamento de recursos extraordinários guarda semelhança com mecanismos de direito comparado que buscam garantir maior seletividade nos julgamentos de uma Corte Suprema ou Tribunal Constitucional,

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 228.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 228.

¹⁵⁴ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Os recursos no novo CPC e a “Jurisprudência defensiva”**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 381.

¹⁵⁵ Conforme a Regra 14 da Suprema Corte para que o um recurso seja julgado por ela, deve ser expedida uma carta requisitória (*writ of certiorari*) ao tribunal inferior que deverá responder as indagações da Suprema Corte sobre o processo em questão para que o tribunal decida ser irá ou não apreciar o recurso em questão (CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018. p. 3346-347.)

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 228.

devendo esses recursos serem analisados tendo em conta a importância da matéria e a repercussão da decisão no interesse público, vedando que o excesso de demandas impeça que o Supremo Tribunal Federal exerça sua função preponderante que é a de guardião maior da Constituição.¹⁵⁷

Quanto a arguição de relevância existente anteriormente, Barroso assinala que a única semelhança entre os institutos da arguição de relevância e da repercussão geral é o desejo de racionalizar o volume de trabalho dentro do Supremo Tribunal Federal, observado que a arguição de relevância estava restrita a algumas hipóteses do recurso extraordinária e que era uma decisão de natureza política e, não, uma decisão de caráter jurisdicional, sendo a relevância decidida por meio de sessão secreta administrativa e desprovida de fundamentação o que não se coaduna com dicção constitucional atual.¹⁵⁸

No que tange a tentativa de redução de processos e a racionalização de julgamento de recursos extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal é possível afirmar que a introdução da repercussão geral como requisito de admissibilidade recursal foi um sucesso. Apenas nos primeiros anos de vigência, entre os anos de 2007 e 2009, houve uma redução de 63% no número de novos recursos distribuídos no Supremo.¹⁵⁹ Em relação ao acervo total de processo em tramitação no Supremo, desde a implementação da repercussão geral em 2007 até o ano de 2020, houve uma redução de 80% do acervo de processos em tramitação no Supremo.¹⁶⁰

Portanto, nesse aspecto, indo na esteira daquilo que afirma Lenio Streck, a existência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário é um importante instrumento de garantia de que o Supremo cuide de assuntos de verdadeira relevância e envergadura constitucional, privilegiando à

¹⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1493-1494.

¹⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98.

¹⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em números: aumento de casos suscitados e redução de processos distribuídos**. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/repercussao-geral-em-numeros-aumento-de-casos-suscitados-e-reducao-de-processos-distribuidos/>. Acesso em: 19 dez. 2024.

¹⁶⁰ **Aplicação da Repercussão Geral reflete na diminuição expressiva do acervo no STF**. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/aplicacao-da-repercussao-geral-reflete-na-minimizacao-expressiva-do-acervo-no-stf/>. Acesso em: 19 dez. 2024.

função do tribunal de guardar a Constituição, garantindo a sua coerência e integridade.¹⁶¹

No entanto, muito mais complexa é a questão referente à conversão da repercussão geral como instrumento de julgamento por meio de teses completamente dissociadas de casos concretos. Tal possibilidade surge a partir da dicção do art. 998, parágrafo único,¹⁶² que estabelece a possibilidade da desistência do recurso extraordinário, mas que não impede que seja analisada a questão cuja repercussão geral tenha sido reconhecida.

Para muitos doutrinadores que são entusiastas das teses precedentalistas, essa é uma das evidências que dão conta de que os tribunais superiores foram convertidos em cortes de precedentes.¹⁶³

Conforme assinala Alexandre de Freitas Câmara, o suposto “sistema de precedentes brasileiro”, que fora pensado no CPC de 2015, é construído para que haja uniformidade de decisões em causas idênticas, sobretudo no que diz respeito às chamadas demandas repetitivas; prescrevendo a legislação processual que a jurisprudência dos tribunais deve ser estável, íntegra e coerente, na forma do art. 926.¹⁶⁴

No mesmo sentido, assinalam Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, que em sua visão entendem que o CPC de 2015 foi responsável por concluir a trajetória que havia sido iniciada ainda na vigência do CPC de 1973 na busca da criação de um “sistema de precedentes” no direito processual brasileiro.¹⁶⁵

Acerca deste sistema de precedentes presente no CPC de 2015, os autores afirmam que:

Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 241.

¹⁶² Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

¹⁶³ Nesse sentido, por todos ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 428-429.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **REVISTA DA AGU**. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854> Acesso em: 11/12/2024.

pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau. [...]

O art. 988 do novo Código previu, por sua vez, a possibilidade de utilização da reclamação para cassar decisões divergentes de todos os entendimentos e precedentes indicados como obrigatórios pelo art. 927, ressalvados apenas as hipóteses de descumprimento de súmulas simples e de orientações firmadas pelo pleno e pelos órgãos especiais dos tribunais.¹⁶⁶

Todavia, ainda que sejam feitas essas considerações acerca da existência de um suposto “sistema de precedentes” no direito brasileiro, nos filiamos ao entendimento adotado por Streck que assinala a existência de incompatibilidades institucionais e problemas filosóficos neste suposto “sistema de precedentes” brasileiro, pois este não pode ser compreendido efetivamente como um *precedente*, no sentido da tradição da *common law*, nem como um “sistema de precedentes” próprio do Brasil¹⁶⁷¹⁶⁸.

Por final, cumpre destacar que o aspecto mais controverso trazido pela Emenda Constitucional n. 45, e que despertou os maiores debates à época, foi a possibilidade de edição de Súmula Vinculante. Este instituto foi trazido ao nosso ordenamento jurídico visando justamente solucionar o problema, anteriormente mencionado, de falta de eficácia das decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, de sorte que a Súmula Vinculante foi tomada como instrumento capaz de corrigir esta deficiência.

No entanto, conforme afirma Elival da Silva Ramos, a criação da Súmula Vinculante acabou dando ao STF verdadeiro poder normativo, uma vez que a sua edição se afigura mais como um ato de pura criação do Direito, substituindo,

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **REVISTA DA AGU**. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854> Acesso em: 11/12/2022.

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 583.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Precentes judiciais e hermêneutica** — Salvador: Editora JuspPodium, 2018, *passim*.

portanto, o legislador, do que de aplicação do Direito propriamente dito, por parte do Poder Judiciário.¹⁶⁹

De outra parte, Mauricio Martins Reis aponta esta tese de equiparação entre Súmula Vinculante e poder normativo como controversa, referindo que a simples existência de Súmula Vinculante não afasta a esfera hermenêutica na aplicação do direito, assinalando:

É equivocado concluir em caráter incondicional pela nota da subsunção o direito judicial tributário dos precedentes obrigatórios, tampouco no formato preconizado pela doutrina de Didier [...]. Mais uma vez repita-se a obligatoriedade de se fundamentar a pertinência da súmula vinculante ao caso concreto. Conquanto se cogite de aplicação de ofício pelo juízo sem maiores considerações de ordem argumentativa, por entender incidente o teor da súmula ao caso concreto, à parte prejudicada não será cerceado o direito de manifestar as suas razões de inconformidade, seja para demandar fundamentos de uma eventual decisão carente de justificativa, seja para comprovar tratar-se de situação específica de *distinguishing* ou *overruling*. As súmulas vinculantes não consistem em brevíários de casos fáceis [...], porém possuem um nível de especificidade aplicativa derivada de sua natureza jurisprudencial, onde previamente já ocorreu, no contexto da *applicatio*, a concretização da resposta constitucionalmente adequada enquanto critério de posterior vinculação para casos análogos. Daí porque os respectivos termos haverão de ser determinados para o fim de se aclarar a tese normativa prevalente, cuja eventual incompetência comunicativa para efeito de se distinguir o marco jurídico determinante naquele precedente poderá ser contornada mediante a análise dos motivos determinantes (contexto decisório) contidos nos correspondentes acórdãos configuradores.¹⁷⁰

Com efeito, essas questões relativas aos julgamentos efetuados por meio de teses, a possibilidade de edição de sumulas vinculantes constituindo verdadeiras normas gerais e todas as demais questões atinentes ao protagonismo judicial do Supremo Tribunal Federal, se encontram diretamente ligadas com a crise sistemática que o Brasil está vivenciando atualmente.

Assim, observado que esta primeira seção tinha por objetivo apresentar as fundações sobre as quais o atual modelo de jurisdição constitucional brasileiro foi construído — sem deixar de fazer os devidos apontamentos críticos necessários — passaremos, a partir de agora, a tratar de quais podem ser apontados como os principais problemas enfrentados pela jurisdição constitucional brasileira contemporânea.

¹⁶⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 309-312.

¹⁷⁰ REIS, Mauricio M. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o "bode expiatório" de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo** - vol. 220/2013 | p. 207 - 228 - Jun / 2013.

Seção II: Destruição

4 A CONSTRUÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: QUESTÕES CRÍTICAS QUE IMPULSIONARAM A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Uma vez feita esta “construção” histórica sobre a qual se assentou a tradição da jurisdição constitucional brasileira; neste momento subsequente faz-se necessário investigar quais são os principais problemas enfrentados tanto por aqueles que diariamente lidam com os desafios nas cortes de justiça, quanto pela doutrina, que frequentemente acaba corroída e submetida a realidade prática dos tribunais.

Alguns problemas identificáveis já foram percebidos ao longo do percurso de análise dos fenômenos que moldaram esse singular modelo de jurisdição constitucional brasileiro. Esses problemas estão diretamente relacionados à formação desse modelo e à importação de institutos de diferentes tradições jurídicas, sem a devida consideração à historicidade e ao contexto específico do sistema jurídico brasileiro.

Assim, se na primeira seção deste trabalho exploramos a construção da moldura atual da jurisdição constitucional brasileira, nesta segunda seção, o foco recai sobre sua “destruição”. Ainda que essa terminologia seja utilizada de maneira figurativa — visto que a jurisdição constitucional permanece em vigor no Brasil —, o objetivo aqui é investigar as transformações ocorridas ao longo dos últimos 36 anos. Essas mudanças não se limitam a reformas constitucionais e legislativas, mas envolvem também uma conjuntura de fatores internos e externos ao Direito que afetam diretamente seu funcionamento.

Para que isso seja possível, queremos trazer o conceito de hipertrofia judicial para o centro do debate. Para tanto, nos apropriamos de um conceito oriundo da biologia como meio de realizar uma analogia entre o funcionamento do corpo humano e o funcionamento do sistema jurídico.¹⁷¹

¹⁷¹ Vale dizer que, apesar da inspiração Luhmanniana dessa apropriação de um conceito da biologia para análise do Direito — fruto do contato com a obra do autor através da disciplina de Sistemas Sociais e Direito, ministrada pelo Professor Dr. Leonel Severo Rocha no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS — a adoção desta ideia começa e termina neste ponto: inspiração. Este trabalho se encontra ancorado na CHD e, assim, como faz Lenio Streck, tenta

No campo da biologia, a hipertrofia refere-se ao crescimento anormal ou exagerado de um órgão ou tecido, acarretando o seu aumento de volume.¹⁷² A hipertrofia de um órgão acontece apenas quando este encontra condições favoráveis para sua expansão, ou seja, quando são fornecidos os insumos necessários para que este possa crescer, não obstante fatores genéticos que influenciam diretamente na possibilidade de quanto um tecido pode crescer.

A hipertrofia muscular é um dos exemplos mais comuns e desejados de hipertrofia no corpo humano, promovida por meio de uma alimentação adequada aliada a treinamento de força, que favorecem o desenvolvimento dos músculos e a melhora da condição física e da saúde geral. Por outro lado, existem tipos de hipertrofia indesejáveis que podem ocorrer involuntariamente quando certas condições estão presentes, como a hipertrofia cardíaca, um dos principais fatores de risco para graves problemas cardiovasculares, potencialmente letais.¹⁷³

Aplicando essa metáfora ao sistema jurídico, a hipertrofia judicial representa o desenvolvimento excessivo de um órgão do sistema — neste caso, o Poder Judiciário — em detrimento dos demais poderes. No caso desta investigação, não obstante se possa falar que todo o Poder Judiciário aumentou seu “volume” ao longo dos anos de vigência da Constituição Federal, sem dúvida alguma o órgão que ganhou a maior “musculatura” nestes 36 anos foi o Supremo Tribunal Federal.

construir um conceito (ou analogia) para explicar a ideia que está por trás sem com isso incorrer em uma simplificação da linguagem. Nesse sentido: ‘Por vezes se diz “não tenho palavras para dizer o que sinto”. Pois é verdade. A palavra é condição de possibilidade para dizer as coisas do mundo. [...] Como nomeamos? Temos as palavras? Por vezes temos de construir novas e até mesmo criar conceitos para que as coisas melhor lhes caibam.’ (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 13)

¹⁷² PORTO EDITORA. **hipertrofia no Dicionário infopédia da Língua Portuguesa** [em linha]. Porto: Porto Editora. [consult. 2024-12-20 04:10:36]. Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/hipertrofia>

¹⁷³ ‘A hipertrofia cardíaca é, na maioria dos casos, um processo adaptativo do miocárdio a sobrecargas hemodinâmicas crônicas e, paradoxalmente, constitui-se em fator de risco de morbimortalidade cardiovascular. Basicamente a hipertrofia cardíaca decorre do aumento das dimensões dos cardiomiócitos, no entanto, proliferação de tecido conjuntivo intersticial também é observada, dependendo da intensidade do processo hipertrófico. O crescimento hipertrófico dos cardiomiócitos decorre de aumento quantitativo das proteínas estruturais e contráteis, mas durante o estabelecimento da hipertrofia são também re-expressos genes característicos da vida fetal como algumas isoformas de proteínas contráteis, o fator natriurético atrial e a enzima conversora da angiotensina I, o que confere características fenotípicas de imaturidade à célula hipertrófica. Múltiplos mecanismos podem contribuir para o desenvolvimento da hipertrofia, mas sua estreita relação com a carga hemodinâmica imposta ao coração indica a predominância de fatores mecânicos, como tensão e deformação, como os principais estímulos para o desenvolvimento e a manutenção da hipertrofia dos cardiomiócitos’. (FRANCHINI, K. **Hipertrofia cardíaca**: mecanismos moleculares. [s.l: s.n.]. Disponível em: <http://departamentos.cardiol.br/dha/revista/8-1/014.pdf.>)

Com efeito, nossa Constituição Federal pode ser classificada como rígida, pois sua alteração exige um processo legislativo específico e mais complexo para sua modificação, e analítica, já que busca detalhar de forma clara os direitos que contempla.¹⁷⁴ Essa rigidez constitucional demonstra uma postura de cautela dos constituintes originários em relação aos legisladores infraconstitucionais futuros, com o objetivo de proteger as conquistas e demandas asseguradas na Constituição contra possíveis tentativas de supressão ou enfraquecimento por parte dos poderes constituídos subsequentes.¹⁷⁵

Essas decisões tomadas pelos constituintes originários visavam uma proteção especial da integridade da Constituição para que ela não viesse a ser facilmente modificada, posteriormente, por maioria ocasionais.¹⁷⁶

Embora o constituinte originário tenha construído retrancas visando a proteção na Constituição para evitar investidas do Poder Executivo e do Poder Legislativo sobre os direitos nela consagrados, também delegou a um terceiro poder — não eleito democraticamente — a função de salvaguardar esses direitos. Dessa forma, fica evidente a aposta no protagonismo judicial como instrumento para garantir a efetividade das diversas dimensões dos direitos fundamentais.

A existência de um extenso catálogo de direitos fundamentais, juntamente com amplos meios de tutela judicial, reflete essa escolha deliberada do legislador constituinte em favor do Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, especialmente o Executivo. Tal opção é característica de países que emergem de períodos autoritários, como o Brasil em 1988, onde persiste uma natural desconfiança nas instituições políticas tradicionais.

Ao nos referirmos ao protagonismo judicial este pode ser compreendido como a atuação do Poder Judiciário em um viés estatal e da atuação de seus membros

¹⁷⁴ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *in* MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** — 8 ed. rev. e atual. — São Paulo : Saraiva, 2013. p. 290.

¹⁷⁵ Conforme Alexandre de Moraes, a Constituição Federal pode ser apontada como super-rígida ‘uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável’ (CF, art. 60, § 4.º - cláusulas pétreas”). (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. p. 32.)

¹⁷⁶ O cenário contemporâneo demonstra que, talvez, nem mesmo esse procedimento diferenciado e rígido tenha sido suficiente para evitar a degradação do texto constitucional pela atuação de maioria ocasionais no legislativo. Atualmente já são 134 emendas constitucionais aprovadas pelo Congresso. A necessidade de aprovação de emendas em dois turnos em diferentes sessões, por exemplo, se transformou em uma grande pantomima, já que as sessões e votações são realizadas sucessivamente, em uma questão de minutos, como se fossem diferentes. Não há dúvidas de que quando o legislador construiu essa previsão não era esse o objetivo, mas sim que houvesse uma reflexão maior sobre modificações na Constituição houvesse tempo de reflexão sobre o que estava sendo modificado.

ocasionalmente desviada de seu papel institucional.¹⁷⁷ Da mesma forma, na esteira da Crítica Hermenêutica do Direito, o protagonismo judicial pode ser subdividido em duas categorias: judicialização da política e ativismo judicial.¹⁷⁸

Essa diferenciação entre estas duas facetas do protagonismo judicial é uma questão ainda pouco analisada no Brasil, sendo a Crítica Hermenêutica do Direito pioneira neste sentido. De fato, enquanto a judicialização da política é elemento contingencial da Democracia, o ativismo judicial pode ser caracterizado como um dos predadores internos do Direito - que juntamente com os predadores externos - são tratados pela CHD como elementos capazes de abalar a autonomia que deve ser intrínseca ao Direito.

Para Streck o Direito possui uma autonomia intrínseca a ele; sendo que esta autonomia é tendente a ser abalada por dois tipos de predadores: Os predadores internos (pamprincipiologismo,¹⁷⁹ poder discricionário dos juízes, o livre convencimento, a livre apreciação da prova, o uso precário da jurisdição constitucional etc.) e os predadores externos (política, moral e economia).

Nesse sentido, vale citar textualmente:

Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída — e esse perigo ronda a democracia a todo tempo — exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’ (alguém tem dúvida de que essa

¹⁷⁷ NEVES, Isadora F. **As três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito:** a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Tese de Doutorado. [s.l.] UNISINOS, 2022. p. 36.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47.

¹⁷⁹ ‘Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto das teorias axiologistas que redundam naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que o formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição Brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que - a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais — haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Como bem acentua Otavio Rodrigues Júnior (2011, pp. 43 e segs.), no âmbito do Direito Civil essa proliferação de princípios vem comprometendo a sua força normativa. Essa problemática se estende aos demais ramos e às disciplinas jurídicas’. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 254.)

questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil? ¹⁸⁰

Essa questão relativa aos predadores do Direito é fundamental para o desenvolvimento desta seção pois dialoga diretamente com aqueles que podem ser apontados como alguns dos responsáveis por esse processo de desconstrução da jurisdição constitucional brasileira seja pela via exógena (predadores externos) ou endógena (predadores internos).

Portanto, conforme podemos observar, em sua gênese — palavra que possui o mesmo radical formador da palavra genética — a Constituição Federal de 1988 já apresentava condições que favoreciam um crescimento do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes da República.

Todavia, para que seja possível a ocorrência de hipertrofia judicial, além das condições “genéticas”, há necessidade de que sejam fornecidos insumos capazes de atuar na construção desses tecidos.

Se no corpo humano para que possam ser construídas fibras musculares há a necessidade de estímulo físico para criação de microlesões que sinalizam a necessidade de reparação e reconstrução da fibra muscular, isso não é possível sem que seja feito o fornecimento adequado de alimentos que possibilitem a síntese proteica adequada. Ou seja, a síntese de proteínas é o combustível que alimenta a hipertrofia muscular.

Por sua vez, quando falamos da hipertrofia judicial, entendemos que os elementos que serão abordados a seguir são os quais fornecem as condições para essa densificação do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes. Sendo que o combustível que alimenta esta hipertrofia é o Realismo Jurídico que vem triunfando no Brasil, como veremos a seguir.

4.1 O Realismo Jurídico brasileiro

Quando na primeira parte deste estudo falamos da necessidade de uma adequada Teoria do Direito para que seja possível tratar dos fenômenos que aqui estão sendo enfrentados, isso se dá pela necessidade de romper com o senso comum teórico que se instalou no Brasil acerca do que é Direito.

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 370.

Conforme aponta Streck, é possível afirmar que o Realismo Jurídico é a teoria dominante no país, seja de maneira explícita ou implícita. Para que seja possível verificar tal afirmação, basta que se observe a prática jurídica nos tribunais brasileiros e o papel que parcela da doutrina contemporânea vem exercendo ao se limitar a comentar decisões oriundas dos tribunais.¹⁸¹

Embora se trate de questão premente no Brasil, poucos estudiosos tem se debruçado sobre o tema e suas implicações. Aqui, mais uma vez, a CHD surge como um farol ao iluminar o assunto, trazendo para o centro do debate o problema da adoção de uma concepção realista de Direito e as implicações da adoção dessa concepção para a degradação do Estado Democrático de Direito.

Retornando à formulação do questionamento feito no tópico 2.1 deste estudo, quando feita a pergunta (conforme a tradição heideggeriana): “O que é isto — o Direito?”, muitas tentativas de respostas já foram formuladas pelos teóricos do direito ao longo dos séculos.

Primeiramente pelos jusnaturalistas clássicos, que buscavam na ideia de existência de critérios normativos que antecedem as escolhas humanas a justificativa para o Direito.¹⁸² Posteriormente, vieram os primeiros juspositivistas que em sua tentativa de máxima racionalização do fenômeno jurídico, buscaram romper com esta definição de pré-existência do Direito e reconhecê-lo como um fato social: O Direito é posto pela mão humana. Esta definição encontra lastro na máxima “*autorictas non verictas facit legem*” de Thomas Hobbes, apontado por Gilberto Morbach como precursor do positivismo jurídico.¹⁸³ A partir destes dois grupos muitas tentativas de respostas a esta indagação fundamental foram formuladas, posteriormente.¹⁸⁴

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise:** ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024. p. 297.

¹⁸² FINNIS, John. **Natural law and natural rights.** Oxford ; New York: Oxford University Press, 2011. p. 91.

¹⁸³ MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron.** 2 e.d — São Paulo: Editora Juspodim, 2021, *passim*

¹⁸⁴ Tendo em vista o objetivo deste trabalho, aqui não irá se esmiuçar todas as discussões e debates que surgiram a partir do século XX sobre os diversos positivismos, seja ele o positivismo normativista kelseniano ou positivismo soft de H. L. A. Hart, o posterior “ataque geral” promovido ao positivismo por Ronald Dworkin, que acabou gerando novos desdobramentos de positivismos com relação à moral, com cisão entre um positivismo jurídico inclusivo e outro exclusivo. Muito menos nos debruçaremos sobre os desenvolvimentos jusnaturalistas contemporâneos. Este é, efetivamente, o trabalho de outras teses. Para fins de esclarecimentos sobre o tema ver os verbetes “Positivismo Jurídico” e “Jusnaturalismo” em: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do

Além destas duas correntes mais tradicionais que debatem entre si há séculos, há ainda uma parcela para qual o Direito é mero instrumento ou ferramenta que serve a outros interesses.¹⁸⁵ São as chamadas perspectivas céticas do Direito, para as quais este não possui valor próprio ou autonomia frente aos predadores exógenos do Direito: moral, política e economia.

Dentre estas perspectivas céticas do Direito, podemos citar como exemplos, as teorias marxistas do Direito — com destaque para a obra de Evgeni Pachukanis¹⁸⁶ — os *critical legal studies* — surgidos no Estados Unidos da América na década de 1970 — e, ainda a escola da “Análise Econômica do Direito”, inaugurada por Ronald Coase.¹⁸⁷

É neste grupo de perspectivas céticas do Direito que o Realismo Jurídico se encontra. Para os realistas a resposta ao questionamento sobre o que é Direito pode ser respondida de uma maneira simples (e simplória): Direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é.

Para os céticos, os textos jurídicos também não possuem valor normativo, pois são indeterminados. Portanto, se um texto jurídico é indeterminado, cabe ao intérprete atribuir sentido ao texto. Para estes realistas, como cabe ao Poder Judiciário julgar os casos que lhe são submetidos, seria ele o intérprete “oficial” dos textos legais, sendo que as normas passíveis de serem extraídas daqueles textos são somente aquelas que o Judiciário disser que elas são.

O surgimento do Realismo Jurídico enquanto doutrina pode ser atribuído a duas escolas que embora possuam intersecções, — naquilo que diz respeito ceticismo em relação às regras jurídicas e a coerção enquanto elemento fundamental do Direito — se mostram distintas: as escolas do realismo escandinavo e do realismo norte-americano.

O realismo escandinavo nasceu no período compreendido entre 1908 e 1917, a partir da obra do filosofo sueco Axel Hägerström, sendo posteriormente

Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020.

¹⁸⁵ Aqui não usamos a terminologia “terceira via” pois entendemos que há muitas supostas “terceiras vias” sobre o que é Direito. Portanto, colocamos esta como uma das muitas contraposições as perspectivas que clássicas que contrapõe as correntes jusnaturalistas e juspositivistas (de todos os tipos).

¹⁸⁶ Ver: PACHUKANIS, Evgeni. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

¹⁸⁷ Ver: COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão da tradução: Francisco Niclós Negrão; 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária/GEN, Coleção Paulo Bonavides, 2022.

desenvolvido por pensadores como Karl Olivecrona, Anders Vilhelm Lundstedt e Alf Ross. Essa corrente realista compartilha algumas semelhanças com sua versão norte-americana, mas se distingue pelo foco maior na pesquisa teórica e na busca por compreender o Direito a partir de uma perspectiva baseada na experiência e alheia a metafísica. Os realistas escandinavos rejeitavam interpretações metafísicas e abstratas do direito, concentrando-se em sua existência enquanto fenômeno social.¹⁸⁸

Alf Ross, um dos principais expoentes do realismo jurídico escandinavo, criticava de forma veemente o emprego de conceitos metafísicos no Direito. Para Ross, o Direito deveria ser entendido como um conjunto de fatos sociais compreendidos a partir da experiência, apartado de primados apriorísticos, morais, racionais e ideológicos.¹⁸⁹ Ele defendia que a descrição do Direito deveria se basear exclusivamente em elementos empíricos e verificáveis, reforçando a ideia de que o direito pertence ao mundo fático e concreto, e não ao campo das abstrações filosóficas.¹⁹⁰ No entanto, Ross entendia que o Direito é um conjunto de prescrições que provavelmente os juízes terão em consideração como fundamento de suas decisões, o que o afasta do nível de ceticismo em relação as regras jurídicas de realistas como Jerome Frank e dos juízes brasileiros.¹⁹¹

Conforme Streck, essa abordagem empírica aproxima o realismo escandinavo do positivismo jurídico — no sentido de que vê o Direito como posto pela mão humana — uma vez que ambos enfatizam a compreensão do direito como um fato social concreto.¹⁹² No entanto, o realismo escandinavo se diferencia por seu caráter densamente antimetafísico e por sua recusa em vincular o Direito a primados externos, defendendo que o Direito é construído a partir da prática. Ao enfatizar a importância da observação dos fatos sociais, essa escola de pensamento buscou

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 378.

¹⁸⁹ ROSS, Alf. **Direito e justiça.** São Paulo: Edições Profissionais Ltda, 2000, *passim*.

¹⁹⁰ ROSS, Alf. **Direito e justiça.** São Paulo: Edições Profissionais Ltda, 2000, *passim*.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise:** ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024. p. 299.

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 378.

estabelecer um entendimento do Direito baseado na prática, buscando conferir a ele um caráter científico e empírico.¹⁹³

De plano, podemos apontar que o realismo escandinavo se mostra mais apartado do realismo jurídico vigente no Brasil, estando mais preocupado com ideias de construção de uma teoria científica a partir da prática jurídica, possuindo feição epistemológica¹⁹⁴ — um discurso de segundo nível, ou as condições pelas quais se pode dizer que algo é ou não é — do que com as ideias de construção de um Direito a partir das decisões dos tribunais.

Por sua vez, a escola do realismo norte-americano, surgiu no começo do século XX, capitaneada por John Chipmann Gray, Morris Cohen, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn e, especialmente, Oliver Wendell Holmes Jr.¹⁹⁵

Oliver Wendell Holmes é o responsável pela formulação de algumas das máximas que exprimem o que vem a ser o realismo jurídico nos Estados Unidos da América e sua influência perdurou por décadas dentro do pensamento jurídico norte-americano.¹⁹⁶

Logo na terceira página de sua primeira obra, aptamente intitulada *The Common Law*, Holmes assevera que ‘*a vida do Direito não tem sido lógica; ela tem sido experiência*’ (tradução nossa)¹⁹⁷. Da mesma forma, Holmes em *The Path of Law*, refere que o Direito ‘*nada mais é que as profecias do que as cortes irão fazer, e nada além disso, é o que é que eu entendo por Direito*’ (tradução nossa).¹⁹⁸

Além disso, em *The Path of Law*, Holmes constrói uma analogia referindo que o Direito não passa de um “*homem mau*” (tradução nossa), que opera segundo cálculos práticos de suas ações e suas consequências:

Se você quer conhecer a Direito e nada mais, você deve olhar para ele como um homem mau, que se importa apenas com as consequências

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 378.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise:** ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024. p. 298.

¹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 377.

¹⁹⁶ TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política.** Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016. p. 110.

¹⁹⁷ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The common law.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2009. p. 3.

¹⁹⁸ HOLMES JR, Oliver Wendell. **The path of the law.** [s.l.] Floating Press, 2009. p. 9.

materiais cujo conhecimento o capacita a prever, não como um homem bom, que encontra suas razões para conduta, seja dentro da lei ou fora dela, nas vagas sanções da consciência. A importância teórica da distinção é somente essa, se você raciocinar corretamente sobre o assunto. (tradução nossa).¹⁹⁹

De fato, a concepção de Direito esposada por Holmes se mostra até certo ponto cínica, ultrapassando o mero ceticismo quanto as regras jurídicas. Todavia, necessário se faz contextualizar o momento histórico em que Holmes estava inserido e quais razões o levaram a formular essas proposições.

Conforme Tassinari, quando Holmes produziu suas obras, o debate jurídico nos Estados Unidos estava focado no movimento codificador, surgido XIX, especialmente após 1820, com a edição de diversos códigos e legislações pelo país. Assim, um confronto se instaurou entre este movimento codificador e a tradição da *common law*, redundando em uma ampla discussão sobre os poderes dos juízes. Visando à preservação da tradição anglo-saxã e a conciliação dos códigos com os pressupostos do direito norte-americano, os defensores mais ortodoxos da *common law* sustentavam que o papel dos juízes era meramente declaratório²⁰⁰

Nesse contexto, para reafirmar os primados da *common law* frente à tendência codificadora, tornou-se fundamental demonstrar, muitas vezes de maneira radical, que os juízes não criavam leis e que o raciocínio próprio da *common law* era distinto do raciocínio político. Isso implicava reforçar a ideia de que a adjudicação de sentido na *common law* possuía um caráter objetivo, apolítico e científico.²⁰¹

Foi justamente dentro desse cenário de forte tendência conceitualista, permeado pelo esforço de juristas e magistrados em construir conceitos que serviriam como base lógica para deduzir regras e doutrinas jurídicas que *The Common Law* foi escrito como tentativa de combate de Holmes a essa visão conceitualista do *common law*.²⁰²

Ademais, durante a sua exposição em *The Common Law*, Holmes também busca um rompimento com as noções oriundas do *common law* clássico britânico,

¹⁹⁹ HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of the law*. [s.l.] Floating Press, 2009. p. 7.

²⁰⁰ TASSINARI, Clarissa. *A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política*. Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016. p. 108.

²⁰¹ TASSINARI, Clarissa. *A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política*. Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016. p. 108.

²⁰² TASSINARI, Clarissa. *A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política*. Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016. p. 108.

referindo as suas contradições e asseverando que estas não encontravam pertinência para os norte-americanos.²⁰³ Posteriormente, em *The Path of Law*, Holmes elabora essa necessidade de ruptura entre o *common law* norte-americano e o *common law* britânico, asseverando:

É revoltante não ter uma razão melhor para seguir uma regra de Direito do que o fato de que ela foi estabelecida na época de Henrique IV. É ainda mais revoltante se os fundamentos sobre os quais ela foi estabelecida desapareceram há muito tempo, e a regra simplesmente persiste por imitação cega do passado. (tradução nossa).²⁰⁴

Assim, conforme aponta Tassinari, em *The Path of the Law*, de onde advém a máxima que “o direito é aquilo que os tribunais dizem que ele é”, Holmes pretende a ruptura com a ideia de que o *common law* é um conjunto de soluções específicas para questões jurídicas determinadas. Para atingir seu objetivo Holmes adota a estratégia de assumir o fracasso na distinção entre Direito e Política, buscando romper com toda a estrutura de pensamento ainda vinculada a um formalismo, influenciado pelo positivismo jurídico continental,²⁰⁵ afirmando que ‘[...] a principal mensagem de [...] é que não há base racional para determinar qual, entre duas doutrinas legais contraditórias, pode ser considerada correta.’²⁰⁶

Quanto aos demais, conforme assinala Streck, não obstante diferenças pontuais que possam ser identificadas entre os posicionamentos dos autores, a escola norte-americana do realismo jurídico pode ser identificada pela adoção das seguintes posições:

- a. mantêm sua atenção nas mudanças e não sobre o caráter estático da realidade jurídica;
- b. afirmam que os juízes exercem uma atividade criativa sobre o Direito;
- c. o Direito é concebido não como fim, mas como meio para alcançar objetivos sociais;
- d. assumem uma atitude científica direcionada à observação dos fatos sociais;
- e. em sua concepção, o conjunto de regras jurídicas não se coloca como o principal objeto de análise pela Ciência do Direito;
- f. criticam os conceitos jurídicos tradicionais e as normas entendidas

²⁰³ HOLMES JR, Oliver Wendell. *The common law*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2009, *passim*.

²⁰⁴ HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of the law*. [s.l.] Floating Press, 2009. p. 25.

²⁰⁵ TASSINARI, Clarissa. *A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política*. Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016. p. 108.

²⁰⁶ HOLMES JR, Oliver Wendell. *The path of the law*. [s.l.] Floating Press, 2009. p. 25.

em sentido tradicional, e advogam que essas últimas nada mais seriam que “profecias” a indicar o que os tribunais provavelmente irão fazer.²⁰⁷

A partir dessas premissas que unem os realistas norte-americanos, Streck defende que no Brasil se instalou algo chamado “*realismo retrô*”,²⁰⁸ um tipo de realismo ancorado nestes antigos postulados da escola realista norte-americana, mas que são apresentados pela dogmática jurídica brasileira como se fossem algo moderno, destinado a suplantar os problemas e déficits próprios do Direito brasileiro.

Nesse sentido, esse “*realismo retrô*” busca depositar na decisão jurídica a validade do Direito. Ou seja, um direito só passa a existir uma vez que ele é afirmado por meio de uma decisão jurídica. Isso significa dizer que mais que simplesmente retornar à ideia de que o direito posto é uma “profecia” a ser realizada pelo Judiciário, isso desloca inteiramente o polo de tensão do Legislativo para o Judiciário, com a criação judicial do Direito por meio de juízes e tribunais, o que redunda naquilo que Streck denomina de “*jurisprudencialização do direito*”.²⁰⁹

Se o Realismo Jurídico se estabeleceu como teoria do dominante para explicar o Direito no Brasil, conforme afirma Streck, muito disso se deve à atuação dos tribunais superiores que se valem dessa concepção realista como ferramenta de autoridade, afinal ao serem colocados como intérpretes máximos da legislação federal, no caso do Superior Tribunal de Justiça, e da própria Constituição, no caso do Supremo Tribunal Federal, não é incomum que os tribunais reescrevam o conteúdo das leis — e da própria Constituição — atribuindo o sentido às normas da maneira que entendem serem as mais adequadas.

Nesse sentido, não é surpresa que ministros e ex-ministros do Supremo Tribunal Federal²¹⁰ já tenham citado^{211,212} a celebre frase do *Chief Justice* da

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 377.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum:** mapeando as perplexidades do Direito — São Paulo : Editora Dialética, 2023. p. 199.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise:** ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024. p. 299.

²¹⁰ CERQUEIRA NETO , José Nunes de. **COMO PENSAM OS MINISTROS DO STF?** direito, política e guarda da constituição no pós-1988 . Dissertação de Mestrado—Universidade de Brasília: Brasília, 2016. *Passim*

²¹¹ Nesse sentido: [...] O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. **A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é.** [...]’ (grifo meu) (ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**, vol. 27/153-174, 159-165, 2003.). De igual sorte: “O Judiciário é um poder eminentemente político e se acha investido de uma notável prerrogativa: efetuar o controle da constitucionalidade das leis. **Ele atua como delegado do poder constituinte**

Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos anos 1930, Charles Evans Hughes: ‘*a Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é*’ (tradução nossa)²¹³. Ainda que esta frase tenha sido proferida em um discurso quando Hughes ainda era Governador do Estado de Nova York em 1907²¹⁴ — antes mesmo de tornar *Justice* da Suprema Corte — a mensagem era clara: a Constituição são apenas palavras até que o Judiciário lhes atribua sentido prático.²¹⁵

Todavia, o que se observa é que, na prática essa naturalização do Realismo Jurídico como teoria jurídica dominante no país se manifesta de maneiras perversas, as quais pouco a pouco vão corroendo as fundações sobre as quais o ordenamento jurídico deve estar estabelecido e fulminando a pretensão de coerência e integridade do Direito.

Uma das razões pelas quais isso ocorre é porque o realismo apostava no ativismo judicial — sempre danoso à Democracia porque gestado dentro da vontade do julgador em detrimento da integridade do sistema e da autoridade da Constituição — como solução para os problemas do Direito. Dada a importância específica desta temática dos ativismos judiciais, ela será tratada em subcapítulo apartado em momento posterior.

Com efeito, essa concepção realista do Direito dialoga diretamente com o problema do “*pamprincipiologismo*” anteriormente referido, quando um “princípio” é “criado” pelo julgador para deixar de aplicar uma regra clara; da mesma forma, quando uma teoria estrangeira é importada *ad hoc* pelo julgador para fulminar uma

e reescreve a Constituição. A Constituição passa a significar aquilo que o STF diz que ela é.” (grifo meu) (FOLHA DE S.PAULO. Celso de Mello defende o impeachment de juízes - 19/5/1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/19/brasil/3.html>. Acesso em: 13 jan. 2025).

²¹² Além disso, há referências feitas nesse mesmo sentido em acórdãos diversos pelos ministros Luís Roberto Barroso (JUNIOR, R. B. Sobre a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes conexos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/roberto-beijato-competencia-justica-eleitoral-crimes-conexos/>) e Joaquim Barbosa (STF - AP: 470 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 07/10/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 25-11-2010 PUBLIC 26-11-2010 EMENT VOL-02439-01 PP-00001).

²¹³ UNIVERSITY OF COLUMBIA. **Charles Evans Hughes**. Disponível em: https://c250.columbia.edu/c250_celebrates/remarkable_columbians/charles_hughes.html. Acesso em: 13 jan. 2025.

²¹⁴ FRIEDMAN, Richard. D. Chief Justice Hughes'Letter on Court-Packing. **Journal of Supreme Court History**, v. 22, n. 1, p. 76—86, jul. 1997. p. 78.

²¹⁵ Não por acaso, uma vez nomeado *Associate Justice* da Suprema Corte norte-americana em 1910, Hughes formou grande amizade com Oliver Wendell Holmes Jr, observado que ambos compartilhavam visões jurídicas e de mundo muito similares. Nesse sentido, Hughes escreveu em 1935 na eulogia de Holmes para a SCOTUS: ‘*A coisa mais bela e rara do mundo é uma vida humana completa, imaculada, unificada por um propósito inteligente e uma realização ininterrupta, abençoada por um grande talento empregado nas atividades mais dignas*’. (tradução nossa) (MERLO, J. Pusey, **Charles Evans Hughes**. New York, 1951. p. 667.)

pretensão legitimada no direito legislado. A utilização de “artifícios” como “livre convencimento”, “livre apreciação da prova” e “verdade real”.²¹⁶ Ou, ainda, a subversão de um conceito jurídico — como, por exemplo, “dolo eventual” — para levar um caso a júri popular e aumentar uma chance de condenação, diante de uma inerte dogmática jurídica presa ao criterialismo.²¹⁷

Assim, se a Constituição é apenas um texto sem valor até que lhe seja atribuído sentido pelo intérprete, o que impede que o Supremo diga que onde se lê “nunca” deva ser lido “sempre”. Afinal se a Constituição é o que Supremo diz que ela é, quem poderá dizer que o Supremo está errado?

Diante deste cenário, Streck formula uma cadeia de raciocínio que busca estabelecer quais as implicações dessa teoria realista na Direito:

[...] se (i) direito, no realismo jurídico, é o que o tribunal diz que é, e (ii) o tribunal, momente no último grau da cadeia do sistema de justiça, pode dizer qualquer coisa, então (iii) direito pode ser qualquer coisa.

Desse modo, se (i), (ii) e (iii) forem verdadeiros — como faz crer e ser o realismo —, então, o tribunal “de agora” pode dizer qualquer coisa sobre aquilo que o tribunal “de antes” disse ser o direito. Qualquer coisa pode ser precedente, e qualquer coisa pode ser dita sobre o texto do precedente — que também é texto. E, depois, qualquer coisa pode ser dita sobre o que se disse sobre o texto do precedente.²¹⁸

São precisamente essas razões que levam José Luís Martí a apontar a incompatibilidade do Realismo Jurídico com o liberalismo político e com o próprio Estado Democrático de Direito.²¹⁹

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise**: ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024. p. 300.

²¹⁷ Sobre a dogmática jurídica e o criterialismo: “No plano da dogmática jurídica, os resquícios do positivismo permanecem até entre aqueles que confundem o conceito de positivismo, ignorando o giro ocorrido pós-Herbert Hart. Daí vem o problema do aguilhão semântico: vemos isso acontecer no exemplo do conceito de “flagrante”. Ora, o que é um flagrante em 2022? É o mesmo flagrante de, digamos, 1964? Por que digo que isso é um problema tipicamente positivista? Porque o positivismo — e aqui está o busílis —, ainda que não se saiba (ou se reconheça) positivismo, trata todos os conceitos jurídicos como se fossem criteriais, isto é, como se tivessem seus significados previamente fixados por critérios de convenção semântica.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito — São Paulo : Editora Dialética, 2023. p. 49)

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise**: ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024. p. 301.

²¹⁹ MARTÍ, José Luis. EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA? **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 13 jan. 2025. *Passim*.

Na visão de Martí, o realismo jurídico afronta três primados fundamentais do liberalismo político: a separação dos poderes, a segurança jurídica e os direitos fundamentais individuais.²²⁰

Sob a perspectiva de Martí, o realismo viola a separação de poderes, ao fazer com que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário se confundam, uma vez que os juízes efetivamente criam o direito a partir da interpretação e aplicação de dispositivos normativos. Viola a segurança jurídica, porque a previsibilidade das decisões judiciais resta comprometida, uma vez que a interpretação das normas jurídicas se torna dependente da vontade dos juízes, colocando em xeque qualquer previsibilidade das decisões. E coloca os direitos fundamentais individuais em risco, uma vez que o ceticismo em relação ao Direito permite que os juízes esvaziem o conteúdo de um direito fundamental a partir de sua interpretação pelo Judiciário.²²¹

Em relação à Democracia, Martí assinala que o Realismo Jurídico compromete diretamente a possibilidade de participação dos cidadãos na construção democrática, assinalando que em um Estado onde o Direito é indeterminado, estando submetido à discricionariedade dos juízes, sob qualquer concepção de Democracia — forte ou fraca — a capacidade que os cidadãos tem de influenciarem no ordenamento jurídico é reduzida, uma vez que juízes não são representantes eleitos e não estão submetidos a um processo de *accountability*.²²²

Da mesma forma, sob essa perspectiva ceticista-realista, conforme Martí, há uma flagrante violação à Democracia, porque se as normas jurídicas são criadas a partir da atribuição de sentido ao texto pelo interprete, não há como se falar em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, baseado em um sistema de regras gerais e pré-existentes que vinculam a todos os poderes, sobretudo porque um desses poderes — o Judiciário — cria as regras conforme o “jogo” se desenvolve; ainda, há

²²⁰ MARTÍ, José Luis. EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA? **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 13 jan. 2025. p. 270-275.

²²¹ MARTÍ, José Luis. EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA? **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 13 jan. 2025. p. 275-276.

²²² MARTÍ, José Luis. EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA? **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 13 jan. 2025. p. 277-278.

flagrante violação à igualdade porque as decisões judiciais podem variar conforme a interpretação de diferentes juízes ou tribunais.²²³²²⁴

Por final, vale dizer que o triunfo dessa Realismo Jurídico enquanto teoria jurídica dominante para explicar o Direito no Brasil só é possível pela inércia (ou convivência) dos demais atores jurídicos que permitem (ou se submetem) aos desígnios dos tribunais.

Com efeito, conforme muito bem aponta Streck, a chamada “doutrina que não doutrina” ao invés de apontar os erros dos tribunais, - em especial decisões erradas do Supremo, operando o chamado “Fator Julia Roberts”²²⁵ — suas incongruências e recepções teóricas que estão sendo usadas de maneira errada, preferem se limitar a papel de glosadores de jurisprudência e comentaristas de informativos judiciais.²²⁶

Da mesma forma, quando advogados em suas petições e professores em sala de aula repetem que: “O Supremo já decidiu que isso não é aplicável” ou “Superior Tribunal de Justiça não entende dessa maneira” como forma de interditar o

²²³ MARTÍ, José Luis. EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA? **Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 13 jan. 2025. p. 274.

²²⁴ É aqui que aparecem as teorias *behavioristas* que passam a querer analisar o comportamento dos juízes — indivíduos — em detrimento da sua preocupação com o Direito e as instituições. Nesse sentido, Lee Epstein, Richard Posner e William M. Landes constroem um modelo um modelo “realista” de análise do comportamento dos juízes: ‘usando conceitos da economia do trabalho, ele modela o juiz como um participante em um mercado de trabalho — o mercado de trabalho judicial — e defende o modelo contra objeções legalistas. Explicamos que um juiz concebido como um participante em um mercado de trabalho pode ser entendido como sendo motivado e limitado, como outros trabalhadores são, por custos e benefícios tanto pecuniários quanto não pecuniários, mas principalmente os últimos: custos não pecuniários como esforço, crítica e tensões no local de trabalho, benefícios não pecuniários como lazer, estima, influência, autoexpressão, celebridade (isto é, ser uma figura pública) e oportunidades de nomeação para um tribunal superior; e limitada também por regras e expectativas profissionais e institucionais e por uma “função de produção” — as ferramentas e métodos que o trabalhador usa em seu trabalho e como ele os usa.’ (tradução nossa) (EPSTEIN, L.; LANDES, W. M.; POSNER, R. A. **The behavior of federal judges** : a theoretical and empirical study of rational choice. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2013. p. 24.)

²²⁵ Originado do filme “Dossiê Pelicano” onde a personagem Darby Shaw, interpretada por Julia Roberts, diz: “O Supremo está errado!”. Isso significa ter a coragem de dizer que o Supremo também é capaz de errar. Dizer que o Supremo está errado não é atacar a instituição, mas exercer a crítica própria que deve ser feita pela doutrina. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito — São Paulo : Editora Dialética, 2023. p. 81)

²²⁶ ‘A doutrina que não doutrina é aquela que abre mão de sua própria razão de ser, que é a de construir epistemologicamente, de construir critérios, de explicar aquilo que é e dizer como deve ser. A doutrina que não doutrina é a que aceita o papel de ser mera repetição daquilo que o tribunal diz, que se relega a conceitos criterialistas que não dizem nada e que insiste nos velhos “princípios gerais do Direito”, nos “métodos de interpretação”, enfim, em clichês do senso comum teórico — tudo isso enquanto segue sem enfrentamento o livre convencimento, o pamprincipiologismo, o problema do precedente e sua identificação enquanto precedente, enfim, problemas reais que só uma doutrina séria e responsável seria capaz de resolver. A doutrina que não doutrina empobrece o debate público no Direito’. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito — São Paulo : Editora Dialética, 2023. p. 74)

debate acerca de interpretação das leis pelos demais atores jurídicos, colaboram imensamente para a sedimentação do Realismo Jurídico como teoria dominante sobre o Direito no Brasil.

O que não é percebido é que ao procederem dessa maneira estão atacando a si mesmos: se sob a perspectiva realista, o Direito é o que os tribunais dizem que ele é; portanto são desnecessários advogados, professores e procuradores, bastam juízes. No entanto, o Realismo Jurídico é também autofágico porque se há um tribunal acima que irá definir o que é o Direito, todos os demais tribunais que estão submetidos a ele são dispensáveis.

Portanto, o Realismo Jurídico Brasileiro possui contornos próprios que o afasta daquelas correntes tidas como tradicionalmente realistas e comumente estudadas, a norte-americana e a escandinava. Ademais, esse realismo se apresenta não como uma teoria jurídica adotada conscientemente no sentido de que juízes e juristas se declaram como realistas, mas que essa se manifesta como ideologia.

Nesse ponto vale dizer que esse realismo brasileiro enquanto ideologia pode ser analisado pela perspectiva delineada por Zizek na qual ideologia não é vista somente como um conjunto de ideias, mas como estrutura que molda a realidade e a forma como a percebemos.²²⁷ Portanto, quando falamos em ideologia realista como dominante no Brasil, ela também se manifesta como inevitável — “é assim que as coisas são” — e a sua reprodução é “vendida” como neutra, quando em realidade busca a manutenção do poder nas mãos de alguns poucos e que pretendem se manter longe de qualquer escrutínio popular.

Exatamente por isso a rejeição ao realismo é uma luta pela preservação da institucionalidade e pela valorização do Legislativo e do Executivo enquanto poderes da República, o Poder Judiciário não se basta. Diminuir os demais poderes colabora para uma infantilização da política e ausência *accountability* dos legisladores e gestores em suas tomadas de decisão.²²⁸

Assim, a partir das premissas apresentadas, podemos apontar que o triunfo Realismo Jurídico como teoria dominante para explicar o Direito no Brasil, com a solidificação da ideia de que o Direito se constrói a partir das decisões dos tribunais

²²⁷ ZIZEK, Slavoj. *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, *passim*.

²²⁸ COPELLI, Giancarlo Montagner. *Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito). UNISINOS, São Leopoldo, 2018. p. 185 e seguintes.

e que as leis aprovadas pelo parlamento não passam de “profecias” - que podem ou não a virem a ser realizadas, a depender do julgador — que entendemos serve como o combustível — proteína — que possibilita o desenvolvimento da hipertrofia judicial, alimentando os predadores endógenos do Direito: subjetivismo, decisionismo, ativismo, “pamprincipiologismo”, ponderação *ad hoc*, os quais ainda serão aprofundados a seguir.

4.2 O tensionamento entre o Direito e a Política

Se no subcapítulo anterior falamos do combustível que alimenta a hipertrofia judicial — o Realismo Jurídico enquanto teoria dominante para explicar o Direito no Brasil — essa hipertrofia não seria possível sem a ocorrência de estímulos externos ao Direito que possibilitam que ele seja “lesionado” e reconstruído a partir de condições prévias externas a ele.

Nesse sentido, se a Política é um dos predadores exógenos do Direito, necessário se faz investigar de qual maneira estes dois campos podem se relacionar e quais as implicações do tensionamento existente entre o Direito e a Política — próprio das democracias constitucionais contemporâneas — e como é possível evitar que o Direito venha a ser predado a partir de sua filtragem por pressupostos externos — oriundos da Política — que levam à sua erosão.

Com efeito, é inequívoca a existência de um fundamental relacionamento entre o Direito e a Política. Todavia, se mostra uma tarefa muito mais complicada delimitar a extensão desse vínculo, observada a complexidade das relações que se estabelecem a partir de ambos, tidos como elementos fundamentais na concepção contemporânea no âmbito de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Conforme referido anteriormente, para Streck a política é caracterizada como um dos predadores externos do direito, capaz de abalar a autonomia que deve ser intrínseca ao Direito.²²⁹ No entanto, sob a perspectiva da CHD a judicialização da política é considerada um fenômeno inexorável, sendo este um componente contingencial da Democracia, sob a perspectiva constitucional.²³⁰

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 370.

²³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

Todavia, essa definição própria que aceita a judicialização da política como efeito inexorável e contingencial próprio das democracias contemporâneas só é possível porque a CHD faz uma adequada separação entre judicialização da política e ativismo judicial, conforme será visto em maiores detalhes a seguir.

Em sentido diverso, Barroso opta por construir uma analogia; em uma tentativa de elucidar as diferenças e semelhanças entre as duas figuras, refere que o ativismo judicial e a judicialização da política são “primos”, oriundos da mesma família e que frequentam os mesmos locais, porém não possuem as mesmas origens.²³¹

Conforme Barroso, deve ser observada a existência de uma perspectiva dual na relação entre Direito e Política, segundo a qual haveria uma situação de relativa autonomia entre os dois elementos, porém ambígua, de relação dinâmica em que Direito “é” e “não é” política.²³²

Segundo a perspectiva de Barroso, o Direito é política em face dos seguintes aspectos: a sua criação é fruto da vontade da maioria, manifestada através da Constituição e das leis; a sua aplicação não se encontra dissociada da realidade política e dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e esperanças dos cidadãos; os juízes não são seres desprovidos de memória e desejos, livres do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, por consequência, sua subjetividade normalmente interfere sobre os juízos de valor que formula. Todavia, ao mesmo tempo, o direito não é política, porque ele não pode ser submisso às noções do que é justo e correto aos olhos de quem detém, no momento, o poder.²³³

Em uma crítica à posição de Barroso, Tassinari assinala que este posicionamento se apresenta como contraditório, se mostrando uma tarefa árdua encontrar nele elucidações acerca do papel que a Política ocupa frente ao Direito. Sob esta perspectiva, Tassinari refere que o ponto central do texto de Barroso é elucidar a diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial; todavia, conforme a crítica ora formulada, o autor não se mostra capaz de elucidar a questão. O ponto central que releva a incapacidade de esclarecimento das relações entre ativismo judicial e judicialização sob a perspectiva abordada por Barroso reside

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6.

²³² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6

²³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6.

em que sua definição do Direito como sendo e não sendo política ao mesmo tempo se encontra carregada de uma boa dose de subjetivismo e de indeterminação.²³⁴

Ademais, sob a perspectiva de Barroso a judicialização da política, no Brasil, se encontra assentada em um contexto marcado por três elementos. São eles: a redemocratização do país após o término da ditadura militar; a existência de um constitucionalismo abrangente e a incorporação de um sistema de controle híbrido de constitucionalidade — conforme apresentado na primeira parte deste trabalho — de modo que a judicialização da política, neste contexto, se torna um componente inescapável, oriundo das alterações sofridas no direito pátrio, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.²³⁵

Todavia, definições como estas propostas por Barroso — aqui escolhido como um contraponto teórico privilegiado, dada sua importância enquanto doutrinador e, atualmente, Presidente do Supremo Tribunal Federal — não são capazes de adequadamente fazer a diferenciação necessária entre o ativismo judicial e a judicialização política.

Com efeito, a proposição de Barroso sobre a relação existente entre Direito e Política é precisamente aquela que possibilita que o Direito seja invadido por elementos próprios da Política — sejam eles partidários, ideológicos ou atendimento de demandas de grupos específicos — possibilitando que ocorra essa predação exógena do Direito.

4.3 A Judicialização da Política

Em nossa visão, para a adequada compreensão da relação existente entre Direito e Política — e de que maneira é possível garantir a autonomia do Direito face à tendência de predação externa - é imprescindível definir o que efetivamente é a judicialização da política e como esta tem acontecido no Brasil. Da mesma forma, necessário enfrentar como esse fenômeno da judicialização da política vem sendo equivocadamente tratado por parcela da doutrina como sinônimo de ativismo

²³⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.19.

²³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6.

judicial, quando - não obstante os dois estejam implicados entre si como faces do protagonismo judicial - são fenômenos distintos.²³⁶

Sem dúvida alguma essa diferenciação sobre o que é ativismo judicial e o que é judicialização da política é de extrema importância sob a perspectiva da Teoria do Direito. Sobretudo em face das confusões que são realizadas e da algaravia conceitual que se coloca sobre o tema. De fato, há que se reconhecer que não existem “bons ativismos judiciais” e a Crítica Hermenêutica do Direito fornece o adequado substrato teórico para a adequada diferenciação destes fenômenos que tem sido equivocadamente tratados como se fossem a mesma coisa.²³⁷

Novamente, a CHD se apresenta como uma matriz teórica capaz de dar conta deste tema ao fazer a devida distinção entre os fenômenos em questão apontado porque um deles é inescapável — judicialização da política — e outro deve ser repudiado — ativismo judicial.

Nesse sentido, há muito Streck alerta para a importância da distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, assinalando a negligência de parcela da doutrina que insiste em tratar os dois fenômenos como se fossem a mesma coisa:

[...]É preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extração dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que tomada a partir de critérios não jurídicos.²³⁸

Sob esta perspectiva, o que vem a ser reconhecido como judicialização da política envolve, pelo menos, três elementos fundamentais e o relacionamento complexo estabelecido entre eles, quais sejam: Direito, Política e Judiciário.

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 31.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 31.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. ver. e amp. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 87.

A respeito da relação entre estes três elementos sobre os quais a judicialização da política opera, a própria perspectiva do constitucionalismo demonstra a interligação entre o Direito e a Política.

Essa conexão é igualmente forte tanto na percepção de estruturas normativas e institucionais em um sistema jurídico e político de organização do Estado e proteção de direitos fundamentais, como para quem professa a ideia de uma reflexão teórica acerca da realidade histórica de um Estado visando elucidar os elementos da política, mesmo aqueles que estão ligados à efetivação de limitações ao poder político ou, ainda, de oposição ao governo. Desta forma, o Constitucionalismo Contemporâneo²³⁹ se apresenta como uma fórmula político-normativa buscando à limitação do poder político mediante a autoridade das constituições.²⁴⁰

A judicialização da política pode ser caracterizada como a tutela por parte do Poder Judiciário sobre a vontade do poder soberano exercido pela população por meio do sufrágio universal.²⁴¹ Ademais, este fenômeno de intensificação da judicialização da política não se mostra exclusivo do Brasil, sendo comum às democracias constitucionais contemporâneas. Trata-se, portanto, de um fenômeno de expansão da esfera de atuação do Poder Judiciário no processo decisório das democracias posteriores ao segundo pós-guerra.²⁴²

Essa tomada de ambiente e ampliação da esfera de atuação do papel dos juízes, na visão de Werneck Vianna, Baumann e Martins, não se encontra atrelada a uma busca deliberada de ocupação destes espaços, tipicamente oriundos da política e da regulação societária, pelos próprios juízes, mas decorrem de processos

²³⁹ ‘O constitucionalismo contemporâneo é uma expressão que surge para se contrapor às teses do chamado neoconstitucionalismo, numa perspectiva contrária à metodologia da ponderação e subsunção defendida pelas correntes neoconstitucionalistas. Dessa forma, o constitucionalismo contemporâneo vem buscando por um direito que não aceita discricionariedade e tem como matriz teórica a crítica hermenêutica do direito.’ (STRECK, Lenio Luiz. O que é isto? O Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014. p. 27.)

²⁴⁰ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.17.

²⁴¹ VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 47.

²⁴² XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 119-142, jan-jun 2010.

complexos e duradouros. Tais processos derivam de amplas alterações que afetaram as sociedades do Ocidente, desde a segunda metade do Século XX.²⁴³

Entre eles podemos citar, além daqueles que já foram anteriormente mencionados: a materialização - nos países Norte global - do modelo de Estado de bem-estar social, o chamado *Welfare State*,²⁴⁴ e o prestígio conferido aos direitos fundamentais de segunda dimensão — direitos sociais — caracterizados por serem materializados em prestações positivas por parte do Estado.²⁴⁵

Neste sentido, em caso de insuficiência concreta ou omissão nas prestações positivas passíveis de serem exigidas do Estado, torna-se possível que esta situação seja levada ao Poder Judiciário, que poderá substituir ou complementar a escolha do gestor executivo, democraticamente eleito, pela decisão judicial proferida por um agente do Estado.

Conforme Tassinari, uma das características da passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito reside justamente no deslocamento do polo de tensão do Poder Executivo para o Poder Judiciário.²⁴⁶ Por via de consequência, no caso brasileiro, que vinha de um período de ditadura civil-militar, a entrada em vigor da Constituição de 1988 pode ser identificada como um dos elementos responsáveis pela acentuação do fenômeno da judicialização da política, observado desde então.²⁴⁷

²⁴³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**. vol. 19. n. 2. São Paulo: FFLCH-USP, 2007. p. 39-85.

²⁴⁴ [...] (O) *Welfare State*, com suas ambições de organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre as classes sociais, com suas fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social. A legislação do “capitalismo organizado”, entre tantas outras características singulares, surge com a vocação, por força das contingências específicas que lhe vinham da dimensão econômica, de regular o futuro a partir do tempo presente, contrariamente ao cânon classicamente liberal, orientado, em nome do princípio da certeza jurídica, pelo tempo passado. Com essa marca de origem, a legislação do welfare assume uma natureza aberta, indeterminada e programática na medida em que se expõe à incorporação de aspectos materiais, em oposição à pureza formal do direito na ortodoxia liberal. Tal caráter indeterminado, nas controvérsias sobre a sua interpretação em casos concretos, põe o juiz na situação nova de um legislador implícito, com as naturais repercussões desse seu inédito papel na vida republicana e, particularmente, nas relações entre os Três Poderes'. (VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**. vol. 19. n. 2. São Paulo: FFLCH-USP, 2007. p. 39-85.)

²⁴⁵ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 45.

²⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 20.

²⁴⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 20.

Conforme aponta Streck, a situação hermenêutica instaurada a partir do período posterior à Segunda Guerra Mundial é responsável por proporcionar o fortalecimento da Jurisdição Constitucional no mundo, não apenas em face do caráter hermenêutico conferido ao Direito em uma etapa de afastamento do positivismo jurídico e de superação da filosofia da consciência, mas também em decorrência da força normativa conferida aos textos constitucionais e da operacionalização que se estabelece a partir da inércia no implemento de políticas públicas ou da deficiente normatização legislativa dos direitos previstos nas Constituições.²⁴⁸

Nesse sentido, conforme o autor, são esses os fatores primordiais capazes de explicar a razão da mudança do polo de tensionamento do Poder Executivo e do Poder Legislativo, poderes esses os quais são democraticamente eleitos, para o Poder Judiciário.²⁴⁹

A respeito deste tema, cumpre destacar o papel exercido pelos direitos sociais — de segunda dimensão — no fenômeno da judicialização da política, segundo Ferraz Junior:

Os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também, e sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.²⁵⁰

No tocante à experiência brasileira, conforme anteriormente referido, a Constituição Federal de 1988 pode ser apontada como o grande marco de acentuação do fenômeno da judicialização da política em face do amplo catálogo de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional atrelada à ineficiência dos gestores públicos na respectiva efetivação destes direitos, por meio de políticas públicas.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, *passim*.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97.

²⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, nº 21, 1994. 12-21.

Assim, diante da omissão dos poderes democraticamente eleitos — Executivo e Legislativo - na efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário passou a ser constantemente provocado por via ações judiciais — observado o amplo catálogo de meios de tutela de direitos fundamentais — razão pela qual se observou uma intensificação e incremento da atuação judicial em situações próprias da política, saindo do estado de “*passivismo judicial*”, conforme apontado por Campos.²⁵¹

Diante disto é possível identificar que a problemática que envolve os poderes que os juízes e tribunais passaram a deter sob a égide constitucional contemporânea perpassa inteiramente o tema referente à autonomia política do Judiciário, que exprime a maneira como se articula a relação entre Política e Direito.

Nesse sentido, a experiência brasileira, revela que o Poder Judiciário durante longo período se apresentou de maneira inexpressiva ou como meio de realização de diretrizes traçadas pelos pelo Poder Executivo, em face de uma história marcada pela intensa presença de governos autocráticos. Portanto, frente à Constituição de 1988, a defesa da autonomia do Poder Judiciário, passou a ser vista como um importante passo na construção de uma sociedade democrática.²⁵²

Todavia, conforme assinala Santiso, o Brasil pós-1988 se mostra um caso peculiar, onde o apego a independência e autonomia do Poder Judiciário, tanto dentro de uma perspectiva interna - própria dos membros do judiciário — quanto sob uma perspectiva externa, se apresenta como problemático.²⁵³ Conforme o autor, a falta de *accountability* do Judiciário perante a sociedade e o referido apego demasiado à sua autonomia — que por vezes se apresenta como corporativista - são capazes de transformar o Poder Judiciário em um poder superior a qualquer lei e a própria Constituição.²⁵⁴

²⁵¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal** — Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 240.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; PEREIRA LIMA, Danilo. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 737-758, set./dez. 2013

²⁵³ SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (ed.). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. Frank Class: London. 2004. 172.

²⁵⁴ SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (ed.). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. Frank Class: London. 2004. 172.

Para elaborar sua tese, Santiso aponta que a natureza excessivamente independente do sistema judiciário brasileiro é refletida em nosso sistema de controle de constitucionalidade, asseverando que a adoção de um modelo híbrido e o alargamento de legitimados para propor ações constitucionais, no modelo de controle abstrato, visavam possibilitar que os grupos afetados pela legislação possam questionar tais leis diretamente em face do texto constitucional, visando a proteção de direitos fundamentais. Todavia, conforme a perspectiva deste autor, a carência da possibilidade de fiscalização concreta por parte dos demais juízes e tribunais e a ausência de vinculação necessária às decisões da Suprema Corte refletem um problema de sistema, que acaba por transparecer em excessiva descentralização do sistema judicial.²⁵⁵

Portanto, para Santiso, se o Supremo Tribunal Federal não detém a exclusividade do controle de constitucionalidade, não possui os poderes necessários para reforçar suas decisões e evitar que os juízes de corte inferiores decidam de maneira distinta no âmbito de sua jurisdição constitucional.²⁵⁶ Esta situação, referente ao *judicial review* no Brasil e ao sistema de controle de constitucionalidade adotado se mostra particularmente disfuncional e tendente à politização. Ademais, o fato de a nossa Constituição ser analítica e recheada de detalhes em seu texto contribui sobremaneira para que qualquer disputa possa se tornar um conflito de natureza constitucional, inundando o Supremo Tribunal Federal com processos de menor relevância.²⁵⁷

É nesta perspectiva que Tassinari assinala que a judicialização da política se apresenta como um tema de ordem social. Razão pela qual a existência deste

²⁵⁵ SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (ed.). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. Frank Class: London. 2004. p. 173.

²⁵⁶ A título exemplificativo — e sem juízo de valor sobre correção ou não da tese — pode ser apontada a divergência entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos da Justiça do Trabalho sobre a questão das relações de trabalho no Brasil. ‘A questão de teoricamente, ideologicamente, academicamente, (a Justiça do Trabalho) não concordar, não justifica a insegurança jurídica que vem gerando diversas decisões. O Plenário já decidiu na ADC 48 que a CF não impõe uma única forma de estruturar a produção. O princípio da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdades para eleger suas estratégicas empresariais dentro do marco vigente’. (STF - Rcl: 60347 MG, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 05/12/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-03-2024 PUBLIC 19-03-2024)

²⁵⁷ SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability. In: GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (Ed.). **Democratization and the judiciary**: the accountability functions of courts in new democracies. Frank Class: London. 2004. p. 173.

fenômeno independe da vontade do órgão judicial, sendo ele oriundo de uma combinação de fatores alheios à própria jurisdição, os quais radicam em uma maior e mais ampla consagração de direitos, ineficiência do Estado em sua concretização e o aumento expressivo da litigiosidade, típico das sociedades de massa e devidamente impulsionado pelo nosso modelo de jurisdição constitucional. Assim, para que haja uma diminuição no fenômeno da judicialização, se faz necessário um esforço amplo, envolvendo o comprometimento dos demais poderes constituídos.²⁵⁸

Por sua vez, Giancarlo Copelli, afirma que a aposta no Poder Judiciário como espaço de concretização de direitos e da construção de um Estado de bem-estar social apresenta limites. Tais limites podem ser divididos da seguinte maneira: o primeiro limite diz respeito à crise fiscal-financeira do Estado; o segundo limite se refere a capacidade de fornecer uma resposta técnica suficiente; o terceiro limite assinala a transição da crise filosófica à crise antropológica; e, finalmente, o limite relativo aos déficits de republicanismo existentes no Brasil.²⁵⁹

De fato, a análise da existência desses limites a essa aposta no Poder Judiciário enquanto meio de efetivação de um Estado Social operado por meio de decisões judiciais se mostra mais que acertada. Conforme conclui Copelli, a aposta no Sistema de Justiça, nesse caso, se revela como uma grande aporia. Uma contradição insolúvel.²⁶⁰

Desta forma, se pode dizer que no Brasil o ativismo judicial e a judicialização possuem como elemento em comum a entrada em vigor de um novo texto constitucional onde há a ampla consagração de direitos fundamentais e, em especial de direitos sociais, que exigem prestações positivas por parte do Estado. O seu ponto de divergência reside em que a judicialização da política se encontra atrelada a uma ideia de deficiência na atuação dos demais poderes, o que leva o Poder Judiciário a ocupar um espaço que deveria ser, primordialmente, do Poder Executivo.

Portanto, sob a perspectiva de preservação do Estado Democrático de Direito e garantia da autonomia do Direito frente à Política, há a necessidade de que a

²⁵⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 22.

²⁵⁹ COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil.** Tese (Doutorado em Direito). UNISINOS, São Leopoldo, 2018. p. 185 e seguintes.

²⁶⁰ COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil.** Tese (Doutorado em Direito). UNISINOS, São Leopoldo, 2018. p. 185 e seguintes.

atuação do Judiciário se de tão somente dentro das deficiências dos demais poderes; seja essa deficiência produto de omissão, negligência ou deliberada negativa de efetivação de direitos fundamentais de caráter positivo, por parte do Executivo ou do Legislativo. Assim, nessa atuação contingencial, estaremos diante de um caso de judicialização da política.

4.4 As recepções teóricas equivocadas

Seguindo em nossa avaliação das condições que possibilitam a hipertrofia judicial, já falamos daquilo que compreendemos como o combustível que possibilita essa hipertrofia — a falta de uma Teoria do Direito adequada e o triunfo do Realismo Jurídico enquanto teoria para explicar o que é o Direito no Brasil — e quais os estímulos externos que levam a este fortalecimento do Judiciário - em especial, o tensionamento entre Direito e Política.

Agora, neste momento é necessário novamente nos voltarmos aos predadores endógenos do Direito, aqueles que são gestados dentro do próprio sistema jurídico. Nesse sentido, Streck aponta o problema das recepções teóricas equivocadas realizadas no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, operadas a partir de um incentivo doutrinário desprovido de crítica e que tem como traço unificador a apostila no protagonismo dos juízes para solução de problemas.²⁶¹

Com efeito, a mudança de paradigma operada pela então nova Constituição, a partir de 1988, demandava aportes teóricos capazes de “sustentar” à inédita ordem constitucional, que apresentava diversas inovações sem precedentes em nossa tradição constitucional, com a inclusão de direitos fundamentais de caráter social (segunda dimensão) e transindividuais (terceira dimensão).

Assim, observado que nossa tradição jurídica, até então, se encontrava atrelada predominantemente ao modelo liberal-individualista, voltado ao direito privado e construído a partir de conceitos oriundos das experiências desse ramo na França e na Alemanha, havia um déficit de uma teoria constitucional apropriada a essa nova ordem constitucional.²⁶²

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 285.

Dessa forma, em razão dessas insuficiências teóricas, juristas brasileiros recorreram a teorias estrangeiras com o intuito de preencher as lacunas presentes na nova ordem constitucional instaurada a partir de 1988. No entanto, essas teorias foram adotadas sem a devida análise crítica sobre sua compatibilidade com o contexto nacional. De fato, o elemento comum nessas importações teóricas foi a ênfase no protagonismo judicial.²⁶³

Conforme assinala Streck, foram recepcionados de maneira equivocada no Brasil a Jurisprudência dos Valores, o realismo norte-americano (com ênfase no ativismo judicial), a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, o neoconstitucionalismo, os métodos interpretativos de Savigny.²⁶⁴

Da mesma forma, podemos apontar como recepções teóricas equivocadas, a tese da mutação constitucional e, especialmente, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a doutrina dos precedentes oriunda do *common law*.²⁶⁵

4.4.1 Da jurisprudência dos valores à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy: a ponderação à brasileira

A respeito da jurisprudência dos valores, esta surgiu na Alemanha visando uniformizar o conflito instaurado no momento posterior à Segunda Guerra Mundial com a outorga da Lei Fundamental de Bohn, chancelada pelos aliados em 1949, e a redescoberta dos valores da sociedade alemã, para além do texto escrito da norma fundamental que havia sido imposta naquele momento.²⁶⁶

Diante do delicado contexto em que estava inserida a Alemanha naquela ocasião pós-guerra, o Tribunal Constitucional Alemão, ao interpretar a lei fundamental, buscou através de suas decisões legitimar aquele documento constitucional o qual não havia sido fundado no espírito democrático e na participação do povo alemão, razão pela qual se mostrava necessário, naquele momento, encontrar os valores que orientavam o povo alemão em tempos de crise,

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 285.

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5.ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, *passim*.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 79.

superando as prescrições de um positivismo exegético, então arraigado. Daí que exsurge a concepção de justiça distinta de lei, bem como a referência aos valores como mecanismo de abertura da legislação posta.²⁶⁷

Da jurisprudência dos valores, foi trazida para o Brasil a acepção da Constituição enquanto ordem de valores, calcada em uma atuação judicial que não se encontra restrita aos preceitos legais explicitados, possibilitando que quando a legislação posta for “insuficiente” para a solução do caso concreto — ou de vários casos que tratem do mesmo “tema”, vide os casos de Repercussão Geral — o magistrado possa resolver a questão se utilizando de conceitos indeterminados e cláusulas gerais.²⁶⁸

Essa prerrogativa alça o Poder Judiciário a uma posição privilegiada de poder, observada a sua ampla capacidade de tomada de decisão e determinação sobre questões atinentes à política, convertendo-se daí numa espécie de poder constituinte permanente.²⁶⁹ Despiciendo dizer que, em relação ao Supremo Tribunal Federal, essa prerrogativa ganha uma especial relevância porque detém a palavra final sobre a questão constitucional, razão pela qual Tassinari aponta semelhanças entre a Suprema Corte e a figura de um oráculo, em que se espera por seus pronunciamentos.²⁷⁰

Já em outro momento histórico, buscando trazer racionalidade à jurisprudência dos valores, surge a Teoria da Argumentação Jurídica, formulada por Robert Alexy, que através da sua regra de ponderação (sopesamento), buscou a racionalização da já existente jurisprudência dos valores utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão, que era tida por arbitrária.²⁷¹

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 285-286.

²⁶⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.98.

²⁶⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.98.

²⁷⁰ Nesse sentido: [...] É justamente por isso que, sob algumas condições (e não sempre), o STF acaba sendo aproximando da figura do oráculo: quando a sociedade passa a esperar que o Tribunal apresente a palavra final sobre certas controvérsias, usualmente sobre temas sensíveis (que geram polêmica e causam incômodos, divergências), sem conseguir prever o resultado disso, mas acreditando, acriticamente (dispensando qualquer exercício reflexivo), que será feito o que for mais adequado, pois é ele o intérprete autorizado'. (TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016. p. 119.)

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 285.

Foi por meio da leitura feita por Alexy, e de sua Teoria da Argumentação Jurídica, que a jurisprudência dos valores foi recepcionada no Brasil, adotando-se a distinção estrutural entre regras e princípios e a aplicação da regra da ponderação (sopesamento) para a solução de casos de “colisão” de princípios. Ademais, vem sendo adotada em solo brasileiro o pensamento de Alexy no tocante ao entendimento de princípios enquanto mandados de otimização,²⁷² com a adoção dessa espécie de normas como critérios interpretativos a serem utilizados, em caso de insuficiência das regras.²⁷³

Todavia, não obstante a sua ampla aceitação em solo brasileiro pela doutrina e pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal,²⁷⁴ tal recepção não foi feita com a devida reflexão crítica, conforme aponta Streck, diante das profundas diferenças estruturais existentes entre Brasil e Alemanha²⁷⁵.

De igual sorte, ao recepcionar a jurisprudência dos valores e a Teoria da Argumentação Jurídica, alguns conceitos, como por exemplo a regra de ponderação

²⁷² ‘Princípios contem, pelo contrário, um dever ideia. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente as possibilidades fáticas e jurídicas’. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. tradução/organização Luiz Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 37.)

²⁷³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 98.

²⁷⁴ Nesse sentido: [...] A legitimidade constitucional de toda intervenção do Estado sobre a esfera jurídica do particular está condicionada à existência de uma finalidade lícita que a motiva, bem como ao respeito ao postulado da proporcionalidade, cujo fundamento deita raízes na própria noção de princípios jurídicos como mandamentos de otimização [grifo meu] (STF - ADI: 4923 DF 9954962-46.2013.1.00.0000, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/04/2018); De igual sorte: [...] Após longo tempo de reflexão, entremeado pela edição de verbete mais restritivo (Súmula 256), a jurisprudência estabeleceu um novo princípio, um mandamento de otimização a partir do qual se regraria a tolerância à intermediação de mão de obra e que está fundado na razoabilidade de se a permitir quando o seu justo motivo é o modo especializado com que se pretendem desenvolver serviços periféricos da empresa, não enquadrados na cadeia técnica de produção de bens e serviços. **Se há um princípio regente do Direito do Trabalho, resultante da ponderação levada a efeito pelos agentes da jurisdição trabalhista**, a exegese do art. 94, II da Lei 9.472/1997 a ele deve moldar-se, interpretando-se a autorização de “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes” sem apego em demasia ao léxico, que conduziria à imunização do setor de telecomunicações quanto à norma a que estariam sujeitos todos os outros setores de produção.” [grifo meu] (STF - Rcl: 34573 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 30/04/2019, Data de Publicação: DJe-092 06/05/2019); ‘Entretanto, pelo princípio da proporcionalidade, entendido por Willis Santiago Guerra Filho, nos seus Ensaios de Teoria Constitucional, como ‘um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro ou outros, na medida do jurídico e faticamente possível’, ver-se-á que foi legítima e deve ser mantida a ação da ANVISA. (STF - ARE: 958301 SC - SANTA CATARINA 5016187-77.2014.4.04.7204, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/04/2016, Data de Publicação: DJe-085 02/05/2016)

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287

proposta por Robert Alexy, têm sido equivocadamente difundidos e mal aplicados no Brasil, o que não condiz com a estrutura teórica e contextual com que esta teoria foi originalmente concebida.²⁷⁶

Neste sentido, cumpre destacar trecho da crítica formulada por Streck no tocante à utilização da teoria da argumentação jurídica no Brasil:

[...] Os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.²⁷⁷

Nessa mesma linha é o pensamento de Isadora Ferreira Neves que estabelece — a partir da Crítica Hermenêutica do Direito — que esta “ponderação à brasileira” vislumbrada é produto de recepções equivocadas anteriores à própria difusão da teoria de Alexy pelo Brasil, perpassando a noção de positivismo jurídico (e, por conseguinte, de pós-positivismo jurídico), o conceito de neoconstitucionalismo e a concepção de ativismo judicial.²⁷⁸

De especial relevância é a conclusão obtida por Fausto Santos de Moraes ao afirmar a equivocada recepção da teoria de Alexy por parte do Supremo Tribunal Federal, a partir de uma pesquisa empírica realizada a partir da análise de aproximadamente duzentas decisões proferidas pelo tribunal que se valeram dos postulados defendidos por Alexy ou da ponderação.²⁷⁹

Conforme Moraes, ao analisar este grande volume de decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, em nenhuma delas as propostas formuladas por Alexy em sua teoria foram utilizadas corretamente, havendo erros e incompletudes

²⁷⁶ ‘Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam conta a relevante circunstância de que é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. Permito-me ser repetitivo: a ponderação — nos termos em que propalados por seu criador não é uma operação em que se colocam dois princípios e se aponta para aquele que ‘(só) pesa mais’. [...] Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’. Importante anotar que no Brasil, os tribunais, no uso descriptivo da teoria alexiana, transformaram a regra — sim, é uma regra — da ponderação em um princípio’. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 287)

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 286.

²⁷⁸ NEVES, Isadora Ferreira. *O lugar da ponderação alexiana na doutrina brasileira: por uma reinterpretação à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2014.

²⁷⁹ MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2022, *passim*.

pertinentes à concepção de Alexy sobre ponderação e das máximas de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.²⁸⁰

Assim, Morais aponta que os desenvolvimentos teóricos de Alexy são utilizados pelo Supremo Tribunal Federal não como fundamento para suas decisões, mas como mero ornamento destinado a justificação de arbitrariedades.²⁸¹

Em especial, quanto a regra de ponderação (ou sopesamento), Streck assinala que — não obstante não seja um entusiasta das propostas de Alexy por considerá-las incompatíveis com o dever de coerência e integridade, bem como a existência de respostas corretas (adequadas à Constituição) no Direito²⁸² - muitas das atribuições feitas às teses de Alexy não correspondem às suas proposições²⁸³.

Ao analisar o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.235.340 (Tema 1.087) — que possibilitou a execução imediata decisões oriundas do Tribunal do Júri — Streck assinala que a ponderação que foi realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto foi eivada de subjetividade e aplicada de maneira errônea.²⁸⁴

Conforme aponta Streck, a ponderação conforme proposta por Alexy não se opera desta maneira absolutamente discricionária defendida nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em que face à uma (suposta) colidência de princípios cabe ao juiz escolher qual deve ser aplicado com maior intensidade e qual deve ser aplicado com menor intensidade.²⁸⁵

²⁸⁰ MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2022, *passim*.

²⁸¹ MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2022, *passim*.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O tribunal do júri em xeque**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/observatorio-constitucional/o-tribunal-do-juri-em-xeque>. Acesso em: 16 jan. 2025.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O tribunal do júri em xeque**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/observatorio-constitucional/o-tribunal-do-juri-em-xeque>. Acesso em: 16 jan. 2025.

²⁸⁴ [...] A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes' (grifos meus). [...] No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Conselho de Sentença, e o Tribunal de segundo grau não pode substituir-se à deliberação dos jurados (CF/1988, art. 5º, XXXVIII, "c"), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos a que ela visa resguardar (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII, e 144), notadamente a vida humana.' (STF - RE 1235340, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 12-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 12-11-2024 PUBLIC 13-11-2024)

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O tribunal do júri em xeque**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/observatorio-constitucional/o-tribunal-do-juri-em-xeque>. Acesso em: 16 jan. 2025.

Assim, em relação à ponderação realizada no bojo do julgamento do ARE 1.235.340, Streck assinala que o julgamento ignorou completamente etapas preliminares referentes à adequação e necessidade o que já limaria a necessidade de apreciação da ponderação em sentido estrito.²⁸⁶ No entanto, para demonstrar de como a ponderação foi realizada de maneira errônea, Streck aplica a fórmula de sopesamento proposta por Alexy para realização da ponderação em sentido estrito e conclui que — se tivesse sido efetivamente aplicada — o resultado obtido seria diverso daquele apresentado no julgamento efetuado pelo Supremo.²⁸⁷

Essa percepção vai ao encontro daquilo que é defendido por Pietro Lorenzoni, que assevera que se as propostas de Alexy fossem levadas a sério no Brasil, estas forneceriam bons critérios para diminuir abusos e autoritarismos, além de corrigir algumas confusões operadas pela doutrina.²⁸⁸²⁸⁹

4.4.2 Do realismo norte-americano: um governo de juízes baseado no ativismo judicial

Sobre a recepção do realismo norte-americano e a formulação do realismo “retrô” brasileiro, já nos debruçamos de maneira pormenorizada no subcapítulo 4.1, de forma que neste momento — ao tratar das recepções teóricas equivocadas — cabe apenas apontar quais foram as ideias extraídas de maneira discricionária da concepção original e introjetadas no imaginário jurídico brasileiro.

Nesse sentido, do realismo norte-americano foi trazida a ideia de um governo dos juízes. Neste caso, a partir das deficiências históricas encontradas no Brasil, no

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lenio Streck: O STF, a prisão no júri e o voto equivocado de Barroso.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-03/lenio-streck-stf-prisao-juri-voto-equivocado-ministro-barroso/>. Acesso em: 16 jan. 2025.

²⁸⁷ Para uma explicação detalhada da aplicação da fórmula peso ao caso concreto ver: STRECK, Lenio Luiz. **Lenio Streck: O STF, a prisão no júri e o voto equivocado de Barroso.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-03/lenio-streck-stf-prisao-juri-voto-equivocado-ministro-barroso/>. Acesso em: 16 jan. 2025.

²⁸⁸ LORENZONI, Pietro C. **Jurisdição constitucional de crise: análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira.** (Tese de Doutorado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 24 jun. 2022. p. 126.

²⁸⁹ Em uma nota, vale dizer que não obstante o trabalho aqui seja focado na recepção brasileira equivocada as propostas de Alexy, há críticas formuladas às suas formulações mesmo sob a perspectiva da jurisdição constitucional na Alemanha, por excessividade de subjetividade e ausência de racionalidade na “lei da ponderação”. Nesse sentido: PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Berhard. **Direitos fundamentais.** Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. — São Paulo : Saraiva, 2012, *passim*. Da mesma forma o debate entre Manuel Atienza e Juan Antonio García Amado sobre a correta aplicação da ponderação na Espanha. Ver: RODRIGEZ, Manuel. A.; AMADO, Juan A. G. **Un debate sobre la ponderación.** Lima: Palestra, 2012, *passim*.

que tange à efetivação dos direitos fundamentais, foi buscado o horizonte retórico de que uma postura ativista do judiciário seria bem-vinda e correta na persecução de concretização de direitos, sobretudo para aqueles novos direitos que estavam previstos na Constituição Federal a partir de 1988.

Assim partindo de uma desconfiança em relação aos representantes eleitos por meio do voto popular para o Poder Executivo e Legislativo, foi construído um imaginário voltado à exaltação do Poder Judiciário e de seus membros na função de rompimento de estruturas pré-concebidas e efetivação da Constituição a partir de decisões judiciais, construindo o imaginário de um Poder Judiciário ativista.

Essa concepção de virtude ativista foi recepcionada no Brasil sob dois prismas: o primeiro defende que a atuação ativista é positiva para a democracia, porque destinada à concretização dos direitos, sendo compreendida como um acréscimo nas funções do Poder Judiciário.²⁹⁰ Conforme abordado no subcapítulo 4.3, essa é uma percepção errada, uma vez que confunde ativismo judicial com judicialização da política.

O segundo ponto estaria atrelado a uma visão mais progressista oriunda do Poder Judiciário em relação aos direitos fundamentais, diante de uma empolgação com a nova ordem constitucional que havia sido instaurada a partir de 1988, em detrimento do *establishment* político arraigado no país e que pouco havia se modificado, mesmo com a nova Constituição.

Em uma retrospectiva, este ponto se mostra o mais dissociado da realidade material — principalmente em face da existência de dados concretos atualmente — que demonstram como os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria se encontram muito distantes da massa que compõe a população brasileira²⁹¹ e possuem alinhamento conservador.²⁹²

Com efeito, o que se observa neste caso, é que a construção do imaginário de um governo de juízes, tendo por base a experiência norte-americana, se encontra

²⁹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 99

²⁹¹ Segundo consolidação de dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, o perfil do magistrado brasileiro é: homem, branco, 47 anos, casado e católico. O perfil revela, ainda, uma forte concentração em nicho específico de classe social elitizada, com uma média salarial por mês de R\$ 47,7 mil, incluindo benefícios, o que equivale a 50 salários-mínimos. Ademais, 20% deles têm parentes na magistratura. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resultados parciais do censo do Poder Judiciário 2023:** relatório. Brasília: CNJ, 2023, *passim*)

²⁹² BRASIL DE FATO. **Perfil dos juízes é conservador e distante da realidade do restante do país.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/09/18/perfil-dos-juizes-e-conservador-e-distante-da-realidade-do-restante-do-pais>. Acesso em: 16 jan. 2025.

dissociada da própria situação fática norte-americana, a qual foi construída a partir de uma atuação política individual de um determinado grupo de juízes e amparada em uma tradição jurídica distinta — o *common law* — que naquele momento buscava o rompimento com suas raízes britânicas, a rejeição ao movimento codificador e a formação de um caráter próprio²⁹³, conforme visto no subcapítulo 4.1.

Assim, a construção do imaginário de um governo de juízes e de uma Suprema Corte progressista visto nos Estados Unidos, se encontra arraigada em uma concepção errônea sobre duas eras distintas da Suprema Corte norte-americana.

A primeira delas - efetivamente conhecida como a era do “Governo dos Juízes” — compreende o período entre os anos de 1895-1937, e se refere a um momento em que a Suprema Corte, sob a liderança de diversos *Chief Justices* — incluindo Charles Evans Hughes e da qual Oliver Wendell Holmes fez parte até 1932, no contexto citado no subcapítulo 4.1 — buscou dar ênfase a uma concepção de que o Estado servia apenas para proteção das liberdades individuais. O caso mais famoso desta era é o caso *Lochner v. New York*, em que a Suprema Corte declarou a constitucionalidade de uma lei que fixava o número máximo de horas de trabalho em 10 horas diárias e 60 horas semanais, por violação à liberdade contratual.²⁹⁴

A segunda era, conhecida como a “Corte Warren”, foi a responsável pelos avanços nas liberdades civis nos Estados Unidos e pode ser apontada como a efetiva responsável pela construção da virtude de um judiciário ativista.

Aqui, a figura do *Chief Justice* Earl Warren se destaca porque, conforme assinalam Paulo Ramos e Jorge Oliveira Junior, não obstante não fosse reconhecido por ter uma capacidade jurídica notável, Warren foi capaz de mostrar habilidade em construir consensos em uma Suprema Corte profundamente dividida entre liberais e conservadores.²⁹⁵

²⁹³ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 99.

²⁹⁴ RAMOS, Paulo. R. B.; DE OLIVEIRA JUNIOR, Jorge. F. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, v. 204, p. 25—42, 2014. p. 33.

²⁹⁵ RAMOS, Paulo. R. B.; DE OLIVEIRA JUNIOR, Jorge. F. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, v. 204, p. 25—42, 2014. p. 33.

Foi sob a gestão de Warren que a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o famoso caso *Brown v. Board of Education*, que reputou inconstitucional a existência de escolas públicas segregadas entre brancos e negros, dando fim à doutrina “separate but equal” (separados mas iguais), com a superação do precedente estabelecido em *Plessy v. Ferguson*.²⁹⁶

A “Corte Warren” foi ainda responsável pelo julgamento *Mapp v. Ohio*, que invalidou uma busca realizada em desacordo com a Quarta Emenda (que veda buscas e apreensões realizadas sem justificativa razoável ou mandado); *Engel v. Vitale* e *Abington School District v. Schempp*, em que foi decidido que escolas públicas não podiam realizar orações ou fazer exercícios de leitura da Bíblia com alunos; *Miranda v. Arizona*, em que uma condenação foi anulada porque o suspeito não havia sido informado, antes de ser interrogado, do seu direito de permanecer em silêncio e à presença de um advogado e *Griswold v. Connecticut*, onde a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de métodos contraceptivos.²⁹⁷

Conforme assinala Lawrence Baum, o resultado de sua “era” na Suprema Corte ter sido marcada pela virada liberal pode ser atribuída ao fato de que Dwight Eisenhower escolheu Warren em retribuição ao seu apoio decisivo na eleição presencial e ao fato de que Eisenhower não conhecia Warren adequadamente. De fato, a trajetória de Warren, até então, era muito mais política do que jurídica, tendo ocupado diversos cargos de indicação política e sido Governador da Califórnia. Essa habilidade política se mostrou decisiva para conseguir construir esses consensos, na Suprema Corte.²⁹⁸

No entanto desde a aposentadoria de Warren da Suprema Corte em 1969, com o aprendizado obtido pelos presidentes sucessores quanto as implicações de nomeações para a Corte, as escolhas tem sido mais criteriosas e a Suprema Corte norte-americana, desde então tem se tornado cada vez mais conservadora.²⁹⁹

²⁹⁶ BAUM, L. **The Supreme Court**. 13. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2019. E-book. N.P.

²⁹⁷ RAMOS, Paulo. R. B.; DE OLIVEIRA JUNIOR, Jorge. F. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, v. 204, p. 25—42, 2014.

²⁹⁸ BAUM, L. **The Supreme Court**. 13. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2019. E-book, N.P., *passim*.

²⁹⁹ BAUM, L. **The Supreme Court**. 13. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2019. E-book. N.P.

Ademais, quanto aos demais desdobramentos específicos da construção do ativismo judicial no Brasil, trataremos em subcapítulo específico, dada a sua relevância.

4.4.3 Os velhos métodos interpretativos: sobre fundamentos e ornamentos.

Ainda que um ponto menor no contexto aqui esposado, falando sobre recepções teóricas equivocadas, vale refletir acerca da pertinência de ainda hoje os tribunais no Brasil se utilizarem de arcaicas metodologias oriundas do século XIX como álibi retórico para “ornamentarem” suas decisões. É sob esta perspectiva que se tem a perseverança das metodologias compiladas por Savigny - pai da chamada escola histórica do Direito - reprimiradas recorrentemente em decisões judiciais, em detrimento da construção de uma adequada teoria da decisão jurídica.³⁰⁰

Nesse sentido, cumpre destacar que a afirmativa do Direito enquanto um produto histórico proposta por Savigny, tem seus fundamentos ancorados no cenário da Europa do final do século XIX, em que se buscava a afirmação da superação do paradigma jusnaturalista pelo juspositivismo; de maneira que essas metodologias buscavam afirmar o Direito como produto histórico da construção humana, rompendo com a ideia de uma pretensa sustentação em algum fenômeno transcendente.³⁰¹

Daí que os métodos de interpretação referidos por Savigny em sua obra — gramático, lógico, sistemático e histórico — recorrentemente citados em decisões no Supremo Tribunal Federal³⁰² —não foram por ele criados, mas sim compilados a

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *Terra e Brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 10, n. Curitiba, p. 2—37, 2011, *passim*.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 88.

³⁰² A título exemplificativo: [...]embora se reconheça a utilidade e relevância do método gramatical, notadamente como ponto de partida do processo interpretativo, é imprescindível compatibilizar a literalidade do texto com a finalidade da norma e a logicidade do próprio sistema processual.' (STF - RHC: 133019 PR, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/03/2018, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO Dje-052 DIVULG 16/03/2018 PUBLIC 19/03/2018); [...] relembo que o método histórico de interpretação da norma busca se valer do contexto social, econômico e político que motivou o legislador a criar a lei. Embora não vincule o intérprete, constitui-se em importante subsídio para revelar os motivos que levaram à gênese do ato, capacitando o intérprete a melhor apreender seu espírito. (STF - MS: 39930 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2024, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 13/12/2024 PUBLIC 16/12/2024); 'A interpretação da regra de teto de retribuição prevista no art. 37, XI, da CF, bem assim daquela endossada pelo art. 9º da EC 41/03, não pode ser feita sem que se compatibilize com as demais previsões constitucionais — em especial a norma do inciso IV do art. 1º, que traz como um dos fundamentos da República os valores sociais

partir dos elementos já desenvolvidos em outros espaços simbólicos sociais, como por exemplo a literatura e, em especial, a teologia.³⁰³

Ademais, o chamado “método teleológico” - comumente referido pelo Supremo³⁰⁴ - que supostamente busca descobrir a *mens legis* ou a “finalidade da lei”, sequer foi formulado por Savigny. O referido “método” é produto da construção Rudolph von Jhering,³⁰⁵ que em um momento posterior, ao abandonar a sistematicidade da escola histórica rumou em direção à uma busca de finalidade do Direito sendo, portanto, antissistemático.³⁰⁶

Assim, o que se observa é que essas recepções teóricas realizadas de maneira alheia a crítica e dissociadas do contexto histórico e social nas quais originalmente surgiram se apresentam como um grave problema. De fato, o que se observa, mais uma vez, é a que essas teorias e metodologias são utilizadas não como fundamentos para as decisões, mas como mera ornamentação. Se delas forem retiradas, nada mudará, porque não se constituem condição fundamental para

do trabalho, que, obviamente, prevê remuneração pelo serviço público prestado, e a norma do art. 37, XV, que consagra a regra da irredutibilidade — garantindo-se coerência dos diversos dispositivos do texto normativo, a fim de conceder-lhe efetividade geral (método lógico), buscando a finalidade da norma, ou seja, pretendendo alcançar os valores por ela enunciados (método teleológico), sempre dentro de uma análise do conteúdo da norma no âmbito da ideia de unidade do ordenamento jurídico, uma vez que os diversos preceitos convivem de maneira harmônica dentro de um sistema constitucional (método sistemático). (STF - ARE: 1358400 SP 1058937-26.2020.8.26.0053, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 06/12/2021, Data de Publicação: 09/12/2021)

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 89.

³⁰⁴ Nesse sentido: [...] No entanto, esses dispositivos normativos, que regulamentam a reserva de vagas nas universidades e faculdades públicas do Distrito Federal, devem ser interpretados sob o método teleológico, utilizando como critério o objetivo buscado pelo legislador na sua edição” (STF - Rcl: 34926 DF - DISTRITO FEDERAL 0022935-81.2019.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 22/05/2019, Data de Publicação: DJe-119 04/06/2019); ‘Consequentemente, deve-se promover a interpretação conjugada dos artigos 109 e 110, do CTN, avultando o método sistemático quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição, e, de outro, o método teleológico quando não haja a constitucionalização dos conceitos.’ (STF - RE: 634764 RJ, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/07/2020)

³⁰⁵ Mais precisamente, essa construção pode ser atribuída ao “Segundo Jhering”, quando este rompeu com a escola da jurisprudência dos conceitos e abraçou a escola da jurisprudência dos interesses. A ruptura de Jhering com sua antiga posição e com seus contemporâneos foi tão dramática que ensejou a escrita de um texto chamado “No paraíso dos conceitos jurídicos”, destinado a criticar jocosamente o apego demasiado aos conceitos jurídicos em detrimento da realidade fática, no qual teceu críticas diretas a Savigny e Puchta. Ver mais em: VON JHERING, Rudolf. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Neu herausgegeben von Max Leitner.** 1. ed. Viena, Austria: Linde Verlag Ges.m.b.H, 2009.

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87-89.

que a decisão judicial exista, é a expressão perfeita do *target effect* referido por Streck.

Não é que se negue de maneira peremptória que sejam assimiladas teorias e teses desenvolvidas em outros países, o alerta reside em que os institutos incorporados devem obrigatoriamente levar em consideração o seu contexto original, as particularidades do Brasil e, principalmente, que não sejam construídos a partir de um argumento de autoridade oriundo dos tribunais. do Supremo Tribunal Federal, no que tange à interpretação da Constituição.

4.5 A construção do imaginário de um ativismo judicial benéfico no Brasil

Conforme referido anteriormente, o ativismo judicial foi trazido ao Brasil como o ponto de chegada dos processos e institutos importados do realismo norte-americano, sendo este movimento realista produto da própria afirmação da versão norte-americana da *common law*, dissociada de sua versão tradicional inglesa.

Se em países que adotam a *civil law*, as decisões judiciais não possuem a condição de fonte primária do direito, sendo esta função primária exercida pela legislação elaborada nas casas legislativas - mediante atuação do Poder Legislativo - o mesmo não pode ser dito das decisões jurídicas no âmbito do *common law*. Com efeito, a importância atribuída às decisões judiciais enquanto fontes do direito contrapõe as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*.

Nesse sentido, vale destacar que mesmo Ronald Dworkin — um veemente crítico do realismo jurídico — ao abordar o papel que é conferido aos tribunais em sua formulação do Direito como parte de um conceito interpretativo, ressalta a importância de sua construção por parte dos tribunais, mas que deve estar alinhada a um dever de coerência e integridade:

O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros. Ressalto a terceira concepção, do direito como integridade, que compreende a doutrina e a jurisdição. Faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas

de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.³⁰⁷

No que tange aos demais aspectos da atividade judicial, há inegável semelhança entre as tradições jurídicas, sendo que o papel conferido às decisões judiciais e a possibilidade de criação do Direito pelos tribunais é o cerne da questão

Assim, é necessário refletir sobre a possibilidade de juízes e tribunais criarem direito. Nesse contexto, surge a seguinte questão: o Poder Judiciário tem como papel interpretar e aplicar o Direito ou também participa da atividade legislativa, contribuindo para a criação de normas? A resposta a essa indagação evidencia o contraste entre as tradições da *civil law* e da *common law*, trazendo à tona as contradições associadas à compreensão do fenômeno do ativismo judicial no Brasil.

No caso da *common law*, ao apreciar um caso concreto, um magistrado ou Tribunal verificará a existência de um precedente e sua pertinência para a resolução do caso em análise. Caso a situação fática em apreço seja diversa de maneira suficientemente relevante daquela que gerou o precedente, será possível ao julgador que não aplique o precedente, fazendo a distinção entre os casos, este é o chamado *distinguishing*.³⁰⁸

De outra parte, caso o tribunal ao apreciar o caso concreto, verifique a existência de um precedente aplicável à situação fática em exame, poderá ainda ampliar os efeitos da norma dele emanada, restringir seus efeitos em face daquele caso, ou mesmo entender que o precedente se encontra superado total ou parcialmente, trata-se do chamado *overruling*.³⁰⁹

Em face desta inaplicabilidade da norma emanada do precedente ao caso concreto que se observa esta diferença prática fundamental entre as tradições jurídicas. No *common law*, uma vez que o tribunal verifique que o precedente não é aplicável ao caso, deverá decidir o caso em questão, nem que para isso seja necessária a criação de nova norma jurídica, conforme ensina Elival da Silva Ramos:

³⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 488-489.

³⁰⁸ ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 21.

³⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p.110.

[...]Na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso *sub judice*, o juiz ou tribunal produzirão a norma de decisão com base nos princípios gerais do *common law*, no raciocínio lógico ou na equidade, de forma similar ao procedimento da integração de lacunas nos sistemas de *civil law*, mas com a relevante diferença de que essa decisão inovadora, se adota por tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo.³¹⁰

Resta claro, portanto, que dentro da tradição jurídica do *common law*, os tribunais de apelação exercem função criadora do direito quando apreciam novos casos, e as decisões desses casos são contingencialmente aplicadas pelo próprio tribunal e os demais órgãos jurídicos submetidos a ele, constituindo um precedente do qual é possível extrair uma norma jurídica.

Assentadas essas premissas, mostra-se uma tarefa mais árdua definir o que seja ativismo judicial em países que adotam a tradição jurídica da *common law*, dada a inerente função criativa à própria tradição jurídica que tem base, justamente, na criação das normas pelos tribunais. Para tanto, somos obrigados a recorrer a circunstâncias alheias ao próprio Direito, como fizemos ao delinear o contexto da Suprema Corte norte-americana no subcapítulo 4.4.2.

No que se refere à *civil law*, o ativismo judicial pode ser entendido como uma distorção da função jurisdicional, em detrimento da função legislativa.³¹¹ Isto significa dizer que, ao invés de exercer sua função típica de prestar jurisdição, solucionando os conflitos que lhe são submetidos com base na legislação posta, o judiciário ativista cria novas normas a partir de suas decisões.

Assim, Tassinari reconhece que o ativismo judicial se encontra mais próximo dos sistemas constitucionais vinculados à família oriunda da *civil law*, definido tal fenômeno como:

[...]Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) Há, [...], uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação

³¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p.110.

³¹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015. p.110.

da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.³¹²

No contexto brasileiro, os elementos que levaram a construção de um imaginário ativista foram delineados até aqui: o novo paradigma constitucional brasileiro instaurado no período posterior à entrada em vigor da Constituição em 1988; uma intensificação da judicialização da política, amparada em uma atividade judicial intensa; a ocorrência de recepções teóricas equivocadas construídas a partir da atividade judicial.

Acerca da ocorrência do ativismo judicial no Brasil, Barroso refere que o ideário ativista se encontra associado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores dos fins constitucionais, mediante uma maior interferência no campo de atuação dos demais poderes estatais.³¹³

Assim, sob sua perspectiva, a postura ativista do Poder Judiciário se exprime por meio de diversos comportamentos, dentre eles: a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente consideradas em seu texto e de maneira independente à manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos provindos do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de franca e ostensiva violação da Constituição e a combinação de condutas ou de abstenções ao Poder Público, de maneira especial em matéria de políticas públicas.³¹⁴

O posicionamento de Barroso se mostra pertinente, sobretudo, porque exprime a perspectiva contemporânea do Supremo Tribunal Federal sobre o seu próprio papel no desenho institucional brasileiro: diante da ampla constitucionalização de direitos operada pela Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal passa a se ver no centro de debates acerca de reivindicações sociais, assumindo um papel diverso daquele expressamente previsto no texto constitucional — de “Guardião da Constituição” — para realizar um papel de criação de direito por meio de decisões, no espaço de atuação dos demais poderes.

Portanto, diante desta nova realidade, emerge a problemática referente ao ativismo judicial e ao controle de constitucionalidade, conforme aponta Tassinari:

³¹² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 131.

³¹³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6.

³¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 6.

De fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la a corretas e compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se em termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estarem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático.³¹⁵

Aqui vale destacar o controverso posicionamento de Barroso, pelo qual o papel do Supremo Tribunal Federal é desempenhar um papel “*contramajoritário, representativo e iluminista*” na sociedade brasileira.³¹⁶

Nesse sentido:

O que cabe destacar aqui é que a Corte desempenha, claramente, dois papéis distintos e aparentemente contrapostos. O primeiro papel é apelidado, na teoria constitucional, de contramajoritário: em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer: agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo contramajoritário. O segundo papel, menos debatido na teoria constitucional, pode ser referido como representativo. Trata-se, como o nome sugere, do atendimento, pelo Tribunal, de demandas sociais e de anseios políticos que não foram satisfeitos a tempo e a hora pelo Congresso Nacional.³¹⁷

Em sentido contrário a esta afirmação, Streck não percebe de maneira favorável a adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário, referindo que o imaginário ativista foi artificialmente aqui construído a partir do modelo norte-americano, destacando que a discussão acerca de um governo de juízes acumula mais de duzentos anos nos Estados Unidos,³¹⁸ conforme demonstrado no subcapítulo 4.4.2.

³¹⁵ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.19.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. l.], v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 23 jan. 2025.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 475.

³¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

Ademais, destaca os riscos aos quais se sujeita o próprio Direito brasileiro atuando dessa maneira, quando se permite e até mesmo se estimula a intervenção do Poder Judiciário na sociedade e a substituição dos poderes democraticamente constituídos pelas decisões judiciais, configurando-se então um nocivo imaginário ativista:

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos aqui a diferença entre ativismo e judicialização: o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custear tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!³¹⁹

Aponta, que mesmo nos Estados Unidos da América o ativismo judicial não é sinônimo inconteste de uma intervenção positiva por parte do Judiciário, referindo como exemplo a atuação da Suprema Corte americana em relação ao *New Deal*, entre os anos de 1933 e 1936, ao barrar as políticas intervencionistas do Presidente Franklin D. Roosevelt na economia americana, vinculada aos postulados do liberalismo econômico em sua versão mais pura de livre mercado, declarando inconstitucionais as políticas com tal desiderato protetivo.³²⁰

Ressalta, ainda, que as atitudes de intervenção em favor dos direitos fundamentais se operaram em um contexto movido por ações individuais de uma maioria estabelecida em determinado momento histórico e não em razão de um imaginário propriamente ativista.³²¹

Neste mesmo sentido, Marcos Paulo Veríssimo assinala que o contexto jurídico brasileiro contemporâneo acabou por concretizar o que ele denomina como “ativismo judicial à brasileira”, segundo o qual o papel ativista que nosso Poder Judiciário demonstra atualmente possui peculiaridades em relação aos demais países.³²²

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

³²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 288.

³²² VERRISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, pp. 407-440, jul./dez, 2008. p. 423.

Conforme Veríssimo, este ativismo judicial está calcado em dois aspectos particulares, oriundos das transformações pelas quais vem a passar o Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o desenvolvimento de seu papel político e o excessivo volume de trabalho que tem sido enfrentado pela jurisdição.³²³

Com relação ao incremento do volume de trabalho que tem enfrentado a jurisdição mostra um aspecto atrelado ao maior acesso da população ao Poder Judiciário, verificado a partir do começo dos anos 1990 face à nova Constituição e à entrada em vigor da legislação infraconstitucional visando na proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.³²⁴

No ponto, Veríssimo refere que o ativismo judicial passa a ser constatado a partir de uma perspectiva estatística, uma vez que diante da ampla judicialização dos conflitos que se observou a partir de 1988, o Poder Judiciário tem adotado uma posição identificada pelo autor como “ativista”, em função da excessiva litigiosidade, não possuindo constrangimento de exercer uma competência revisional e proativa cada vez mais abrangente.³²⁵

Por sua vez, Tassinari assinala que, nesta questão referente ao incremento do volume de trabalho e sua vinculação em vista da adoção de uma postura ativista por parte do Judiciário, não se podem confundir os objetos de análise, sendo necessária a respectiva distinção entre o que vem a ser efetivamente o ativismo judicial diante da judicialização da política.³²⁶

Afirma, ainda, que o debate referente ao incremento do volume de trabalho proposto por Veríssimo é elemento da judicialização da política, tratando-se de um fenômeno social e, portanto, externo, não sendo decorrente da postura e atuação dos membros do próprio Poder Judiciário; porém, apregoa que, no ponto referente à assunção de funções de governo por parte do Judiciário, a discussão se mostra pertinente à temática do ativismo judicial, pois é justamente visando evitar essa assunção de funções que se faz necessária a crítica ao ativismo judicial.³²⁷

³²³ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, pp. 407-440, jul./dez, 2008. p. 423.

³²⁴ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, pp. 407-440, jul./dez, 2008. p. 423

³²⁵ VERÍSSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**. São Paulo, pp. 407-440, jul./dez, 2008. p. 422-423.

³²⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 24-25

³²⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 24-25.

Diante desta questão é imperioso articular quais são os limites passíveis de serem atribuídos a essa atuação ativista oriunda do Supremo Tribunal Federal, observado que este é mais um elemento que contribui para a hipertrofia judicial, desempenhando um papel nocivo para a democracia, deturpando as regras do jogo democrático, com uma invasão indevida da função legislativa por parte do Poder Judiciário.

De plano, Barroso não analisa de uma maneira positiva a existência de uma autocontenção do Poder Judiciário, referindo que a postura ativista procura extrair do texto constitucional o máximo possível. Nesta senda, sob sua perspectiva, a posição oposta ao ativismo judicial — por ele compreendido aprioristicamente como um fenômeno positivo — é a autocontenção judicial, comportamento pelo qual o Poder Judiciário busca restringir sua intervenção nos atos dos outros poderes.³²⁸

Neste ponto, conforme Barroso, quando o Supremo Tribunal Federal adota uma postura de autocontenção, evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu domínio de aplicação expressa, aguardando a manifestação por parte do legislador ordinário.³²⁹

Assim, assinala que são empregados critérios rigorosos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos, ocasião em que o Judiciário se abstém de interferir na definição das políticas públicas. Indica, ainda, que até a entrada em vigor da Constituição de 1988, essa era a precisa linha de atuação do Supremo Tribunal Federal.³³⁰

Ademais, vale dizer que não obstante sua posição teórica favorável ao ativismo judicial, Barroso na condição de ministro do Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer o papel de protagonismo, negou que o tribunal seja ativista.³³¹

³²⁸ ‘A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas’. (BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 7)

³²⁹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 7

³³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012. p. 7

³³¹ SANTOS, Rafa. **Barroso reconhece protagonismo do STF, mas nega ativismo judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-27/barroso-reconhece-protagonismo-stf-nega-ativismo-judicial>. Acesso em: 23 jan. 2025.

Não obstante, reconhece uma efetiva ação ativista do Supremo Tribunal Federal em dois casos de maneira sólida. Apontando que nos casos do tratamento igualitário das uniões homoafetivas e da criminalização da homofobia o Plenário do Supremo Tribunal Federal incorreu em efetivo ativismo judicial — ao seu ver justificado — até mesmo assinalando que de maneira limítrofe, no segundo caso, esteve em vias de criar um tipo penal por meio de decisão judicial, embora, em seu entendimento, não tenha chegado a tal ponto.³³²

Não obstante a posição adotada por Barroso, não nos parece adequado que se observe o fenômeno do ativismo judicial sob uma perspectiva tão singela. Com efeito, tal abordagem leva ao raciocínio segundo o qual o ativismo judicial é um elemento necessariamente benéfico para a jurisdição, sendo a autocontenção, por conseguinte, uma característica negativa que representa, quando adotada, um perigo para a sociedade e para a própria aplicação da Constituição.

A este respeito cumpre destacar a crítica formulada por Streck, que discorda deste posicionamento referente ao caráter positivo da atuação ativista, destacando que o desempenho ativista do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, enfraquece o direito, sobretudo pela falta de constrangimentos epistemológicos³³³ à sua atuação:

[...] a atuação ativista por parte do Supremo Tribunal Federal demonstra falta de limites no processo interpretativo. Veja-se que sequer os limites semânticos do texto constitucional funcionam como bloqueio ao protagonismo judicial que vem sendo praticado em todas as esferas do Poder Judiciário em *terrae brasiliis*.³³⁴

³³² BARROSO, Luis Roberto. **26 de outubro, noite - V COLÓQUIO DE CRÍTICA HERMENÉUTICA DO DIREITO.** Publicado pelo canal Felipe Philip. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6ynfDkrQPyE>. Acesso em: 01/12/2022.

³³³ A respeito do que vem a ser constrangimento epistemológico, cumpre citar: “Exercer a crítica no Direito é uma tarefa difícil. Principalmente em *terrae brasiliis*. Por aqui, normalmente é *magister dixti*. Mormente se quem disse é Ministro de Corte Superior. Não conseguimos construir ainda uma cultura em que as decisões judiciais — em especial as do Supremo Tribunal Federal — sofram aquilo que venho denominando de “constrangimentos epistemológicos”. O que é “constrangimento epistemológico”? Trata-se de uma forma de, criticamente, colocarmos em xeque decisões que se mostram equivocadas. No fundo, é um modo de dizermos que a “doutrina deve voltar a doutrinar” e não se colocar, simplesmente, na condição de caudatária das decisões tribunalícias.” (STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. a. 49 n. 194 abr./jun. Brasília, 2012.)

³³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 87.

A Crítica Hermenêutica do Direito possui no bojo de sua teoria da decisão as três perguntas fundamentais pelas quais é possível fazer a adequada diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política.

Ademais, sobre as três perguntas fundamentais e sua aplicação prática, vale destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 888.815 (o caso do *homeschooling*) no qual o Ministro se valeu das três perguntas fundamentais para se contrapor ao voto do relator — Ministro Barroso — e rechaçar a possibilidade de adoção do *homeschooling* no Brasil³³⁵.

4.6 A questão do uso político dos “precedentes” no Brasil

Desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 o debate em torno dos precedentes vem ganhando espaço nas discussões jurídicas no Brasil, sobretudo em face da previsão constante nos artigos 926 e 927 do referido código, os quais expressamente fazem referência aos precedentes e a necessidade de sua observância pelos juízes e tribunais.

Sob essa perspectiva, parte da doutrina — em especial, por sua relevância, Luís Roberto Barroso, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Cruz Arenhart — passou a defender a existência de um “sistema de precedentes” no Brasil, no qual os tribunais superiores funcionam como “Cortes de Vértice”, destinados à construção de “precedentes” que devem obrigatoriamente serem obedecidos pelos demais tribunais.

Essa instituição de um “sistema de precedentes” teria sido reforçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 655.265/DF em que foi afirmado

³³⁵ ‘No caso em tela, ainda que a pretensão da recorrente seja no sentido da prática do homeschooling com a realização de avaliações formais periódicas, ao reconhecermos essa possibilidade estaríamos adotando uma visão reducionista do fenômeno educacional do amplo modo como foi concebido pelo texto constitucional. Ou seja, em nenhum momento a Constituição concebeu o Estado como mero agente avaliador de desempenho escolar. O texto constitucional é expresso no sentido de conferir ao Estado — e à família — papel muito mais amplo, de verdadeiro condutor dos rumos educacionais de todos. Por mais paternalista que isso possa parecer, é o sentido da Constituição. Além disso, acolher a ideia de homeschooling supervisionado pelo Estado traria consigo uma consequência inevitável: a de que os custos envolvidos nos colocariam no meio de um paradoxo. O paradoxo de ter que deslocar energia pública — humana e institucional — para cumprir com a fiscalização da prática. E, então, teríamos um possível agravamento das já deficitárias condições estruturais da educação pública. Por exemplo, teríamos o deslocamento da atividade de professores e demais agentes da área da educação pública para funcionar na fiscalização do homeschooling’. (STF - RE: 888815 RS, Relator: ROBERTO BARROSO. Redator para o acórdão: GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 12/09/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/03/2019)

que os referidos artigos do Código de Processo Civil eram responsáveis por introduzir no Direito brasileiro a regra do *stare decisis* própria do *common law*.³³⁶

No entanto, passados dez anos de vigência do Código de Processo Civil, não é incomum o registro de queixas de ministros de tribunais superiores referindo que os tribunais regionais não respeitam os “precedentes” emanados por aqueles tribunais superiores. Da mesma forma, há um lamento no sentido de que há no Brasil um “desrespeito à cultura dos precedentes”.³³⁷

Em recente entrevista o Ministro Barroso se manifestou no sentido de que: ‘[...] vamos ter de abrir mão de alguns conceitos arraigados para aprender a trabalhar com o precedente. Não é uma escolha filosófica, nem ideológica, é a única alternativa que existe para uma jurisdição de qualidade, entregue a tempo’.³³⁸

A respeito dessa tese, esposada por estes doutrinadores aos quais Streck denomina de “precedentalistas”³³⁹, a Crítica Hermenêutica do Direito rechaça frontalmente tal formulação teórica de que a partir do Código de Processo Civil teria sido instituído um “sistema de precedentes”³⁴⁰, apontando esta como mais uma

³³⁶ [...] O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção — por nosso sistema — da regra do *stare decisis*, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência aos tribunais*, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária”. (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011). (STF - RE: 655265 DF, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/04/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/08/2016)

³³⁷ VITAL, Danilo. Explosão de reclamações ao STF é sintoma do desrespeito à cultura de precedentes. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/explosao-reclamacoes-mostra-desrespeito-cultura-precedentes/>. Acesso em: 10 jan. 2025.

³³⁸ VITAL, Danilo. “**Precedente é a única alternativa**”, afirma Barroso em evento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-09/precedente-nao-e-escolha-filosofica-ou-ideologica-e-a-unica-alternativa-diz-barroso/>. Acesso em: 21 jan. 2025.

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 9.

³⁴⁰ Nesse sentido: [...] já escrevi aqui dizendo que talvez o problema esteja na seguinte questão: **não temos um sistema de precedentes**. E teses não são precedentes’. (STRECK, Lenio Luiz. **Ainda o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/senso-incomum-ainda-ponto-fulcral-direito-hoje-precedente/>. Acesso em: 21 jan. 2025.)

recepção teórica realizada de maneira equivocada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira,³⁴¹ redundando em algo que Streck denomina como “precedentalismo à brasileira”.³⁴²

Sobre o que vem a ser essa doutrina do “precedentalismo à brasileira”, necessário se faz obrigatoriamente enfrentar os pressupostos dos quais partem os entusiastas dessas teses precedentalistas e demonstrar como essa concepção absolutamente errônea e dissociada da verdadeira doutrina do precedente no *common law* — sobretudo no *common law* britânico — se constitui em mais uma forma de manifestação dos predadores endógenos do Direito, contribuindo ainda mais para a hipertrofia judiciária.

Da mesma forma, como esta ideia da construção de regras *pro futuro* por parte do Supremo Tribunal Federal se materializa em mais uma dose de justificação amparada no Realismo Jurídico — conforme demonstrado no subcapítulo 4.1 — que procura transformar o tribunal não apenas detentor da palavra final sobre uma questão constitucional, mas detentor do próprio sentido da constituição enquanto produz “precedentes” destinados ao futuro.

4.6.1 O precedentalismo à brasileira

Dentre os doutrinadores que defendem a tese da efetivação de um “sistema de precedentes” no Brasil a partir do Código de Processo Civil de 2015, podemos destacar a posição de Luiz Guilherme Marinoni, que em sua obra a “Ética dos Precedentes” busca justificar a razão pelas quais comprehende que um “sistema de precedentes” se sobrepõe a importância do respeito à legislação, sustentando:

[...] a fundamentalidade dos precedentes para a unidade e o desenvolvimento do direito, a clareza e a generalidade, a promoção da igualdade, o fortalecimento institucional, a limitação do poder do Estado, a previsibilidade, a racionalidade econômica, o respeito ao direito e o incremento da responsabilidade pessoal.³⁴³

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, *passim*.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 22.

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 8

Da mesma forma, na obra “O STJ enquanto Corte de precedentes”, o autor afirma que:

[...] a função das Cortes Supremas, diante do impacto do constitucionalismo e da evolução da teoria da interpretação, é atribuir sentido ao direito e contribuir para a sua evolução mediante decisões que não podem deixar de ter força obrigatória, na medida em que são autônomas em relação aos textos legal e constitucional, agregando algo de novo à ordem jurídica.³⁴⁴

Sob esta perspectiva o papel do Superior Tribunal de Justiça seria o de atribuir o sentido as leis infraconstitucionais e, pela mesma lógica, o papel do Supremo Tribunal Federal seria o de conferir conteúdo as prescrições constitucionais, criando “precedentes” os quais deveriam ser obrigatoriamente obedecidos pelos demais tribunais regionais e pelos juízes vinculados a eles.

Conforme aponta Streck, essa concepção perpassa diretamente uma perspectiva ceticista do Direito — tratada no subcapítulo 4.1- pela qual os textos jurídicos possuem, no campo abstrato, uma multiplicidade de sentidos possíveis, a qual se materializa, concretamente, em uma variedade de interpretações diversas por juízes e tribunais acerca de um mesmo dispositivo legislativo.³⁴⁵

Nesse sentido, Daniel Mitidiero afirma que os textos jurídicos são potencialmente equívocos, por diversas razões.³⁴⁶ Assim, assinala que as razões para essa “equivocidade” dos textos jurídicos podem apontadas como a ambiguidade, a complexidade, a implicabilidade, a superabilidade e abrangibilidade dos enunciados textuais.³⁴⁷

Portanto, partindo de um pressuposto que diferencia texto de norma, Mitidiero afirma que:

Os enunciados são ambíguos, porque apresentam *duas ou mais opções de significado*. São complexos, porque podem exprimir *duas ou mais normas ao mesmo tempo*. Por vezes, pode existir dúvida a respeito de um *nexo de implicação* entre os enunciados, da superabilidade ou não do enunciado — isto é se ele está *sujeito ou não a exceções implícitas* — e da abrangência da disposição — *se taxativa ou meramente exemplificativa*. Em todos esses

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompensão do sistema processual da corte suprema. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

³⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Um país sem precedentes**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/observatorio-constitucional/um-pais-sem-precedentes>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. — São Paulo. 2015. p. 56.

³⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. — São Paulo. 2015. p. 56-57.

casos o texto pode revelar-se equívoco e é necessário *individualizar, valorar e escolher* entre duas ou mais opções de significado a fim de obter-se uma norma.³⁴⁸

Conforme o entendimento de Marinoni, a partir do Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal foram convertidos em “Cortes de Vértice” destinadas a construir “precedentes” que devem unificar o sentido das normas em face das divergências entre as decisões dos tribunais inferiores.³⁴⁹

Esse é o mesmo entendimento adotado por Mitidiero para quem, desde a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, é necessário que seja feita uma distinção entre “Cortes de Justiça” e “Cortes de Precedentes”, as primeiras sendo responsáveis pela “*prolação de decisões justas*” e as outras “*que cuidem tão somente da formação de precedentes*”.³⁵⁰

Ademais, sob a perspectiva esposada por Marinoni, Mitidiero e Sergio Cruz Arenhart:

[...] os juízes e tribunais interpretam para decidir, mas não existem para interpretar; a função de atribuição de sentido ao direto ou de interpretação é reservada às Cortes Supremas. No momento em que os juízes e tribunais interpretam para resolver os casos, colaboram para o acúmulo e a discussão de razões em torno do significado do texto legal, mas, depois da decisão interpretativa elaborada para atribuir sentido ao direito, estão obrigados perante o precedente.³⁵¹

Conforme referido anteriormente, a CHD rechaça de plano a existência de um “sistema de precedentes” no Direito brasileiro, construído a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil.³⁵² Nesse ponto, Streck vem há muito tempo se dedicando a demonstrar por quais razões não é possível construir artificialmente

³⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. — São Paulo. 2015. p. 57.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, *passim*.

³⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. — São Paulo. p. 32

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 105.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Ainda e sempre o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/senso-incomum-ainda-ponto-fulcral-direito-hoje-precedente/>. Acesso em: 20 jan. 2025.

uma “cultura de precedentes”. Afinal, uma cultura não é imposta de cima para baixo, mas se constrói organicamente ao longo do tempo.³⁵³

Streck vem, também, assinalando as incongruências daquilo que se pretende fazer com “precedentes” no Brasil que nada tem a ver com o que se entende pela doutrina do precedente no âmbito do *common law*.³⁵⁴

Nesse ponto, Streck aponta que esta concepção esposada pelas teses precedentalistas é nociva à autonomia do Direito; sendo ultrapassada, remontando ao Século XIX e produto da conjugação do positivismo clássico (parte francês, calcado na proibição de interpretação e parte alemão, porque precedentes enquanto teses gerais se assemelha a um neopandectismo), realismo jurídico e uma forte dose da jurisprudência analítica (pela qual o Direito é o comando daquele detém autoridade).³⁵⁵

No mesmo sentido da crítica de Streck e da CHD é o entendimento de Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedro que apontam:

[...] vivemos um movimento invertido dos países do *common law*. Se lá se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*), nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades.³⁵⁶

Com base nessas premissas, Júlio César Rossi afirma que o conteúdo do disposto no art. 927, não pode ser compreendido como a recepção dos legítimos precedentes do *common law*, porque da forma como estão sendo compreendidos e aplicados no Brasil, não são precedentes e, nem mesmo jurisprudência, porque prescindem de uma reiteração de julgados.³⁵⁷

Vale dizer que, não obstante a rejeição e o apontamento contundente de suas idiossincrasias pela CHD, a tese precedentalista tem sido recepcionada pelo

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Decisão do TJ-CE comprova que não existe cultura de precedentes.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-19/lenio-streck-decisao-comprova-nao-cultura-precedentes/>. Acesso em: 20 jan. 2025.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica.** 4.ed., rev. , atual. e ampl. • São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 22.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica.** 4.ed., rev. , atual. e ampl. • São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 19.

³⁵⁶ JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle. FRANCO BAHIA, Alexandre de Melo. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 293.

³⁵⁷ ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 154

Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que ao adotarem a concepção de que os são cortes de vértice — ou, conforme refere Mitidiero, “Cortes Supremas”³⁵⁸ — esses obrigariam os demais tribunais a seguirem as suas interpretações e “normas” construídas. Trata-se, portanto, de uma afirmação de sua autoridade perante os tribunais regionais.

Conforme assinala Streck, trata-se do triunfo da concepção realista de Direito esposada por esses próprios tribunais que ao pregarem o ceticismo e a indeterminabilidade dos textos legais, procuram nas teses precedentalistas a justificação da transformação de seu papel para o de um “Leviatã Hermenêutico” que põe ordem no estado de natureza resultante da indeterminação dos textos.³⁵⁹

A despeito da tentativa dos tribunais superiores de se colocarem nessa posição de um “Leviatã Hermenêutico”, destinado à atribuição de sentido aos textos e construção de normas que devem obrigatoriamente ser seguidas pelos demais tribunais, conforme apontado anteriormente, não é isso que vem ocorrendo.

A razão passível de ser registrada para esse fenômeno é que os demais tribunais do país também adotam uma concepção cético-realista do Direito e não se veem constrangidos a seguir os “precedentes” emanados dos tribunais superiores.

Afinal, partindo da premissa de que “o Direito é aquilo que os tribunais disserem que ele é”, também os tribunais regionais se sentem autorizados a manifestarem sobre o que é o Direito para eles, redundando na fragmentação interpretativa, e solapando qualquer ideia de coerência e integridade do Direito, que também se encontra prevista no Código de Processo Civil, afirmada no *caput* do art. 926.

A questão perpassa inexoravelmente pela tese precedentalista que advoga que quando os tribunais superiores — e apenas eles — proferirem uma decisão que se enquadre dentre aquelas previstas nos arts. 926 e 927 do CPC, nasceria ali um novo “precedente” que deveria ser seguido obrigatoriamente por todos os demais tribunais inferiores.

No âmbito da jurisdição, essa concepção errada vem sendo suportada pela utilização do instituto dos Recursos Repetitivos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e, especialmente relevante porque ligado diretamente ao objeto desta tese,

³⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas:** do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. — São Paulo. p. 32

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Um país sem precedentes.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/observatorio-constitucional/um-pais-sem-precedentes>. Acesso em: 20 jan. 2025.

da repercussão geral por parte do Supremo Tribunal Federal, visando a instituição de julgamentos por meio de “teses” sobre determinados “temas”, completamente dissociadas dos casos concretos.

Sobre o instituto da repercussão geral, sua formação e história foi devidamente apresentada na primeira parte deste trabalho — subcapítulo 3.3.7, da primeira seção — de maneira que neste momento vale apenas repisar que o referido instituto não foi criado como ferramenta de “construção” de teses ou “precedentes”, mas sim como uma ferramenta de política judiciária para desafogar o Supremo Tribunal Federal que desde o começo dos anos 2000, já se encontrava com uma demanda processual vultuosa reprimida.

Nesse sentido, conforme aponta Streck, ao adotarem esse tipo de posicionamento os tribunais buscam fazer “um estoque de normas para o futuro”,³⁶⁰ valendo-se de teses gerais e abstratas que buscam trazer respostas antes mesmo que as perguntas sejam devidamente formuladas. Trata-se, portanto, de uma tentativa de construção de interditos interpretativos.

O problema é que estas cláusulas gerais e abstratas, as quais são chamadas de “temas” ou de “teses”, também são textos jurídicos, os quais — sob a perspectiva cético-realista dos tribunais — deverão inevitavelmente ser interpretados e aos quais deverá ser atribuído sentido pelo intérprete em face do caso concreto.

Nesse sentido, conforme Streck:

No Brasil, com já disse anteriormente, precedente tem sido visto como “precedente sem caso”. “Precedente pro futuro”. “Precedente com força de (nova) lei”. Como se o “precedente” fosse uma lei. Um mero conceito. De tempos em tempos, o STJ *lança tantas teses sobre o assunto tal*. São apenas enunciados, mas, enunciados sobre o quê? Precedentes que acabam como “conceitos sem coisas”, uma espécie de metafísica jurídica.³⁶¹

Nessa perspectiva, com a devida vênia, se torna difícil sustentar posições como as Marinoni - pelas quais os “precedentes” seriam a solução “ética” para os problemas da ausência de coerência da jurisprudência dos tribunais — ou de Barroso, pela qual os precedentes não seriam uma escolha filosófica ou ideológica, mas a “única opção”.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5.ed., rev. , atual. e ampl. • São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 181.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Precedentes são teses ou teses são precedentes? in: ABOUD, Georges; QUINTAS, Fábio Lima; RUFINO DO VALE, André. (Org.). **Processo Constitucional Brasileiro: Propostas Para a Reforma**. Brasília: IDP, 2022. p. 209.

Da mesma forma, a ideia de que a atuação dos Tribunais Superiores são cortes de precedentes — “dando à luz” a novos precedentes vinculantes — se esvai quando os tribunais inferiores não são obrigados a seguir os precedentes, por uma deficiência fundamental de uma teoria do Direito capaz de apreender corretamente o fenômeno jurídico, lhe conferindo coerência e integridade.

Isso explica a razão dos frequentes clamores dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação à desobediência dos demais tribunais em relação ao descumprimento dos “precedentes” emanados da Corte. O problema é que o tribunal acaba esbarrando em uma outra questão pragmática, a enxurrada de reclamações ajuizadas na Corte alegando o desrespeito aos tais precedentes.³⁶²

Ocorre que se o tribunal efetivamente aceitar as reclamações contra todos os acórdãos dos tribunais que contrariarem suas decisões, pode terminar com seu funcionamento inviabilizado pela multiplicação de outras reclamações que viriam a seguir; por sua vez, se não aceita as reclamações, a autoridade pretendida se esvai. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem apostado no reforço dessa autoridade.³⁶³³⁶⁴

A questão central reside exatamente neste ponto: mesmo no *common law*, precedente não se sobrepõe a legislação conforme há muito já assinalava Herbert L.

³⁶² ‘O número de reclamações (Rcls) no Supremo Tribunal Federal (STF) aumentou 35% de 2023 a 2024. Neste ano, foram distribuídas 9.940 ações da classe, enquanto, no ano passado, o número foi de 7.333.’ (CARVALHO, L. Barroso: **reclamações crescem 35% e STF se tornou um ‘tribunal de precedentes vinculantes’**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-reclamacoes-crescem-35-e-stf-se-tornou-um-tribunal-de-precedentes-vinculantes>. Acesso em: 22 jan. 2025.)

³⁶³ ‘Em parte é ruim, em parte é consequência do tribunal ter se tornado um tribunal de precedentes e esses precedentes serem vinculantes, o que justifica muitas reclamações’, afirmou o presidente da Corte, ministro Luís Roberto Barroso, nesta quinta-feira (19/12), na última sessão plenária do ano. Barroso apresentou um balanço das atividades do Supremo de 2024’. (CARVALHO, L. Barroso: **reclamações crescem 35% e STF se tornou um ‘tribunal de precedentes vinculantes’**. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-reclamacoes-crescem-35-e-stf-se-tornou-um-tribunal-de-precedentes-vinculantes>. Acesso em: 22 jan. 2025.)

³⁶⁴ Ainda que não seja o objeto específico deste trabalho, cumpre destacar que no caso do Superior Tribunal de Justiça, o pragmatismo frente ao volume de trabalho tem se mostrado maior que a pulsão de reforço de autoridade. Nesse sentido: ‘O Código de Processo Civil determina que uma decisão não foi devidamente fundamentada se ela deixa de seguir jurisprudência sem explicar qual é a distinção do caso concreto. Essa jurisprudência, por sua vez, não pode se resumir a um único acórdão, simples e isolado. Com esse entendimento, a 1^a Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento, no ponto, ao recurso especial ajuizado por uma servidora pública da área da saúde que viu sua carga horária semanal aumentar, com pagamentos por meio do prêmio de produtividade’. (VITAL, D. **Desrespeito a um único acórdão não é ofensa a jurisprudência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-23/desrespeito-unico-acordao-nao-ofensa-jurisprudencia/>. Acesso em: 22 jan. 2025.)

A. Hart:³⁶⁵ da mesma forma um precedente não vincula os demais tribunais pela força da autoridade, mas justamente em face de uma cultura orgânica, de natureza contingencial e mediante a interpretação do caso concreto.

4.6.2 A doutrina dos precedentes no *common law*

O ponto central que embasa a doutrina dos precedentes vinculantes existente nos países filiados à tradição da *common law* se encontra assentado a partir do preceito do *stare decisis* (expressão derivada do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere* — está decidido, não deve ser mudado [tradução livre])³⁶⁶.

Isso importa na vinculação, através do precedente, tanto no plano vertical, devendo uma corte inferior respeitar a decisão proferida anterior de uma corte superior, como a vinculação horizontal, o que significa que a corte deve respeitar a decisão anterior proferida por ela própria, ainda que sua composição interna tenha sido alterada ou que o tribunal discorde objetivamente do precedente que deve ser aplicado.³⁶⁷

No caso do Brasil — antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e da decisão do Supremo no RE 655.265/DF — desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, que instituiu as súmulas vinculantes, parte da doutrina já havia começado a apontar que a referida emenda teria introduzido em nosso ordenamento jurídico a regra do *stare decisis* e o precedente judicial oriundos do *common law*.³⁶⁸

³⁶⁵ ‘Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de «fontes» de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. É assim que no nosso sistema a «*common law*» está subordinada à lei parlamentar’. (HART, Herbert. **O conceito de direito**, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 112.)

³⁶⁶ SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92.

³⁶⁷ Nesse sentido: “Como, de fato, os juízes às vezes fazem: veja Jones v. DPP [1962] 2 WLR 575, 633, CCA, por Lord Devlin (‘[O] princípio do *stare decisis* ... não se aplica apenas a boas decisões; se o fizesse, não teria valor nem significado’); [tradução livre]. (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2008. p. 3.)

³⁶⁸ ‘Parece haver uma verdadeira fetichização por parcela de nossa doutrina em relação ao *common law*, de modo que diversas reformas legislativas ou teorias são justificadas sob o argumento de que elas seriam oriundas do *common law*’. (ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. 2012. n.p.)

Todavia, uma análise mais profunda e detida da questão demonstra diferenças substanciais no tocante à sumula vinculante e ao *stare decisis*, cumprindo destacar a este respeito:

Com a instituição da súmula vinculante no Brasil, tem sido comum associá-la ao *stare decisis*, como se fosse instrumento análogo ao precedente norte-americano. A súmula vinculante, instituto do *civil law*, distingue-se dos *precedents* do *common law*, precisamente porque o sistema do *stare decisis* é um dos elementos substanciais aptos a estabelecer diferença entre o *civil law* e o *common law*. No nosso sistema (*civil law*) vigora a primazia da lei, sendo dela que o juiz, fundamentadamente, extrai os princípios necessários para a solução da causa.³⁶⁹

Com relação às sumulas vinculantes, Streck foi um dos primeiros a apontar as incongruências entre a tentativa de equiparação entre sumulas — vinculantes ou não — a precedentes. Nesse sentido, pela pertinência cumpre citar textualmente:

As súmulas, sejam “comuns” ou vinculantes, não podem ser consideradas precedentes stricto sensu, por várias razões. Talvez a principal delas é porque o texto é diferente da norma. Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar uma norma. Talvez por isso as súmulas vinculantes (SV) representem uma contradição do sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação das SV. São, pois, “quase ordenanças” com valor de lei. Agregue-se que há uma diferença entre caso julgado, precedente e súmulas (ou enunciados jurisprudenciais, que é o que são, em síntese, as súmulas). Também não devemos fazer confusões com o common law. A regra do precedente (ou *stare decisis*) se explica pelo adágio *stare decisis et non quieta movere*, que quer dizer continuar com as coisas decididas e não mover as “coisas quietas”. O precedente possui uma holding, que irradia o efeito vinculante para todo o sistema. Isso não está na Constituição, nem na lei, e, sim, na tradição. Para a vinculação, a matéria (o caso) deve ser similar. A aplicação não se dá automaticamente. Nesse sistema, sempre se deve examinar se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou tão somente um dictum. Portanto, também nos EUA — e não poderia ser diferente — texto e norma não são a mesma coisa. De todo modo, vai uma advertência: como venho sustentando, as súmulas não são um problema ou um “mal em si”. Podem ser importantes para colocar o “selo jurídico” em conquistas hermenêuticas. Também podem contribuir para a formação de uma cultura jurídica que respeite a integridade do direito. Na verdade, quem transforma a SV em um “mal em si” são as suas equivocadas compreensão e aplicação. Explico: pensa-se, cada vez mais, que, com a edição de uma súmula, o enunciado se autonomiza da faticidade que lhe deu origem. É como se, na própria common law, a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da “questão de fato” (v.g., por todos, Neil McCormick). Se isso é crível, então realmente a súmula e qualquer enunciado ou verbete (e como gostamos de verbetes, não?) será um problema. E dos grandes. E como respondo a isso? Com uma “exigência hermenêutica” que se traduz na frase de Gadamer: só podemos

³⁶⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal (LGL\1988\3) comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 665-666.

"compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido".³⁷⁰

Não obstante, desde aquele momento, se passou a defender e justificar variadas teses ao mesmo tempo - ainda que estas fossem contraditórias entre si — como por exemplo: a atribuição de efeito vinculante às decisões dos demais tribunais superiores, o atributo de conferir efeito vinculante à motivação adotada pelas decisões dos tribunais superiores, a equiparação de efeito erga omnes em vista do efeito vinculante, a objetivação do controle difuso de constitucionalidade.³⁷¹

Todavia, ao se considerar a tradição da *common law*, a doutrina dos precedentes e o *stare decisis*, verifica-se que não é possível que se pretenda a instituição de tais mecanismos no Brasil simplesmente por intermédio de alterações legislativas e pela atuação avocatória de autoridade dos tribunais, uma vez que uma cultura não pode ser construída de maneira artificial.

Isso se deve ao fato de que a doutrina do precedente enquanto pilar central do sistema jurídico dos países filiados à tradição do *common law* não foi construída em um dia. Ao contrário, estes preceitos são decorrentes do próprio desenvolvimento histórico desta tradição e de suas comunidades,³⁷² de forma que nestes países o respeito ao precedente é devido a despeito de qualquer imposição legal ou constitucional,³⁷³ porquanto a sua adoção encontra-se imbricada à própria cultura jurídica daquele anglo-saxônica.³⁷⁴

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim aponta que o sentido e a função dos precedentes nos países da tradição da *common law* se revela muito mais próximo

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³⁷¹ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico] In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. 2012. n.p.

³⁷² De fato, a construção do que se entende por *common law* remonta ao próprio processo de afirmação da Inglaterra enquanto um Estado unificado, em um momento de instabilidade dinástica, sendo o Rei Henrique II considerado o "pai" do *common law*. (BRAND, Paul. Henry II and the Creation of the English Common Law. In: HARPER-BILL Christopher; VINCENT Nicholas. eds. **Henry II: New Interpretations**. Boydell & Brewer; 2007, *passim*.)

³⁷³ 'Confesso ter ficado surpreso ao constar que no *common law* os juízes não são obrigados por lei (entenda-se, norma legislada), a seguir decisões precedentes. Isto é, não são forçados a adotar determinado entendimento, em razão da expectativa de virem a suportar uma sanção. Não costuma haver regras legisladas a respeito da obediência a precedentes'. (ARAGÃO SANTOS, Evaristo. Por que os juízes (no *common law!*) se sentem obrigados a seguir precedentes? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. 2012. n.p.)

³⁷⁴ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico] coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2012. n.p.

do posto que a lei ocupa nos países da tradição da *civil law*, do que propriamente da posição ocupada pelas decisões judiciais emanadas das cortes na tradição romano-germânica. Isto se dá porque nos países da *common law* os precedentes encarnam o papel de principal diretiva de conduta dos cidadãos, orientação que de maneira correlata é executada na *civil law* pela própria legislação escrita.³⁷⁵

Por conseguinte, a sistemática dos precedentes no *common law* não trata apenas da singela reprodução destes precedentes de maneira autômata e destituída de reflexão e crítica. Em verdade, nestes países os precedentes também precisam ser interpretados. Um precedente é firmado não a partir de seu julgamento, mas de sua reafirmação e reinterpretação tanto pelo tribunal do qual ele originou quanto pelos demais tribunais a ele submetidos.³⁷⁶

Segundo preconiza Abboud, a doutrina dos precedentes é produto da evolução histórica da filosofia da *common law*, amparada na primazia do caso concreto e na dimensão histórica da fenomenologia jurídica. Essa linha judicial, é moldada a partir da aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, sendo este o fundamento de existência e validade destas regras ou princípios jurídicos aplicados.³⁷⁷

Portanto, conforme este autor, nos países do *common law*, o sistema de precedentes e as decisões proferidas pelos tribunais não se apresentam como simples exemplos da aplicação de regras e princípios, mas são a prova de existência destes dentro da sociedade e sua recepção por parte do Judiciário, de maneira que o juiz do *common law* tem a obrigação de encontrar o direito na análise do caso concreto e declará-lo.³⁷⁸

Nesse sentido, no sistema de precedentes da *common law*, o que forma o precedente não é a simples reprodução da decisão anteriormente proferida pelo

³⁷⁵ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law.** Revista dos Tribunais, n. 893, n. 1, p. 34, São Paulo: Ed. RT, mar. 2010.

³⁷⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law.** Revista dos Tribunais, n. 893, n. 1, p. 34, São Paulo: Ed. RT, mar. 2010.

³⁷⁷ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico] coord. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. 2012. n.p.

³⁷⁸ ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico] In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico]. 2012. n.p..

tribunal, senão a identificação de sua *ratio decidendi*³⁷⁹ e a sua reafirmação em julgamentos futuros pelos tribunais.

Conforme ensina Rupert Cross, na tradição do *common law*, a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito expressamente ou implicitamente tratada pelo juiz, como passo necessário para chegar à solução do caso concreto, concernindo a linha de raciocínio adotada por ele ou a parte necessária da direção ao júri.³⁸⁰

Portanto, aqueles elementos que integram a decisão, mas que não são determinantes para o seu resultado - não constituindo como proposição necessária e indispensável para a sua solução - são chamados de *obter dictum*. Tais proposições não possuem o condão de vincular os demais tribunais, mas devem ser analisados sempre em face da *ratio decidendi*. Desta forma, os *obter dicta* são os fatos ou motivações dos julgadores que de maneira indireta contribuíram para que se chegasse ao raciocínio derradeiro do julgado.³⁸¹

Na tradição do *common law*, o respeito ao precedente judicial é, acima de tudo, um imperativo de ordem moral para os juízes e, também, para os advogados, possibilitando que o sistema opere de maneira estável, previsível e isonômica a despeito do que qualquer lei imponha ao magistrado. De maneira que Neil Duxbury, ao analisar o precedente na tradição do *common law*, afirma que estes possuem força e são respeitados, sobretudo porque respeitá-los é algo fundamentalmente correto.³⁸²

No mesmo sentido é a proposição de Raphael A. Akanmidu, ao assinalar que o precedente, na tradição do *common law*, é um instrumento de ordem moral responsável por moldar o caráter geral do sistema judiciário, controlando a índole e o temperamento do juiz individual.³⁸³

Assim, remetendo ao que foi referido no subcapítulo anterior, a utilização dos precedentes pelos tribunais brasileiros e as referências formuladas a

³⁷⁹ Na Inglaterra a expressão “*ratio decidendi*” é mais tradicional, sendo ainda expressão “rule” utilizada de maneira contemporânea (ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 23.), nos Estados Unidos da América, a expressão “holding” é a mais usual.

³⁸⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law**. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 77.

³⁸¹ ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 23.

³⁸² DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2008. p. 13.

³⁸³ AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law. **Ratio Juris**. N. 14. p. 244-251. p.1.

“precedentes” de maneira indiscriminada, sem a utilização de critérios ou mesmo de uma adequada teoria capaz de identificar o que é efetivamente um precedente — afinal nos países do *common law*, ainda hoje, uma das principais discussões ainda é sobre “como” identificar adequadamente a *ratio decidendi* de um precedente³⁸⁴ — se mostra mais como um argumento retórico (*target effect*) ou um “ornamento” em uma decisão, do que efetivamente um fundamento.

Dessa forma, essa referência retórica aos precedentes e uma suposta aproximação do *civil law* e o *common law*, defendida por autores como os já citados Marinoni e Mitidiero,³⁸⁵ não encontra eco na doutrina do precedente, legítima do *common law*, e muito menos nesta tradição jurídica. Conforme visto, o precedente judicial da *common law* em nada se mostra semelhante aos supostos “precedentes vinculantes” ou ao instituto das súmulas vinculantes.³⁸⁶

Neste sentido, conforme aponta Streck acerca da impossibilidade de aplicação destas teses oriundas da *common law*, referindo à inexistência de guarda constitucional ou dogmática destas afirmações:

[...] Tive a pachorra de recorrer a todo CPC para ver se encontrava guarda dogmática para teses *commonistas* e/ou defensores de Cortes de Precedentes e/ou defensores de que as Cortes de Vértice emitam teses gerais e abstratas (ou contendo os casos pré-interpretados). Não é difícil demonstrar que essas teses não somente não encontram guarda na teoria do Direito como na própria dogmática.³⁸⁷

De fato, ao analisar a questão referente ao papel que as sumulas, teses e os “precedentes” ocupam no Direito brasileiro contemporâneo, Streck assinala que estes além de nada terem a ver com o legitimo precedente do *common law*, na verdade se aproximam muito mais do instituto dos assentos que existia no âmbito do Direito português³⁸⁸ — de nossa tradição do *civil law* e umbilicalmente ligado à

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 351.

³⁸⁵ Ou ainda que o Brasil estaria atualmente vinculado a uma terceira tradição jurídica única denominada de “*brazillian law*” conforme defende Freddie Didier Jr. (DIDIER JR., Freddie **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 60.)

³⁸⁶ CARVAZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. **Revista de Processo**. vol. 231, 2014. p. 321 — 345. Maio 2014, *passim*.

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Precentes judiciais e hermêneutica** — Salvador: Editora JuspPodium, 2018. p. 20.

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? **Revista Jurídica — UNICURITIBA**, Curitiba, v. 01, n. 54, p. 317-341, 2019, *passim*.

construção do Direito brasileiro — e que foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão n. 810/93.³⁸⁹

Quando os Tribunal Constitucional de Portugal declarou a inconstitucionalidade dos assentos, o julgamento se fundamentou nos ensinamentos de Antonio Castanheira Neves para asseverar que os assentos não tinham um caráter simplesmente interpretativo da legislação, mas possuíam originalidade em razão das seguintes características: eram emitidos por órgão do Poder Judiciário; no exercício da atividade jurisdicional, na análise de um caso concreto; acabam por ultrapassar a atividade meramente jurisdicional, ao passo em que constituem os assentos normas jurídicas de aplicação geral e futura, para além da solução de um caso concreto.³⁹⁰

4.6.3 A força reverberante de um verdadeiro precedente: o caso *Pearce v. Brooks*

Nos últimos dois subcapítulos, nos dedicamos a demonstrar a doutrina do precedente no *common law* e o “precedentalismo à brasileira” não possuem em nada em comum. Enquanto o primeiro é fruto de uma tradição orgânica construída ao longo de mais de um milênio nos países anglo-saxônicos, o segundo é produto do realismo jurídico, de recepções teóricas equivocadas e de uma tentativa de seu uso político como ferramenta de afirmação de autoridade do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

Para que seja possível compreender como efetivamente se constrói um precedente no *common law*, efetivamente a melhor maneira é observar um caso concreto sobre o qual se consegue observar suas origens implicações e como, ainda hoje, gera repercussões. O caso em questão é referido por Streck como exemplo de um precedente e o que efetivamente vincula o julgador.³⁹¹

O caso em questão, como é de praxe nos países do *common law*, leva os nomes dos envolvidos, sendo conhecido como *Pearce v. Brooks*³⁹² e diz respeito a um fato ocorrido na Inglaterra, no ano de 1865, em que uma prostituta (Brooks),

³⁸⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 810/93. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>. Acesso em: 23 jan. 2025.

³⁹⁰ NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 4-5.

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Por que os “precedentes” não são obedecidos?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-13/por-que-os-precedentes-nao-sao-obedecidos/>. Acesso em: 23 jan. 2025.

³⁹² INGLATERRA. *Pearce v. Brooks*, 1866, LR 1 Ex 213.

encomendou uma carruagem de um artesão (Pearce), para que pudesse desfilar pelas ruas e atrair uma possível clientela.

Conforme consta na declaração de fatos do caso, Brooks encontrou com Pearce em *Cremorne Gardens* — um *pleasure garden* da Era Vitoriana que a esta altura já havia se tornado ponto frequente de prostituição³⁹³ — acompanhada de outra mulher em ‘circunstâncias que foram devidamente calculadas para indicar o seu caráter’.³⁹⁴

Após o encontro com o artesão, Brooks encomendou uma pequena carruagem que deveria ser construída de maneira similar a que havia sido feita para uma terceira mulher ‘da mesma estirpe’³⁹⁵; consta ainda que Brooks era praticamente analfabeta e mal conseguiu assinar o contrato³⁹⁶.

O acordado entre as partes foi que a carruagem seria construída conforme as especificações de Brooks,³⁹⁷ a carruagem seria cedida inicialmente em aluguel, com o pagamento de 50 libras em prestações sucessivas, em no máximo 12 meses, podendo o contrato ser quitado a qualquer momento para aquisição definitiva; caso a carruagem fosse devolvida antes que um segundo pagamento fosse realizado, deveria ser paga uma multa no valor de 15 guineas (uma soma bastante considerável para a época), além do valor dos danos que não fossem típicos de uso.³⁹⁸

Após o pagamento da primeira prestação e a entrega da carruagem, quando chegou o momento de pagar a segunda parcela acordada, Brooks se recusou a honrar o compromisso e, conforme a cláusula que constava no contrato teve que devolver a carruagem ao construtor. Quando recebeu a carruagem de volta Pearce ficou indignado: não apenas o pagamento não havia sido cumprido, como a carruagem havia sido devolvida muito danificada. Inconformado com prejuízo que havia sofrido, Pearce resolveu ingressar com uma ação buscando o reparo dos danos sofridos.

³⁹³ VICTORIANWEB. **Cremorne Gardens:** Gardens: Its History Between 1845 and 1877. Disponível em: <https://victorianweb.org/history/london/cremorne.html>.

³⁹⁴ TEH, E. **History and Sources of the Common Law**. v. 87, p. 1318—1338, [s.d.];

³⁹⁵ TEH, E. **History and Sources of the Common Law**. v. 87, p. 1318—1338, [s.d.]

³⁹⁶ TEH, E. **History and Sources of the Common Law**. v. 87, p. 1318—1338, [s.d.];

³⁹⁷ Fontes contemporâneas dizem que a carruagem foi arquitetada “de maneira curiosa” (*curiously constructed*) com o propósito específico de chamar a atenção de possíveis clientes. (BEALE, H. G. et al. **Cases, materials and text on contract law**. Oxford ; Portland (Or.): Hart Publ. Copyright, 2019.)

³⁹⁸ DLS. **Pearce v Brooks**: 1866. Disponível em: <https://swarb.co.uk/pearce-v-brooks-1866/>.

Antes de adentrarmos na ação específica proposta por Pearce, é necessário observar como funcionava o sistema judicial da Inglaterra Vitoriana, uma vez que este difere substancialmente do modelo contemporâneo do Reino Unido.

Naquela época o sistema judicial inglês já vinha passando por reformas que perdurariam até o final dos anos 1890, visando tornar este mais simples e funcional, observado que, frente à expansão dos territórios britânicos, havia se instaurado uma multiplicidade de jurisdições que confundiam os súditos do reino.

Havia naquele momento três cortes dedicadas ao *common law*: *Queen's Bench* dedicada a matéria criminal e qualquer ofensa à paz; *Common Pleas*, dedicada aos litígios civis entre comuns, e a *Court of Exchequer*, uma corte que tratava preponderantemente de litígios de natureza comercial e funcionava como grau recursal das decisões da *Queen's Bench*. Cada corte era composta por um *chief justice* e três *puisne judges* (juízes condecorados com o título de *Knight* e no caso da *Exchequer, Baron*); abaixo dessas cortes havia juízes comissionados (*assizes at nisi prius*) e juris a depender da matéria tratada; em casos muito específicos era possível apelar da decisão da *Chamber of Exchequer* para a *House of Lords*, composta pelos *Law Lords*, juízes nobres de maior experiência e distinção.³⁹⁹

Havia ainda uma *court of equity*, a *Court of Chancery*, que atuava com base em princípios de equidade, derivados diretamente da autoridade do monarca, “*a fonte suprema da justiça*”; esta era composta apenas pelo *Lord Chancellor* e seu *Master of the Rolls*, responsáveis por revisar petições diretas ao monarca, que diziam respeito a fundos de bens, propriedade de terras, curatela de “lunáticos” e guarda de menores. Ao contrário das cortes de *common law*, a *court of equity*, via-de-regra não ordenava pagamentos, mas sim *injunctions* (ordens de fazer ou não fazer) cujo descumprimento ensejava prisão por *contempt* (desprezo)⁴⁰⁰.

Dada a natureza comercial da negociação entre Pearce e Brooks, a demanda foi apresentada no primeiro grau da *Court of Exchequer*: uma ação de cobrança que compreendia o valor da carruagem, 50 libras, mais 15 guineas da clausula penal, além da compensação pelos danos sofridos.

³⁹⁹ CORNISH, W. R. et al. **Law and society in England : 1750-1950**. Oxford ; Chicago, Illinois: Hart, 2019, *passim*.

⁴⁰⁰ CORNISH, W. R. et al. **Law and society in England : 1750-1950**. Oxford ; Chicago, Illinois: Hart, 2019, *passim*.

O caso foi levado para julgamento perante o júri, sob a presidência do Barão Bramwell, que submeteu duas questões aos jurados: a ré adquiriu a carroagem para o seu propósito de prostituição? Se sim, o requerente sabia para qual propósito a carroagem havia sido adquirida? O júri entendeu que a carroagem fora utilizada como parte da exibição da ré para atrair homens e que o autor sabia que esta foi fornecida para que assim fosse utilizada, razão pela qual o juiz presidente julgou em favor da ré.

Embora o valor do contrato tenha sido considerado não exigível, foi inicialmente concedida uma permissão para que o requerente fosse adiante com o pedido referente à multa, razão pela qual o processo foi levado à *Chamber of Exchequer*.

A pretensão do requerente não estava completamente desprovida de fundamentos, em suas razões Pearce sustentou que não havia evidências concretas que ele sabia qual seria o intento de uso da carroagem; e que se havia a expectativa de ser pago a partir dos proventos oriundos da prostituição da ré, esta era uma alegação material que não havia sido provada, o que diferenciava do precedente estabelecido em *Bowry v. Bennet*.⁴⁰¹

A ação de Pearce foi fulminada pela corte pelos seguintes fundamentos: ainda que não houvesse provas de que ele buscava lucrar a partir dos proventos oriundos da prostituição da ré, o júri concluiu que ele sabia que ela era uma prostituta e forneceu a ela a carroagem sabendo que esta seria, e efetivamente foi utilizada como parte de sua exibição para atrair homens. Portanto, o contrato era nulo e dele não derivava direito de ação.

A posição do tribunal foi capitaneada pelo *Chief Baron Pollock* que referiu:

Sempre considerei como lei estabelecida que qualquer pessoa que contribua para a prática de um ato ilegal, fornecendo uma coisa com o conhecimento de que será utilizada para esse fim, não pode recuperar o preço que por ela foi pago. Se, para negar essa possibilidade, alguma vez se considerou necessário que o preço fosse negociado ou esperado que fosse pago a partir dos frutos do ato ilegal [...], essa proposição [...] deixou de ser a lei. (tradução livre)⁴⁰²

⁴⁰¹ Roupas vendidas para uma prostituta com intento de que fossem usadas no seu trabalho e que seriam pagas por meio dos proventos oriundos de sua prostituição (INGLATERRA. *Bowry v. Bennet* (1808) 1 Camp 348)

⁴⁰² INGLATERRA. *Pearce v. Brooks*, 1866, LR 1 Ex 213.

O Barão trouxe ainda uma referência importante sobre a impossibilidade de cisão entre ilegalidade e imoralidade:

Não pode ser feita qualquer distinção entre um propósito ilegal e um propósito imoral; a regra aplicável à questão é *ex turpi causa non oritur actio*, e quer se trate de um fim imoral ou ilegal em que os demandantes tenham participado, enquadra-se igualmente nos termos dessa máxima, e o efeito é o mesmo: nenhum direito de ação pode surgir de um ou de outro. (tradução livre)⁴⁰³

No mesmo sentido foi a fala do Barão Martin, que apontou a desnecessidade de que fosse provado a expectativa de pagamento a partir de proventos de origem ilegal:

A petição afirma primeiro o fato de a ré ser, [...], uma prostituta; segundo, que a carruagem foi fornecida para permitir-lhe exercer a sua vocação imoral; terceiro, que os demandantes esperavam ser pagos com os ganhos de sua prostituição. Na minha opinião, isto já seria suficiente, mesmo que se retire o terceiro ponto. [Se] há provas de que a carruagem foi, [...], adquirida para fins de exibição para auxiliar a ré em sua ocupação imoral, o mérito está comprovado, e o contrato era ilegal. (tradução livre)

Por sua vez o Barão Pigot afirmou que '*[...] se uma mulher, que é conhecida por ser prostituta, quer uma carruagem ornamentada, não há dúvida de para que finalidade ela a necessita. Então o princípio da lei expresso na máxima que meu Senhor citou rege o caso*' (tradução livre).⁴⁰⁴

Por final o Barão Bramwell, que havia presidido o júri na origem, concordou com os demais e assentou:

[...]O único fato realmente em disputa é para que propósito o contrato foi firmado, e se para um propósito imoral, os demandantes sabiam disso? No julgamento duvidei se havia provas, mas, pelas razões já expostas, penso que o júri tinha o direito de inferir, como o fez, que foi contratado para com o propósito de sua exibição, isto é, com o propósito de permitir que a ré prosseguisse sua vocação, e que o requerente sabia disso. (tradução livre)⁴⁰⁵

Pearce v. Brooks permanece sendo emblemático no âmbito do *common law* e é citado em decisões de diversos tribunais, sendo referenciado não só no Reino Unido, mas em outros países da *Commonwealth*, como Canadá (*Minnie Nakata v. The Dominion Fire Insurance Co.* [1915]), Austrália (*Andrews v Parker* [1973]), Índia

⁴⁰³ INGLATERRA. *Pearce v. Brooks*, 1866, LR 1 Ex 213.

⁴⁰⁴ INGLATERRA. *Pearce v. Brooks*, 1866, LR 1 Ex 213.

⁴⁰⁵ INGLATERRA. *Pearce v. Brooks*, 1866, LR 1 Ex 213.

(Pranballav Saha V Tulsibala Dassi [1958]) e no território de Hong Kong (Chuang Yue Chien Eugene v Ho Yau Kwong Kevin [2002]).

O caso foi responsável por uma guinada em relação a *Holman v. Johnson* (1775)⁴⁰⁶ ao estabelecer a desnecessidade de envolvimento direto do vendedor na ilegalidade perpetrada para tornar o contrato nulo e inexigível.

No âmbito do direito contratual, *Pearce v. Brooks* estabeleceu a impossibilidade de se fazer uma distinção entre a imoralidade do objeto de um contrato e sua ilegalidade, sendo referência neste sentido.⁴⁰⁷

Deve ser observado, todavia, que a moralidade nele referida é moralidade pública e as ideias do que é imoral mudam com o tempo. Um comportamento que seria considerado imoral há 20 anos pode ser tolerado ou até mesmo endossado pela lei atualmente.⁴⁰⁸

No âmbito do direito processual foi responsável por sedimentar a aplicação do princípio *ex turpi causa non oritur actio* que havia sido inicialmente estabelecido por *Holman v. Johnson*. Tal princípio tem como pressuposto que o Estado não pode servir de instrumento para obtenção de vantagens oriundas de contratos ilegais; o objetivo da lei é dissuadir as partes de entrarem em transações deste tipo. Ao assentar a impossibilidade de cisão entre imoralidade e ilegalidade, reforça o dever de cuidado.

A doutrina permaneceu hígida na Inglaterra por mais de 100 anos, sendo recorrentemente aplicada. No ano de 1994 ao julgar o caso *Tinsley v. Milligan*, a *House of Lords* formulou um novo princípio que visava tornar a sua aplicação meramente mecânica: se o direito de ação estivesse diretamente vinculado à ilegalidade este era vedado, caso contrário este seria permitido. A decisão foi criticada por gerar decisões arbitrárias.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Um comerciante vendeu e entregou em Dunkirk (França) uma quantidade de chá ao réu sabendo que este pretendia contrabandear para a Inglaterra (sem pagar o imposto). O autor moveu uma ação contra o réu para recuperação do valor do chá. O Tribunal da *King's Bench* decidiu em favor do autor referindo que o objeto do contrato se esgotou fora da Inglaterra e que ele não colaborou para o contrabando (INGLATERRA. *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341)

⁴⁰⁷ MARSH, S.B; SOULSBY, J. **Business Law**. 8th edition, Nelson: Cheltenham, 1998. p. 237-238

⁴⁰⁸ BEALE, H. G. et al. **Cases, materials and text on contract law**. Oxford ; Portland (Or.): Hart Publ. Copyright, 2019. p. 668.

⁴⁰⁹ **LEGAL 500. The Defence of Illegality — “Ex turpi causa non oritur actio” — The Cyprus Approach — Legal Developments.** Disponível em: <https://www.legal500.com/developments/thought-leadership/the-defence-of-illegality-ex-turpi-causa-non-oritur-actio-the-cyprus-approach/>.

Neste ponto vale dizer que o que a *House of Lords* buscou fazer no caso *Tinsley v. Milligan* — criar uma regra *pro futuro* — é muito semelhante ao que é defendido pelo “precedentalismo à brasileira”.

Ao longo deste mais de um século de aplicação recorrente do precedente de *Pearce v. Brooks*, um dos principais esforços realizados por parte dos advogados era o de tentar demonstrar a existência de uma diferença fundamental entre o seu caso e *Pearce v. Brooks* e realizar o *distinguishing* entre os casos. Cansada de se deparar com a mesma questão de maneira recorrente a *House of Lords* buscou a criação de uma regra previa a ser aplicada pelos demais tribunais.

Em 2016, já sob égide da Suprema Corte do Reino Unido, ao julgar o caso *Patel v. Mirza* o teste estabelecido por *Tinsley v. Milligan* foi objeto de *overruling*. O motivo? Ao estabelecer um teste arbitrário baseado em uma previsão geral expressa em “norma” que deixava de considerar o caso concreto a decisão da *House of Lords* havia violado a coerência e a integridade do Direito.⁴¹⁰

A Suprema Corte então estabeleceu um novo teste que deveria ser aplicado caso a caso para que se obtivesse uma resposta: qual o propósito da proibição que foi violada? Quais outras proibições seriam afetadas? E, por fim, essa medida é proporcional?⁴¹¹

Assim, de fato, este caso exemplifica a forma como um precedente é formado no *common law* e ao analisa-lo é possível perceber claramente as diferenças entre esta tradição e “precedentalismo à brasileira”: trata-se de uma construção de anos, que vai sendo assentada a partir de sua aplicação, não baseada em uma autoridade imposta, mas sim da aceitação de sua *ratio* e de seu confronto ao caso concreto; isso faz com que nem mesmo haja necessidade de uma vinculação obrigatória do Tribunal que analisa o caso com aquele da onde surgiu o precedente.

Por final, destacasse que neste caso específico houve a tentativa de uma construção de um precedente *pro futuro* que foi objeto de veemente crítica e de extirpação do sistema porque um precedente não pode estar voltado aos casos que ainda não aconteceram.

Feitas essas considerações, sobre aquelas que podem ser apontadas como algumas das questões críticas enfrentadas pela jurisdição constitucional brasileira

⁴¹⁰ INGLATERRA. *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42 (20 July 2016)

⁴¹¹ INGLATERRA. *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42 (20 July 2016)

contemporânea, conforme apontadas pela Crítica Hermenêutica do Direito. Entendemos que são estes os elementos que são os responsáveis pela hipertrofia judicial no Brasil: 1) condições de gênese do modelo de jurisdição constitucional brasileiro; 2) o triunfo do realismo jurídico como teoria dominante no Brasil; 3) o tensionamento constante entre Direito e Política; 4) a incapacidade do senso comum teórico em diferenciar judicialização da política e ativismo judicial; 5) as recepções teóricas equivocadas que são realizadas tendo por base (e meio) o protagonismo judicial.

Assim, agora passaremos a tratar daquele que é objeto central desta tese, e um efetivo produto de todos estes pontos críticos que foram levantados até o presente momento.

5. A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS DESDOBRAMENTOS

Conforme apresentado na primeira seção deste trabalho, coexistem no Brasil duas formas de controle judicial de constitucionalidade previstas na Constituição, compondo um modelo híbrido. Assim, cada um destes tipos de controle de constitucionalidade possui suas particularidades, sendo desejável que esse sistema híbrido funcione de maneira coerente para que seja possível a apropriada tutela da constitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais.

Dentre as características que distinguem os dois modelos de controle de constitucionalidade, destaca-se a distinção dos efeitos produzidos pelas decisões proferidas em sede de controle difuso e em sede de controle concentrado.

No que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal possuem efeito *erga omnes*, enquanto no controle difuso de constitucionalidade, suas decisões, por regra, possuem efeito *inter partes*, podendo ser concedido o efeito *erga omnes* na forma do art. 52, X da Constituição Federal, mediante a remessa ao Senado Federal para que seja editada medida suspendendo a aplicação de dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a existência desta previsão constitucional, que deveria ser responsável por diferenciar fundamentalmente uma decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade e o controle abstrato de constitucionalidade, esta diferenciação vem sendo erodida ao longo dos anos pela atuação do Supremo Tribunal Federal.

Tal fato se deu porque o Supremo Tribunal Federal, de maneira discricionária, deixou de remeter todas as decisões em que eram declaradas inconstitucionalidade de dispositivos legais, limitando-se a remeter aquelas decisões que julgava relevantes, deixando as demais limitadas aos efeitos *inter partes*, típicos do controle difuso de constitucionalidade.⁴¹²

Mesmo com estas ressalvas, o texto constitucional se mostrava inequívoco do ponto de vista de sua redação. Porém, ao apreciar a Reclamação 4.335/AC, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal foi levantada a possibilidade de equiparar os efeitos do regime de controle difuso aos do controle concentrado, possibilitando a

⁴¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 186.

atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso, dispensando-se a participação do Senado Federal ou transformando-o em uma espécie de '*diário oficial do Supremo Tribunal Federal*'.⁴¹³

Para tanto, ministros do Supremo Tribunal Federal lançaram mão da tese de que haveria ocorrido uma mutação constitucional no artigo 52, X da Constituição Federal pela qual, embora o texto constitucional permanecesse inalterado, o sentido da norma dele extraído havia sido modificado, não sendo mais necessária a participação do Senado Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.

Todavia, conforme veremos a seguir a mutação constitucional não se trata de uma tese amplamente aceita em sua origem, tendo sua gênese em um contexto de crise na Alemanha do final do Século XIX, completamente dissociado da concepção esposada pelo nossa Constituição de democracia e dos fins pretendidos com a manutenção de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade.

5.1 Surgimento teórico: a mutação constitucional dentro do complexo contexto do Direito Público alemão do final do século XIX e começo do século XX

A questão referente à mutação constitucional se revela fundamental para o objeto da presente tese porque é através dela que o Supremo Tribunal Federal tem buscado afirmar a existência de uma abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Brasil e de assegurar seu monopólio sobre a definição da abrangência normativa da própria Constituição.

Com efeito, de plano, podemos afirmar que se trata de mais uma recepção teórica equivocada realizada no Brasil, operada pelo Supremo Tribunal Federal com o início do julgamento da Reclamação 4.335/AC, em que o Ministro Gilmar Mendes invocou a existência de uma mutação constitucional para justificar que não seria mais necessária a remessa de decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade ao Senado Federal para que emitisse resolução suspendendo o dispositivo legal que havia sido reputado inconstitucional, para que este fosse considerado extirpado do ordenamento jurídico.

Todavia, conforme veremos em subcapítulo próprio a seguir, o caso concreto da Reclamação 4.335/AC possui peculiaridades relevantes e deteve um desfecho de

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. *in* LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República:** judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book (não paginado).

certa forma inesperado quando as primeiras análises sobre os impactos da manifestação do Supremo sobre a mutação constitucional foram formuladas.⁴¹⁴

Sobre uma conceituação dogmática acerca do que vem a ser a mutação constitucional, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, uma mutação constitucional pode ser caracterizada como a ‘*modificação inovadora e informal do sentido das normas da Constituição registada à margem de um processo de revisão constitucional*’.⁴¹⁵

Portanto, a tese da mutação constitucional surge buscando uma “solução” para um suposto hiato entre o texto constitucional e a realidade social, exigindo uma “jurisprudência corretiva”. Nesta senda, as mutações constitucionais seriam reformas informais e mudanças constitucionais empreendidas em benefício de uma alegada interpretação evolutiva do seu texto.⁴¹⁶

Todavia, não obstante essa tese tenha sido apresentada no Supremo Tribunal Federal como fato e algo amplamente aceito, em verdade o que temos é uma tese vastamente controversa e que tem origens em um momento de instabilidade vivido pela Alemanha do final do século XIX e começo do século XX e de um cenário de crise do positivismo jurídico legalista que por lá imperava até aquele momento.⁴¹⁷

De fato, a discussão sobre a possibilidade de mudanças informais na Constituição emerge na doutrina alemã motivada pelo cenário de instabilidade política vivido no Império Alemão sob a vigência da Constituição de 1871 (*Bismarcksche Reichsverfassung*).⁴¹⁸

Nesse período, marcado pela predominância de uma abordagem dogmática do direito público e pela visão da Constituição como um instrumento meramente normativo, cunhou-se o conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandlung*).

⁴¹⁴ Vide: STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, n.7, 45–68.

⁴¹⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos. *in* MENDES, Gilmar Ferreira; BLANCO DE MORAIS (coord.) **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 49.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *in* LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book. N.P.

⁴¹⁷ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 15.

⁴¹⁸ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 86.

Esse termo descreve um processo em que o significado ou a interpretação da Constituição se altera sem que haja modificações em seu texto formal.⁴¹⁹

5.1.1 A mutação constitucional para Paul Laband

O contexto do surgimento do conceito de mutações constitucionais está diretamente ligado ao período da unificação alemã, ocorrida em 1871, em que o país adotou uma Constituição que procurava conciliar a complexa dinâmica entre os diversos Estados-membros do Império ao mesmo tempo em que buscava a manutenção da hegemonia prussiana. A Constituição de 1871 preservou muitos elementos da Constituição Prussiana de 1850, incluindo o princípio monárquico, que colocava o monarca no centro do poder estatal.⁴²⁰

Assim, foi dentro desta conjuntura que surgiram as primeiras formulações teóricas sobre mutações constitucionais; a primeira delas realizada por Paul Laband, originalmente em 1895, quando buscou construir uma teoria que fosse capaz de conformar aquela Constituição que vigia no Império Alemão e o poder que era conferido ao *Kaiser*.⁴²¹

Laband, enquanto parte da Escola Alemã de Direito Público⁴²² defendia uma abordagem "científica" do Direito — positivista - que deveria estar apartada de elementos da política, da história e da filosofia. Laband advogava que o Direito deveria estar fechado em si próprio e deveria ser analisado sob uma perspectiva estritamente lógico-gramatical, sem a influência de atores externos.⁴²³

Portanto, Laband rejeitava de maneira veemente a possibilidade de exercício controle de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, observado que, sob

⁴¹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 2.

⁴²⁰ CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German Constitutional Law: the Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. London: Duke University Press, 1997. p. 17 e seguintes.

⁴²¹ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 95.

⁴²² JOUANJAN, Olivier. **Une Histoire de la Pensée Juridique em Allemagne (1800-1918): Idéaclisme et Conceptualismo chez les Juristes Allemands du XIXe Siècle**. Paris: PUF, 2005. p. 189-190.

⁴²³ JOUANJAN, Olivier. **Une Histoire de la Pensée Juridique em Allemagne (1800-1918): Idéaclisme et Conceptualismo chez les Juristes Allemands du XIXe Siècle**. Paris: PUF, 2005. 192-193.

sua perspectiva, o papel do Judiciário deveria estar restrito à uma atividade mecânica, desprovida de juízos de valor, de mera aplicação do direito posto ao caso concreto.⁴²⁴ Laband considerava que o exercício de controle de constitucionalidade por parte do Judiciário levaria à produção de decisões judiciais baseadas em critérios de ordem política, o que ele julgava inadmissível.⁴²⁵

Assim, buscando realizar a conformação entre a realidade material vivenciada pelo Império Alemão naquele momento e as previsões constitucionais existentes que Paul Laband buscou realizar uma distinção entre reforma constitucional (*Verfassungsänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*). Enquanto a reforma constitucional envolve mudanças formais no texto da Constituição, operadas pelas vias tradicionais, a mutação constitucional seria o produto de alterações informais que aconteceriam sem a explícita modificação do texto constitucional.⁴²⁶

Nesse sentido, Laband identificou três formas principais de mutação constitucional:⁴²⁷ 1) pela regulamentação de Leis do Império acerca de elementos fulcrais do Estado não previstos ou previstos tangencialmente pela Constituição; 2) por meio de modificações dos elementos centrais do Estado através de leis do Império que contradizem a previsão constante na Constituição; 3) pela modificação de elementos centrais do Estado através dos usos e costumes dos Poderes Públicos.⁴²⁸

Laband argumentava que essas mudanças informais eram legitimadas pela "vontade do Estado". Para ele, o Estado era a entidade soberana, e a Constituição era apenas uma expressão da vontade do Estado. Portanto, qualquer mudança que

⁴²⁴ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 97.

⁴²⁵ LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand, v. II.** Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Briére, 1901. p. 329.

⁴²⁶ KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais:** análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009. p. 70

⁴²⁷ LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand, v. II.** Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Briére, 1901. p. 314.

⁴²⁸ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 98.

refletisse a vontade do Estado, mesmo que contrária ao texto constitucional, era válida.⁴²⁹

Partindo desses mesmos pressupostos, Laband estabelecia que não havia uma incongruência entre a existência da Constituição e a supremacia da vontade do *Kaiser*. Muito pelo contrário, Laband entendia que o *Kaiser* representava a “vontade do Estado” que coincidia com a “vontade da sociedade”.⁴³⁰ Assim, se alguma decisão do *Kaiser* contrariava alguma previsão expressa na Constituição do Império, era ela que deveria ser adaptada à vontade do *Kaiser* e não o contrário, pois seria ele o intérprete da “vontade do Estado”.⁴³¹

Conforme Laband, a “vontade do Estado” era o vetor maior jurídico, estando acima da ordem constitucional.⁴³² Assim, entendia que quando a Constituição estabelecia um direito fundamental, o Estado soberano estava abdicando voluntariamente de um poder inerente a ele em prol de seus súditos, portanto, estabelecer um direito fundamental era uma “dádiva” do Estado em favor do povo, não o reconhecimento de um “direito natural” de cada sujeito. Portanto, a imposição de limites na forma de direitos negativos, era a “vontade do Estado”.⁴³³

Nesse sentido, Pedron afirma que:

[...] Laband está apenas servindo-se do conceito de mutação constitucional para encobrir alterações e/ou descumprimentos da Constituição voltadas exclusivamente ao interesse do Império. Em outros termos, a mutação serve como um nome novo para legitimar o decisionismo do Kaiser e do Bundesrat, diminuindo os limites constitucionalmente traçados para seu poder, e retirando a força normativa e a condição de supralegalidade da Constituição.⁴³⁴

⁴²⁹ KELLY, Duncan. **The State of the Political**: conceptions of politics and the State in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann. Oxford: Oxford University, 2003. p. 87.

⁴³⁰ LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**, v. II. Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1901. p. 303-305.

⁴³¹ LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**, v. II. Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1901. p. 325

⁴³² LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand**, v. II. Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1901. p. 306; KELLY, Duncan. **The State of the Political**: conceptions of politics and the State in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann. Oxford: Oxford University, 2003. p. 87.

⁴³³ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 96.

⁴³⁴ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 100.

Veja-se, portanto, que a tese da mutação constitucional surgiu para Laband como uma forma de conformar a Constituição e o primado do *Kaiser* sobre o Império, nada tendo a ver com alteração do conteúdo das normas constitucionais por meio do exercício de jurisdição constitucional; sendo que em relação à jurisdição constitucional, Laband rechaçava inclusive legitimidade de sua existência.

5.1.2 A mutação constitucional para Georg Jellinek

Em um segundo momento há formulação de mutação constitucional elaborada por Georg Jellinek. Diferentemente de Laband que buscou isolar a dogmática de qualquer figura metajurídica, Jellinek buscou a construção de uma Teoria do Estado com uma perspectiva dual, a qual combina seu aspecto sociológico e jurídico.⁴³⁵

De tal modo, para Jellinek o Estado possui duas faces:⁴³⁶ uma face social, que se preocupa com a unidade da natureza do Estado enquanto construção social e outra jurídica, a qual considera do Estado como sujeito de direitos, detentor de um poder mandamental originário e ocupante de um território específico.⁴³⁷ Tal dualidade permite que Jellinek observe a Constituição não apenas como um documento jurídico, mas também como reflexo das relações de poder e das forças sociais.⁴³⁸

Um dos fundamentos da proposta de Jellinek é a concepção de que a realidade fática exerce força normativa sobre a Constituição. Portanto, assevera que as mudanças nas relações de poder e nas estruturas sociais possuem o condão de alterar o significado e a aplicação das normas constitucionais, mesmo que o texto permaneça inalterado. Essa concepção reflete a incorporação por parte de Jellinek da tese espousa por Ferdinand de Lassalle para quem a '*Constituição é a expressão dos fatores e das relações reais de poder*'.⁴³⁹

⁴³⁵ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 100.

⁴³⁶ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fundo de Cultura Económica, 2000. [Política y Derecho]. p. 61.

⁴³⁷ RÍOS, Fernando de los. In: JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado.** Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fundo de Cultura Económica, 2000. p.13-52. [Política y Derecho]. P. 31

⁴³⁸ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 101.

⁴³⁹ LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 10-11.

Assim, conforme assinala Adriano Pedra, Jellinek referencia as mutações constitucionais ao se defrontar com o problema de que a rigidez constitucional, em muitos casos, não constitui uma garantia suficiente para assegurar a forma normativa da Constituição.⁴⁴⁰

Por conseguinte, busca estabelecer uma diferenciação entre reforma constitucional e mutação constitucional tendo por base o critério da intencionalidade da mudança. Para Jellinek a reforma constitucional seria uma modificação voluntária do texto constitucional, enquanto a mutação constitucional seria uma modificação não propriamente consciente da Constituição e que não altera seu texto.⁴⁴¹

Nesse sentido:

Por reforma da Constituição entendo pela modificação dos textos constitucionais realizada por ações voluntárias e intencionais. E por mutação da Constituição, entendo pela modificação que deixa intacto seu texto, sem mudá-lo formalmente, produzida por fatos que não tem que ser acompanhados pela intenção, ou consciência, de tal mutação. Não é preciso dizer que a doutrina das mutações é muito mais interessante que a das reformas constitucionais. (tradução livre)⁴⁴²

De tal modo, a mutação constitucional — modificação não intencional - pode ser provocada por: 1) atos normativos (em especial leis); 2) mudanças nos costumes constitucionais; 3) decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional; 4) convenções constitucionais.⁴⁴³

Todavia, deve ser dito que no momento histórico em que Jellinek escreveu sobre mutações constitucionais — no ano de 1906 — por meio de jurisdição constitucional, o único sistema de jurisdição constitucional existente era o dos Estados Unidos da América — cujo contexto foi devidamente explicado no subcapítulo 3.1 — assim, a perspectiva de Jellinek sobre a jurisdição constitucional estava completamente apartada daquela que se tem contemporaneamente sobre o tema. Com efeito Jellinek aponta que '*na América, o juiz ocupa efetivamente o lugar*

⁴⁴⁰ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 112.

⁴⁴¹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 112.

⁴⁴² JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

⁴⁴³ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 103.

do legislador constitucional. Não sem razão se qualifica aos tribunais, na América, como terceira câmara legislativa)'.⁴⁴⁴

Conforme Quinaud, Jellinek deixou de teorizar com profundidade sobre os limites das mutações constitucionais, motivo pelo qual simplesmente afirma que uma lei ou um regulamento parlamentar pode alterar o sentido da Constituição, uma vez que não há meios de controle dessa lei ou regulamento.⁴⁴⁵ Assim, Jellinek ao apontar a possibilidade de mutações constitucionais realizadas por meio do controle de Constitucionalidade nos Estados Unidos da América, estava apenas refletindo seu pensamento que os tribunais lá atuavam como legisladores constitucionais.⁴⁴⁶

Essas questões se tornam ainda mais prementes quando analisamos os exemplos de mutações constitucionais que são dados por Jellinek que denotam de maneira muito clara que seus desenvolvimentos estavam profundamente atrelados ao próprio contexto vivido pelo Império Alemão sob a Constituição de 1871.

Nesse sentido, um exemplo citado por Jellinek de como uma mutação constitucional pode ocorrer através de uma lei ordinária, se refere ao artigo 1º da Constituição alemã de 1871, que trata do território do Império, porém é omissa em relação à presença da região da Alsácia-Lorena. Assim, apesar do artigo 20 asseverar que o número de membros do *Reichstag* (parlamento) é de 382, na realidade são 397 membros, pois eram incluídos os 15 representantes da Alsácia-Lorena.⁴⁴⁷

Outro exemplo de mutação constitucional citado por Jellinek se refere à tese dos “poderes implícitos do monarca”.⁴⁴⁸ Para tanto, Jellinek se vale da leitura do pensamento Albert Dicey sobre “convenções da Constituição” ou “moral constitucional” dissonante.⁴⁴⁹ Para Dicey, mesmo que essas convenções sejam responsáveis por regular condutas dos membros dos poderes públicos, estas não se encaixam como regras jurídica, observado que estas não são aplicadas pelo

⁴⁴⁴ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991. p. 26.

⁴⁴⁵ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 103.

⁴⁴⁶ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991. p. 23.

⁴⁴⁷ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991. p. 11.

⁴⁴⁸ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1991. 26-27.

⁴⁴⁹ DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. 6. ed. London: Macmillan, 1915. p. 82.

Judiciário. Por sua vez, Jellinek expressamente as reconhece como normas jurídicas.⁴⁵⁰

São a partir dessas formulações que Jellinek⁴⁵¹ comprehende que as alterações de contextos, de realidades ou de fatos, sem que haja qualquer alteração no texto constitucional, são necessárias.⁴⁵² Todavia, conforme apontam Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martoni Mon'Alverne, Jellinek busca complementar o positivismo legalista com uma investigação empírica ou descritiva dos processos político-sociais, tomando a mutação constitucional como um fenômeno empírico não resolvido normativamente.⁴⁵³

Nesse sentido:

[...] o dualismo metodológico positivismo legalista—positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906), e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*), impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”.⁴⁵⁴

Portanto, podemos aferir que a perspectiva delineada por Jellinek de mutação constitucional, ainda que construída de maneira completamente distinta daquela formulada por Laband, também se encontra umbilicalmente ligada com o contexto político e social vivido pela Alemanha naquele momento; e ainda que Jellinek faça referência à mutação constitucional realizada por meio de jurisdição constitucional, sua visão acerca da jurisdição constitucional existente naquele momento se encontrava restrita ao sistema do *judicial review* dos Estados Unidos da América, que por ele era visto como uma ocupação de um espaço legislativo e não de uma função do Judiciário.

⁴⁵⁰ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 39.

⁴⁵¹ JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 29.

⁴⁵² PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 103.

⁴⁵³ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 117.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta Journal Law**, n.7. 2007. p. 45—68.

5.1.3 Os problemas de Teoria do Estado no período de Weimar: A mutação constitucional na obra Herman Heller e Rudolf Smend

O debate sobre a Teoria do Estado na República de Weimar tem como ponto de partida a discussão sobre o equilíbrio de poder estabelecido no Império, resultado da derrota da revolução burguesa de 1848 e das vitórias militares da monarquia prussiana em 1866 e 1870-1871. Como resultado, a burguesia alemã perdeu a esperança de alcançar seus objetivos através de suas próprias forças. A monarquia assumiu o papel de estabilizar a unidade nacional e fundou o Império alemão, atendendo parcialmente as demandas burguesas com a criação do *Reichstag*.⁴⁵⁵

Todavia, conforme a Constituição do Império, a unidade não se baseava no povo, mas em uma *Bund* (aliança) de monarquias, o que fazia do *Reichstag* subordinado ao governo monárquico e compartilhasse suas funções legislativas como o *Bundestrat*, um conselho composto por representantes dos Estados monárquicos. Assim, embora a aprovação das leis dependesse do consentimento do *Reichstag*, seu espaço de ação era limitado.⁴⁵⁶ Ademais, a burguesia alemã, temia o crescimento da influência das classes operárias, que buscavam se organizar através de movimentos socialdemocratas, o que resultava em posições políticas vacilantes.⁴⁵⁷

Já no contexto da Alemanha no período da República de Weimar, após a derrota do Império na Primeira Guerra Mundial, o cenário era de crise profunda — conforme já referido no subcapítulo 3.2.1 — assim em um momento de intensa instabilidade política e social e diante de uma nova configuração de Estado que substituía o antigo *Kaiser* por uma República semipresidencialista havia uma necessidade de elaborações teóricas que fossem capazes de suportar aquela inédita ordem jurídica, além de dar conta dos demais problemas estruturais que o país atravessava.

⁴⁵⁵ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 103.

⁴⁵⁶ JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p. 5.

⁴⁵⁷ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 103.

Uma das questões mais prementes na Constituição de Weimar era a inclusão de um catálogo de direitos fundamentais individuais e, também, direitos fundamentais de caráter social. Nessa nova concepção de Constituição em Weimar, não mais limitada à organização do Estado, o Judiciário surgia como espaço para dirimir conflitos sobre uma jurisdição constitucional, algo absolutamente inexistente nos tempos do Império.⁴⁵⁸

A realidade é que a crise do Estado foi responsável por desencadear uma crise de direito do Estado e, por consequência, da própria Constituição.⁴⁵⁹ Foi dentro deste contexto que autores como Herman Heller, Rudolf Smend e Carl Schmitt começaram a realizar formulações acerca de uma Teoria do Estado capaz de dar conta da crise paradigmática vivida em Weimar, naquele momento, cujas teorias ainda estavam arraigadas em posicionamentos e teorias tradicionais, apegadas ao período imperial anterior e, por via de consequência, observavam a situação estrutural daquele como momento como sinal de uma ruptura iminente.⁴⁶⁰

Quanto ao pensamento de Carl Schmitt, sem dúvida o mais famoso dentre os três doutrinadores do período, as bases de sua teoria — o Estatalismo — foram devidamente explicadas no subcapítulo 3.2.1. Neste momento convém apenas relembrar que suas posições eram profundamente antiliberais e viam na defesa do Estado na figura de um grande líder a solução para os problemas enfrentados em Weimar. Não havia em Schmitt nenhuma preocupação com mutações constitucionais, uma vez que para Schmitt era o líder que protegeria a Constituição.

Por sua vez, Herman Heller parte de uma concepção da Constituição como a organização material do Estado, compreendendo-a como uma totalidade que integra tanto elementos estáticos como dinâmicos. Para Heller, a Constituição não é simplesmente um conjunto de normas, mas uma forma de atividade que reflete uma sociedade em constante movimento.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 111.

⁴⁵⁹ JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis.** Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002. p. XI.

⁴⁶⁰ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 109-110.

⁴⁶¹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 117-118.

Assim, Heller faz uma distinção entre a "Constituição não normada" (normalidade) e a "Constituição normada" (normatividade), enfatizando que ambas estão em relação dialética, onde a normalidade influencia a normatividade e vice-versa.⁴⁶² Essa dinamicidade permite que a Constituição se adapte às mudanças sociais sem perder sua unidade e continuidade.⁴⁶³

Conforme Pedra,⁴⁶⁴ Heller identifica os elementos normados não jurídicos como "princípios", que justamente pela sua ausência de precisão possibilitam uma evolução gradual e sua adaptação às transformações sociais. Para exemplificar seu posicionamento, Heller toma por base o "princípio da igualdade" que não obstante esteja presente em todas as constituições democráticas seu conteúdo não é definido previamente, podendo variar conforme o contexto histórico e social.⁴⁶⁵

Por conseguinte, para Heller a normatividade do sistema constitucional está constantemente tentando se adequar à normalidade.⁴⁶⁶ Por isso Heller reconhece a importância das mutações constitucionais, que se operam à margem da normatividade formal, como um fenômeno que integra a dinâmica constitucional; alertando que a normatividade pode perder sua capacidade de normalização se não for capaz de incorporar as mudanças sociais. Sob sua perspectiva, as mutações constitucionais são cruciais para manter a Constituição funcional e relevante em face das transformações políticas e sociais.⁴⁶⁷

Nesse sentido, conforme Pedra:

Os autores alemães do período entre guerras enxergam na mudança informal um elemento que integra a noção de Constituição. Em um sistema conceitual próprio, Hermann Heller incorpora a mudança informal dentro de sua concepção dinâmica de Constituição. Para tanto, descreve a existência de elementos normados não jurídicos que contribuem para transformar a Constituição sem que sejam operados mecanismos formais de reforma constitucional. Dessa forma, Hermann Heller concebe a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como a mudança que pode ultrapassar o conteúdo da Constituição normada, ou seja, como aquela

⁴⁶² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 296

⁴⁶³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1993. p. 87

⁴⁶⁴ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 119.

⁴⁶⁵ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 304-305.

⁴⁶⁶ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 120.

⁴⁶⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 304-305;

mudança que rompe a desejável relação harmoniosa entre a “realidade constitucional” e o constitucionalmente normado.⁴⁶⁸

Por sua vez, Rudolf Smend ganhou destaque no cenário jurídico por construir um conceito dinâmico de Constituição, por meio da incorporação do método científico-espiritual.⁴⁶⁹ Tinha por objetivo contrapor as concepções teóricas assumidas pelos pensadores formalistas — como Laband, Jellinek e Kelsen — e, também, pelos “realistas” como Weber.⁴⁷⁰ Smend rechaçava a tese kelseniana de separação entre “ser” e “dever ser” e propôs uma “teoria da integração” (*Integrationslehre*).⁴⁷¹

Para Smend, o Estado é um processo contínuo de integração e a Constituição é ordenamento jurídico desta integração, canalizando as forças sociais que estão em constante mudança.⁴⁷² Ele rechaçava a visão de que a Constituição é apenas um conjunto de normas estáticas, defendendo que ela deve ser vista como uma realidade integradora, em permanente renovação e adaptação às transformações sociais e culturais.⁴⁷³ A Constituição, portanto, não se esgota no ato constituinte, mas se renova a cada momento, refletindo a dinâmica do processo de integração.⁴⁷⁴

Assim, a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) é um conceito central na teoria de Smend. Essas mutações são vistas como um mecanismo fundamental para a adaptação da Constituição às novas realidades sociais e políticas, garantindo sua permanência e efetividade.⁴⁷⁵ Smend argumenta que a Constituição não pode prever todos os aspectos da vida estatal, e por isso deve ser

⁴⁶⁸ PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 120-121.

⁴⁶⁹ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 120.

⁴⁷⁰ SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional.** a. 20, n. 85, ene./abr., 2000. p.105-135. p. 134.

⁴⁷¹ CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German Constitutional Law:** the Theory and Practice of Weimar Constitutionalism. London: Duke University Press, 1997. p. 17 e seguintes. p. 122.

⁴⁷² PEDRA, Adriano Sant’Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. 2009. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. p. 121.

⁴⁷³ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madri: Alianza, 1993, p. 84-85.

⁴⁷⁴ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, año 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 134.

⁴⁷⁵ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, año 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 122.

interpretada de forma flexível e extensiva, permitindo que esta seja ajustada conforme às postulações do processo integrativo de mudanças na sociedade.⁴⁷⁶ Assim, sob esta perspectiva, a mutação constitucional não é uma anomalia, mas uma característica intrínseca da Constituição que reflete sua natureza dinâmica e sua capacidade de autotransformação e preservação.⁴⁷⁷

Ademais, Smend enfatizava que a interpretação constitucional deveria ser flexível e permissiva dada a natureza elástica das normas constitucionais.⁴⁷⁸ Assim, aponta que problema das mutações constitucionais é exposto pela primeira vez por Jellinek, ao mesmo tempo em que formula uma crítica ao pensamento de Jellinek de duas noções contrapostas de Constituição: a primeira de caráter positivista, de organização formal do Estado e a segunda lassalleana que reduz a Constituição a uma mera “folha de papel” sobre a qual agem as verdadeiras formas de poder.⁴⁷⁹ Conforme Urrutia, esse contrassenso apontado por Smend manifesta a existência de aspectos contraditórios na teoria do Estado e da Constituição de Jellinek.⁴⁸⁰

Portanto, para Smend, a mutação constitucional é um fenômeno que surge a partir da interação entre as forças políticas reais e as normas constitucionais, permitindo que a Constituição se mantenha proeminente e autêntica em face das transformações sociais.⁴⁸¹

5.1.4 A sistematização da mutação constitucional por Hsü Dau-Lin

Conforme demonstrado até o presente momento, o surgimento da tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) na Alemanha do final do século XIX e começo do século XX é marcada por um contexto de enormes contradições e

⁴⁷⁶ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José María Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 134

⁴⁷⁷ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 126.

⁴⁷⁸ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional**: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p.124-125.

⁴⁷⁹ SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José María Beneyto Pérez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 129-130.

⁴⁸⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, año 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 121

⁴⁸¹ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, año 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 123.

visões teóricas absolutamente distintas sobre o tema emitidas pelos autores até aqui citados. Desde a concepção acerca do próprio Estado, passando pela definição de Constituição, seu papel da República chegando até legitimidade ou não da existência de jurisdição constitucional; Laband, Jellinek, Heller e Smend divergiam profundamente sobre estes temas, ainda que todos eles trabalhassem com uma concepção de mutação constitucional.

É no ano de 1932 que entra em cena um curioso personagem histórico, discípulo de Rudolf Smend, responsável por sintetizar e sistematizar a produção doutrinária referente à mutação constitucional havida até então, tendo por base as obras de Paul Laband e Georg Jellinek: trata-se do professor chinês Hsü Dau-Lin.⁴⁸² Conforme assinala Urrutia: '*Hsü Dau-Lin, exótico espectador da Alemanha weimariana utiliza o sistema conceitual de Smend no seu objetivo de organizar de forma sistemática todas as possibilidades em que podem ocorrer mutações constitucionais*' (tradução livre).⁴⁸³

Ao tratar das mutações constitucionais, Hsü Dau-Lin reconhece que os primeiros passos foram dados por Laband, responsável por identificar o problema, e por Jellinek, ao realizar a primeira formulação teórica sobre o tema. No entanto, Hsü Dau-Lin se propõe a ir além de seus predecessores ao formular um estudo específico sobre o assunto.⁴⁸⁴

Conforme aponta Pedra:

A grande contribuição de Hsü Dau-Lin foi ter se preocupado em estudar especificamente as mutações constitucionais, ao invés de proceder como aqueles que somente se referiram ao conceito de maneira genérica como parte do conceito de Constituição — como fez Rudolf Smend — ou como

⁴⁸² Em uma nota vale destacar que Hsü Dau-Lin (1906-1973) possui uma história de vida realmente interessante: nascido em Tóquio ainda à época da Dinastia Qing, filho de um general, estudou na Alemanha, onde obteve seu doutorado em Direito pela Universidade de Berlim em 1931 com a tese *Das Geltungs-problem im Verfassungsrecht* (O Problema da Validade no Direito Constitucional) e se casou com uma alemã. Retornando à então República da China em 1932, ocupou cargos governamentais de alto escalão, incluindo secretário pessoal de Chiang Kai-shek e diretor de assuntos políticos. Em 1945 renunciou a todos os cargos que ocupava na República da China após acusar o General Feng Yuxiang pela morte de seu pai. Após a Revolução Chinesa, foi para Taiwan onde atuou como professor, lecionando Direito e publicando obras que iam de "Introdução à Lei T'ang" e "A Vida do General Hsü Shu-tseng". Em 1962 imigrou para os EUA, onde atuou como professor e pesquisador, dedicando-se ao estudo da lei Sung e da administração chinesa até sua súbita morte. Sua obra sobre mutação constitucional foi publicada às vésperas de seu retorno à China. (*Necrology Hsü Dau-Lin: 1906-1973. Sung Studies Newsletter*, no. 9, 1974, pp. 42—46. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/23497124>. Accessed 31 Jan. 2025.)

⁴⁸³ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 106.

⁴⁸⁴ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 24

aqueles que descobriram sua existência e mostraram sua perplexidade diante delas — como Paul Laband ou Georg Jellinek.⁴⁸⁵

Hsü Dau-Lin identifica que toda a discussão orbitava ao redor de uma contraposição entre as normas jurídicas escritas e situação jurídica material.⁴⁸⁶ Para ele, tratava-se de um fenômeno fundamentalmente moderno conectado à adoção de uma Constituição formal e rígida, uma vez que em um Estado que não possui uma forma de escrita de Constituição — como, por exemplo, na Inglaterra — isso não aconteceria porque haveria identidade entre a realidade material e a normatividade constitucional.⁴⁸⁷

Portanto, Dau-Lin parte do conceito proposto por Smend — ‘*a constituição é o estado total e concreto da unidade política e da ordem social*’⁴⁸⁸ (tradução livre) — para descrever de forma sistemática o processo de mutação constitucional, avançando ao tentar delimitar, dentre as mutações constitucionais formais, aquilo que chama de mutações constitucionais materiais, que modificam o sentido da Constituição e desvirtuam e obstruem o processo de efetivação constitucional.⁴⁸⁹ No entanto, conforme Urrutia, Dau-Lin não dá critérios úteis capazes de fazer a distinção entre mutações constitucionais formais e mutações constitucionais materiais, sequer os procedimentos para limitar as últimas.⁴⁹⁰

Assim, Dau-Lin estabelece quatro tipos de mutações constitucionais diferentes: 1) mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; 2) mutação da Constituição pela impossibilidade de exercer certos direitos instituídos constitucionalmente; 3) mutação da Constituição

⁴⁸⁵ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p.127.

⁴⁸⁶ FÖRSTER, Christian. *In DAU-LIN, Hsu. Mutación de la Constitución.* tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 9.

⁴⁸⁷ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 123.

⁴⁸⁸ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 30.

⁴⁸⁹ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 128.

⁴⁹⁰ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto.* **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000, p. 134-135.

mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição; 4) mutação da Constituição mediante sua interpretação.⁴⁹¹

Em relação à mutação da Constituição mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição, Dau-Lin aglutina práticas constitucionais que ignoram ou contradizem alguma determinação constitucional, mas que não violam formalmente seu texto. A tensão passível de ser observada ocorre entre a situação real e a situação legal desenhada pela Constituição, não entre o existente e o prescrito. Portanto, o *sollen* (dever ser) aqui está em contradição com o *Sein* (ser) e não resulta de um artigo constitucional, mas de um conjunto de várias prescrições constitucionais e da integração global de toda a cadeia constitucional.⁴⁹²

Assim, há um retorno de Dau-Lin a indagação realizada por Jellinek acerca da existência de lacunas na ordem constitucional. Todavia, como Dau-lin parte do conceito Smediano da Constituição como regulação do Estado enquanto totalidade, rechaça inteiramente a formulação de Jellinek de existência de lacunas constitucionais.⁴⁹³ Por consequência, para Dau-Lin, os casos de mutação constitucional por meio da prática que não viola a Constituição não são consequência de lacunas, mas sim da existência de uma nova situação jurídica que não corresponde ao sentido Constitucional.⁴⁹⁴ Ou seja, não há modificação de um artigo do texto da Constituição, mas sim de um princípio geral do sistema de normas constitucionais.⁴⁹⁵

Por sua vez, ao tratar da mutação da Constituição pela impossibilidade de exercer certos direitos instituídos constitucionalmente, Dau-Lin refere que há a possibilidade que um direito constitucionalmente previsto perca sua validade pela impossibilidade de exercício de competências de poder que correspondem a certas prescrições constitucionais. Assim, sob esta perspectiva, os direitos que são atribuídos a certos sujeitos se perdem pela impossibilidade de serem exercidos, de

⁴⁹¹ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 31.

⁴⁹² DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 32-33.

⁴⁹³ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 59.

⁴⁹⁴ PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional:** limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009. p. 130.

⁴⁹⁵ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 65; PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 125.

maneira que tais artigos da Constituição já não mais correspondem a prescrição jurídica.

Para ilustrar um caso ao qual esta espécie de mutação seria aplicável, Dau-Lin refere a previsão existente na Constituição da França de 1875 que permitia que o Presidente da República dissolvesse a Câmara dos Deputados, afirmando que quando este direito previsto na Constituição francesa foi exercido em 1877 por Patrice MacMahon, desencadeou uma crise constitucional que culminou na sua renúncia. Assim, para Dau-Lin, mesmo que esta previsão tenha permanecido na Constituição efetivamente esta não existia mais.⁴⁹⁶

Quanto a mutação da Constituição mediante uma prática estatal contraditória com a Constituição, tal mutação pode ocorrer mediante uma reforma da Constituição, mas também pode acontecer por meio de aprovação de uma legislação infraconstitucional que contrarie a Constituição.⁴⁹⁷ Neste ponto Dau-Lin refere que a Constituição além de ser modificada mediante uma reforma — através de um procedimento especial para tanto — pode também ser modificada de maneira “inconsciente” com a aprovação de uma lei que contrarie o conteúdo da Constituição, sem que isso seja percebido durante o processo legislativo.⁴⁹⁸ Por conseguinte, diante da inexistência de um mecanismo de controle de constitucionalidade, deveria ser considerado alterado o conteúdo da Constituição.⁴⁹⁹

Por final, Dau-Lin aponta que podem ocorrer mutações constitucionais pela interpretação, em especial quando os preceitos constitucionais só podem ser interpretados segundo considerações e necessidades que mudam conforme o tempo, sem se prender ao texto da Constituição, ou sem que se considere o sentido originário que deu o constituinte das normas constitucionais em questão. Assim, a norma constitucional permanece intacta, mas a prática constitucional é distinta.⁵⁰⁰

Sob essa perspectiva, o que se infere da Constituição em um dia como direito, já não o é mais, posteriormente. A Constituição experimenta uma mutação

⁴⁹⁶ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 59.

⁴⁹⁷ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 39-40.

⁴⁹⁸ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 84-85.

⁴⁹⁹ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 41.

⁵⁰⁰ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución**. tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 45.

na medida em que suas normas recebem outro conteúdo, na medida em que seus preceitos regulam outras circunstâncias distintas das que foram anteriormente pensadas.⁵⁰¹ Conforme Pedron, essa modalidade seria típica do Direito norte-americano sendo chamadas de *transformations*.⁵⁰²

Como exemplo dessa espécie de mutação, Dau-Lin utiliza a evolução do princípio da igualdade na Constituição da Prússia, asseverando:

O artigo 4º da Constituição Prussiana de 5 de dezembro de 1848, também posteriormente em sua forma revisada de 31 de janeiro de 1850, dispunha: "Todos os prussianos são iguais perante a lei. Não há privilégios de classe ou posição". O texto da norma correspondia plenamente ao sentido original da garantia de liberdade inerente ao individualismo da época, sobre cuja conexão jurídica direta não pode haver dúvida. Contudo, na prática, esse preceito era interpretado com muitas restrições, de modo que praticamente não tinha alcance legal: entendia-se que o artigo citado expressava apenas 'de forma clara e explícita' um princípio já vigente e que se estendia apenas às 'relações político-civis sem permitir sua aplicação imediata ao direito privado'. A proibição do casamento entre nobres e camponeses, bem como com cidadãos de posição inferior, contida nos parágrafos 30 a 33 do *Allgemeinen Landrecht*, 940, título 1, parte II/ALR, se a considerarmos corretamente, não é de forma alguma consistente com a disposição constitucional anteriormente mencionada; portanto, continuou na prática apesar da garantia solene de igualdade perante a lei. Pela interpretação repetida desse preceito, introduziu-se uma diminuição da sua força efetiva na forma indicada e, portanto, uma mutação constitucional. (tradução livre).⁵⁰³

Tendo por base essas premissas, Dau-Lin desenvolve a ideia de que mutações constitucionais não simbolizam momentos de "crise" para a Teoria do Estado ou para o Direito Constitucional. Ao revés, ele defende que as mutações constitucionais são elementos que devem ser incorporados ao conceito de uma Constituição dinâmica.⁵⁰⁴ Por consequência, Dau-lin faz uma crítica aos autores

⁵⁰¹ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 45.

⁵⁰² "Lipkin (2000) irá desenvolver um denso trabalho de pesquisa sobre a figura da constitutional transformation na tradição norte-americana assumindo dois eixos teóricos fundamentais: (a) a tese da integridade dworkiana; e (b) a teoria de Ackerman (1998) dos judicial moments. Na visão de Lipkin, as "transformações" da Constituição são, na verdade, produtos das transições paradigmáticas." (PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado —Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 153.)

⁵⁰³ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 46.

⁵⁰⁴ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 157; URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 130-131.

presos à tradição do positivismo jurídico pela sua visão limitada diante da relação entre norma e realidade.⁵⁰⁵

De fato, Dau-Lin propõe uma leitura fortemente arraigada em seu mestre Smend, na qual a mutação constitucional é compreendida como um mecanismo fundamental para preservação da unidade do Estado e, consequentemente, para garantir o caráter evolutivo de sua realidade vital.⁵⁰⁶

Sob essa perspectiva, a mutação é vista como fruto de uma ‘*tríplice especificidade da Constituição*’:⁵⁰⁷ sua incompletude e elasticidade das normas constitucional; as particularidades do Estado como objeto de regulação jurídica e a falta de uma instância superior que garantisse sua existência.⁵⁰⁸ Em outras palavras, não existe um mecanismo jurídico capaz de controlar as instâncias superiores do Estado e obrigar-las a cumprir estritamente a Constituição. Por esse motivo, a mutação é considerada uma nova norma constitucional.⁵⁰⁹

Assim, feito esse desenvolvimento teórico sobre o surgimento da concepção de mutações constitucionais dentro da escola do Direito Público alemão do final do século XIX e começo do século XX, passaremos agora a ver como o Supremo Tribunal Federal tem buscado aplicar esta tese ao artigo 52, X da Constituição Federal, asseverando a existência uma mutação constitucional do referido artigo como justificativa para dispensa da participação do Senado Federal do processo de controle difuso de constitucionalidade.

⁵⁰⁵ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 127.

⁵⁰⁶ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 157; URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 132.

⁵⁰⁷ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 161.

⁵⁰⁸ URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, ano 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000. p. 133.

⁵⁰⁹ DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998. p. 161; PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 127.

5.2 Tentativa de progressiva adoção pelo Supremo Tribunal Federal

Como mencionado anteriormente, entre as principais diferenças que caracterizam os modelos de controle de constitucionalidade coexistentes no Brasil, talvez a mais relevante, na prática, seja aquela relacionada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade realizada pela via concreta ou pela via abstrata.

Enquanto na declaração de inconstitucionalidade pela via abstrata os efeitos são *erga omnes*, o mesmo não ocorre no controle concreto. No entanto, o legislador constitucional, de forma perspicaz, reconheceu que, para garantir a coerência do sistema de controle de constitucionalidade, era necessário permitir que decisões proferidas no controle concreto também pudessem produzir efeitos *erga omnes*.

Para assegurar essa coerência, foi estabelecida a previsão contida no art. 52, X da Constituição Federal, que atribui ao Senado Federal a competência de suspender a execução, total ou parcialmente, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Conforme já explicado no subcapítulo 3.3, essa disposição possui, inclusive, um caráter democrático, ao legitimar a decisão do Supremo por meio da apreciação dos representantes eleitos pelos cidadãos brasileiros.

No entanto, embora no início o Supremo tenha cumprido a determinação constitucional, encaminhando ao Senado as decisões proferidas no controle difuso, essa sistemática foi sendo gradualmente desgastada pela própria atuação do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal passou a não mais encaminhar todas as decisões, limitando-se a enviar ao Senado apenas aquelas que, discricionariamente, considerava de maior relevância.

A despeito disso, deve ser dito que até o ano de 2008 — portanto, nos primeiros 20 anos de vigência da Constituição Federal — o Senado Federal nunca se furtou de exercer o seu papel de expedir resoluções suspendendo dispositivos jurídicos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal pela via concentrada.⁵¹⁰

Do total de 184 comunicações que foram remetidas pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal informando a declaração de inconstitucionalidade de

⁵¹⁰ DOURADO, Maristela S. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade.** Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Legislativo. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul: Brasília, 2008. p. 59

dispositivo legal pela via do difusa de controle de constitucionalidade, 124 resultaram em resoluções suspendendo os dispositivos legais que haviam sido reputados inconstitucionais. Por sua vez, 43 foram arquivadas porque no curso do processo para expedição da resolução, havia ocorrido modificação legislativa e o dispositivo reputado inconstitucional havia sido extirpado do ordenamento jurídico por outra via.⁵¹¹

Apenas em um caso houve divergência entre a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal sobre um dispositivo declarado inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade. Trata-se do caso Recurso Extraordinário 150764-1/210/PE, onde o Senado Federal exerceu a competência prevista na Constituição e rejeitou a matéria.⁵¹²

Este caso em específico ensejaria verdadeiro efeito chicote, tendo em vista que a questão tratada no Recurso Extraordinário n. 150764-1/210/PE, dizia respeito à constitucionalidade do art. 9º da Lei n. 7689/88 — que tratava da instituição do Imposto Social sobre Lucro Líquido das pessoas jurídicas — que viria a ser objeto do Recurso Extraordinário n. 949.297/CE e no Recurso Extraordinário n. 955.227/BA, que se referiam ao mesmo imposto, ensejando uma nova manifestação do Supremo sobre o tema mais de 20 anos depois, com reflexos diretos na temática aqui tratada.

No âmbito doutrinário, no ano de 2004, Gilmar Mendes escreveu dois capítulos em livros distintos nos quais defendeu, pela primeira vez, que o papel do

⁵¹¹ “Em relação às 184 comunicações encaminhadas ao Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal, referentes a leis consideradas total ou parcialmente inconstitucionais por aquela Corte [...] constatamos que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, por sua vez, analisou e deliberou sobre 167 processos, resultando em 124 publicações de resoluções - 68% do universo de comunicações, que suspenderam a execução de lei declarada inconstitucional e 43 arquivamentos de processos, 23% do todo. Na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal encontram-se 17 processos (9%), declarados inconstitucionais pelo STF, aguardando análise e deliberação. Dado o elevado número de resoluções 124 publicadas pelo Senado Federal (67% do universo), suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e os 43 processos arquivados, em sua quase totalidade, motivados pelo fato de ser inoportuna a manifestação do Senado Federal (leis já não faziam mais parte do mundo jurídico) [...] é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal efetivamente acertou em declarar a inconstitucionalidade da lei e o Senado Federal fez bem em retirar do mundo jurídico a lei ofensiva à constituição.” (DOURADO, Maristela S. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Legislativo. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul: Brasília, 2008. p. 59-60.)

⁵¹² OFS 38/1993 — Declarando a inconstitucionalidade do artigo nono da lei 7689/88 — que institui contribuição social sobre o lucro das empresas; do artigo sétimo da lei 7787/89 — que dispõe sobre alteração na legislação de custeio da previdência social; do artigo primeiro da lei 7894/89 — que dispõe sobre as contribuições para o Finsocial, PIS e Pasep - O Senado Federal não suspendeu dispositivos declarados inconstitucionais pelo STF, arquivando o processo em 01/02/1994.

Senado Federal dentro do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro deveria ser visto de outra maneira — não mais ocupando o espaço de participante do sistema — observadas as transformações na ordem constitucional ocorridas desde 1988, quando comparado com a ordem constitucional de 1967/1969.⁵¹³

Todavia, foi apenas no ano de 2007 em que um caso concreto chegou ao Supremo Tribunal Federal — talvez o mais importante daqueles que aqui serão mencionados — gerando profundo impacto no sistema de jurisdição constitucional brasileira, a despeito de seu resultado concreto.

5.2.1 O caso da Reclamação 4.335/AC

O caso em questão se refere, a reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, no ano de 2006, contra uma decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão de regime para dez condenados por crimes hediondos.

A Defensoria argumentou que a decisão contrariava o entendimento do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 82.959, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual foi afastada a vedação de progressão de regime para crimes hediondos, declarando inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

O juiz de primeira instância indeferiu o pedido, alegando que a decisão do Supremo Tribunal Federal, por ter sido proferida em controle difuso de constitucionalidade, produziu efeitos apenas *inter partes* e não *erga omnes*.⁵¹⁴ O magistrado destacou que, para que a decisão tivesse efeitos gerais, era necessária a comunicação ao Senado Federal, para que este pudesse suspender a eficácia do referido dispositivo, na forma do art. 52, X da Constituição Federal. Como isso não

⁵¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. A eficácia das decisões de inconstitucionalidade — 15 anos de experiência. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze Anos de Constituição: História e vicissitudes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 203-208; MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e Perspectiva do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257-268

⁵¹⁴ (...) quanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2º , § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n . 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos 'inter partes' (BRASIL, STF - Rcl: 4335 AC, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-0000)

aconteceu, o artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 permanecia em vigor, vedando a progressão de regime para crimes hediondos.

Inconformada, a Defensoria Pública impetrou *Habeas Corpus* no Tribunal de Justiça do Acre, contra a decisão do magistrado de primeiro grau, tendo a ordem sido denegada.

Foi então que a Defensoria Pública ajuizou a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, tendo sido o processo distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, que solicitou informações ao juízo de origem.

Ao responder o ofício do Supremo Tribunal Federal, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco afirmou que: 1) a reclamação não deveria ser conhecida, pois não preenchia os requisitos do art. 13 da Lei n. 8.038/90. Além disso, a competência para decidir sobre a progressão de regime é da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, onde os reclamantes cumprem pena, e não do Supremo Tribunal Federal. 2) A reclamação não havia sido devidamente instruída com os documentos necessários, o que sugeria tentativa de suprimir instâncias, já que o reclamante já havia interposto um *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Acre após a decisão inicial negando a progressão. 3) Não obstante o Supremo tivesse declarado a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 no *Habeas Corpus* n. 82.959, a decisão foi proferida em controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeitos apenas entre as partes do processo. Para que tivesse efeito *erga omnes*, seria necessária a comunicação ao Senado Federal, que poderia suspender a eficácia do dispositivo declarado constitucional. 4) Enquanto o Senado Federal não suspendesse a eficácia do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o dispositivo continuava em vigor, impedindo a progressão de regime para crimes hediondos. O Juízo da Execução Penal não tem competência para modificar o título executivo judicial com base em decisão do Supremo proferida em controle difuso. 5) Assim, conforme o magistrado, até que o Senado Federal suspendesse a eficácia do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, a vedação à progressão de regime para crimes hediondos permanecia válida, tendo os pedidos de progressão sido indeferidos com base na legislação vigente.

O Ministro Gilmar Mendes deferiu a liminar pleiteada na reclamação para, mantendo o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, fosse afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final da reclamação.

Ao iniciar o julgamento do caso em questão o Ministro Gilmar Mendes asseverou que a solução do caso passava obrigatoriamente por duas questões que deveriam ser enfrentadas: 1) o cabimento do uso do instituto da reclamação para o caso concreto; 2) qual deveria ser o papel desempenhado pelo Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Quanto ao primeiro ponto, o Ministro Gilmar Mendes assentou seu entendimento de cabimento de propositura de reclamação por qualquer parte que se sentisse prejudicada pelo descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal dotada de efeito vinculante.⁵¹⁵

Assim, conforme o ministro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na Reclamação n. 1880, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 23/05/2002, o Tribunal havia reconhecido o cabimento de reclamações que comprovem ‘*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*’.⁵¹⁶

No entanto, em uma observação apurada é possível verificar que o argumento do Ministro Gilmar Mendes para aceitar o cabimento da reclamação no caso concreto só se sustenta a partir de sua própria conclusão sobre o segundo ponto que é que as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade seriam dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, independentemente de expedição de resolução por parte do Senado Federal.⁵¹⁷

⁵¹⁵ No ano de 2006, Mendes havia publicado artigo científico reconstruindo o cabimento de reclamações perante o Supremo Tribunal Federal, a partir de sua jurisprudência, afirmando: “A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na RCL 1.880, em 23 de maio de 2002, quando o Tribunal restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante erga omnes das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado. [...] É certo, portanto, que qualquer pessoa afetada ou atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal disporá de legitimidade para promover a reclamação.” (MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 3, n.12, p. 21-47, abr./jun.2006. p. 40)

⁵¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284.

⁵¹⁷ Ainda que hoje o debate acerca dessa questão possa se demonstrar superado em face de alterações legislativas posteriores e da busca do Supremo Tribunal Federal pela limitação do uso do instituto da reclamação, a questão aqui demonstra como neste momento o Supremo atuava em sentido contrário, buscando ampliar o seu leque de atuação, em situações que até então não eram consideradas possíveis. Nesse sentido, conforme aponta Pedron: “uma leitura cuidadosa pode

Em relação ao segundo ponto, o ministro tece um longo retrato histórico acerca do papel do Senado Federal dentro controle difuso de constitucionalidade e discute se a suspensão pelo Senado, citando debates históricos da Assembleia Constituinte de 1934 — quando o instituto foi introduzido no ordenamento jurídico, conforme visto no subcapítulo 3.3.3 do presente trabalho — ressaltando que a intenção original era garantir que decisões de inconstitucionalidade tivessem ampla eficácia, protegendo cidadãos que estivessem em situações jurídicas idênticas à das partes no processo.

Assim, Mendes refere a atuação do Senado Federal para suspender dispositivo declarado inconstitucional que apareceu pela primeira vez na Constituição de 1934, foi repetida nas constituições de 1946, 1967/69 e 1988. Nesse sentido, afirma que o papel do Senado não é de revogar um ato declarado inconstitucional:

[...] O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.⁵¹⁸

Todavia, conforme o ministro não obstante o referido instituto tenha sido mantido na Constituição Federal de 1988, seria forçoso reconhecer a superação da necessidade de expedição de resolução por parte do Senado Federal para suspensão de dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a introdução do controle concentrado de constitucionalidade e

revelar que este apenas está autorizando a propositura [de reclamação] de qualquer atingido — e não apenas aos originais autores — de decisões que tenha sido proferida em face do controle concentrado de constitucionalidade e, por isso mesmo, decisões dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Logo, seu emprego se deu de maneira abusadamente maquiada. É fato, entretanto, que o STF aceita o uso da Reclamação como forma de assegurar decisões que tenham sido proferidas em sede de *habeas corpus* ou recurso extraordinário — Rcl. n. 430, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.08.1993 e Rcl. n. 1.728, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ 19.12.2001 — mas, nesses julgados necessariamente, os reclamantes eram parte em processo anteriormente transitado em julgado por decisão do próprio STF.” (PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado —Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 21.)

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284.

ampliação dos legitimados para a propositura de ações de controle concentrado, fez com que o sistema de controle de constitucionalidade devesse ser lido a partir da perspectiva do controle abstrato.

Nesse sentido:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado.⁵¹⁹

Vale dizer que Mendes já havia defendido que o controle abstrato era uma evolução no âmbito do direito constitucional e que próximo passo seria a total extinção do modelo de controle difuso de constitucionalidade no Brasil porque este seria completamente obsoleto.⁵²⁰

Assim, como reflexo dessa “evolução constitucional” a mudança do papel atribuído ao Senado Federal dentro do sistema de controle de constitucionalidade também deveria ser repensado, sendo objeto de uma “mutação” que deveria ser reconhecida pelo tribunal.⁵²¹

Por conseguinte, tomando por base a definição de Jellinek, o ministro afirma:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.⁵²²

⁵¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.

⁵²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Legitimidade e Perspectiva do Controle Concentrado de Constitucionalidade no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 267-268.

⁵²¹ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 27

⁵²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.

Conforme aponta Pedron,⁵²³ a mutação constitucional defendida pelo ministro Gilmar Mendes ocorreria por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal, que não está reconhecendo uma mudança na tradição jurídica brasileira, mas sim criando uma norma constitucional em face de uma reinterpretação do texto da Constituição. Nesse sentido, seria essa decisão do Supremo que estaria autoconcedendo ao tribunal eficácia *erga omnes* a todos as suas decisões, ou seja, a própria decisão teria “força normativa”, cabendo ao Senado Federal apenas dar publicidade a esta decisão.⁵²⁴

No mesmo sentido foi o voto proferido pelo Ministro Eros Grau, que por várias vezes referenciou o voto do relator. Para o Ministro Grau a questão premente era a explosão de litigiosidade havida naquele momento, o que fazia com que permanência de decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade — com efeito apenas *inter partes* — fossem um problema sistemático que ensejava a proliferação de demandas com o mesmo conteúdo.

Assim, o Ministro Eros Grau concorda com as premissas estabelecidas pelo Ministro Gilmar Mendes e avança sobre elas propondo uma leitura ainda mais singular da mutação constitucional. Nesse sentido, o Ministro Eros Grau asseverou expressamente que a decisão estava substituindo o texto constitucional por um novo texto:

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal] a outro texto [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei

⁵²³ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 27

⁵²⁴ [...] parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].⁵²⁵

Todavia de plano, devemos assinalar que em relação a esta afirmação do Ministro Eros Grau, no filiamos ao posicionamento de Tassinari sobre o tema:

[...] Só há uma maneira de compreender tal posicionamento: como ativismo judicial. Afinal, como regra, (1) o efeito da decisão em sede de controle difuso não é *erga omnes*, (2) não se altera a redação da Constituição por meio de decisão judicial, (3) a situação não configura caso de mutação constitucional e, acima de tudo, (4) a leitura realizada por Eros Grau é tão destoante que não se trata de mera interpretação do texto constitucional, mas revela-se como criação de outro diferente.⁵²⁶

Ademais, o Ministro Eros Grau fundamenta seu posicionamento sobre mutação constitucional a partir de uma digressão a partir do que foi escrito por Laband, Jellinek e Hsü Dau-Lin, sobre mutação constitucional

Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÜ DAU-LIN, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. Este não sendo o momento adequado para o que o Ministro Pertence chama de seminário, permito-me apenas neste ponto referir o estudo preliminar de PABLO LUCAS VERDU à tradução espanhola do ensaio de JELLINEK e a monografia da Professora ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ sobre o tema. E proponho retermos, em síntese, a afirmação que linhas acima formulei: na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.⁵²⁷

A peculiaridade fica pela conclusão inferida pelo ministro que em nada é corroborada pela obra dos autores por ele citados — conforme visto no subcapítulo 5.1 — nenhum desses autores defende que uma mutação constitucional seja

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001

⁵²⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 112.

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001

operada mediante a construção de um texto constitucional por um texto constitucional diverso, conforme muito bem assinala Pedron.⁵²⁸

A seguir o Ministro Eros Grau expressamente refere que a doutrina diria que ao proceder dessa maneira o Supremo Tribunal Federal estaria equiparado os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no Brasil,⁵²⁹ mas que isso não importava porque o texto em questão — “cabe privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” — era “obsoleto” e deveria ser substituído pelo texto que estava sendo construído pelo Supremo, uma vez que era ele o “interpretante autêntico” da Constituição Federal.⁵³⁰

Em uma retrospectiva, passados quase 18 anos de quando o Ministro Eros Grau proferiu o seu voto — o próprio ministro já se encontra aposentado há mais de 15 anos — de fato esse voto no referido caso salta aos olhos porque revela um pensamento pessoal do ministro que parece ter sido introjetado dentro do imaginário do judiciário brasileiro — sendo a expressão máxima daquilo que referimos ao tratar

⁵²⁸ PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade.** Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 30.

⁵²⁹ “A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que a nossa tradição é a do controle difuso, atribuído à competência do Poder Judiciário desde a Constituição de 1.891. Que o Senado Federal participa desse controle a partir de 1.934, a ele competindo suspender, por meio de resolução, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Que o controle concentrado de constitucionalidade veio bem depois, inicialmente quando alterada a redação do artigo 101 da Constituição de 1.946 pela Emenda Constitucional n. 16/65, após em 1.988, com a incorporação ao nosso direito da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Que a decisão tomada no âmbito do controle concentrado é dotada, em regra, de efeitos ex tunc; a definida no controle difuso, de efeitos ex tunc entre as partes. Que os efeitos da decisão em recurso extraordinário sendo inter partes e ex tunc, o Supremo, caso nela declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, remeterá a matéria ao Senado da República, a fim de que este suspenda a execução dessa mesma lei ou ato normativo. Que, se o Senado suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará eficácia erga omnes e efeito ex nunc a essa decisão²⁰. Por fim a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade.(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

⁵³⁰ “Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

do realismo jurídico brasileiro no subcapítulo 4.1 — uma exaltação do papel dos tribunais e o total e completo desprezo pela doutrina:

Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o 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 que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina é caudatório do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.⁵³¹

De fato, em seus votos, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau referiram que se estaria diante de uma “mutação constitucional”. No entanto, ao se analisar o caso, é possível observar não houve atribuição de uma nova norma a um texto, mas sim a busca da substituição do texto da Constituição por um texto construído pelo Supremo Tribunal Federal que garantisse seu domínio total sobre a jurisdição constitucional do país.

Não há inclusive a pretensão de esconder isso, a expressão máxima dessa intenção se encontra no voto do Ministro Eros Grau: de fato, o Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Reclamação 4.335/AC pretendia reescrever o texto constitucional e alterar o regime de controle difuso de constitucionalidade, modificando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso e unificando o sistema de controle constitucionalidade sob um primado do controle abstrato de constitucionalidade, tendo como “intérprete autêntico”, apenas o Supremo Tribunal Federal.⁵³²

Todavia, a despeito desse desejo expressado inicialmente na Reclamação 4.335/AC, deve ser ponderado que há uma razão para que o art. 52, X esteja presente na Constituição Federal, da forma como este foi cogitado pelo poder constituinte originário.

⁵³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001

⁵³² “Refiro-me ao intérprete autêntico, no sentido atribuído à expressão por KELSEN” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001); todavia, conforme muito bem aponto Pedron: “Tal quadro traçado pelo Min. Eros Grau, visivelmente, é tomado por uma leitura autoritária do Direito, pois o intérprete autêntico passa a ocupar uma posição privilegiada em face dos outros intérpretes não-autênticos, cabendo ao primeiro a definição e fixação do sentido normativo.” (PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado —Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 29)

Neste sentido aflora o pensamento de Streck, para quem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acaba por deslegitimar sua própria atuação, em decorrência da ausência de amparo aos ditames constitucionais de sua decisão:

Nos parece inquestionável que o papel das cortes constitucionais e de sua vinculação à Constituição nas distintas formas de controle da constitucionalidade, sobretudo, com maior rigor quando da análise de casos que tratem das chamadas cláusulas pétreas. Esta vinculação, longe de decorrer de uma simples retórica da dogmática, resulta da finalidade essencial do constitucionalismo e da natureza concreta dos fatos que se descrevem perante a corte controladora da constitucionalidade. Mesmo nos casos do chamado controle concentrado, qualquer tribunal constitucional somente agirá quando se comprove que a eventual violação da constituição é atual e efetiva, e não uma simples projeção intelectiva.⁵³³

Além disso, conforme referido anteriormente, a finalidade da norma estabelecida no art. 52, X, da Constituição Federal é assegurar um nível de participação democrática na decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Ao encaminhar a decisão proferida ao Senado, a sociedade, de forma indireta, por meio de seus representantes eleitos, conferiria legitimidade à decisão emanada do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, no julgamento em questão, a maneira como o Supremo buscou excluir a competência do Senado Federal, ao conferir-lhe apenas o papel de publicizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, implicou em reduzir as atribuições do Senado Federal às de uma secretaria de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal. Ademais, tal conduta, significou extirpar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes eleitos do processo de jurisdição constitucional, o que não se coaduna com a lógica estabelecida na Constituição Federal.⁵³⁴

Para além da questão referente ao processo democrático pensado pelo legislador para legitimar o controle difuso de constitucionalidade, deve-se observar que as principais diferenças entre os modelos de controle de constitucionalidade residem justamente nos efeitos advindos da decisão proferida. O Supremo Tribunal Federal, assim, buscou subverter o sistema híbrido ao equiparar os modelos de

⁵³³ STRECK, Lenio Luiz. *in* LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book (não paginado)

⁵³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *in* LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book (não paginado).

controle de constitucionalidade, os quais deveriam coexistir no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, no que tange os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por meio do controle difuso, conforme previsto originalmente na Constituição Federal, mostra-se evidente que estes só poderão ser *ex nunc*, observada a necessidade de expedição de uma resolução do Senado para que se suspenda a aplicação da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A este respeito, Lenio Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira assinalam:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.⁵³⁵

Portanto, ao tentar equiparar os sistemas de controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade, sob o pretexto de ocorrência de mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal incorreria em uma indevida restrição a direitos fundamentais, uma vez que, ao estender os efeitos *erga omnes* e vinculantes a uma decisão tomada em um processo específico, estaria conferindo efeitos de uma decisão judicial a outros indivíduos sem que a eles tenha sido possibilitada a participação no decorrer da ação.

Estender os efeitos de uma decisão judicial a indivíduos que não puderam participar do processo representa uma clara violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Agir dessa maneira caracterizaria uma restrição inadequada de direitos fundamentais.

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**. n. 7 — Jacarezinho, 2007. p. 51.

A despeito do impacto que os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau causaram no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a Reclamação 4.335/AC possui algumas peculiaridades processuais que devem ser levadas em consideração para a adequada compreensão do que ocorreu naquele caso.

Inicialmente, quando o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto, no qual adotava a tese da mutação constitucional, o Ministro Eros Grau pediu vista, apresentando um voto-vista que acompanhava a tese do relator da mutação constitucional, se antecipando à Ministra Carmen Lucia e ao Ministro Ricardo Lewandowski

Após, o Ministro Sepúlveda Pertence apresentou voto divergente, no qual chegou a insinuar que a adoção da tese da mutação constitucional ‘poderia ter cheiro de golpe de Estado’.⁵³⁶ Assim, apesar de concordar que a incorporação do controle abstrato de constitucionalidade havia alterado significativamente a sistemática de controle de constitucionalidade, sendo ele superior ao controle difuso de constitucionalidade, o ministro apontou que a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade era uma tradição arraigada na história constitucional brasileira.⁵³⁷

Visando solucionar a questão, o Ministro Pertence apontou que a Emenda Constitucional n. 45/2004 havia introduzido dispositivo que seria capaz de resolver o problema, sem que para isso houvesse necessidade de reescrever o sistema de controle de constitucionalidade ou transformar o Senado Federal em secretaria de divulgação do Supremo. Em casos em que houvesse uma declaração de inconstitucionalidade por meio difuso que pudesse levar a uma “insegurança

⁵³⁶ “Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações: primeira, a do eminentíssimo Relator, agora reiterada; e, hoje, do eminentíssimo Ministro Eros Grau. Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliará; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. As tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

⁵³⁷ “Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934 , de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

jurídica” ou “multiplicidade de processos sobre a mesma matéria”, bastaria que o Supremo Tribunal Federal editasse uma súmula vinculante sobre o tema e, assim, estaria resolvido o problema de ausência de eficácia vinculante e efeito *erga omnes* da decisão em questão.⁵³⁸

No mesmo sentido foi o voto divergente do Ministro Joaquim Barbosa que contrapôs as conclusões trazidas pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau sobre a mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Conforme apontou o Ministro Joaquim Barbosa não se estava diante de um dispositivo que havia caído em desuso, sobretudo porque o Senado Federal estava cumprindo o seu papel de suspender dispositivos legais declarados inconstitucionais pela via do controle difuso.⁵³⁹

Ademais, o Ministro Joaquim Barbosa assinalou que no caso concreto não se estava diante de uma decisão contrária por parte do Senado Federal, mas sim de um único Juiz de Direito que havia se recusado a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à declaração de institucionalidade do cumprimento de pena em regime integralmente fechado.

Por final o ministro assinalou que essa atuação específica do tribunal estaria se mostrando uma prática que violaria o dever de cuidado e *self restraint* que deveria ser inerente a uma Suprema Corte.⁵⁴⁰

⁵³⁸ “A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

⁵³⁹ “Por esse aspecto, restaria o argumento do relator sobre a ocorrência, no caso, de mutação constitucional. Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o recurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva “désuetude” do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2)”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

⁵⁴⁰ “Por fim, noto, com a devida vénia, que a proposta do eminentíssimo relator, além de encontrar obstáculo intransponível na literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição, vai na contramão das conhecidas regras de *self restraint* que Alexander Bickel, em sua monumental obra “The Least Dangerous Branch”, qualificou de “Virtudes passivas” da justiça constitucional. Bickel preconizava que no exercício da jurisdição constitucional só restam ao Poder Judiciário 3 alternativas, isto é: a)

Seguiu-se um acalorado debate entre os ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes sobre *self restraint*, o qual foi interrompido pelo Ministro Sepúlveda Pertence que assinalou que toda a questão poderia ser resolvida por meio de uma súmula vinculante.

Assim conforme muto bem assinala Streck, os ministros que apresentavam votos divergentes apontavam que a adoção da tese da mutação constitucional era um insulto à autoridade do Congresso Nacional e do próprio poder constituinte originário, razão pela qual não podia ser adotada como solução para o caso concreto.⁵⁴¹

Em razão do nível estrutural de mudança que era proposto pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau e a contraposição apresentada pelos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos em 19/04/2007, mas só devolveu o processo para julgamento no ano de 2013.⁵⁴²

Todavia, dado ao lapso temporal decorrido entre o início do julgamento da Reclamação e a conclusão deste, no meio do caminho houve a edição da Súmula Vinculante n. 26,⁵⁴³ conforme havia sido preconizado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, sendo que esta circunstância acabou sendo determinante para o deslinde final do caso concreto da Reclamação n. 4.335/AC.

anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra de *sagesse politique*, de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo por a norma em causa, a par da sua literalidade quase "ofuscante", em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.)

⁵⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 230.

⁵⁴² "Senhora Presidente, tal qual o eminentíssimo Ministro Eros Grau, sou um admirador de Jean-Pierre Vernant, que é, sem dúvida nenhuma, um dos maiores helenistas contemporâneos - recentemente falecido, em 09 janeiro de 2007 -, Professor emérito do "Collège de France". Talvez, o maior mérito deste grande estudioso tenha sido analisar a passagem do mithos ao logos entre os gregos antigos. Peço vênia aos eminentes Colegas para pedir vista dos autos, porque gostaria de examinar exatamente se essa passagem do mithos ao logos permite que façamos uma alteração tão radical no nomos que é a base da polis." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.)

⁵⁴³ Súmula vinculante 26 - Supremo Tribunal Federal: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a constitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Não obstante, o Ministro Ricardo Lewandowski também apresentou um voto divergente — na mesma linha dos votos proferidos pelos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa — assinalando pela impossibilidade de reconhecimento de mutação constitucional, porque implicaria uma retirada de competência expressamente atribuída ao Poder Legislativo, violando ainda cláusula pétreia que trata da separação dos poderes.⁵⁴⁴

Ademais, o Ministro Lewandowski assinalou que o Supremo Tribunal Federal àquela altura possuía outros instrumentos capazes de dar conta da questão do efeito *erga omnes* a uma decisão do Supremo Tribunal Federal, sem que isso implicasse em retirar competência do Senado Federal.

Todavia, coube ao Ministro Teori Zavascki o voto vitorioso no caso da Reclamação 4.335/AC, com uma fundamentação diversa daquele inicialmente elaborada pelo Ministro Gilmar Mendes e pelo Ministro Eros Grau.

Em seu voto o ministro apontou que em face da edição da Súmula Vinculante n. 26, ainda que o Senado Federal possua prerrogativa de dar eficácia *erga omnes* aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, tanto a jurisprudência quanto a legislação desenvolveram outros mecanismos de vinculação das demais instâncias às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal dentro de suas competências. Neste ponto, o Ministro assevera que tratando-se de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, haveria a atribuição de efeitos expansivos às decisões que acabariam ecoando, de alguma maneira, em futuras decisões.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ “Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º). O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor. Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétreia”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.)

⁵⁴⁵ “No meu entender, a ocorrência, ou não, da mutação do sentido e do alcance do dispositivo constitucional em causa (art. 52, X) não é, por si só, fator determinante do não-conhecimento ou da improcedência da reclamação. Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, em controle difuso, declararam a inconstitucionalidade de preceitos normativos — tese adotada, com razão, pelos votos divergentes —, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado — e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além

Houve, também, referências às ações coletivas, como o caso do mandado de segurança coletivo, ações civis públicas e os mandados de injunção, nas quais os autores atuam em nome próprio na defesa de direitos difusos e transindividuais, assim a eficácia das decisões tomadas em sede desses instrumentos, transcenderia as partes da relação processual estrita estabelecida no litígio. Nesse caso, as sentenças proferidas em sede destas ações teriam o caráter de preenchimento das omissões do legislador, sendo, portanto, decisões de um caráter expansivo.⁵⁴⁶

Além destas questões, o Ministro aponta para uma virada do direito brasileiro vinculado à tradição da *civil law* em direção à *common law*. Assinala, para tanto, o surgimento e dispositivos como as súmulas vinculantes e alterações legislativas de caráter processual como através de leis complementares que seriam tentativas de conferir força expansiva aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conferindo aplicação concreta e objetiva dos posicionamentos dos tribunais superiores aos julgamentos pendentes que tratem da temática.⁵⁴⁷

das indicadas no art. 52, X da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação. Essas afirmações merecem mais detalhada explicitação, que agora se fará.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.)

⁵⁴⁶ “É o caso, de um modo geral, das decisões produzidas no âmbito do processo coletivo, nomeadamente na ação civil pública (art. 16 da Lei 7.347/1985), nas ações coletivas (art. 103 da Lei 8.078/1990,) e no mandado de segurança coletivo (art. 22 da Lei 12.016/2009). São ações promovidas em regime de substituição processual, em que os autores, legitimados ativos indicados na lei, atuam em nome próprio na defesa de direitos individuais homogêneos ou transindividuais de interesse de uma pluralidade de pessoas. Assim, pela sua própria natureza, as sentenças nelas proferidas têm eficácia subjetiva que transcende aos partícipes da relação processual. O mesmo fenômeno ocorre no mandado de injunção, especialmente se considerado o perfil normativo-concretizador que hoje lhe atribui a jurisprudência do [...]. As sentenças que dele emanam têm a função de preencher, ainda que provisoriamente, a omissão do legislador, razão pela qual se revestem naturalmente de características reguladoras e prospectivas semelhantes às dos preceitos normativos. Nessa condição, seria inimaginável admitir que, no âmbito da jurisdição injuntiva, fossem produzidas soluções casuísticas e antiisonômicas para situações semelhantes. É, pois, da essência do mandado de injunção a edição de provimentos jurisdicionais com força material e subjetiva de caráter expansivo.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.)

⁵⁴⁷ “Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores, aos quais se atribui, cada vez com mais intensidade, força persuasiva e expansiva em relação aos demais processos análogos. Nesse ponto, o Brasil está acompanhando um movimento semelhante ao que também ocorre em diversos outros países que adotam o sistema da *civil law*, que vêm se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*, própria do sistema da *common law*. A doutrina tem registrado esse fenômeno, que ocorre não apenas em relação ao controle de constitucionalidade, mas também nas demais áreas de intervenção dos tribunais superiores, a significar que a aproximação entre os dois grandes sistemas de direito (*civil law* e *common law*) é fenômeno em vias de franca generalização. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min.

Por final, com relação ao caso da Reclamação n. 4.335/AC, especificamente, o Ministro Teori Zavascki entendeu que, se fosse analisada tão somente a situação jurídica posta à época de sua propositura, a Reclamação em questão não seria cabível, em face da ilegitimidade da parte que a propôs. No entanto, em face do lapso temporal decorrido desde seu ajuizamento até a conclusão do julgamento, tendo sido editada a Sumula Vinculante n. 26, que dava solução clara ao tema, não havia outra medida a ser adotada a não ser deferir o pedido formulado na Reclamação.⁵⁴⁸

Foi este o entendimento vencedor no julgamento, em um voto médio, acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Roberto Barroso e a Ministra Rosa Weber. Os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio não conheceram a Reclamação, contudo, concederam *habeas corpus* de ofício.

Nesse sentido, conforme aponta Streck, a decisão do Supremo Tribunal Federal ainda assim estava errada, porque o Ministro Teori Zavascki havia se pautado na Súmula Vinculante n. 26 para deferir a reclamação, mas havia apresentado a tese de mutação constitucional como apenas um dos mecanismos capazes de conferir eficácia expansiva às decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade, sem que isso implicasse a atribuição de eficácia *erga omnes*.⁵⁴⁹

Assim, Streck assinala pela importância de diferenciar eficácia *erga omnes* e efeito expansivo são conceitos distintos. Enquanto a eficácia *erga omnes* possui caráter geral, obrigando todos a cumpri-la, o efeito expansivo funciona como um parâmetro a ser observado, sem permitir que outras partes, que não aquelas envolvidas no processo original, utilizem o instituto da Reclamação. Dessa forma, persistiu o descumprimento do texto constitucional.⁵⁵⁰

Por final, arremata Streck sobre o tema:

GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.)

⁵⁴⁸ “Assim, considerado esse fato superveniente — a edição de súmula vinculante, cujo descumprimento enseja a propositura de reclamação, fato esse que deve ser levado em consideração, nos termos do art. 462 do CPC - a solução que hoje se impõe é a de conhecer e deferir o pedido. É assim meu voto.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 298.

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 298.

[...] a Súmula Vinculante 26, nesse caso, seria um instrumento desnecessário, uma vez que a decisão deveria ter sido encaminhada ao Senado Federal, que lhe conferiria eficácia *erga omnes*. Aqui, tem-se um problema de tamanha profundidade, pois, em vez de a Corte Suprema ter cumprido com o art. 52, X da Constituição Federal, o que, por consequência, ampararia a reserva do parlamento, a separação de poderes e o respeito aos direitos fundamentais, preferiu criar uma Súmula Vinculante. Nem sob a justificativa de uma mutação constitucional, como vimos, nem sob o argumento de uma modulação temporal, a Suprema Corte estaria cumprindo seu papel de guardiã da Constituição.⁵⁵¹

Portanto, não obstante o voto do Ministro Gilmar Mendes enquanto relator da Reclamação n. 4.335 tenha adotado a tese da mutação constitucional, levando a um entendimento de existência da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, apontando que a regra constitucional do art. 52, X teria mero efeito de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa por contra própria, mesmo quando tomadas em ações de controle difuso, não foi este o fundamento que ensejou a procedência reclamação.

Por conseguinte, se levarmos em conta a melhor doutrina sobre o tema — já devidamente apontada exaustivamente no subcapítulo 4.6 do presente trabalho — o conteúdo do voto do Ministro Gilmar Mendes deveria ser visto como *obter dicta*, para pegar a expressão tradicional do *common law* que os ministros do Supremo Tribunal Federal são tão afeitos a invocar. Ademais, pelas mesmas razões, sob qualquer circunstância não poderíamos falar, sob hipótese alguma, que estamos diante de um precedente.

Assim, destarte a controvérsia inicial instaurada a partir da Reclamação n. 4.335/AC, a observação da trajetória processual do caso em questão poderia levar à conclusão que a partir daquele momento, a maioria do Supremo Tribunal Federal havia rechaçado a tese da mutação constitucional do art. 52, X e a impossibilidade da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. No entanto, não foi isso o que aconteceu.

5.2.2 Os casos da ADI 3.470/RJ e da ADI 3.406/RJ

O caso seguinte não possui uma questão de fundo tão complexa e vistosa como aquela tratada na Reclamação 4.335 — que estava ligada diretamente a

⁵⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 298.

declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do cumprimento de pena em regime integralmente fechado para crimes hediondos e, portanto, diretamente ligada a questões de direitos fundamentais — sendo, de certa forma, até banal.

O caso em questão diz respeito a uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), em 2005, contra a Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, que estabelece a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos que contenham amianto (asbesto). A CNTI alegou que a lei estadual era formalmente inconstitucional por invadir a competência legislativa da União e materialmente inconstitucional por violar princípios constitucionais como a livre iniciativa, a livre concorrência e o direito de propriedade. Em face da identidade de objeto a referida ADI foi apensada a ADI 3.406/RJ e as duas foram julgadas conjuntamente.⁵⁵²

Quanto a questão de fundo — a Lei n. 3.579/2001 do Rio de Janeiro - que proibia a extração de amianto, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ação, entendendo pela constitucionalidade da referida lei. Em apertado resumo — uma vez que não pertinente ao tema aqui enfrentado — o Supremo entendeu que não havia inconstitucionalidade material ou formal na referida lei uma vez que esta estava dentro de competência concorrente (art. 24, V, VI e XII da Constituição Federal).

Todavia, havia um problema fático para a conclusão que o Plenário do Supremo havia chegado com relação à constitucionalidade da Lei n. 3.579/2001 do Rio de Janeiro, a existência da Lei federal nº 9.055/1995, que em seu artigo 2º, permitia a extração e produção de amianto.⁵⁵³

Diante da controvérsia estabelecida, para solucionar o problema, ao julgar a ADI 3.470, o Supremo Tribunal Federal resolveu por declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei federal nº 9.055/1995.

Nesse sentido, assim declarou a Ministra Rosa Webber:

É que à mesma conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal conduz o entendimento de que **inconstitucional, e em consequência nulo e ineficaz, o art. 2º da Lei nº 9.055/1995 — apontado como óbice ao exercício da competência legislativa pelo estado federado —, a atrair**

⁵⁵² STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019

⁵⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 197.

por si só a incidência do art. 24, § 3º, da Lei Maior, segundo o qual “*inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exerçerão a competência legislativa plena*”, **consoante as razões por mim já externadas ao julgamento da ADI 4066 e que retomarei adiante**, ao examinar a **alegação de inconstitucionalidade material** da **Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro**. [...]

Em apertada síntese, embora até pudesse ser **considerada ainda constitucional** no momento em que editada a **Lei nº 9.055/1995**, não é mais razoável admitir, (i) à luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e (ii) à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a compatibilidade do seu art. 2º com a ordem constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente. Diante das determinações constitucionais direcionadas ao legislador, tenho por evidenciado que a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no **art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequadamente e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente**, tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter suprallegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as **Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia**, sendo caso de **inconstitucionalidade por proteção insuficiente**, em face dos **arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da Constituição Federal**.⁵⁵⁴ (grifos originais)

A questão é que o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.066 que tratava a respeito da constitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.055/1995, tendo o referido dispositivo sido declarado inconstitucional. Todavia, não havia sido obtido o quórum mínimo de 6 ministros para declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo, pela ausência do Ministro Dias Toffoli. Na mesma sessão foi julgado um Recurso Extraordinário que tratava do mesmo tema no qual o Ministro Dias Toffoli estava presente e foi declarada a inconstitucionalidade incidental do referido dispositivo.

Iniciou-se um debate entre os ministros e o Ministro Gilmar Mendes novamente voltou a defender a necessidade de equiparação das decisões tomadas em sede de controle concreto e controle abstrato, dessa vez apontando que o Código de Processo Civil e o “sistema de precedentes” já não mais faziam distinção entre as decisões tomadas em, novamente visando excluir a participação do Senado Federal do controle difuso de constitucionalidade.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019

⁵⁵⁵ [...] acho que o CPC, nesse ponto, talvez sinalize uma superação — ponto em que tenho insistido — de que não temos outra alternativa, pelo menos no âmbito do Supremo, senão equalizar a decisão que se toma em sede de controle abstrato e a decisão que se toma em sede de controle incidental. Agora me parece que o CPC vem em reforço quando não distingue mais a declaração de inconstitucionalidade em uma ou outra situação. Na prática, já fazemos isso um pouco. Não esperamos que o Senado suspenda. Como sabemos, é um pouco sazonal a suspensão por parte do Senado. Às vezes ele faz, até com certa diligência, isto depende muito da atividade da Comissão de Constituição e Justiça. Às vezes esse assunto é negligenciado, e o Senado não se

No mesmo sentido foi o apontamento efetuado pelo Ministro Luiz Fux que referiu que não existe mais diferença entre controle incidental de constitucionalidade e controle abstrato, de acordo com Código de Processo Civil.⁵⁵⁶ Ademais salientou que a participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade é meramente formal.⁵⁵⁷

O Ministro Marco Aurélio afirmou que a questão não deveria ser resolvida com base no Código de Processo Civil, observado que era Constituição Federal que disciplinava a questão através do artigo 52, X;⁵⁵⁸ o Ministro Gilmar Mendes afirmou que não se tratava de um intepretação que suprimiria o referido artigo, mas apenas uma releitura;⁵⁵⁹ posição esta que contradiz sua própria afirmação quanto ao tema na Reclamação 4.335/AC, onde expressamente defendeu não uma reinterpretação mas “mutação” com a construção de um texto diverso daquele expressa na Constituição Federal; o Ministro Marco Aurélio então pontuou que os efeitos da resolução do Senado Federal não eram meramente declaratórios.⁵⁶⁰

debruça sobre esse tema, porque é um tema assaz técnico, vamos dizer assim, considerando a formação da Casa política.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁵⁶ “O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não há mais diferença entre controle incidental e controle principal. O Código, inclusive, agora, por exemplo, na fase de execução, quando se quer alegar que a sentença é objeto do cumprimento, ou da execução antiga, que se baseou em lei inconstitucional, diz que a lei pode ter sido considerada inconstitucional em controle concentrado ou em controle incidental. Qualquer um dos controles é suficiente para que a parte possa se escusar de cumprir uma sentença inconstitucional.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁵⁷ “O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a chancela do Senado é formal.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁵⁸ “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Presidente, quanto ao inciso X do artigo 52, na redação originária do Constituinte de 1988, ainda considero que a Lei das leis do país é a Constituição Federal, e não o Código de Processo Civil!” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁵⁹ “O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estou dizendo só do reforço. A proposta que já tinha feito em outro momento é que... Claro que não estamos fazendo uma interpretação ablativa do texto constitucional, do artigo 52, X, mas fazendo uma releitura, para dizer que comunicamos ao Senado, para que o Senado faça a publicação, ou seja, intensifique a publicidade, só isso. A decisão já é bastante em si.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶⁰ “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — O fenômeno, previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, no que revela a atribuição do Senado, não é simplesmente declaratório, é constitutivo, diz respeito à suspensão da execução da lei no território nacional.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

Findado o debate, foram retomados os votos com os votos dos ministros Edson Fachin⁵⁶¹, Dias Toffoli⁵⁶² e Luiz Fux⁵⁶³ onde estes afirmaram a equivalência dos pronunciamentos em do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade ou em sede de controle concentrado. Afirmando sua perspectiva do papel de mera divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal pelo Senado Federal.

De fato, a tese da mutação constitucional foi mencionada no julgamento das ADIs em questão por duas vezes, uma expressamente se referindo à mutação do artigo 52, X da Constituição Federal por parte do Ministro Celso de Mello, apesar de não ter sido utilizada como fundamento para decisão da questão.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ “[...] esta declaração, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. E portanto, nesta medida, o fato de ter sido incidental não afasta o conjunto das observações que o Ministro Gilmar já fez, que utilizou o verbo equalizar nessa direção de encontrarmos obviamente uma solução razoável para evitar que caiamos numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E esta afirmação não me parece que incida em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que forem ou são permissivas, dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 2º, são também inconstitucionais.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶² “De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado - o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo -, eu, então, acompanho integralmente o voto da Ministra Rosa Weber, agora, baseado nos fundamentos que o Plenário, por maioria, - e me submeto à colegialidade -, decidiu pela inconstitucionalidade da Lei Federal.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶³ “Com a devida vênia do Ministro Marco Aurélio, que sei que pensa o contrário, em razão do art. 52, X, e também do Ministro Alexandre de Moraes, que compartilha dessa preocupação do Ministro Marco Aurélio, eu subscrevo o que foi inicialmente levantado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo, agora há pouco, o Ministro Luiz Edson Fachin discorrido de uma maneira bastante clara, a respeito da dimensão da decisão que nós estamos tomando aqui, qual seja, a aplicação do controle difuso, dando esse efeito erga omnes e praticamente vinculante também às deliberações deste Plenário. Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores para todo país o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; ficamos nós, aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam. Toda a evolução da jurisdição constitucional recente do Brasil foi exatamente no sentido de superarmos essa necessidade.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶⁴ Aqui deve ser referido que essa afirmação é possível ser inferida a partir da leitura apurada do acórdão tendo em vista que todas as manifestações feitas nos debates por parte do Ministro Celso de Mello foram suprimidas do acórdão final. Essa afirmação pode ser constatada a partir do seguinte trecho: “Presidente, só uma observação. O Ministro Celso de Mello falou na questão, que é importantíssima, que seria uma questão de mutação constitucional. Eu só gostaria de lembrar que esse tema específico foi tratado recentemente pelo Congresso na Emenda 45. A Emenda 45, quando tratou da questão de tentar aproximar o controle difuso do concentrado, inclusive excluindo o artigo 52, X, fez uma opção por medidas que resolvem esse problema: a edição de súmulas

A outra menção sobre mutação constitucional surge no voto do Ministro Dias Toffoli, mas não se referindo ao artigo 52, X e a possibilidade de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade — até porque o ministro já havia se manifestado pelo seu entendimento de que a resolução do Senado servia apenas para publicizar decisão do Supremo em uma época em que não havia TV Justiça — mas sim em relação ao mérito do julgamento quando afirma a ocorrência de uma mutação constitucional quanto ao entendimento sobre o mérito do art. 2º da Lei n. 9.055/1995.

Com efeito o Ministro Dias Toffoli afirma que o referido artigo da legislação infraconstitucional havia passado por um processo de “inconstitucionalização”, uma vez que as circunstâncias fáticas. Isso porque as percepções dos níveis de consenso e dissenso em torno da necessidade ou não do banimento do amianto não são mais os mesmos observados quando da edição da referida norma geral.⁵⁶⁵

Todavia, deve ser dito que conforme visto no subcapítulo 5.1, quando se fala em mutação constitucional se estaria falando em uma incongruência entre a realidade material e o texto Constitucional, conforme a dicção cunhada por Jellinek e Laband. De fato, o que se observa no caso concreto, com a devida vênia ao entendimento do Ministro Dias Toffoli, não é uma mutação constitucional. O texto da Constituição Federal e norma dela extraída permanecem intactos, a única coisa que houve foi uma reinterpretação do Supremo Tribunal Federal sobre o conteúdo de uma lei infraconstitucional a partir de um caso concreto, em sede de controle abstrato.

Após o voto do Ministro Dias Toffoli o assunto retornou para a questão dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso, com manifestação do

vinculantes, que fala exatamente em validade, interpretação e eficácia das leis. E essa Casa já fez isso em relação a várias ações diretas de inconstitucionalidade.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶⁵ “Na doutrina constitucional, reconhece-se o fenômeno pelo qual uma lei antes reconhecida como constitucional vem a ser considerada incompatível com a Constituição após determinado período de vigência. Esse fenômeno pode ocorrer, basicamente, de duas formas: em razão de mudança no parâmetro de controle, decorrente de alteração formal do texto constitucional ou do sentido da norma constitucional (no último caso, tem-se a chamada mutação constitucional); ou por força de alterações nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Sabe-se que a esfera dos fatos se comunica com a esfera do direito de diversas maneiras. Nesse sentido, a interpretação das normas jurídicas sempre é um processo de articulação entre texto e realidade fática. Do mesmo modo, a esfera dos fatos é determinante na compreensão que temos acerca da adequação de determinada norma aos princípios e regras constitucionais.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

Ministro Alexandre de Moraes, se manifestado expressamente pelo não reconhecimento da tese e manifestando que não havia votado neste sentido.⁵⁶⁶

Nesse momento, o Ministro Gilmar Mendes interveio para assentar textualmente que a questão não estava no âmbito da interpretação do Direito - ou mesmo de uma mutação constitucional - mas da expressão máxima de uma perspectiva realista do Direito e do domínio da própria Constituição: primeiramente admitiu que o Supremo simplesmente não estava mais dando importância ao artigo 52, X da CF⁵⁶⁷ e, posteriormente, que o Supremo estava deliberadamente misturando situações de controle concentrado de constitucionalidade com a sistemática de julgamentos por meio de repercussão geral.⁵⁶⁸

Coube ao Ministro Marco Aurelio trazer um contraponto a tudo que foi dito no Plenário do Supremo Tribunal Federal, naquele momento, através de expressão de perplexidade: '[...] *vou repetir o que tenho dito ultimamente: tempos estranhos. Onde vamos parar?*'

O Ministro Marco Aurelio apontou, então, alguns dos pontos que haviam ficado implícitos nas manifestações de alguns dos ministros que haviam votado anteriormente, um desejo de monopolizar o domínio dos sentidos e da Constituição sob a tutela única do Supremo Tribunal Federal, sem considerar o resto do sistema no qual ele está inserido.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ "A questão de uma nova interpretação do artigo 52, X, não foi colocada nem como questão de ordem. Por que digo isso? Até hoje, o Supremo Tribunal Federal entende que, no controle difuso, o Senado Federal não está obrigado a estender os efeitos inter partes para *erga omnes* das declarações incidentais do Supremo. Isso são debates históricos e pode até vir - é sempre uma proposta do Ministro Gilmar -, mas até hoje o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao artigo 52, X, é que ao Supremo cabe declarar para o caso concreto e ao Senado cabe, se entender necessário, suspender, dando efeitos gerais. Aliás, a grande diferença do controle concentrado é que a suspensão dá efeito sempre *ex nunc*, não retroativos. Poderíamos até evoluir nesse sentido, mas eu quero dizer que eu não votei em relação a isso porque não era isso que estava em questão. Só para deixar claro." (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶⁷ "Ministro Alexandre tem razão no que diz respeito aos aspectos formais. Mas, em verdade, há muito, já não estamos prestando atenção ao art. 52, X, de fato." (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶⁸ "[...] hoje misturamos situações da repercussão geral com o controle concentrado. E há coisas que estão na repercussão geral, inclusive as questões de ordem que encaminhamos, por exemplo: suspensão de processo, provimento ou não provimento automático e tudo mais, de recursos, e não aplicamos isso no controle abstrato, que já é dotado de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Assim, [...] nesses casos, declaramos a inconstitucionalidade não apenas da norma, mas da matéria." (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁶⁹ "Somos 11 a integrar o Supremo e temos, realmente, a última palavra sobre o Direito positivo. Mas isso presente um grande sistema, que é o revelado pela Carta da República. Não posso ignorar o

Ademais, o ministro pontuou sobre o efeito vinculante que as decisões definitivas do Supremo têm ações de controle concentrado de constitucionalidade, possuindo caráter vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. No entanto, o ministro ressalta que o Congresso pode, posteriormente, aprovar uma nova lei sobre a mesma matéria, o que demonstra o respeito ao papel representativo do Legislativo.⁵⁷⁰

Da mesma forma o ministro assinalou que interpreta o artigo 52, X da Constituição Federal como uma regra que garante a independência e harmonia entre os Poderes. O ministro argumenta que o Senado não deve ser visto como um mero "Diário Oficial" para publicar decisões do Supremo, mas sim como um órgão que pode suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade.⁵⁷¹

O Ministro Marco Aurelio assinala, ainda, que se decisão for tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por óbvio, não há necessidade de atuação do Senado Federal, porque a decisão fulminar o conteúdo do dispositivo por completo. Todavia, quando é caso de controle concreto de constitucionalidade, tomado dentro dos limites de uma lide subjetiva, para estender estes efeitos ao território nacional é necessária a expedição de uma resolução do Senado Federal, suspendendo o dispositivo que foi reputado inconstitucional.

Por final, o ministro arremata:

Homenageio, [...] e entendo que é básico na República, a harmonia e independência entre os Poderes, não potencializando possível desgaste,

que nela se contém, não posso desconsiderar que 81 são os senadores e 513 são os deputados, eleitos representantes do povo brasileiro." (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁷⁰ BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019

⁵⁷¹ "Recuso-me a dizer que o Senado da República é um verdadeiro Diário Oficial, que simplesmente deve publicar as decisões do Supremo formalizadas no controle concreto de constitucionalidade, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Não interpreto literalmente, gramaticalmente, o que se contém no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal, mesmo porque a interpretação gramatical é a que mais seduz, é aquela a que se chega, ao objetivo da norma, numa visão superficial. Entendo o inciso X do artigo 52 como regra que atende a independência e harmonia entre os Poderes, a sinalizar que o sistema nacional é equilibrado, ao prever — e em bom vernáculo — competir ao Senado não simplesmente publicar a decisão tomada pelo Supremo, [...]" (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

notado nos dias de hoje, do Congresso Nacional. Porque, acima de tudo, tenho, [...] a Constituição Federal.⁵⁷²

Após o voto do Ministro Marco Aurélio houve novo debate entre os ministros onde, mais uma vez, foi exposto o dissenso entre os ministros sobre o tema. A Ministra Carmen Lucia verbalizou seu entendimento pela aproximação entre *civil law* e a *common law* e o prestígio conferido aos “precedentes”, que se consubstanciam em teses que seriam firmadas pelo Supremo.⁵⁷³ Referiu que essa expansividade havia sido conferida pelo legislador com a emenda n. 45/2004 e que sobre o papel do Senado Federal, já havia trabalho do Ministro Paulo Brossard que defendia o papel meramente declaratório do Senado Federal.

A ministra foi contraposta pelo Ministro Marco Aurélio que verbalizou algumas das incongruências que ali estavam sendo referidas, afirmando que talvez o Supremo Tribunal Federal não acreditasse no Senado Federal.⁵⁷⁴

Após intensa discussão a Ministra Carmen Lúcia afirmou que as “teses” de repercussão geral indicavam uma abstração do controle de constitucionalidade.⁵⁷⁵ o Ministro Marco Aurélio afirmou, então, o óbvio: o entendimento de que os pronunciamentos em sede de recursos extraordinários com repercussão geral possuíam efeito vinculante foi uma construção do próprio Supremo Tribunal Federal, não foi isso que havia sido introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.⁵⁷⁶

⁵⁷² BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019

⁵⁷³ “A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Continuando meu voto, diria que esse encaminhamento que foi feito exatamente no sentido [...] que, cada vez mais, houve uma aproximação até do sistema, do *civil law* com o *common law*; e o precedente que passou a ganhar tal envergadura que, hoje, na repercussão geral, por exemplo, nós temos que extrair uma tese que é vinculante, logo aplicável a todos os casos” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁷⁴ “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Talvez não acreditemos no Senado da República!” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁷⁵ “A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) — [...] E, aqui, nós estamos caminhando para oferecer uma jurisdição constitucional que promova não a repetição de temas que já foram tratados, mas é uma acolhida que me parece extremamente coerente com o que se propõe o controle de constitucionalidade, quer em controle concreto, quer em controle abstrato, até porque é em caso concreto, nos casos de repercussão geral, que nós tornamos uma abstração o que se contém na tese que é aplicada e vinculante a todos. (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

⁵⁷⁶ “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Todos, menos o Congresso como legislador. De qualquer forma, essa eficácia vinculante quanto aos pronunciamentos sob o ângulo da repercussão geral foi construção da jurisprudência, não veio com a emenda à Constituição.” (BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019)

Assim, nesse caso podemos ver como, conforme bem salienta Streck, por vezes, casos sem maior repercussão acabam gerando profundas alterações no Direito brasileiro.⁵⁷⁷

Quanto a questão de fundo, Streck pontua que a questão poderia ter sido resolvida de maneira mais simples porque, ainda que a constitucionalidade tenha sido declarada de forma incidental, isso ocorreu dentro de um processo objetivo. O debate no plenário centrou-se na constitucionalidade de um determinado dispositivo, e não em uma situação concreta que envolvesse interesses subjetivos das partes diretamente ligadas ao processo. Dessa forma, a discussão sobre a possibilidade de uma alteração interpretativa da essência semântica do texto constitucional nem deveria ter levantado a questão da necessidade de uma mutação constitucional, já que o caso se tratava de um controle objetivo, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, o que tornaria o tema prejudicado.⁵⁷⁸

Assim, feitas essas considerações sobre o caso concreto, deve ser dito, novamente, que a questão referente à mutação constitucional foi tida à margem do tema principal e do mérito da ação - produção e refinamento de amianto - mas que, da mesma forma, em um caso banal, acaba por revelar muito do que está por trás na discussão sobre o desejo da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade ou, ainda, a unificação da jurisdição constitucional: o desejo de controle absoluto da Constituição e de suas normas por parte do Supremo Tribunal Federal.

5.2.3 Os casos do RE 949.297/CE (Tema 881) e RE 955.227/BA (Tema 885)

A discussão mais recente com relação a tese da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade aconteceu no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário n. 949.297/CE (Tema 881) e Recurso Extraordinário n. 955.227/BA (Tema 885).

⁵⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 227.

⁵⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 299.

O caso concreto posto nos recursos extraordinários dizia respeito ao interesse da União de voltar a recolher a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de empresas que, em 1992, obtiveram decisão transitada em julgado que lhes concedeu o direito de não pagar o tributo.⁵⁷⁹ Em 2007, o Supremo Tribunal Federal validou a cobrança da CSLL, ao julgar parcialmente procedente a ADI n. 15/DF.⁵⁸⁰ Dessa maneira, a corte agora analisava se tal entendimento atinge as companhias que estavam isentas de pagar o tributo devido às decisões definitivas obtidas na década de 1990 em sede de controle difuso de constitucionalidade.

O relator do caso, Ministro Edson Fachin, fez longo arrazoado no qual votava no sentido de reconhecer que, nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, havendo decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, a superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, tornaria o tributo exigível, sendo desnecessário o ajuizamento de ação rescisória para que fosse possível ao Fisco retomar a cobrança do tributo. Todavia, em nome da segurança jurídica, entendia pela necessidade de modulação dos efeitos da decisão para quando houvesse o trânsito em julgado do Tema 881.

⁵⁷⁹ A imprensa noticia que empresas como Braskem, Companhia Brasileira de Distribuição (Grupo Pão de Açúcar), a Samarco, a White Martins, a Caraíba metais (hoje Paranapanema) e a Neslips, estavam dentre as empresas que possuíam decisões transitadas em julgado que lhes desobrigava ao pagamento da CSLL. Na biografia do falecido empresário Abilio Diniz é contada a história de como este conseguiu reerguer o Pão de Açúcar que ao final dos anos 1980 passava por uma forte crise financeira. A reestruturação da empresa se apoiou em um mote: “*corte, concentre, simplifique*” e em uma decisão consciente de não pagar impostos. Conforme é contado no livro, em novembro de 1990, Abilio Diniz resolveu interromper o pagamento de todos os impostos devidos, que só seriam retomados no ano seguinte. Em paralelo, buscou o auxílio de advogados para elaboração de um planejamento tributário que trouxesse alívio as combalidas finanças da empresa. Foi o ajuizamento de uma ação questionando a constitucionalidade da CSLL, formulada por Pedro Luciano Marrey Júnior, sócio do escritório Mattos Filho, que foi considerada a cartada de mestre do Pão de Açúcar: com a vitória na justiça a empresa conseguiu um alívio de 9% sobre o lucro líquido da empresa. (CORREA, Cristiane. **Abilio**: Determinado, ambicioso, polêmico [recurso eletrônico]; Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2015. p. 103)

⁵⁸⁰ [...] Não conhecimento, quanto ao art. 8º, dada a invalidade do dispositivo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em processo de controle difuso (RE 146.733), e cujos efeitos foram suspensos pelo Senado Federal, por meio da Resolução 11/1995.

2. Procedência da arguição de inconstitucionalidade do artigo 9º, por incompatibilidade com os artigos 195 da Constituição e 56, do ADCT/88, que, não obstante já declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 150.764, 16.12.92, M. Aurélio (DJ 2.4.93), teve o processo de suspensão do dispositivo arquivado, no Senado Federal, que, assim, se negou a emprestar efeitos erga omnes à decisão proferida na via difusa do controle de normas.

3. Improcedência das alegações de inconstitucionalidade formal e material do restante da mesma lei, que foram rebatidas, à exaustão, pelo Supremo Tribunal, nos julgamentos dos RREE 146.733 e 150.764, ambos recebidos pela alínea b do permissivo constitucional, que devolve ao STF o conhecimento de toda a questão da constitucionalidade da lei.” (BRASIL, STF - ADI: 15 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/08/2007)

De qualquer sorte, o Ministro Edson Fachin asseverou em seu voto que recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida possuem os mesmos efeitos dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade: eficácia vinculante e efeito *erga omnes*.⁵⁸¹

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes votou acompanhando o relator, com ressalvas, asseverando que, por excelência, o meio para rescisão de sentença transitada em julgado é ação rescisória. Assim, todas as ações que haviam sido julgadas anteriormente ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade deveriam ser objeto de ação rescisória. Todavia, em face das manifestações havidas no Plenário, o Ministro Gilmar Mendes aderiu integralmente ao voto do Ministro Edson Fachin quanto à matéria de fundo, entendendo pela desnecessidade de ajuizamento de ação rescisória.⁵⁸²

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes voltou a expressar seu entendimento de que não há diferença entre os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal seja em controle difuso ou em controle concentrado e havendo ou não o reconhecimento de repercussão geral.⁵⁸³

No mesmo sentido foi o voto do Ministro Alexandre de Moraes que afirmou que a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, juntamente com as reformas empreendidas no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 11.418/2016 a as novas disposições inseridas no Código de Processo civil , observou-se o fenômeno

⁵⁸¹ “Do exposto, perfilo entendimento no sentido de que, a despeito do tema 885 tratar da superveniência de entendimento diverso em sede de controle difuso, os efeitos da decisão proferida em repercussão geral equivalem àquela proferida em sede de controle abstrato: eficácia *erga omnes* e vinculante. Em assim sendo encontram-se presentes as mesmas razões de segurança jurídica a recomendar a modulação dos efeitos temporais da decisão, também, no julgamento do tema 885 diante do abstratização do controle difuso de constitucionalidade, em especial na sistemática de repercussão geral.” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁵⁸² BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁵⁸³ “[...] deve-se aplicar o entendimento do STF, seja em controle difuso ou concentrado, independentemente de ter sido, naquele caso, firmado com ou sem repercussão geral. Sendo assim, para os atos futuros ou efeitos futuros de atos passados que sejam de relação jurídica de trato continuado, aplica-se imediatamente a posição do Supremo Tribunal Federal, sendo despicienda nova ação judicial com conteúdo revisional” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

da objetivação do controle difuso de constitucionalidade nos recursos extraordinários em que há repercussão geral reconhecida.⁵⁸⁴

Aqui vale dizer que: 1) esse entendimento contraria o voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADI 3.470/RJ e na ADI 3.406/RJ; 2) esse posicionamento não encontra guarida nas obras de Alexandre de Moraes enquanto doutrinador.

Com efeito, ao tratar do instituto da repercussão geral e da Emenda Constitucional n. 45, Moraes afirma que alteração introduzida serve como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário e análise de relevância constitucional da matéria e se ela está alinhada com o interesse público, buscando evitar que o Supremo julgue lides que vinculam interesses meramente individuais. Assim, a repercussão geral, conforme ele, serviria para que o Supremo Tribunal Federal se debruçasse sobre temas mais relevantes, valorizando as decisões das instâncias judiciais ordinárias⁵⁸⁵

Assim, Moraes compara a repercussão geral ao *writ of certiorari* existente no âmbito da jurisdição constitucional norte-americana que confere discricionariedade para que a Suprema Corte analise os casos que julgar suficientemente relevantes, divergindo apenas que existindo os requisitos de admissibilidade o recurso deverá ser, obrigatoriamente ser admitido, no caso brasileiro.⁵⁸⁶

Da mesma forma, em contradição com aquilo que havia manifestado por ocasião do julgamento da ADI 3.470/RJ e da ADI 3.406/RJ, o Ministro Dias Toffoli afirmou justamente o contrário do que havia afirmado em seu voto anterior: que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no caso da Reclamação 4.335/AC havia rechaçado o papel meramente declaratório do Senado Federal quanto às decisões do Supremo Tribunal Federal e que as decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade — não submetidas ao sistema da repercussão geral —

⁵⁸⁴ “Assim, a decisão desta CORTE que declara inconstitucionalidade de norma, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia erga omnes atribuídos às ações de controle abstrato. A Constituição Federal e a legislação processual estabelecem que, para o reconhecimento da repercussão geral, a controvérsia, além de ser dotada de relevância econômico, político, social ou jurídico, deve ultrapassar os interesses subjetivos da causa. Em especial, o art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 admite reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. Assim, vê-se que, de fato, houve a objetivação do controle difuso quando proferido em sede de repercussão geral.” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁵⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. — São Paulo: Atlas, 2017. p. 409-410.

⁵⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. — São Paulo: Atlas, 2017. p. 411.

só adquirem efeitos *erga omnes* mediante a expedição de Resolução pelo Senado Federal.⁵⁸⁷

Na sequência, foi proferido o voto do Ministro Roberto Barroso, talvez o mais relevante para os fins deste trabalho porque o ministro avança algumas casas em relação às propostas dos demais ministros do Supremo, efetivamente propugnando pela mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal e a necessidade de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal sobre a abstratização do controle de constitucionalidade.

Em seu voto, o Ministro Roberto Barroso dividiu a questão em três pontos: 1) o suposto *distinguishing* entre o paradigma em análise e “precedentes” do Supremo Tribunal Federal; 2) A progressiva objetivação do controle difuso de constitucionalidade; 3) a segurança jurídica, como valor protegido pela coisa julgada, em contraponto à igualdade e à livre concorrência.

Em relação ao primeiro ponto, o Ministro Roberto Barroso faz a distinção existente entre o recurso que estava sendo julgado e outros casos apreciados pelo Supremo. Faz assim distinções entre o caso analisado por ele e o Recurso Extraordinário n. 949.297/CE, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que trata de tema análogo, porém, limitado a discutir os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sobre a eficácia futura da coisa julgada nas relações de trato continuado.

Após proceder essa elucidação, conclui que o escopo da controvérsia a ser analisada pela Corte é:

[...]se deve ou não haver uma limitação temporal dos efeitos futuros da coisa julgada, quando esta Corte vier a se manifestar em sentido contrário, em controle difuso de constitucionalidade. Em relação ao caso concreto, por sua vez, caberá determinar se a coisa julgada que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 7.869/1988 impede ou não a futura cobrança do tributo, tendo em vista posteriores manifestações deste Tribunal, em sede de controle difuso — em momento anterior à sistemática da

⁵⁸⁷ “Ante a decisão da Corte na Rcl nº 4.335/AC, adoto o posicionamento doutrinário de Teori Zavascki, para quem a decisão em que o Supremo Tribunal Federal declara, em sede de controle difuso de constitucionalidade não submetido à sistemática da repercussão geral, a inconstitucionalidade de lei só adquire eficácia *erga omnes* (não havendo, obviamente, súmula vinculante com mesmo teor) com a resolução do Senado Federal. Ficam, assim, preservados os poucos efeitos práticos que ainda subsistem na aplicação do art. 52, X, da Constituição Federal.” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

repercussão geral —, no sentido da constitucionalidade da norma, circunstância que pode denotar uma virada no suporte jurídico que fundamentara a decisão proferida pela origem.⁵⁸⁸

Na segunda parte de seu voto, na qual aborda efetivamente a questão da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, o Ministro Roberto Barroso, tece considerações sobre o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, asseverando que esse controle pode ser feito de duas maneiras distintas: difuso e incidental; concreto e abstrato;

A seguir, o Ministro Roberto Barroso passa a elaborar em cima de sua tese em favor da abstrativização referindo que defende que ‘uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos’.⁵⁸⁹ Para sustentar a sua posição enquanto julgador, o Ministro Roberto Barroso citou a si próprio em seus livros sobre controle de constitucionalidade.⁵⁹⁰

Posteriormente, o Ministro se refere ao caso da Reclamação nº 4.335/AC na qual inicialmente foi levantada a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Aponta que a tese restou posteriormente vencida e que a questão foi solucionada pela aplicação da Súmula Vinculante nº 26, novamente citando sua doutrina sobre o tema,⁵⁹¹ todavia o Ministro suprimiu de sua citação

⁵⁸⁸ BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁵⁸⁹ BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁵⁹⁰ Aqui deve ser feita justiça ao Ministro Roberto Barroso efetivamente referindo que ele já adotava essa posição sobre o tema antes mesmo de ser nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: “A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tomou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.)

⁵⁹¹ “A questão também foi abordada pelo Plenário desta Corte, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335 9 , da relatoria do Min. Gilmar Mendes, iniciado em 2007 e finalizado em 2014, em que se deparou com a questão da mutação do art. 52, X, da CF/1988, proposta pelo relator e acompanhada pelo Min. Eros Grau. Esse entendimento, porém, à época, não foi acatado pela maioria por concluir que esbarraria na literalidade do dispositivo. Sobre o assunto, afirmei o seguinte: “Ao longo dos debates, reconheceu-se, contudo, que as decisões proferidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, ainda que não produzam efeitos idênticos àsquelas decididas em sede concentrada, produzem efeitos expansivos ultra partes mais brandos para além dos casos que foram julgadas. [...] Tais votos ressaltam, ainda, o processo de ‘objetivação’ por que está passando o controle incidental de constitucionalidade, expresso a título exemplificativo, pela

trecho onde ele próprio afirma que a tese da mutação constitucional esbarraria na literalidade do texto da Constituição atribuindo essa conclusão à maioria do Supremo Tribunal Federal, à época.⁵⁹²

No entanto, o Ministro Roberto Barroso assinala seu entendimento que o Supremo deve rever a questão da mutação constitucional do referido dispositivo e passa a elencar razões pelas quais entende que deve prevalecer aquela tese levantada inicialmente em 2007, as quais podem ser sintetizadas da seguinte forma: 1) a introdução do instituto da Repercussão Geral no ordenamento jurídico brasileiro e a sucessiva adoção de teses de julgamento, levou ao processo de objetivação do controle difuso que se tornou ainda mais claro; 2) O art. 927, III do Código de Processo Civil que estabelece a vinculação dos tribunais aos precedentes do Supremo, em sede de recurso extraordinário julgados pela sistemática repetitiva e o cabimento de reclamação diretamente ao STF, conforme art. 988, §5º, II;⁵⁹³ 3) Uma progressiva abstrativização do controle concreto operada tanto pela atuação do próprio Poder Judiciário e, também, do poder Legislativo.⁵⁹⁴

Assim, afirmou ser necessário que o Supremo Tribunal Federal reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* atribuídos às ações de controle abstrato. Apontou que, nesses casos, a resolução do Senado que trata o art. 52, X da Constituição Federal teria apenas o caráter informativo. Exatamente, o mesmo argumento formulado em 2007.⁵⁹⁵

modulação dos efeitos temporais produzida nesta sede, com o propósito de regular a aplicação da tese firmada pelo STF a casos semelhantes, bem como pela própria sistemática da repercussão geral" (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁵⁹² "A despeito da densidade de ambos os votos e da circunstância, já referida, de que a eficácia geral seria realmente mais adequada, tal solução parece esbarrar na literalidade do art. 52, X" (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.)

⁵⁹³ Sobre este ponto vale dizer que Barroso chama a esses "precedentes" de "precedentes vinculantes em sentido forte". (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **REVISTA DA AGU.** Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854> Acesso em: 11/12/2024.)

⁵⁹⁴ BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁵⁹⁵ "Assim, aproveito para afirmar ser necessário que esta Corte reconheça que a declaração de inconstitucionalidade, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* atribuídos às ações de controle abstrato.

Ademais, passa então a afirmar que a superação da necessidade de resolução do Senado para atribuição de efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* às decisões de controle de constitucionalidade não é algo novo referindo que:

Sob a égide da Constituição de 1967 alterada pela EC nº 1/1969, vigia o art. 42, VII, cuja redação era idêntica à do atual art. 52, X, da Constituição de 1988. No entanto, no Processo Administrativo nº 4.477/1972, em deliberação chancelada pelo despacho de 18.04.1977, esta Corte definiu que as decisões, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, não seriam mais encaminhadas ao Senado Federal, mas apenas às autoridades prolatoras da legislação, para fins de comunicação. Esta Corte atribuiu, portanto, efeitos vinculantes *erga omnes* às suas próprias decisões em controle abstrato, o que foi positivado com a introdução do art. 175 no Regimento Interno, em 1980, e, posteriormente, com o art. 102, § 2º, na Constituição de 1988.⁵⁹⁶

Aqui, dois pontos chamam a atenção: 1) o caso concreto tratava de decisões tomadas em sede controle abstrato; 2) o mais preocupante, essa decisão foi proferida no período da ditadura civil-militar no Brasil, sendo absolutamente incompatível pensar em utilizá-la como “precedente” para embasar uma decisão que deve estar pautada pelo arcabouço constitucional democrático da Constituição de 1988.

Prosseguindo em sua formulação, o Ministro Roberto Barroso afirma:

[...] entendo ser imprescindível que se reconheça a mutação do art. 52, X, da CF/1988, para as decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral. Apesar de a matéria de fundo, no presente caso, tratar da constitucionalidade de lei, e não de sua inconstitucionalidade, a nova interpretação do referido dispositivo constitucional é relevantíssima, sobretudo em matéria tributária. [...] Trata-se, portanto, de passo rumo à consolidação do processo de abstratização do controle difuso, resultando em uma maior integridade à teoria de precedentes, bem como no aprimoramento do controle de constitucionalidade brasileiro.⁵⁹⁷

No terceiro e último ponto - que aqui também será abordado porque o ministro novamente faz referências ao controle de constitucionalidade e faz uso da

Nesses casos, a resolução do Senado, a que faz menção o art. 52, X, da CF/1988, possuirá a finalidade de publicizar as decisões de inconstitucionalidade, não configurando requisito para a atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes*.” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁵⁹⁶ BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁵⁹⁷ BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

ponderação à brasileira para solucionar o caso concreto - o Ministro Roberto Barroso refere que não obstante a segurança jurídica possua estatura como garantia individual, ao assegurar que a lei não prejudicará a coisa julgada, da mesma forma a Constituição Federal estabelece a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II) e, também, a livre concorrência, como princípio da ordem econômica (art. 170, IV).

Assim, assinala que a segurança jurídica, a igualdade e a livre iniciativa possuem estatura constitucional. Apontando que entre estas não há hierarquia, de modo que não é possível estabelecer, em abstrato, qual deve prevalecer.

Afirma que, em caso de conflito entre normas dessa natureza, impõe-se a “ponderação”, que segundo ele:

[...] é uma técnica de decisão que se desenvolve em três etapas: (i) na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência no caso; (ii) na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; (iii) e, por fim, testam-se as soluções possíveis para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa. No limite, porém, fazem-se escolhas e promovem-se restrições. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor a proporcionalidade.⁵⁹⁸

Neste ponto, afirma que a própria legislação infraconstitucional já flexibiliza a coisa julgada, referindo que o art. 505, I do CPC preconiza que:

[...] nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, hipótese em que será possível pedir a revisão do definido em sentença.⁵⁹⁹

Assim, aponta que o legislador infraconstitucional definiu que a alteração no estado de fato ou de direito implica revisão das decisões transitadas em julgado. Enfatiza que foi esse entendimento adotado pelo Supremo no Recurso Extraordinário n. 596.663 de Relatoria do Ministro Teori Zavascki.

Ademais, refere que Código de Processo Civil, do mesmo modo, reconhece a necessidade de adequação fática e jurídica, inclusive com efeitos retroativos,

⁵⁹⁸ BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁵⁹⁹ BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

quando houver entendimento do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade concentrado e difuso. Os arts. 525, § 12; e 535, § 5º, do Código de Processo Civil, preveem a inexigibilidade de obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo incompatível com a Constituição.

Assim o Ministro Roberto Barroso assegura que:

[...] a segurança jurídica, resguardada pela coisa julgada, não é valor absoluto, sendo passível de flexibilização em favor de princípio que, na hipótese, cumpra mais fielmente a vontade constitucional. No presente caso, como já abordado, refere-se à igualdade e à livre concorrência.⁶⁰⁰

Assim, refere que, após 2007, a manutenção das decisões transitadas em julgado que declararam a inconstitucionalidade da incidência da CSLL:

[...] revela discrepância passível de violar a igualdade tributária, diante do tratamento desigual, bem como da livre concorrência. Isso porque o contribuinte dispensado do pagamento de tributo por decisão transitada em julgado ostenta vantagem competitiva em relação aos demais, uma vez que não destina parcela dos seus recursos a essa finalidade — situação diferente da dos seus concorrentes que são obrigados a pagar —, de modo a baratear os custos da sua estrutura e produção.⁶⁰¹

O trecho final do voto do Ministro Roberto Barroso se reveste de especial importância:

[...] por dever de coerência desta Corte, entendo que a mesma tese deve prevalecer para este caso e para o de relatoria do Min. Edson Fachin, o RE 949.297, sob pena de se produzirem graves distorções jurídicas — principalmente no que se refere aos avanços quanto à teoria do controle de constitucionalidade e à teoria dos precedentes no Brasil — bem como fáticas — correndo o risco de criar situações ainda mais antiisonômicas, a depender do instrumento utilizado pela Corte para se manifestar sobre a constitucionalidade de uma norma.⁶⁰²

⁶⁰⁰ BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁶⁰¹ BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁶⁰² BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

Estes foram os argumentos adotados pelo Ministro Roberto Barroso para possibilitar flexibilização da coisa julgada em matéria tributária, os quais foram acompanhados pela maioria do Supremo Tribunal Federal, restando o ministro designado como redator do acórdão.

Ademais, vale dizer que não obstante a solução dos casos concretos dos recursos extraordinários tenha sido unânime, as teses de repercussão geral foram aprovadas por maioria simples em votação apertada de seis votos contra cinco, conforme pode ser aferido a partir da leitura do acórdão, não obstante se mencione que as teses se deram de maneira unânime uma vez que refletem o posicionamento da maioria do plenário.⁶⁰³

Veja-se que a origem dos recursos dizia respeito à existência de coisa julgada em decisões favoráveis ao contribuinte referentes à CSLL, proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade; o fisco postulava pela cessação da coisa julgada em relações tributárias de trato continuado e o Ministro Roberto Barroso conseguiu avançar para uma tentativa de reescrita do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Todavia, deve ser mencionado que tanto o Ministro André Mendonça⁶⁰⁴ quanto a Ministra Rosa Webber⁶⁰⁵ expressamente se manifestaram que, não

⁶⁰³ “SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) — Não na tese. A tese foi aprovada. A tese foi aprovada unanimemente, porque nossa aprovação é no sentido de que ela está absolutamente conforme ao decidido pelo Plenário, pela maioria do Plenário. Mas faço o registro na parte dispositiva.” (BRASIL, STF, RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁶⁰⁴ “Igualmente, sob uma perspectiva judicial minimalista, até pelo fato de a presente controvérsia demonstrar-se complexa por natureza, reservo-me o direito de não me manifestar e, por consequência, não aderir a alguns fundamentos constantes nos votos de eminentes pares. Tenho em mente precipuamente discussões sobre (i) o atual estágio de duvidoso fenômeno de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, inclusive a equiparação do alcance e dos efeitos das decisões do Pleno, seja no controle abstrato, seja no controle difuso; (ii) a contemporânea função da resolução senatorial prevista no art. 52, X, da Constituição da República; e (iii) a atribuição de efeitos vinculantes às razões de decidir assumidas pelos julgamentos plenários. Para os fins do meu voto, com as mais respeitosas vências aos entendimentos contrários, mencionadas posições demonstram-se absolutamente supérfluas ao deslinde da controvérsia constitucional posta em juízo.” (BRASIL, STF, RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁶⁰⁵ “Ressalto, antes de concluir este voto, que, a despeito dos relevantes argumentos sustentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso no sentido da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, ou seja, acerca do sentido e do alcance do hermenêutico do art. 52, X, da Constituição da República, entendo desnecessário, tal como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, para deslinde da presente controvérsia, adentrar em considerações desse jaez, ante sua absoluta desinfluência para o debate em tela. Assim, reservo-me ao direito de não me pronunciar, tampouco aderir a referido fundamento exposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso,

obstante acompanhavam o Ministro Roberto Barroso quanto ao deslinde da questão de fundo, não adotavam inteiramente sua fundamentação sobretudo quanto à mutação constitucional do artigo 52, X e a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade.

Aqui resta evidenciado o problema atinente aos julgamentos realizados por meio de recortes de casos específicos que redundam em teses gerais e abstratas que vão muito além do caso concreto posto na lide subjetiva, prática dos tribunais brasileiros denunciada pela Crítica Hermenêutica do Direito.⁶⁰⁶

Assim, conforme muito bem aponta Streck, as discussões sobre a temática do artigo 52, X da Constituição Federal poderiam parecer relegadas a pesquisas sobre a história do direito constitucional em face do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.⁶⁰⁷

Todavia, neste capítulo logramos observar algumas questões importantes que serão objeto de reflexões na próxima seção deste trabalho: 1) A tese da mutação constitucional é amplamente controversa em sua origem; 2) A despeito desta tese ter sido invocada em diferentes julgamentos no Supremo, uma leitura apurada dos acórdãos revela que nunca houve pronunciamento majoritário sobre o acolhimento da tese por parte do tribunal em relação ao art. 52, X; 3) Alguns ministros manifestaram posições conflitantes sobre o tema em julgamentos distintos; 4) A questão da abstrativização do controle difuso não se encontra pacificada dentro do Supremo Tribunal Federal; 5) há controvérsias quanto ao papel que o Senado Federal ainda desempenha no âmbito do controle de constitucionalidade no Brasil.

Porém, além de todos esses pontos objetivos sobre a temática da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, há questões subjacentes sobre o domínio da Constituição e do seu sentido e a busca de uma construção de uma imperatividade do Supremo Tribunal Federal sobre os demais poderes da República, a partir de uma perspectiva de uma possibilidade de

Relator do RE 955.227/BA.” (BRASIL, STF RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁶⁰⁶ “Como sói acontecer — e aqui está parte importante do busílis — **teses aprovadas no STF e STJ sempre vão além do caso.**” (STRECK, Lenio Luiz. <https://www.conjur.com.br/2023-mar-30/senso-incomum-reflexao-coisa-julgada-recente-julgado-stf/>. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-30/senso-incomum-reflexao-coisa-julgada-recente-julgado-stf/>. Acesso em: 7 fev. 2025.)

⁶⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 197.

interpretação ilimitada, conforme a dicção de Bernd Rüthers,⁶⁰⁸ ou não constrangida, conforme aponta Streck,⁶⁰⁹ que buscam colocar o Supremo em uma posição de interprete único e autêntico da Constituição Federal, transbordando a ideia de Guardião da Constituição para um papel de verdadeiro “Senhor da Constituição”.

Essa questão certamente está relacionada a um problema mais profundo que envolve o cenário de crise geral vivenciado não só no Brasil como em grande parte das democracias liberais no mundo, em que se observa uma descrença que ultrapassa as instâncias políticas tradicionais, avançando até a própria incredulidade em toda a institucionalidade liberal o que coloca em xeque toda a lógica contemporânea construída após final da Guerra Fria.

Assim, feitas essas considerações, neste momento seguinte nos incumbe pensar qual o papel que o Supremo Tribunal Federal efetivamente está exercendo na República atualmente e qual o futuro da jurisdição constitucional brasileira se continuarmos a trilhar este caminho.

⁶⁰⁸ RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung**: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

⁶⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Porque interpretação não constrangida é vitamina para os anseios de tirania. **BOLETIM DO IBCCRIM**, v. 27, p. 32-33, 2019.

Seção III: Reconstrução

6 O FUTURO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: HÁ POSSIBILIDADE DE CONFORMAÇÃO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE?

Se nos capítulos anteriores nos debruçamos sobre o passado e o presente da jurisdição constitucional brasileira, neste capítulo — inspirados no *post scriptum* da mais recente edição da obra Jurisdição Constitucional de Lenio Streck — nos propomos a pensar sobre o seu futuro.⁶¹⁰

Assim, nessa seção denominada de “reconstrução” o que estamos buscando analisar é de que maneira o Supremo Tribunal Federal tem compreendido seu próprio papel dentro da sociedade brasileira, em um cenário de profunda crise institucional; da mesma forma, como esse papel se relaciona diretamente com a defesa da tese da mutação constitucional do art. 52, X e da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade; a importância da manutenção e preservação de arranjos institucionais existentes na Constituição e a fundamentalidade de uma adequada teoria da decisão jurídica para a jurisdição constitucional brasileira.

Por conseguinte, o que questionamos neste momento é a possibilidade da conformação do modelo de jurisdição constitucional brasileiro com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na sociedade brasileira contemporânea, dentro da perspectiva de institucionalidade, e seu desejo de domínio da jurisdição constitucional — com a unificação do controle concreto e do controle abstrato — em confronto com as prescrições da Crítica Hermenêutica do Direito acerca de adjudicação de respostas adequadas à Constituição.

Nesse sentido, conforme muito bem aponta Streck,⁶¹¹ muito tem se falado sobre o papel desempenhado pela jurisdição constitucional em um momento em que a própria noção de democracia liberal parece estar em xeque em todas as grandes democracias ocidentais.

Com efeito, o que se pode observar em diversos países do Norte Global é a expansão de movimentos antiliberais que frontalmente atacam a institucionalidade

⁶¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 585.

⁶¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 585.

própria do consenso democrático liberal estabelecido após 1989, aquilo que Francis Fukuyama chamou de “Fim da História”.⁶¹²

Em um país de modernidade tardia como o nosso, isso parece ter uma implicação ainda mais dramática porque — repisando aquilo que referimos no subcapítulo 2.1 do presente trabalho — não experimentamos as transformações da modernidade em seu momento histórico adequado.

Isso também significa dizer que a própria concepção de institucionalidade própria da modernidade, em países como o Brasil, surgiu de maneira apartada e com fortes traços de uma tradição social de manutenção de privilégios de uma certa classe dominante que usa do Estado para fazer manter suas regalias.

Assim, vale dizer que nesse contexto de ataques à democracia liberal observados mundialmente pela ascensão de movimentos de extrema-direita que frontalmente atacam a concepção de democracia constitucional, o Brasil não é exceção. Pele contrário, há anos já estamos experimentando ataques direcionados às instituições democráticas que vem se intensificando, pelo menos, desde o ano de 2018.

Assim, uma questão chave que se propõe neste momento, em face de tudo que foi exposto neste trabalho até agora é: como conciliar a defesa do Supremo Tribunal Federal enquanto instituição sem que isso se coloque como a chancela de todos os posicionamentos errados sobre o Direito que o Supremo tem adotado ao longo dos anos?

6.1 O Supremo Tribunal Federal: entre o protagonismo e a autodefesa

Desde o ano de 2018 o Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de ataques de movimentos de extrema-direita que enxergam na atuação do tribunal um obstáculo para a realização de seus projetos de poder. Esse fato pode ser constatado de maneira contundente durante as eleições de 2018 quando, durante a campanha eleitoral de Jair Bolsonaro, parte de suas pretensões foram apontadas como inconstitucionais gerando manifestações sobre a necessidade de atuação forte

⁶¹² “O que podemos estar testemunhando não é apenas o fim da Guerra Fria, ou a passagem de um período específico da história do pós-guerra, mas o fim da história como tal: isto é, o ponto final da evolução ideológica da humanidade e a universalização da democracia liberal ocidental como a forma final de governo humano.” [tradução livre] (FUKUYAMA, Francis. *The “end of history?”* Washington, D.C.: United States Institute Of Peace, 1989. p. 2.)

do Supremo frente às suas manifestadas pretensões que violariam ditames constitucionais.

Estava ali estabelecido uma contraposição entre o Supremo Tribunal Federal — enquanto Guardião da Constituição — e o candidato favorito à vitória nas eleições presidenciais, que desde o início de sua campanha, manifestava desprezo pelas instituições democráticas e pela ideia de ter seus ímpetos freados pela atuação de um tribunal ou de quem quer que fosse.

Este fenômeno pode ser constatado de maneira ainda mais acentuada quando no período de campanha eleitoral de 2018 o deputado Eduardo Bolsonaro, filho de Jair Bolsonaro, declarou que o Supremo Tribunal Federal não seria um problema ao projeto autoritário representado por seu pai, nas palavras dele '*bastaria um cabo e um soldado*' para fechar o Supremo Tribunal Federal.⁶¹³

No decurso dessa campanha eleitoral diversas representações foram apresentadas ao Tribunal Superior Eleitoral pelos partidos que disputavam a eleição contra Jair Bolsonaro — em especial PT e PDT — postulando pela cassação de sua candidatura por abusos cometidos durante as eleições.⁶¹⁴ Foi no bojo dessas ações que no período entre o primeiro e o segundo turno das eleições um coronel da reserva do Exército Brasileiro fez um vídeo com ameaças a então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministra Rosa Weber.⁶¹⁵

O episódio gerou uma reação intensa tanto no Tribunal Superior Eleitoral quanto do Supremo Tribunal Federal que exigiram uma reunião com o Ministro da Defesa e integrantes do comando do Exército Brasileiro postulando por providências severas em relação ao membro reformado das forças armadas que havia proferido ameaças em relação à Presidente do TSE.⁶¹⁶ Um ministro — Luís Roberto Barroso — foi incisivo no sentido de que indivíduo que havia xingado a Ministra Rosa

⁶¹³ COLETTA, Ricardo D. **Filho de Bolsonaro ameaça STF e diz que para fechar corte basta “um soldado e um cabo”.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/21/politica/1540142442_181625.html. Acesso em: 13 fev. 2025.

⁶¹⁴ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE retoma julgamento de ações que apontam abuso eleitoral pela chapa Bolsonaro-Mourão.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Junho/tse-retoma-julgamento-de-acoes-que-apontam-abuso-eleitoral-pela-chapa-bolsonaro-mourao>. Acesso em: 13 fev. 2025.

⁶¹⁵ BAND JORNALISMO. **STF manda PGR investigar ataque a Rosa Weber em vídeo.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=O7xX0Laldi8>. Acesso em: 13 fev. 2025.

⁶¹⁶ “A reunião, ‘a mais surreal da qual participei’, como disse reservadamente um dos ministros, terminou sem que nenhuma decisão tivesse sido tomada.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 21.)

Webber deveria ser preso, a despeito de se estar em pleno período de vigência da vedação eleitoral de prisão de pessoas antes da realização da eleição.⁶¹⁷

Jair Bolsonaro foi eleito Presidente da República no domingo seguinte ao desenrolar dos fatos narrados e esse foi apenas o primeiro capítulo de um longo embate público que se seguiu ao longo dos quatro anos seguintes entre o então Presidente da República, sua base de governo no Legislativo e o Supremo Tribunal Federal de outro lado.

6.1.1 O Supremo Tribunal Federal sob os holofotes

Deve ser dito que esse holofote posto sobre o Supremo não era algo novo. Ao contrário, o processo que tirou o Supremo Tribunal Federal da sua histórica posição de retaguarda institucional, aquilo que Aliomar Baleeiro havia chamado de ‘esse outro desconhecido’,⁶¹⁸ a partir do começo dos anos 2000 levando ao fenômeno que Oscar Vilhena Faria classificou como a “Supremocracia”, a construção de uma autoridade e centralidade do Supremo sobre os demais poderes da República,⁶¹⁹ já era algo bastante consolidado à época.

Nesse sentido, conforme Tassinari, no Brasil a supremacia judicial seria consentida:

[...] entendo que a concepção de supremacia judicial no Brasil possui um triplo desdobramento: a tese de que o Judiciário é fonte exclusiva de construção de sentidos para o Direito, sendo dotado de uma autoridade interpretativa exclusiva; a ideia de que o Judiciário possui maiores condições técnicas de avaliar e garantir o atendimento a demandas sociais, possuindo autoridade política; e a crença de que as instâncias judiciais possuem maior aptidão para resolver as controvérsias sociais, associada à confiança nelas depositadas, o que, por sua vez, é garantido por uma autoridade simbólica. Considero, ainda, que o exercício dessas autoridades muitas vezes é consentido pelos demais Poderes, com o intuito de evitar desgastes eleitorais. Daí a noção de que a supremacia judicial no Brasil é consentida.⁶²⁰

⁶¹⁷ “Outros ministros estranharam: ‘Quem diria que numa discussão entre militares e o Supremo os militares seriam os democratas’, ironizou um ministro do TSE que permaneceu calado durante a reunião.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 21.)

⁶¹⁸ BALEIRO, Aliomar. **Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

⁶¹⁹ VIEIRA, Oscar V. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441—463, 1 dez. 2008, *passim*.

⁶²⁰ COPELLI, Giancarlo. M.; TASSINARI, Clarissa. **Pensando o Populismo:** a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021. p. 79.

Assim, podemos apontar alguns fatores — dentre tantos — que levaram à essa posição de destaque do Supremo Tribunal Federal dentro da sociedade brasileira e que, posteriormente, viriam estabelecer essa contraposição entre a centralidade do Supremo Tribunal Federal na vida política brasileira e um Presidente da República e seu séquito de seguidores que via no Supremo um obstáculo para seus projetos de poder.

O primeiro deles é a entrada no ar da TV Justiça, no ano de 2002, que retirou a figura dos ministros de ilustres desconhecidos a figuras amplamente reconhecidas publicamente. A transmissão ao vivo dos julgamentos fez com que as dinâmicas internas do Supremo fossem transformadas e à época enfrentou resistência dos ministros mais antigos.⁶²¹

O segundo foi todo o processo de julgamento da Ação Penal n. 470 — o caso do Mensalão — o qual foi televisionado tal qual *reality show* por parte da TV Justiça,⁶²² com retransmissão pelos principais veículos de comunicação do país e a criação de personagens e narrativas próprias de um espetáculo televisivo, com heróis e vilões e uma cruzada por uma “justiça” que se traduziria em uma basta à corrupção endêmica que assolaria o país por meio de condenação de figuras centrais da política do país naquele momento.⁶²³

O terceiro ponto veio justamente no rescaldo do julgamento da Ação Penal n. 470. Após findado o referido processo, uma série de aposentadorias aconteceu no Supremo Tribunal Federal — Cezar Peluso, Ayres Britto e Joaquim Barbosa — em seus lugares vieram Teori Zavacski, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

A indicação desses três ministros pelo governo Dilma — em que figuras centrais do Partido dos Trabalhadores haviam sido condenadas no processo do Mensalão por ministros que haviam sido indicados pelo governo — fez com que houvesse reticência por parte do governo em realizar novas indicações para o

⁶²¹ “O então presidente do Supremo, Marco Aurélio Mello, enfrentou resistências internas, com ameaças de motim. Se a emissora entrasse no ar, alguns ministros armaram que se reuniriam em sessão administrativa e, por maioria, proibiram a transmissão de sessões plenárias. “No colegiado, houve resistência que atribuo ao vezo de rejeitar-se o novo, sem reflexão, ao misoneísmo — aversão ao que é novo, sem uma justificativa socialmente aceitável”, ele disse.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 21.)

⁶²² Streck chama isso de “O direito do espetáculo”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 61)

⁶²³ Sobre o assunto ver: DELAPIEVE, Thales.; TABORDA, Maren G. . Justiça e Espetáculo: A mídia e o julgamento do caso Mensalão. In: IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, 2020, Porto Alegre. **Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional**. Belo Horizonte: Dialética Editora, 2019. v. 2. p. 291-309.

Supremo da mesma forma como haviam sido realizadas no Governo Lula.⁶²⁴ A indicação de Edson Fachin esteve inclusive ameaçada de rejeição em face da crise de popularidade enfrentada por Dilma Rousseff,⁶²⁵ mas ao final acabou sendo aprovada.⁶²⁶

De fato, essas três indicações realizadas pelo governo de maneira reticente se mostraram determinantes para esse momento atual vivido pelo Supremo Tribunal Federal. Sobretudo, Luís Roberto Barroso, hoje Presidente do Supremo, que devido a sua contraposição frontal — tanto teórica quanto prática — com tudo aquilo que é defendido pela CHD, será objeto de uma análise mais profunda em tópicos a seguir.

O quarto ponto, foi a Operação Lava Jato. Tendo em vista o objeto da presente pesquisa — jurisdição constitucional — aqui não se irá entrar nos meandros de atuação do então juiz Sérgio Moro e suas decisões combinadas com o Ministério Público. A questão que se pretende extrair é de como a partir da Operação Lava Jato se extraiu uma ideologia, conforme assinala Streck, o lavajatismo.⁶²⁷

Com efeito, o lavajatismo pode ser definido como uma ideologia de instrumentalização do Judiciário para fins político — *lawfare* — e de desprezo a Constituição e as garantias fundamentais, vistas como obstáculo a consecução dos fins políticos pretendidos.

Nesse sentido cabe dizer que parte do Supremo Tribunal Federal abraçou esse lavajatismo. Nomeadamente podemos citar os ministros Edson Fachin, Luiz

⁶²⁴ “O ex-presidente Lula, embora fora do governo, observava-o a não muita distância, sempre atento aos desdobramentos de operações de combate à corrupção. Ele então marcou um encontro com Gilmar Mendes e lhe pediu um desenho mais preciso do perfil de Zavascki. ‘Lula, o Teori nunca vai te dar uma garantia, mas não vai tripudiar.’ A informação era cifrada demais. Lula queria mais certezas. Arrependia-se de suas indicações ‘republicanas’ para o STF e mostrava-se particularmente frustrado com o então ministro Ayres Britto — patrocinado pelo acadêmico e professor de direito administrativo Celso Bandeira de Mello —, que votara contra o governo na primeira fase do mensalão.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 75.)

⁶²⁵ “Diante da fraqueza de Dilma, que à época tinha apenas 13% de aprovação, e da resistência de Calheiros, imaginou-se que poderia se reproduzir um cenário que só ocorreu em 1894, quando o Senado rejeitou as indicações de Barata Ribeiro, Inocêncio Galvão de Queirós, Ewerton Quadros, Antônio Sève Navarro e Demóstenes da Silveira Lobo — todos escolhidos por Floriano Peixoto e os únicos vetados na história do país.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 110.)

⁶²⁶ BENITES, A. **Pressão do Governo funciona e Luiz Edson Fachin será ministro do STF.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/19/politica/1432055938_739863.html. Acesso em: 14 fev. 2025.

⁶²⁷ REDAÇÃO CONJUR. **Lavajatismo é ideologia, não morreu e merece atenção, afirma Streck.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-29/lavajatismo-ideologia-nao-morreu-merece-atencao-affirma-streck/>. Acesso em: 14 fev. 2025.

Fux e, especialmente, Luís Roberto Barroso, como ministros que foram amplamente favoráveis ao proceder lavajista. Barroso, inclusive, até hoje defende um suposto “legado” da Operação Lava Jato,⁶²⁸ mesmo após vir à tona as combinações havidas entre Sérgio Moro e membros da força tarefa para forjar provas, prender rivais políticos e, inclusive, interferir no próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, deve ser relembrado o caso do *Habeas Corpus* 126.292/SP — julgado no ano de 2016, portanto, no auge entusiasmo lavajista - que foi responsável por uma viragem jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal em relação à possibilidade de execução provisória de pena privativa de liberdade, uma das principais bandeiras levantada pelos integrantes da força tarefa do Ministério Público da Lava Jato e seus apoiadores.

Ao julgar o HC n. 126.292/SP o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade após a condenação em segunda instância. Esse julgamento importou em uma mudança de entendimento daquele havia sido adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05/02/2009, em que havia ficado assentado que a execução provisória da pena privativa de liberdade era incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Passados quase 10 anos do julgamento em questão, discutir o referido *Habeas Corpus* parece ser um tanto quanto dissociado da realidade. De fato, não há dificuldade de afirmar que foi uma decisão casuística e tomada a partir de critérios não jurídicos — ativismo judicial⁶²⁹ — com vias a possibilitar a prisão de pessoas específicas sem que houvesse a necessidade de justificar uma prisão preventiva

⁶²⁸ "Não há como o Brasil se tornar um país desenvolvido com esses padrões de ética e integridade. É preciso firmar um pacto de integridade no país, baseado em duas premissas. No espaço público, não desviar dinheiro. No espaço privado, não passar os outros para trás", opinou. Para Barroso, houve falhas da "lava jato", como a ida de Moro para o Ministério da Justiça do governo Jair Bolsonaro, opositor de Lula e do PT. Porém, "o saldo é extremamente positivo", disse. (RODAS, Sérgio Rodas. **Julgamento de suspeição de Moro tem embate sobre legado da "lava jato"**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/julgamento-suspeicao-embate-legado-lavajista/>. Acesso em: 14 fev. 2025.)

⁶²⁹ Nesse sentido, afirma Streck: "Essa decisão, até mesmo por parte de seus fundamentos, é um caso típico de ativismo judicial: não há fundamento jurídico constitucional que a sustente. Não há como salvar: o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental. [...] Esse julgamento [...] foi um equívoco — julgou inconstitucional o próprio texto constitucional. " (STRECK, Lenio Luiz. *in* LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book (não paginado).)

que teria que ser mantida pelas demais instâncias ordinárias do Poder Judiciário, assim evitando o desgaste público.

O resultado do *Habeas Corpus* 126.292/SP se deu por uma maioria apertada, 7 votos contra 4, e imediatamente despertou reações na sociedade. Conforme muito bem aponta Streck, o Supremo Tribunal Federal havia aniquilado uma garantia fundamental — presunção de inocência — em nome dessa ideologia lavajatista e da “voz das ruas”.

Cumpre destacar que essa viragem de jurisprudência se deu em sede *Habeas Corpus* que é instrumento de defesa de direitos fundamentais. Portanto, o Supremo havia mudado seu entendimento sobre execução provisória da pena em sede de controle difuso de constitucionalidade. Nesse ponto, em face do cenário macro, pouco importou ao Supremo Tribunal Federal o meio utilizado, existência de repercussão geral ou qualquer outra questão de natureza processual. Trata-se de um episódio claro onde é possível visualizar o realismo jurídico e a instrumentalidade do processo como teorias dominantes dentro do Supremo.

Mais que isso, o caso concreto⁶³⁰ dizia respeito a um homem que fora condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de roubo qualificado, com direito de recorrer em liberdade. Apenas defesa a apelou para o TJ/SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão contra ele. No *Habeas Corpus* a defesa havia alegado constrangimento ilegal, uma vez que a prisão havia sido decretada sem razão alguma por parte do Tribunal de Justiça em recurso manejado pela defesa. A liminar fora inicialmente concedida pelo relator, Ministro Teori Zavascki, que também era o relator dos recursos oriundos da operação Lava Jato.

Com efeito, diante do cenário que se observou é possível notar que a escolha do julgamento do referido *Habeas Corpus* foi utilizada como pretexto por parte do Ministro Teori Zavascki para levar ao Plenário do Supremo a questão referente a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade o denota um agir estratégico indesejável por parte de ministros de uma Suprema Corte.

Em face do resultado do julgamento *Habeas Corpus* 126.292/SP foram apresentadas Ações Declaratórias de Constitucionalidade que buscavam que o

⁶³⁰ BRASIL, STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016

Supremo Tribunal Federal declarasse a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, autuadas sob o n. 44 e 45.

As ADCs distribuídas ao Ministro Marco Aurélio Mello vieram com um pedido de cautelar o qual foi deferido liminarmente pelo ministro. No entanto, ao levar a medida ao Pleno do Supremo para referendo, por 6 votos a 5, foi decidido por aplicar o entendimento anteriormente adotado por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP, derrubando a liminar anteriormente concedida e autorizando a continuidade da execução provisória da pena.⁶³¹

A questão foi novamente objeto de controvérsia por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 152.752/PR, quando novamente por 6 votos a 5, foi mantido o entendimento pela possibilidade de execução provisória da pena. O referido *Habeas Corpus* fora impetrado pela defesa do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4^a Região que havia determinado a sua prisão após julgamento de recurso de apelação que havia mantido sentença condenatória de lavra de Sérgio Moro e aumentando as penas aplicadas. A prisão de Lula se deu em abril de 2018. Naquele momento, era o primeiro colocado nas pesquisas de intenção de votos.⁶³²

Todavia, neste caso concreto, uma peculiaridade merece ser ressaltada: ao proferir o seu voto a Ministra Rosa Weber asseverou que aplicava o entendimento adotado anteriormente no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP em nome do ‘princípio da colegialidade’⁶³³ e que, se o julgamento efetuado fosse o das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, teria votado em sentido diverso.

Ademais, essa afirmação da Ministra Rosa Weber gerou grande discussão em razão de afirmações provenientes do Ministro Marco Aurélio Mello de que a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia, estaria

⁶³¹ BRASIL, STF. ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018

⁶³² G1. **Lula tem 31%, Bolsonaro, 15%, Marina, 10%, aponta pesquisa Datafolha para 2018.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/lula-tem-31-bolsonaro-15-marina-10-aponta-pesquisa-datafolha-para-2018.ghtml>. Acesso em: 14 fev. 2025.

⁶³³ “Nesse contexto normativo e institucional, reputo o princípio da colegialidade imprescindível (isto é, necessário e suficiente) para o sistema, porquanto a individualidade dentro do tribunal, no processo decisório, tem um momento delimitado, a partir do qual cede espaço para a razão institucional revelada no voto majoritário da Corte.” (BRASIL, STF. HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.)

manobrando a pauta do Plenário para evitar que as ações declaratórias de constitucionalidade fossem levadas a julgamento.⁶³⁴

De fato, a Ministra Carmen Lucia havia efetivamente manobrado a pauta do Supremo Tribunal Federal para evitar que as ADCs fossem julgadas naquele momento,⁶³⁵ evitando que o julgamento das ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade levasse a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, impedido a execução provisória da pena, conforme restou confirmado pelo Ministro Celso de Mello.⁶³⁶

Nas palavras contundentes do Ministro Marco Aurélio Mello: ‘que isso fique nos anais do Tribunal. Vence a estratégia: o fato de Vossa Excelência não ter colocado em pauta as Ações Declaratórias de Constitucionalidade. É esta a conclusão’.⁶³⁷

Com efeito, toda a questão que envolve os referidos casos e seu objeto de fundo, — execução provisória de pena privativa de liberdade — leva para uma análise de que em momentos cruciais a defesa da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade se mostra bastante controversa dentro Supremo. Os ministros não possuem uma posição coesa e em suas decisões costumam vacilar quando o tema se impõe. Afinal, partindo da premissa que maioria dos ministros adota uma concepção ceticista-realista de Direito, que diferença faria se o assunto estava sendo tratado em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade?

De certa forma, a posição da Ministra Rosa Weber de privilegiar a “colegialidade” em uma análise controle difuso de constitucionalidade e o indicativo de que votaria em sentido contrário em caso de controle concentrado de

⁶³⁴ “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — É que Vossa Excelência anunciou, ao grande público, que colocar as declaratórias em pauta dirigida, com data designada, seria apequenar o Tribunal. Não penso dessa forma.” (BRASIL, STF. HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.)

⁶³⁵ “No dia marcado, julgou-se o caso Lula e manteve-se sua prisão. Ficou claro para todos que, se o tribunal tivesse julgado as ações declaratórias de constitucionalidade, Lula estaria solto, pois a tese de prisão em segunda instância teria sido alterada. Mas Carmen Lúcia forçou o julgamento do habeas corpus, isto é, de um caso individual e de um personagem que dividia paixões — e aí o resultado foi outro. Rosa Weber revelou que, se estivesse em julgamento a tese, votaria contra a prisão em segunda instância. Como o que estava sendo decidido era o caso Lula, apenas seguiu a tendência do tribunal.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 430.)

⁶³⁶ “Celso de Mello já antevia isso. “Ela [Carmen Lúcia] realmente politizou a agenda do Supremo”, protestou em reservado.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 430.)

⁶³⁷ MELLO, Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal - sessão plenária do dia 04.04.2018.

constitucionalidade revela essa vacilação em relação a defesa da unificação de um sistema único de controle de constitucionalidade.

Não obstante, a decisão do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 126.292/SP e a manobra da Ministra Carmen Lúcia foram instrumentais na eleição do ano de 2018. O Supremo havia ouvido a “voz das ruas”.

Com isso, em outubro de 2018, Jair Bolsonaro foi eleito Presidente da República e os ataques ao Supremo Tribunal Federal só aumentaram, a despeito do inicial entusiasmo de certos ministros do Supremo com sua eleição.

6.1.2 O Supremo Tribunal Federal sob ataque

Retomando o conceito de hipertrofia judicial, na dicção daquilo que exploramos no capítulo 4 do presente trabalho, há um relacionamento direto entre jurisdição constitucional e política. Nesse sentido o tensionamento entre o Direito e a Política, que dentro das condições existentes no modelo de jurisdição constitucional brasileiro, proporcionaram a hipertrofia do Supremo Tribunal Federal a partir de 1988, com sua primazia institucional sob os demais poderes da República, também fizeram com que essa tensão tenha levado essa “musculatura” desenvolvida ao longo deste tempo a um extremo.

Se de fato se instalou no Brasil uma “Supremocracia”, conforme a dicção de Vilhena Faria, ou se há (ou havia) uma supremacia judicial consentida, conforme afirma Tassinari, era evidente que um governo com forte viés populista e autoritário não estaria disposto a se submeter voluntariamente a qualquer sistema de freios e contrapesos e muito menos às determinações do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, como muito bem aponta Streck, o bolsonarismo só foi possível graças ao lavajatismo,⁶³⁸ a própria figura de Jair Bolsonaro só se tornou eleitoralmente viável graças à atuação do Supremo Tribunal Federal durante a operação Lava Jato, chancelando as decisões do então juiz Sérgio Moro que esgarçavam a Constituição, conforme vimos no subcapítulo anterior, e evitando que aquele que era o primeiro colocado nas pesquisas de intenção de voto fosse colocado nas urnas na eleição de 2018.

⁶³⁸ UOL. **Bolsonarismo só existe porque existiu lavajatismo; Bolsonaro é produto disso, diz Lenio Streck.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C5QOwsX90YI>. Acesso em: 13 fev. 2025.

As reações iniciais dos ministros do Supremo Tribunal Federal à eleição de Jair Bolsonaro foram diversas, indo desde a preocupação com que as ameaças se materializassem em ações — o episódio dos ataques pessoais a Rosa Weber havia acendido um alerta⁶³⁹ — até certa empolgação com sua eleição, em razão de afinidades pessoais.⁶⁴⁰

Outrossim, no último dia do ano Judiciário de 2018, Luís Roberto Barroso publicou artigo chamado “Atravessando a tempestade em direção à nova ordem”, no qual referia:

Os críticos severos do Supremo devem ter em conta que o país atravessa uma tempestade política, econômica e ética. E, com frequência, o Tribunal tem sido chamado para arbitrar crises que são gestadas nos outros vésperas da Praça dos Três Poderes. Seria uma ilusão supor que pudesse escapar incólume em um ambiente polarizado politicamente e que vive as tensões da substituição de uma velha ordem por uma nova ordem.

Na velha ordem era legítima a apropriação privada do Estado por elites extrativistas, o desvio de dinheiro público para o bolso e para as campanhas eleitorais, assim como o fisiologismo, o nepotismo, os superfaturamentos, os achaques e o compadrio. A nova ordem que procura nascer reflete a imensa demanda que se desenvolveu na sociedade brasileira por integridade, idealismo e patriotismo. Estamos procurando mudar paradigmas inaceitáveis e empurrar a história na direção certa.⁶⁴¹

De fato, havia uma crença no Supremo de que Bolsonaro seria contido e moderado pela Constituição e pelos militares.⁶⁴² O ministro Dias Toffoli havia começado um movimento de aproximação de Jair Bolsonaro antes mesmo que este viesse a ser eleito, porque apostava em sua eleição. Dias Toffoli não tinha dúvidas quanto a vocação autocrata de Jair Bolsonaro,⁶⁴³ nem que sua manifestação da

⁶³⁹ Uma das razões para capitular naquele caso fora: “Toffoli descreveu um cenário sombrio. Lembrou que o então comandante do Exército, general Villas Bôas, tinha 300 mil homens armados que majoritariamente apoiavam a candidatura de Jair Bolsonaro.” RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze: O STF, seus bastidores e suas crises.** Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 430.)

⁶⁴⁰ “Alguns ministros alinharam-se com Bolsonaro, por afinidades pessoais;” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 36.)

⁶⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Atravessando a tempestade em direção à nova ordem.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/luis-roberto-barroso-atravessando-tempestade/>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁶⁴² “Em 2018, dias antes do primeiro turno, por exemplo, ao subir ao palco do auditório da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro para uma celebração dos trinta anos da Constituição de 1988, o ministro Luís Roberto Barroso rejeitou a visão de que Bolsonaro poderia ser um risco às instituições. Por quê? Porque os militares iriam contê-lo, argumentou o ministro.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 36.)

⁶⁴³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 33.

intenção de fechar o Supremo Tribunal Federal não era uma bravata,⁶⁴⁴ mas de qualquer sorte entendia que o caminho natural do funcionamento da relação entre os poderes deveria ser o da conciliação. Era necessário dialogar com Bolsonaro.⁶⁴⁵

Não foi o que aconteceu. Ao longo de seus 4 anos de mandato, Jair Bolsonaro foi responsável por atacar o Supremo Tribunal Federal como nenhum outro presidente havia feito desde a redemocratização. No primeiro ano de mandato se comparou a um leão que lutava contra hienas representadas pelo Supremo e a imprensa.⁶⁴⁶ Aborrecido com decisões proferidas pelo Supremo durante a pandemia, novamente se comparou com um leão e citou o ditador fascista Benito Mussolini.⁶⁴⁷

Antes mesmo de ser eleito, Bolsonaro já havia manifestado o desejo de aumentar o número de ministros do tribunal para “colocar dez isentos lá dentro”.⁶⁴⁸ De fato não deveria haver surpresas quando já presidente, Bolsonaro defendeu expressamente o desejo de aumentar o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para de 11 para 16 para que pudesse indicar mais 5 ministros, além dos 2 que já havia indicado, sugerindo que a proposta poderia ser repensada caso o Supremo “baixasse a temperatura”.⁶⁴⁹ O Ministro Celso de Mello disse que a proposta de Bolsonaro manifestava o desejo de controlar o Supremo Tribunal Federal.⁶⁵⁰

Efetivamente, o único dentre os ministros do Supremo que parecia compreender o tipo de ameaça que Bolsonaro representava à instituição, à

⁶⁴⁴ “Nunca achei que a história de tentar fechar o Supremo fosse da boca para fora”, ele confidenciou, referindo-se a Eduardo Bolsonaro, que durante a campanha disse que bastariam um cabo e um soldado para fechar o STF.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 36.)

⁶⁴⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 36.

⁶⁴⁶ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 8-9.

⁶⁴⁷ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 9.

⁶⁴⁸ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 22.

⁶⁴⁹ ORNELAS, Gabriela. **Bolsonaro reforça proposta de aumentar para 16 o número de ministros do STF.** Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/politica/2022/10/5043126-bolsonaro-reforca-proposta-de-aumentar-para-16-o-numero-de-ministros-do-stf.html>. Acesso em: 13 fev. 2025.

⁶⁵⁰ “BOLSONARO pretende servilmente replicar o que fez a ditadura militar que governou o Brasil e que, pelo fato de achar-se investida de poderes excepcionais, ampliou a composição do STF, elevando-a, como anteriormente assinalado, com apoio no Ato Institucional n. 2/65, de 11 para 16 Ministros (mais cinco, portanto!)” (REDAÇÃO JOTA. **Celso de Mello: Bolsonaro quer “controlar STF” ao propor ampliar número de ministros** - JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/celso-de-mello-bolsonaro-quere-controlar-stf-ao-propor-ampliar-numero-de-ministros>. Acesso em: 13 fev. 2025.)

democracia e ao país era o decano Celso de Mello. Nesse momento, o Ministro Celso de Mello já estava prestes a completar 75 anos e ser aposentado compulsoriamente, sabia que o tempo que tinha disponível no tribunal era curto e começou a articular a defesa do Supremo Tribunal Federal. Não haveria possibilidade de conciliar com Jair Bolsonaro.⁶⁵¹

Aqui deve ser dito que em uma análise retrospectiva do governo Bolsonaro, percebe-se que o *establishment jurídico*, entre outros setores, buscou revestir de uma aparência democrática um político cujas atitudes não estavam alinhadas com os mandamentos constitucionais. Bolsonaro, que homenageava torturadores, enxergava a oposição como inimigos e não como adversários políticos, demonstrava comportamento misógino e, muito antes de assumir o poder, questionava a confiabilidade do sistema eleitoral — um dos pilares do Estado democrático de Direito — e a descrença na legitimidade das urnas eletrônicas.⁶⁵²

A sua longa trajetória parlamentar e o processo eleitoral não foram suficientes para atenuar o radicalismo de um político extremista. Não houve, como se esperaria, uma moderação de seus excessos por meio de eleições institucionalizadas e competitivas, realizadas em dois turnos.⁶⁵³ Bolsonaro continuou sendo exatamente quem sempre foi e para ele o Supremo Tribunal Federal e seus membros não eram uma instituição da República que deveria ser respeitada, apenas mais um inimigo a ser combatido.

Assim, o Ministro Celso de Mello levou para julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e o Mandado de Injunção n. 4733, relatoria do Ministro Edson Fachin, que apontavam omissão legislativa em editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia.

Ao julgar as ações, o tribunal reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a

⁶⁵¹ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 42.

⁶⁵² RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 30.

⁶⁵³ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 30.

matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora.⁶⁵⁴

Aqui deve ser relembrado que a decisão do caso em questão é uma decisão tipicamente ativista sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. Da mesma forma, a decisão também é reconhecida como ativista por Luís Roberto Barroso, conforme referido anteriormente.

Nesse sentido, cumpre destacar:

No plano da teoria do direito, todo esse quadro intensifica um diagnóstico que já havia sido feito por Cass Sunstein nos anos 1990 sobre os problemas que afetavam o debate jurídico, especialmente a jurisdição constitucional: o aumento dos desacordos e o refluxo social (backlash) causado por decisões judiciais progressistas bem-intencionadas, mas que — pelo modo ambicioso e paternalista como muitas vezes foram tomadas — terminaram inflamando o debate público e levando a uma reação política destrutiva, sobretudo para os grupos vulneráveis que se tentou inicialmente proteger.⁶⁵⁵

Efetivamente a decisão em questão gerou um reflexo imediato no Congresso Nacional que havia sido eleito juntamente com Jair Bolsonaro e que integrava a base aliada do novo governo. Antes mesmo que julgamento fosse concluído foram protocolados no Senado Federal pedidos de impeachment dos quatro ministros que já haviam votado a favor da tese proposta pelo Ministro Celso de Mello em seu voto.⁶⁵⁶

Apesar dos desejos de conciliação manifestados por parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal em relação a Jair Bolsonaro, o que se estabeleceu a partir dali foi uma dinâmica marcada pelo confronto, entre o Poder Executivo, personalizado na figura de Jair Bolsonaro e no Poder Legislativo por sua base de governo formada por políticos de extrema-direita, afinados com uma agenda populista na qual os ataques ao Supremo se constituíam em forma de arregimentar capital político.

⁶⁵⁴ BRASIL, STF. ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020; MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020.

⁶⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 585

⁶⁵⁶ FOLHA.UOL.COM.BR. **Deputados pedem impeachment de ministros que votaram por criminalização da homofobia.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/deputados-pedem-impeachment-de-ministros-que-votaram-por-criminalizacao-da-homofobia.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2025.

Da mesma forma, a oposição viu na intensificação da judicialização da política a possibilidade de um terceiro turno na disputa legislativa onde estava em franca minoria e uma oportunidade de acirrar os ânimos entre um Supremo hipertrofiado e um Executivo com tendência autocrática aliado à sua base legislativa com ânimos de culto à personalidade.

Jair Bolsonaro não teve o menor constrangimento em resgatar a figura do “engavetador-geral da República” — alcunha pela qual ficara conhecido o ex-Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro⁶⁵⁷ - e nomeou Augusto Aras como Procurador-Geral da República, desconsiderando completamente a tradição que havia sido estabelecida em governos anteriores de deferência aos meandros internos do Ministério Público e da lista tríplice elaborada. Ao longo de seu mandato à frente do Ministério Público, Augusto Aras ficou conhecido por blindar Jair Bolsonaro⁶⁵⁸ e se omitir em momentos determinantes.⁶⁵⁹

Isso significou dizer que quando temperatura dos ataques desferidos por Jair Bolsonaro e seus asseclas contra o Supremo Tribunal Federal se intensificou, o Ministério Público nada fez.

Ainda no começo do ano de 2019 o Supremo Tribunal Federal analisou o caso do Inquérito n. 4.435 onde ficou estabelecido a competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.⁶⁶⁰ A decisão de retirar da Justiça Federal a competência para processar e julgar esses crimes foi amplamente criticada por setores lavajistas e objeto de campanha de ataques por parte dos bolsonaristas.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ “Foi empossado como PGR em janeiro de 1995, escolhido por FHC para dar à instituição um caráter mais técnico e menos político. Ficou conhecido como "engavetador-geral da República", acusado de não dar continuidade a processos contra políticos, especialmente das acusações de venda de voto para aprovação da reeleição no primeiro mandato de Fernando Henrique. Foi reconduzido três vezes com aprovação do Senado, ocupando o cargo por oito anos no total.” (REDAÇÃO CONJUR. **Morre o ex-procurador-geral da República Geraldo Brindeiro, aos 73 anos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/morre-ex-procurador-geral-republica-geraldo-brindeiro/>. Acesso em: 18 fev. 2025.)

⁶⁵⁸ NEVES, Rafael. **PGR já arquivou 104 pedidos de investigação contra Bolsonaro vindos do STF.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/30/sob-aras-pgr-arquivou-mais-de-80-pedidos-de-investigacao-contra-bolsonaro.htm>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁶⁵⁹ VIRISSIMO, V. **Após quatro anos, Augusto Aras deixa PGR marcado pela omissão em relação à gestão Bolsonaro.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/09/26/apos-quatro-anos-augusto-aras-deixa-pgr-marcado-pela-omissao-em-relacao-a-gestao-bolsonaro/>. Acesso em: 18 fev. 2025.

⁶⁶⁰ BRASIL, STF - AgR-quarto Inq: 4435 DF - DISTRITO FEDERAL 0002716-18 .2017.1.00.0000, Relator.: Min . MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/03/2019, Tribunal Pleno

⁶⁶¹ “Procuradores que integravam a força-tarefa da Operação Lava Jato foram à imprensa e às redes sociais em defesa da competência da Justiça Federal para processar tais casos, pois a Eleitoral não teria estrutura nem experiência para investigar crimes de grande complexidade. Aqui e ali

O episódio em questão foi um marco decisivo para a relação entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes da República, tendo em vista que em face do silêncio da Polícia Federal em relação aos ofícios encaminhados pela Presidência do Supremo para que investigasse as ameaças e notícias falsas que eram vinculadas acerca do STF e de seus membros, bem como o arquivamento sistemático por parte da PGR de todas as investigações encaminhas pelo Supremo, o Presidente do Supremo, Ministro Dias Toffoli, resolveu lançar mão de uma interpretação do regimento interno do STF para determinar a abertura de um inquérito a ser relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, especificamente designado pela Presidência do Supremo para tanto.

Aqui, não nos deteremos nas minúcias do inquérito em questão porque não trata de jurisdição constitucional propriamente dita. Na verdade, cumpre referir apenas, que a necessidade de abertura de um inquérito para apurar as ameaças e as notícias falsas divulgadas sobre os ministros do STF revela a degradação institucional que em pouco tempo se fazia presente sob a tutela do bolsonarismo e o rescaldo das permissividades lavajatistas que tornaram o Supremo o alvo preferencial quando efetivamente exerceu um papel minimamente contramajoritário, nesse caso específico.

O chamado “Inquérito da *Fake News*” foi ponto de inflexão definitivo entre as tentativas de conciliação entre o Supremo Tribunal Federal e Jair Bolsonaro e seus apoiadores. A partir dali a relação seria de um verdadeiro conflito aberto de parte do governo Bolsonaro e de seus apoiadores contra o Supremo. Mesmo os ministros que inicialmente se mostraram simpáticos ao novo governo e a própria figura de Jair Bolsonaro não foram poupadados dos ataques. A lógica era própria de qualquer regime antidemocrático: ou estão comigo ou estão contra mim.

Ainda em 2019 haveria o julgamento das ADIs n. 44, 45 e 54 que declararam a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, derrubando o entendimento que havia sido manifestado inicialmente por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, restaurando o direito fundamental à presunção de inocência. O julgamento das referidas ADCs representou um momento histórico em

ventilou-se o fim da Lava Jato na hipótese de o Supremo determinar a remessa dos autos para a Justiça Eleitoral. No dia do julgamento, um dos procuradores, Diogo Castor, denunciou que o STF estaria ensaiando um golpe contra a operação. Nas redes sociais, os ataques ao Supremo se avolumavam. Na imprensa, lia-se que a máquina de mídias sociais bolsonaristas havia escolhido o STF como seu alvo preferencial naquele momento.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 25-26.)

que o Supremo Tribunal Federal foi salvo de si mesmo após cometer um erro crasso. Todavia, sob a perspectiva bolsonarista, essa decisão representou a libertação de Lula e sua volta ao jogo político o que acirrou ainda mais os ânimos.

Da mesma forma, já em 2020, a atuação do Supremo Tribunal Federal durante a pandemia de COVID-19 ao reafirmar a competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios, anulando medidas provisórias que visavam deter medidas de distanciamento editadas por governadores e prefeitos municipais.⁶⁶² Além de diversas outras ações de controle abstrato de constitucionalidade que trataram das questões de crise enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da pandemia.⁶⁶³

Posteriormente, os ataques pessoais e diretos do Deputado Daniel Silveira aos ministros do Supremo Tribunal Federal, que levaram a sua prisão, cassação e condenação. Em sequência, a tentativa de concessão de graça por Jair Bolsonaro após a condenação do ex-parlamentar pelo Supremo. O questionamento da constitucionalidade dessa graça junto ao STF que levou à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo. Todos esses episódios se mostram centrais no exercício da autodefesa do Supremo e de contra-ataques em face de investidas contra a instituição.⁶⁶⁴

O discurso frenético de Jair Bolsonaro contra o Ministro Alexandre de Moraes em 07 de setembro de 2021⁶⁶⁵ e as ameaças que manifestantes fizeram naquela

⁶⁶² BRASIL, STF. ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020

⁶⁶³ Para uma análise mais detalhada e aprofundada do tema ver: LORENZONI, Pietro C. **Jurisdição constitucional de crise: análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira**. (Tese de Doutorado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 24 jun. 2022.

⁶⁶⁴ PALMA RESENDE, M.; CARVALHO, A. D. Z. de. Autodefesa e Contra-Ataques: o STF, seus Ministros e o Bolsonarismo no Caso Silveira. **Direito Público**, [S. I.], v. 21, n. 110, 2024. DOI: 10.11117/rdp.v21i110.7464. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7464>. Acesso em: 18 fev. 2025

⁶⁶⁵ “Na avenida Paulista, o presidente atacou pilares do estado de direito num tom inédito até mesmo para ele. “Não podemos admitir que uma pessoa, um homem apenas, turve a nossa democracia e ameace a nossa liberdade. Dizer a esse indivíduo que ele tem tempo ainda para se redimir. Tem tempo ainda para arquivar seus inquéritos. Ou melhor, acabou o tempo dele. Sai, Alexandre de Moraes, deixa de ser canalha!”, gritou. “Nós devemos, sim, porque eu falo em nome de vocês, determinar que todos os presos políticos sejam postos em liberdade. Dizer a vocês que qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, esse presidente não mais cumprirá”, ameaçou.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal**: como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 87.)

data em Brasília colocaram o Supremo em alerta com uma ameaça iminente de ruptura institucional.⁶⁶⁶

Esses fatores foram lentamente convergindo para desenrolar nos episódios que aconteceriam em 8 janeiro de 2023 quando a sede do Supremo Tribunal Federal foi invadida por manifestantes golpistas apoiadores de Jair Bolsonaro que havia sido derrotado nas eleições de 2022.

A Ministra Rosa Weber na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal foi responsável pela reconstrução da sede do Supremo Tribunal Federal e pela sua capacidade de construir uma união que fizeram de um Supremo que até então fosse considerado como 11 ilhas⁶⁶⁷ tenha construído uma unidade frente aos ataques de que foram direcionados por parte do chefe do Executivo e de integrantes do Legislativo.

Da mesma forma, foram os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade que foram determinantes em um momento de crise para afirmação da autoridade da Constituição contra os arroubos autocráticos de um líder populista.

Dito tudo isso, surge como uma verdadeira ironia que o prosseguimento e conclusão do julgamento dos casos do Recurso Extraordinário n. 949.297/CE (Tema 881) e Recurso Extraordinário n. 955.227/BA (Tema 885), em que parte do Supremo Tribunal Federal — capitaneada pelo Ministro Luís Roberto Barroso — buscou equiparar o controle difuso de constitucionalidade ao controle concentrado de constitucionalidade, tenha se dado justamente na primeira sessão de julgamento ocorrida após o fatídico 8 de janeiro de 2023.⁶⁶⁸⁶⁶⁹

⁶⁶⁶ “O golpe ficou mais claro com o tempo, não era um golpe tradicional”, avaliou Toffoli. A maioria dos ministros, com alguma variação de intensidade, passou a tratar Bolsonaro como golpista.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023. p. 87.)

⁶⁶⁷ “Na década de 2000, o então ministro Sepúlveda Pertence disse que o Supremo era um arquipélago de onze ilhas incomunicáveis — os colegas não se frequentavam, não eram amigos, não criavam laços que facilitassem a comunicação. (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 54.)

⁶⁶⁸ “O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA [...] registrar meu reconhecimento pelo trabalho da Ministra Rosa Weber e de toda equipe da Presidência do Supremo Tribunal Federal, além dos servidores, funcionários, terceirizados que trabalharam incansavelmente para que este Plenário estivesse restaurado plenamente, em função dos terríveis atos ocorridos no dia 8 de janeiro do corrente ano. Meus cumprimentos a Vossa Excelência.” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁶⁶⁹ “O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: [...] Senhora Presidente, inicialmente, eu gostaria aqui de fazer um registro da atuação de Vossa Excelência desde o trágico dia 8 de janeiro. Fui testemunha

6.2 A relação entre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e a mutação constitucional à brasileira, ou “como reescrever a Constituição sem alterar o seu texto”

Conforme vimos no subcapítulo 5.2, o fundamento central que ampara a tese da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é uma suposta mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal.

Nesse sentido deve ser dito que a mutação constitucional conforme defendida pelo Supremo nesses julgamentos, tratados no subcapítulo 5.2, não possui similitude com a complexa relação que ensejou os desenvolvimentos sobre a possibilidade de ocorrência de mutações constitucionais no âmbito do direito público alemão do período de Weimar, conforme foi visto no subcapítulo 5.1.

Outrossim, conforme muito bem assinalam Pedron, Ommati e Soares, o conceito mais difundido sobre mutação constitucional nos manuais brasileiros é o de que se trata de uma mudança de interpretação da Constituição, que faz com que o texto permaneça inalterado, enquanto o seu conteúdo normativo é modificado.⁶⁷⁰

Nessa dicção, Gonet Branco afirma:

[...] por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional.⁶⁷¹

Por seu turno, Gilmar Mendes refere que a mutação da Constituição em seu sentido amplo é inevitável para a sobrevivência do texto constitucional, permitindo

ocular da atuação de Vossa Excelência já naquela noite, [...] Por fim, gostaria de relatar que Vossa Excelência proferiu ontem um dos maiores discursos que já ouvi ou li na história deste Supremo Tribunal Federal. Então, fica aqui esse registro para a história dessa atuação de Vossa Excelência e desse discurso, que é realmente uma manifestação histórica, Senhora Presidente.” (BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023)

⁶⁷⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 207.

⁶⁷¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *In MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito Constitucional* — 17. ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 137.

que o seu conteúdo permaneça aplicável a contextos supervenientes da realidade, os quais não poderiam ser previstos quando da elaboração originária dos dispositivos constitucionais. Trata-se, portanto, de um processo natural, observado que a constituição positiva não é um trabalho acabado e definitivo.⁶⁷²

Neste sentido, aponta Mendes acerca do que trata efetivamente a mutação constitucional, ou seja, como a ‘*via interpretativa (que) não altera o texto constitucional, muito menos o conteúdo expressamente positivado. Alcança somente seu significado, sentido ou alcance das disposições constitucionais*’.⁶⁷³

Novamente, em um sentido ainda mais extremo é o posicionamento de Barroso que afirma:

[...] é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.⁶⁷⁴

Assim, sob a perspectiva delineada por Barroso, a mutação constitucional estaria justificada quando o texto constitucional não mais correspondesse as demandas populares. Ou seja, em outras palavras, quando o texto da Constituição e a “voz das ruas” estiverem em confronto estaria justificada uma mutação constitucional. Ou sejam, uma mutação constitucional estaria justificada a partir daquilo que Barroso define como o papel representativo da jurisdição constitucional e do Supremo Tribunal Federal.⁶⁷⁵

Barroso afirma que em casos como do a Constituição dos Estados Unidos da América, em razão do caráter sintético da Constituição e do papel discricionário e

⁶⁷² MENDES, Gilmar F. in MENDES, Gilmar Ferreira; BLANCO DE MORAIS (coord.) **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178

⁶⁷³ MENDES, Gilmar F. in MENDES, Gilmar Ferreira; BLANCO DE MORAIS (coord.) **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 179

⁶⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 91.

⁶⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025.

criativo desempenhado pelos juízes no *common law*, o fenômeno da mutação constitucional é ao mesmo tempo potencializado e diluído.⁶⁷⁶

Para exemplificar esses casos Barroso aponta:

[...] a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. Dois deles são referidos a seguir. A jurisprudência formada a partir do *New Deal* rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigorante ao longo da denominada era *Lochner*, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição. Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Brown v. Board of Education*, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em *Plessy v. Ferguson*, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do “iguais mas separados” no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto.⁶⁷⁷

No entanto, conforme já abordarmos no subcapítulo 4.4.2 e 4.5 do presente trabalho, os casos citados por Barroso como exemplos de mutação constitucional dentro da Constituição norte-americana, não são assim reconhecidos pela doutrina majoritária — nacional ou estrangeira - que aponta esses casos como exemplos de ativismo judicial. Da mesma forma, Barroso modifica sua posição em relação aos seus trabalhos mais antigos — todos citados até aqui - onde afirmava a virtude do ativismo judicial em detrimento de posições de autocontenção.

Igualmente, ao assentar que esses casos amplamente tratados como ativismo judicial da Suprema Corte norte-americana como exemplos de mutação constitucional, se infere flagrante incongruência, ao passo de que aparentemente tentar evitar o rótulo de ativismo judicial, contemporaneamente tido no Brasil como derogatório,⁶⁷⁸ em favor de uma substituição desse termo por mutação constitucional.

⁶⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 90.

⁶⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 90-91.

⁶⁷⁸ Nesse sentido: “Tem se tornado cada vez mais comum que decisões polêmicas e/ou de grande repercussão no país sejam tachadas de ativismo judicial. No entanto, a ausência de adequada compreensão sobre o que é efetivamente o ativismo judicial acaba por vulgarizar o termo, levando a que este seja utilizado indistintamente em situações nas quais não se está diante de ativismo judicial, mas sim de um caso de judicialização da política, por exemplo; ou, ainda, simplesmente como adjetivo pejorativo para uma decisão judicial com a qual não se concorda. Neste último caso, dentro do campo da política no Brasil as acusações de ativismo judicial, em especial contra

Ou seja, com a devida vênia, nos parece haver aqui uma contingência não de ordem doutrinária, mas de certo caráter político ou de justificação de um posicionamento enquanto agente político; especialmente, por não haver uma abordagem expressa de seus antigos escritos sobre a temática reconhecendo uma mudança de pensamento ou enfrentamento das próprias premissas estabelecidas para que aquilo que antes era definido como ativismo judicial agora seja chamado de mutação constitucional.

Nesse sentido, vale relembrar que não obstante Barroso tenha defendido que o ativismo judicial seria benéfico para o Supremo Tribunal Federal, uma vez quer seria forma de expressão do papéis “contramajoritário, representativo e iluminista”, as decisões por ele reconhecidas como efetivamente ativistas foram tomadas no contexto de conflito e de ataques ao Supremo Tribunal Federal, conforme visto no subcapítulo 6.1.2.

Feita essa consideração importante, deve ser dito que Barroso afirma que existem três tipos diferentes de mutação constitucional: 1) a interpretação como instrumento da mutação constitucional. 2) mutação constitucional pela atuação do legislador. 3) mutação constitucional por via de costume.⁶⁷⁹

Assim, Barroso faz uma mistura de alguns dos conceitos sistematizados e desenvolvidos por Hsü Dau-Lin combinando estes com algumas das formulações primárias de Jellinek e Laband, em especial naquilo que pretende atribuir à Constituição brasileira o mesmo tipo de textura aberta que ensejava a atribuição de sentido à *posteriori* visto na República de Weimar.

Em especial, Barroso afirma que a mutação constitucional por meio da interpretação refere-se à alteração do significado de uma norma, em contraste com um entendimento anterior. Como a norma só existe a partir de sua interpretação, a

decisões do Supremo Tribunal Federal — e de maneira mais recente também contra a decisões do Tribunal Superior Eleitoral — se tornaram praxe a até mesmo plataforma de campanha política por parte de grupos políticos contrariados por decisões oriundas desses tribunais. De outra parte, ministros do Supremo Tribunal Federal rechaçam a alcunha de que o tribunal seja ativista e atribuem essas afirmações ao desconhecimento sobre o papel da Corte.” (DELAPIEVE, Thales. **Nem toda decisão com a qual não se concorda é ativismo judicial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-08/diario-classe-nem-toda-decisao-qual-nao-concorda-ativismo-judicial/>. Acesso em: 3 fev. 2025.)

⁶⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 94.

mutação constitucional ocorre quando há uma mudança na interpretação previamente estabelecida.⁶⁸⁰

Todavia, conforme vimos nos subcapítulos anteriores, a chamada mutação por interpretação não é a única forma de mutação constitucional identificada na doutrina do direito público alemão, a despeito de ter ganho popularidade no Brasil e ter sido recepcionada de maneira acrítica por parcela da doutrina brasileira. Da mesma forma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adotou a figura da mutação como fundamento de decisão, mas lhe conferiu efeitos que divergem conforme o caso e até mesmo nos votos dos Ministros proferidos em um mesmo julgamento.⁶⁸¹

Ademais, ainda que Barroso reconheça a possibilidade de ocorrência de mutações constitucionais pelas interpretações dos demais agentes públicos, pela atuação do legislador infraconstitucional e pela via do costume; Barroso afirma que tais mutações só aconteceriam de fato se estas fossem chanceladas pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que '*a última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal*'.⁶⁸²

Assim, Barroso estabelece uma diferenciação fundamental entre a teoria da mutação constitucional presente na doutrina do direito público alemão e a mutação constitucional à brasileira: o domínio do conteúdo das mutações constitucionais por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, uma mutação constitucional só acontece quando o Supremo assim entende. Dessa forma, é exatamente por essa razão que a concepção esposada por Barroso também se encontra diretamente ligada com o triunfo da perspectiva realista do Direito no Brasil, conforme visto no subcapítulo 4.1.

No entanto, apesar dessa mutação constitucional à brasileira estar impregnando os manuais de direito constitucional no Brasil e aparecendo em decisões do Supremo Tribunal Federal como fundamento para justificar a

⁶⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 94.

⁶⁸¹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 208.

⁶⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 95-96.

modificação de dispositivos constitucionais sem que para tanto seja necessário mudar seu texto, há doutrina abalizada que repudia essa importação/apropriação da mutação constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Streck tece uma forte crítica a respeito desta tese, sobretudo como ela restou recepcionada a partir de um argumento de autoridade utilizado pelo Supremo Tribunal Federal:

O conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Straatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil.[...]

Mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau na Reclamação 4.335/AC.) e sua classificação quadripartite do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-segunda guerra e em especial para construção do Estado Democrático de Direito na Atualidade: o caráter principiológico do direito e a exigência de integridade que este direito democrático reivindica. [...]

A tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a Constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: numa democracia este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional. O papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da Constituição e do projeto de sociedade democrática nele consubstanciado.⁶⁸³

No mesmo sentido é o posicionamento de Uadi Lâmego Bulos para quem, caso ocorra uma interpretação constitucional que modifique o conteúdo de uma norma desvirtuando sua natureza jurídica e “quebrando” a ordem jurídica, estaremos diante de uma mutação inconstitucional.

A interpretação constitucional, em todas as suas formas de expressão, constitui um meio importante e eficiente para adaptar os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes do cotidiano.

Todavia, se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante das mutações inconstitucionais.

As mutações inconstitucionais destroem a vida dos preceptivos constitucionais, idealizados por obra de um poder incondicionado, cujo reflexo incide sobre todo o ordenamento jurídico. Os efeitos provocados por estas deformações variam em grau e em profundidade e podem contrariar a Carta Suprema, em maior ou menor extensão, sem mudar a letra das suas normas.⁶⁸⁴

⁶⁸³ STRECK, Lenio Luiz. *in* LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book (não paginado).

⁶⁸⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 135.

Ademais, oportuno destacar que Uadi Lammêgo Bulos — juntamente com Anna Cândida Da Cunha Ferraz — já tratava do tema da mutação constitucional no Brasil antes do julgamento da Reclamação n. 4335/AC pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que sua produção teórica sobre o tema se mostra especialmente interessante porque apartada da concepção que veio a ser esposada posteriormente pelo Supremo.

Conforme Pedron, Ommati e Soares, o conceito de mutação constitucional emerge e se desenvolve a partir de uma perspectiva formalista do Direito, que estabelece uma clara distinção entre a dimensão político-social e a jurídica. Além disso, em qualquer das abordagens propostas, ele se fundamenta na premissa de que existe uma lacuna entre a norma constitucional e a realidade, bem como na necessidade de que a norma busque acompanhar a realidade para preencher essa lacuna.⁶⁸⁵

Assim, com base no argumento da mutação constitucional, o Supremo tem reivindicado sua legitimidade para alterar decisões do poder constituinte e substituir normas constitucionais por outras normas, criadas pelo próprio Tribunal. Diferente da teoria desenvolvida na Alemanha, essa mutação constitucional à brasileira não emerge do contexto social para ser reconhecida ou declarada pelo Judiciário, mas é originariamente construída por ele, que, antecipando-se ao Poder Constituinte de Reforma, modifica a norma constitucional.⁶⁸⁶

Conforme esses autores, nesse cenário, em que os conceitos jurídicos se tornam indeterminados, e rupturas e violações são praticadas pelo órgão que deveria proteger os princípios democráticos, encontra-se virtualmente diante de uma situação excepcional.⁶⁸⁷ Aqui, os autores se valem dos conceitos de excepcionalidade em Schmitt⁶⁸⁸ para dizer que essa excepcionalidade não se trata

⁶⁸⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 210.

⁶⁸⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 217.

⁶⁸⁷ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 218.

⁶⁸⁸ SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago, Ill.: University of Chicago Press, 2005; SCHMITT, Carl. **Dictatorship**: from the Origin of the Modern

de um fim em si mesmo, mas como uma técnica que abrange formas e tecnologias de governo em um sentido mais amplo, conforme defendido por Giorgio Agamben.⁶⁸⁹

Sob essa perspectiva, podemos apontar que a mutação constitucional delineada em votos do Supremo Tribunal Federal, bem como a sua recepção pela dogmática brasileira a partir de pressupostos equivocados, tendo por base um argumento de autoridade calcado na suposta soberania do Supremo Tribunal Federal sobre o próprio texto constitucional, se mostra evidentemente preocupante porque coloca o Supremo em uma condição de poder constituinte permanente.

Justamente por isso o questionamento proposto por Pedron, Ommati e Soares se mostra especialmente pertinente:

Se é soberano aquele que tem o poder de instaurar a exceção e suspender a Constituição, é também poder soberano aquele que se coloca em uma posição na qual dispõe livremente do texto constitucional e, sob o argumento da força normativa dos fatos, define a realidade que se sobrepõe à Constituição?⁶⁹⁰

Para responder a esse questionamento, os autores apontam a dicção de Melnick de Carvalho Netto, que vislumbra um problema sério de anomia normativa no ordenamento jurídico:

Neste país, falarmos de Constituição, de constitucionalismo ou de constitucionalidade nos remete muito mais, é claro, às ideias de constante alteração da Constituição, de excesso de medidas provisórias, de fraqueza institucional e inoperância do Legislativo e do Judiciário, de abusos do Executivo, de apatia e descrença populares, enfim, de um processo de acentuada anomia no mais alto nível normativo de nosso ordenamento, do que à ideia de uma ordem constitucional consolidada, firmemente assegurada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Judiciário como um todo, na qual inclusive o processo e o labor legislativos fossem controlados visando institucionalmente garantir a possibilidade de acreditarmos que somos uma comunidade de homens livres e iguais que ordena em coautoria seu viver em comum, sem a exclusão de nenhum afetado, ou seja, uma comunidade de homens que se respeitam mutuamente em suas diferenças.⁶⁹¹

Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle. Cambridge ; Malden: Polity Press, Cop, 2014, *passim*.

⁶⁸⁹ AGAMBEN, G. Estado de exceção e genealogia do poder - DOI: 10.9732/P.0034-7191.2014v108p21. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 108, p. 21-40, 30 jun. 2014. p. 25.

⁶⁹⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 215.

⁶⁹¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das

Portanto, quando se fala aqui em exceção não se está falando em uma situação caótica, onde não haveria mais uma ordem normativa jurídico-estatal, mas sim de uma situação em que a decisão do soberano se superpõe de maneira ilimitada a qualquer fixação normativa pré-existente, tornando-se absoluta.⁶⁹²

Nesse mesmo sentido, aponta Gabriel Divan quando afirma que exceção não pode ser caracterizada como uma atuação flagrantemente fora das regras, mas que exceção é dominar a regra a tal ponto que, agindo dentro das regras previamente estabelecidas, é capaz de fazer com elas o que quiser.⁶⁹³

Conforme Pedron, Ommati e Soares é exatamente isso que ocorre quando o Supremo decide pela aplicação, inaplicação, validade ou invalidade de normas constitucionais com base na alegação da mutação constitucional. Essa alegação, assim como a exceção, não está sujeita a regras gerais, uma vez que a mutação constitucional opera de maneira particular e não se submete a padrões normativos preestabelecidos.⁶⁹⁴

Sob uma perspectiva conceitual, regras gerais necessitam de uma aplicação concreta e normatizada, que seja adequada ao paradigma constitucional vigente. Todavia, a mutação constitucional rejeita esse conceito, uma vez que permite uma flexibilidade constitucional que permite alterar o conteúdo da Constituição sem que para isso seja necessário passar pelo processo de reforma constitucional tradicional.⁶⁹⁵

Ao se valer da mutação constitucional, o Supremo Tribunal Federal se coloca no papel central do ordenamento jurídico passando a decidir, de forma absolutamente discricionária, se mantém o conteúdo da Constituição da forma como

Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

⁶⁹² PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 215.

⁶⁹³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Revolução permanente** [recurso eletrônico] : ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal. Porto Alegre, RS : Elegantia Juris, 2020. p. 111-112.

⁶⁹⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 215-216.

⁶⁹⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

se encontra ou altera seu conteúdo casuisticamente.⁶⁹⁶ No limite, pode substituir o texto de um artigo da Constituição por outro texto construído por meio de decisão judicial, como tentou fazer pela primeira vez no caso da Reclamação n. 4.335/AC.

Ao proceder dessa forma o Supremo não estaria se colocando apenas na posição de intérprete legítimo da Constituição — uma vez que apenas a sua interpretação constitucional seria válida — mas se colocando como verdadeiro soberano da Constituição, na dicção própria de Schmitt, observado que estaria e não estaria submetido a Constituição, dispendo de seu conteúdo e podendo determinar a exceção.⁶⁹⁷

Diante deste quadro delineado a questão que se impõe é: observado que a Constituição Federal de 1988 define como cláusula pétreia a separação de poderes e atribui ao Poder Legislativo o papel de elaboração de legislação, bem como define os legitimados e procedimento específico para que a Constituição possa ser emendada, qual é a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para alterar por meio de decisões judiciais o conteúdo da Constituição?⁶⁹⁸

Aqui vale dizer que Streck muito bem aponta que o papel do Poder Judiciário é de cuidar do passado; o responsável por cuidar do futuro é Poder Legislativo e poderíamos adicionar ainda que cuidar do presente é papel do Poder Executivo.

Ademais, deve ser levada em consideração a observação de Schmitt acerca da relação entre a soberania e o princípio monárquico, surgida nos debates sobre a soberania dos estados individuais alemães na vigência da Constituição do Império Alemão de 1871.⁶⁹⁹ Vale lembrar que foi nesse contexto que surgiram os primeiros desenvolvimentos sobre mutação constitucional realizados por Laband e Jellinek.

⁶⁹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

⁶⁹⁷ “Soberano é aquele que decide pela exceção. [...] Embora ele esteja fora do sistema legal normalmente válido, ele, no entanto, pertence a ele, pois é ele quem deve decidir se a constituição precisa ser suspensa ou não em sua totalidade.” [tradução livre] (SCHMITT, Carl. **Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty**. Chicago, III.: University of Chicago Press, 2005; SCHMITT, Carl. **Dictatorship: from the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle**. Cambridge ; Malden: Polity Press, Cop, 2014. p. 58-60.)

⁶⁹⁸ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

⁶⁹⁹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

Antes da unificação da Alemanha, os estados estavam fundados no princípio monárquico que atribuía a cada monarca o poder soberano sob seus súditos. Todavia, após a formação do Império e da entrada em vigore da Constituição de 1871, os estados membros foram submetidos àquela nova ordem constitucional, havendo necessidade de delimitar a esfera de soberania dos estados membros em relação ao Império. Por consequência, houve a necessidade de decidir quem teria o poder decidir as questões que não estavam previstas na Constituição.⁷⁰⁰ Schmitt afirma que essa discussão, crucial para a estruturação desse novo Estado alemão, foi tratada operando na mesma lógica e estrutura jurídica que amparavam as antigas discussões sobre o princípio monárquico.⁷⁰¹

Portanto, antes da formação do Império a existência de uma Constituição representava uma escolha própria do monarca de impor a si próprio certas restrições.⁷⁰² Após a unificação do Estado alemão e da Constituição de 1871, foi desenvolvido um mecanismo que permitia justificar o descumprimento de previsões constitucionais que servissem aos interesses do Império, resgatando a lógica do antigo princípio monárquico, mas sob uma nova aparência.⁷⁰³

Fica evidente, portanto, que tal figura não pode ser considerada compatível com um Estado Democrático de Direito, nem com aquilo que está previsto em nossa Constituição Federal. Além disso, a utilização desse argumento pelo Supremo, ao decidir sobre questões constitucionais, reflete sob a perspectiva de exceção, a pergunta central de Schmitt: "Quem decide?".⁷⁰⁴

⁷⁰⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

⁷⁰¹ SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago, Ill.: University of Chicago Press, 2005; SCHMITT, Carl. **Dictatorship**: from the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle. Cambridge ; Malden: Polity Press, Cop, 2014. p. 11.

⁷⁰² PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado — Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011. p. 83.

⁷⁰³ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

⁷⁰⁴ SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago, Ill.: University of Chicago Press, 2005; SCHMITT, Carl. **Dictatorship**: from the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle. Cambridge ; Malden: Polity Press, Cop, 2014. p. 58; PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de

Assim, tendo por base esses pressupostos Pedron, Ommati e Soares afirmam:

[...] Apesar de dever submeter-se à norma, o STF demonstra ter encontrado um artifício para colocar-se alheio a ela, controlá-la, suspender-lá e determinar as formas e limites de sua aplicação. Pela via da mutação constitucional, o STF tem se erguido ao status de um superpoder, capaz de alterar as normas constitucionais independentemente da observância de limites ou submissão à fiscalização dos outros Poderes da república. É nesse mesmo sentido que se afirma: o STF tem utilizado de mutação constitucional como um termo genérico esvaziado de sentido, uma falácia posta à mesa para cobrir com um fino manto de legitimidade as decisões em que legisla sobre a Constituição, em atitude característica de poder constituinte permanente, usurpando o poder soberano e se colocando, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico: submetido à Constituição e senhor das suas palavras.⁷⁰⁵

Da mesma forma, aponta Bustamante, que a criação de mecanismos de aceleração desesperada das ações e de eliminação de diferenças entre os casos concretos, com a adoção de um discurso que aponta para a desconfiança dos demais agentes dentro do sistema, acaba dando muito poder para quem está no topo do sistema; e se quem está no topo não for quem não está interpretando corretamente, o perigo é muito maior.⁷⁰⁶

Por consequência, em nossa perspectiva, o que temos quando se fala em mutação constitucional no bojo da suposta transformação do artigo 52, X da Constituição Federal é apenas uma expressão de questões críticas enfrentadas pela jurisdição constitucional contemporânea, conforme visto ao longo do capítulo 4 do presente trabalho. Sobretudo, trata-se de: 1) uma expressão concreta do realismo jurídico brasileiro; 2) uma forma de ativismo judicial; 3) uma recepção teórica absolutamente equivocada.

Portanto, a mutação constitucional defendida por parcela da doutrina brasileira e adotada pelo Supremo Tribunal Federal não é aquela oriunda do direito público alemão, mas uma construção própria.

⁷⁰⁵ exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 216.

⁷⁰⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021. p. 218.

⁷⁰⁶ BUSTAMENTE DA ROSA, THOMAS. **Precedentes no Positivismo e no Common Law Clássico**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IKMc-r4W4hk>. Acesso em: 25 fev. 2025.

Ademais, podemos apontar ainda que a simples introdução e aceitação do argumento dessa mutação constitucional como justificação para decisões que, supostamente, visam corrigir problemas de normatividade da Constituição e adaptações à realidade, coloca a ordem constitucional em permanente estado de exceção, tendo o Supremo Tribunal Federal como soberano de seu conteúdo e podendo dispor de suas normas e alterar o seu texto da maneira em que entender mais adequado, sem que para tanto seja necessário recorrer as vias constitucionalmente legitimadas.

6.3 A necessidade de preservação dos arranjos institucionais existentes e a manutenção do papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade

Diante de tudo que foi falado até agora neste trabalho se verifica a necessidade de preservação dos arranjos institucionais estabelecidos pela Constituição Federal. Manter o mínimo de participação do Senado Federal no processo de controle difuso de constitucionalidade é uma deferência que pode evitar ainda mais tensionamento e, finalmente, levar à ruptura.

Com efeito, a previsão constante no artigo 52, X da Constituição Federal é uma tradição constitucional que remonta à Constituição 1934 e cujo conteúdo de fundo o Supremo vem buscando esvaziar para fazer com que todas as suas decisões tenham o mesmo efeito vinculante e *erga omnes* vislumbrado no sistema de controle abstrato de constitucionalidade.

Para além disso, podemos observar que em momentos de crise, como aqueles que foram referidos no subcapítulo 6.1, são os instrumentos típicos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade que preservam a autoridade do Supremo, a Democracia e a institucionalidade. Então a pergunta que se põe é: por qual razão o Supremo insiste na abolição do papel do Senado Federal e da equiparação do controle difuso ao controle abstrato de constitucionalidade?

Nossa resposta, alinhada com aquilo que demonstramos ao longo dos capítulos anteriores seria de que é por meio do controle difuso e da transformação da repercussão geral em um sistema de teses julgamento dissociadas dos casos concretos que o Supremo é capaz de promover mudanças estruturais substanciais sem que para isso esteja adstrito ao pedido formulado em ações de controle concentrado de constitucionalidade, se convertendo em um poder constitucional

permanente. O caso do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP e os demais casos apontados no subcapítulo 5.2 corroboram essa resposta.

Todavia, quando o Supremo Tribunal Federal defende que o Senado Federal não possui mais nenhum papel no sistema de controle difuso de constitucionalidade — transformando este em mero diário oficial do Supremo, na dicção de Streck — acaba gerando um *backlash* institucional.

Efetivamente, nos últimos anos propostas de emendas constitucionais foram apresentadas no Congresso Nacional visando diminuir os poderes do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, projetos de lei que buscam ampliar as hipóteses de crimes de responsabilidade passíveis de serem praticados por Ministros do Supremo e a possibilidade que seja apresentado recurso ao Plenário do Senado Federal contra decisão do Presidente que rejeita impeachment de Ministro do Supremo, também foram apresentadas.

Dentre as propostas apresentadas e que pretendem alterar os poderes do Supremo, podemos destacar a PEC n. 8/2021 que limita a possibilidade de decisões monocráticas por parte dos ministros do Supremo.

A referida PEC proíbe decisões individuais que suspendam a eficácia de leis ou atos dos presidentes dos poderes Executivo e Legislativo (Câmara e Senado); permite decisões individuais apenas para a suspensão de eficácia de lei durante o recesso do Judiciário, em casos de grave urgência ou risco de dano irreparável, com prazo de 30 dias para o julgamento colegiado após o fim do recesso; determina o prazo de seis meses para o julgamento de ação que peça declaração de inconstitucionalidade de lei, após o deferimento de medida cautelar - depois desse prazo, ela passará a ter prioridade na pauta do STF.⁷⁰⁷

Com relação a esta PEC, há que se falar que o Supremo há algum tempo vem abusando do monocratismo — o excesso de decisões monocráticas em processos relevantes que não são levados ao Plenário em tempo hábil⁷⁰⁸ — sendo

⁷⁰⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. **CCJ conclui discussão de proposta que limita decisão monocrática no STF; acordo adia votação.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1096131-ccj-conclui-discussao-de-proposta-que-limita-decisao-monocratica-no-stf-acordo-adia-votacao/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

⁷⁰⁸ “Tecnicamente, como liminares monocráticas, essas e outras decisões individuais do período seriam precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário em um futuro próximo. Na prática, porém, ou o plenário sequer chegou a se manifestar sobre essas e outras liminares monocráticas de grande magnitude política ou, quando o fez, a decisão individual já havia alterado decisivamente o *status quo*. A crise política deixou evidente que os ministros têm grandes recursos para evitar, empregar ou mesmo ignorar o plenário (Falcão; Arguelhes, 2017). Em vários momentos importantes, a política nacional foi, em boa medida, moldada por ações judiciais

uma crítica justa que se exija o pronunciamento do tribunal sobre questões de alta relevância para a vida pública e política brasileira nas medidas cautelares em ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Nesse sentido, vale lembrar que pelo artigo 10 da Lei n. 9.868/1999 estabelece que para concessão de medida cautelar em ação de controle abstrato de constitucionalidade é necessária decisão da maioria do tribunal.⁷⁰⁹ A concessão de liminares monocráticas suspendendo dispositivos legais já foi criticada pelos próprios ministros do Supremo,⁷¹⁰ apesar de ter se tornado prática recorrente.⁷¹¹ Assim, não se pode afirmar de plano que a PEC n. 8/2021 seria uma medida negativa ou inconstitucional.

De outra parte, o mesmo não pode ser dito da PEC n. 28/2024 que permite ao Congresso suspender decisões do Supremo Tribunal Federal.

Conforme o texto da PEC, se o Congresso considerar que o Supremo ultrapassou o exercício adequado de sua função de guarda da Constituição, poderá sustar a decisão por meio do voto de 2/3 dos integrantes de cada uma de suas casas legislativas (Câmara e Senado), pelo prazo de dois anos, prorrogável uma única vez por mais dois anos. O Supremo, por seu turno, só poderá manter sua decisão pelo voto de 4/5 de seus membros.⁷¹²

Com efeito, a PEC n. 28/2024 — que já teve inclusive parecer de admissibilidade favorável pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos

estritamente individuais, que não chegaram a passar (ou não passaram em tempo hábil) pelo Supremo como instituição colegiada." (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; "Ministrocracia": O Supremo Tribunal Federal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**; São Paulo, v. 37, n.1 , pp. 13-32, 2018.)

⁷⁰⁹ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

⁷¹⁰ "Faço esse registro da questão, portanto, para que que bem claro que medidas liminares decididas de forma monocrática são em regra ilegais, por violação à lei 9868/99 (art. 10), e inconstitucionais, por afronta ao art. 97 da Constituição. As hipóteses excepcionalíssimas deveriam ser bem delimitadas e definidas no Regimento Interno do Tribunal", escreveu Mendes em voto proferido em 2012. O ministro tinha conhecimento de causa. "Sou o pai dessa porra", disse ele a respeito da lei 9868, de 1999, que regula os julgamentos de ADIS no Supremo." (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 104.)

⁷¹¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; "Ministrocracia": O Supremo Tribunal Federal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**; São Paulo, v. 37, n.1 , pp. 13-32, 2018.

⁷¹² BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição permite ao Congresso suspender decisão do Supremo**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1090669-PROPOSTA-DE-EMENDA-A-CONSTITUICAO-PERMITE-AO-CONGRESSO-SUSPENDER-DECISAO-DO-SUPREMO>. Acesso em: 19 fev. 2025.

Deputados — confere ao Parlamento a possibilidade de suspender decisões do Supremo, repriseira disposição prevista na Constituição de 1937, já referida no subcapítulo 3.3.4 deste trabalho, uma Constituição de índole autocrática. Flagrante, portanto, o caráter autoritário desta proposta de emenda e o perigo que o representa.⁷¹³

O mesmo pode ser dito do projeto de lei n. 4754/2016, que cria cinco hipóteses de crime de responsabilidade para ministros do Supremo, e do projeto de lei n. 658/2022, que cria a possibilidade de se apresentar um recurso ao plenário do Senado caso o presidente da Casa rejeite um pedido de impeachment contra ministro do Supremo. Trata-se de medidas casuísticas que visam constranger o Supremo muito mais pelos seus acertos do que pelos seus efetivos erros.

Todavia, ao mesmo tempo, essa posição do Supremo de esvaziar competências do Poder Legislativo em matérias que poderiam parecer de menor relevância no quadro macro delineado no subcapítulo anterior — como no caso do art. 52, X da Constituição Federal — acabam por fornecer munição para que o parlamento revide com as armas que tem contra a busca de afirmação da autoridade do Supremo Tribunal Federal sobre os demais poderes.

Se de um lado não se pode aceitar que propostas de emenda à Constituição venham com o expresso desejo de introjetar em uma Constituição democrática dispositivos inspirados em uma Constituição autocrática, também é necessário preservar aqueles dispositivos que estão na Constituição e que conferem uma legitimidade democrática às decisões do Supremo ao prestigiarem o papel Parlamento.

Nesse sentido, deve ser dito que o Ministro Teori Zavascki, que havia adotado posições lavajistas e sido responsável pela prisão de um senador em pleno exercício do mandato - a partir de uma interpretação absolutamente elástica do conceito de flagrante de delito - pouco antes de sua morte reconheceu a necessidade de exercício da autocontenção judicial e respeito ao parlamento, em uma virada de percepção:

⁷¹³ Nesse mesmo sentido foi a manifestação do Ministro Gilmar Mendes sobre o chamado “pacote anti-STF”: “Estamos falando de quatro ou cinco emendas constitucionais. Há, inclusive, dois mandados de segurança com o ministro Kassio [Nunes Marques] tratando de matérias de cláusula pétrea. Uma delas que revive um dispositivo da Polaca, a Carta de 1937 de Getúlio Vargas”. (CNN BRASIL. **Gilmar Mendes compara pacote anti-STF à ditadura da Era Vargas**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/gilmar-mendes-compara-pacote-anti-stf-a-ditadura-da-era-vargas/>. Acesso em: 19 fev. 2025.)

"O Judiciário não pode ocupar espaços do Parlamento sob o fundamento de que o Parlamento não está cumprindo a sua função, ele está fraco. [...] No momento em que ele está fraco, tem que ser ajudado, tem que ser fortalecido, a não ser que se queira dizer que o Parlamento é dispensável numa sociedade democrática", disse aos entrevistadores da FGV. "No caso do Judiciário, tem que haver uma autocontenção, importante para a democracia."⁷¹⁴

No mesmo sentido, manifestação do Ministro Gilmar Mendes que no auge do entusiasmo lavajatista que era manifestado pela ala majoritária do Supremo Tribunal Federal e sua deferência aos integrantes da força tarefa do Lava Jato e suas condutas antirrepublicanas, comparou o proceder da corte naquele momento ao dos militares. Após o Ministro Luiz Fux deferir monocraticamente liminar em mandado de segurança mandando projeto de lei de iniciativa popular e apoiado pela força tarefa da Lava Jato chamado de "10 medidas de combate a corrupção" retornar à estaca zero após ser modificado pelo legislativo, Mendes afirmou que o Supremo estava fazendo aquilo que nem os militares haviam feito e fechando o congresso.⁷¹⁵

Com efeito, em um cenário contemporâneo em que autores da envergadura de Jeremy Waldron discutem a completa extinção do *judicial review* por, dentre outras razões, ser um "processo politicamente ilegítimo",⁷¹⁶ a manutenção de um simples arranjo institucional próprio da tradição constitucional brasileira pode ajudar na preservação do próprio Supremo Tribunal Federal.

Ao remeter as decisões de controle difuso de constitucionalidade ao Senado, o Supremo preserva uma espécie de diálogo institucional que fora desejado pelo constituinte, não colocando o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, em uma posição de oposição.

Nesse sentido, conforme assinala Streck:

[...] obviamente, não põe a perder o debate sobre arranjos institucionais, mas nos leva a realizá-lo sem ignorar o debate sobre o que se espera da interpretação jurídica. Com efeito, juristas defensores de uma teoria da

⁷¹⁴ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze**: O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 50.

⁷¹⁵ "Dizer que o Congresso tem que votar as propostas que foram apresentadas e só? Então é melhor fechar o Congresso logo e entregar as chaves. (...) Entrega a chave do Congresso ao (*Deltan*) Dallagnol (*coordenador da força-tarefa da Lava-Jato*). Isso aí é um AI-5 do Judiciário. Nós estamos fazendo o que os militares não tiveram condições de fazer. Eles foram mais reticentes em fechar o Congresso do que nós — afirmou Gilmar Mendes ao Estado." (ESTADÃO CONTEÚDO. **Para Gilmar Mendes, decisão de Fux "é o AI-5 do Judiciário"** | GZH. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/12/para-gilmar-mendes-decisao-de-fux-e-o-ai-5-do-judiciario-8758465.html>. Acesso em: 17 fev. 2025.)

⁷¹⁶ WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006, *passim*.

interpretação céтика sobre a correção de juízos principiológicos tenderão a defender a abolição da jurisdição constitucional, e admitirão a realocação das competências decisórias para outras instituições com maior representatividade ou melhor corpo técnico. Já defensores de teorias da interpretação, altamente confiantes na capacidade dos juízes de asserirem verdades morais, tenderão a uma visão extremamente expansionista da jurisdição constitucional, negando-a a quaisquer outras instituições. Entre os dois extremos, há muitas teorias interpretativas possíveis e muitos arranjos institucionais com elas compatíveis.⁷¹⁷

Veja-se que não chegamos ao ponto da tomada de uma decisão compartilhada em sede de jurisdição constitucional, como na experiência canadense, onde a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* estabeleceu um sistema de competências decisórias que não estavam concentradas em um único Poder. Em face disso, a Suprema Corte canadense desenvolveu uma prática de tomada de decisões em colaboração com o Executivo e o Legislativo. Dessa forma, grandes decisões passaram a ser feitas de maneira incremental, em múltiplas etapas, por meio de um diálogo constante entre os Poderes.⁷¹⁸

No entanto, estamos falando da retomada por parte do Supremo Tribunal Federal de uma forma de diálogo com o parlamento e o respeito às suas competências delineadas constitucionalmente. Afinal, o texto da Constituição é claro quanto ao papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, foi a atuação do Supremo ao longo dos anos que buscou alterar o texto por meio da interpretação.

Assim, por conseguinte, podemos apontar que a manutenção deste arranjo institucional simples — a remessa de decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de controle difuso de constitucionalidade — ocuparia múltiplas funções: 1) manter expressa previsão da Constituição Federal sobre o controle difuso de constitucionalidade; 2) prestigiar o papel do Senado Federal e do Parlamento; 3) diminuir a credibilidade de investidas autoritárias como a da PEC n. 28/2024; 4) preservar o caráter técnico do Poder Judiciário ao exercer o controle de constitucionalidade.

No entanto, em nosso entendimento, para que esse quarto elemento apontado seja efetivamente satisfeito é necessário que o Poder Judiciário — sobretudo o Supremo Tribunal Federal — tenha uma adequada Teoria da Decisão Jurídica.

⁷¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional** — 7. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 592.

⁷¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional** — 7. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 589

6.4 A importância de uma verdadeira Teoria da Decisão Jurídica para a Jurisdição Constitucional brasileira

O que se denomina de Teoria da Decisão é um conjunto de teorias matemáticas, filosóficas e lógicas que se destinam a estudar as decisões tomadas por indivíduos racionais, seja de maneira individual ou em grupos. Essas teorias foram desenvolvidas ao longo da segunda parte do século XX, a partir da análise dos diferentes aspectos de descrição e resolução dos denominados problemas de decisão. Tal formulação teórica só foi possível a partir de estudos sobre diversos elementos como: jogos de salão, problemas econômicos, políticos e próprio acaso e, de uma forma mais recente, problemas de gestão, fundamentos psicológicos da representação de comportamento tendo por objetivo estabelecer referências para teorias econômicas e modelos de gestão de empresas.⁷¹⁹

No que tange a decisão judicial, esta se difere dos demais tipos de decisão em razão de um fato determinante: ela somente pode ser produzida por uma autoridade especificamente designada para tanto — os juízes.⁷²⁰ Assim, somente estes agentes podem produzir decisões judiciais, uma vez que são as pessoas especificamente designadas para esta função pelo Estado, exercendo assim um de seus poderes, dentro da ideia tradicional de separação de poderes concebida por Montesquieu.

Por conseguinte, aquilo que se denomina como Teoria da Decisão Judicial é formado a partir de fundamentos oriundos de diferentes áreas do conhecimento: da metamatemática advém as formulações da Teoria da Decisão; da Filosofia são trazidas as ideias sobre formação de raciocínio e dos seus modelos de racionalidade; da Teoria do Direito aportam conceitos da Hermenêutica Jurídica, da Teoria da Argumentação Jurídica e da Teoria Dogmática da Aplicação do Direito. Desta forma, a Teoria da Decisão Judicial é o produto destas hibridizações

⁷¹⁹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. XVI CONGRESSO DO CONPEDI. 2007. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em 05/05/2024.

⁷²⁰ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. XVI CONGRESSO DO CONPEDI. 2007. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em 05/05/2024.

disciplinares que formam a base de seus conceitos estratégicos, filosóficos, jusfilosóficos e teórico-jurídicos.⁷²¹

Dentre os paradigmas teóricos passíveis de serem citados como exemplos de teorias que procuram racionalizar o processo da decisão jurídica, temos: o modelo de Direito como integridade e a existência de respostas corretas no Direito, conforme proposto por Ronald Dworkin e a teoria da Argumentação Jurídica, de Robert Alexy.

Essas duas propostas teóricas são recorrentemente referidas pelo Poder Judiciário no Brasil, ainda que muitas vezes não respeitem os pressupostos estabelecidos pelos próprios autores para sua aplicação. Nesse sentido, vale relembrar nossa crítica à ponderação à brasileira, vulgata originada a partir da obra de Alexy, devidamente enfrentada no subcapítulo 4.4.1 do presente trabalho.

Para além destes dois modelos recorrentemente citados no Brasil, podemos citar ainda a Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann,⁷²² e o modelo de decisão como aceitabilidade geral, proposto por Aulis Aarnio.⁷²³

Nesse sentido, vale dizer inclusive que, no bojo do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC — subcapítulo 5.2.1 do presente trabalho — a teoria de Aarnio foi referida como uma das razões que dariam suporte à tese do Ministro Eros Grau, sobre o Supremo como intérprete legítimo da Constituição e justificariam a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, com a substituição do texto da Constituição por um texto construído pelo Supremo.⁷²⁴

⁷²¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial.** XVI CONGRESSO DO CONPEDI. 2007. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. Acesso em 05/05/2024.

⁷²² LUHMANN, Niklas. **Law as a social system.** Northwestern University Law review, vol. 83, n. 1, p. 136-150, 1989, *passim*.

⁷²³ AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable:** A treatise on legal justification. 1987. ed. Dordreque, Netherlands: Kluwer Academic, 2012. *Passim*.

⁷²⁴ “A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido? Temo que essa seja uma questão que só possa e deva ser respondida de modo indubitável caso a caso. Não obstante, em outra ocasião, pretendendo dar-lhe resposta, observei que, sendo a interpretação uma prudência [ela não é saber puro, separado do ser haverá subversão do texto quando o intérprete autêntico produzir interpretante [=norma] não correta. A apuração dessa subversão também é [deve ser] objeto de uma prudência. O interpretante será correto quando --- a conclusão é de AULIS AARNIO [i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica processa-se de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes. Penso poder dizê-lo, agora, de modo diverso.” (BRASIL, STF - Rcl: 4335 AC, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de

Não obstante todas estas teorias possuam louvável valor em seu objeto de analisar e racionalizar as decisões judiciais — cada uma sob uma perspectiva diferente, dentro do objetivo que estes autores traçaram em sua teorização — todas elas são oriundas de sistemas judiciais distintos do nosso: Dworkin era norte-americano; Luhmann e Alexy alemães; Aarnio era finlandês.

Assim, para que essas teorias possam ser importadas para o contexto brasileiro, seriam necessárias uma série de adaptações e um rigor teórico que vai além da simples aplicação calcada na autoridade do tribunal que está emitindo uma decisão. Isso vai exatamente na linha que defendemos ao abordar as importações teóricas equivocadas realizadas em solo brasileiro no subcapítulo 4.4 e seguintes do presente trabalho.

Especialmente em relação ao integracionismo (ou interpretativismo) de Ronald Dworkin, Ziel Ferreira Lopes discorre sobre quais seriam essas adaptações necessárias, que incluem uma maior reverência à legislação escrita e um maior ônus argumentativo para a sua superação (desfazendo a versão vulgar de Dworkin que se verifica nos tribunais brasileiros).⁷²⁵

No entanto, entendemos que há uma Teoria da Decisão Jurídica mais adequada ao contexto brasileiro e à nossa jurisdição constitucional: a Resposta Adequada à Constituição (RAC) de Lenio Streck.

6.4.1 A busca de uma Resposta Adequada à Constituição, na Crítica Hermenêutica do Direito

Há mais de 20 anos Lenio Streck vem construindo uma teoria da decisão jurídica adaptada a realidade brasileira, realizando uma antropofagia dos conceitos e pressupostos apresentados nos subcapítulos 2.1 e 2.2 deste trabalho, e que extrai da teoria de Ronald Dworkin duas noções fundamentais: a necessidade de coerência e integridade no Direito

Julgamento: 20/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-0000)

⁷²⁵ FERREIRA LOPES, Ziel . Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: José Emílio Medauar Ommati. (Org.). **Ronald Dworkin e o Direito brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, v. 1, p. 447-451.

Com efeito, a teoria da decisão jurídica que compõe a Crítica Hermenêutica do Direito, visa justamente à solução dos problemas que até agora foram expostos neste trabalho.

Assim, busca abolir os problemas referentes aos ativismos judiciais; a supressão de relativismos, decisionismos, discricionariedades e desrespeito aos limites semânticos dos textos jurídicos; tem como seu metaprincípio o imperativo de evitar a fragilização da autonomia do Direito (e, por consequência, da autoridade da Constituição) a partir da preservação de sua coerência e integridade. Para tanto, a proposição é formulada através da tradição hermenêutica e calcada na construção de “respostas adequadas à Constituição”.⁷²⁶

Vale dizer que a formulação desta Teoria da Decisão Jurídica é intrincada e vem sendo desenvolvida ao longo do tempo, estando seu conteúdo disperso pela farta produção bibliográfica de seu autor, embora possamos assinalar a obra Verdade e Consenso como seu marco fundante e principal vetor principal de sua construção.

Assim, busca-se aqui uma sistematização do que vem a ser a resposta adequada à Constituição e como esta teoria é capaz de atuar na resolução dos problemas enfrentados até agora neste trabalho e porque entendemos que ela é uma teoria adequada a satisfazer a necessidades prescritivas da Teoria do Direito para a jurisdição constitucional brasileira.

O primeiro ponto é a sua preocupação em desenvolver uma teoria adaptada à nova realidade brasileira — considerando-se o paradigma axiológico-normativo inaugurado a partir da Constituição Federal — com o fito de responder às necessidades de novas teorias e práticas que decorreram da Constituição Federal de 1988:

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a essa nova realidade, temos pensado, ao longo das últimas décadas, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Neste horizonte, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma (livre) escolha de

⁷²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 311.

sentidos a serem acoplados nas palavras da lei. Deste modo, há uma necessária imbricação entre os limites semânticos e a democracia.⁷²⁷

Ademais, Streck assinala que no Estado Democrático de Direito a produção democrática do direito assume especial relevância e de outra maneira não poderia ser, afirmando existirem inúmeros exemplos no Brasil de um protagonismo judicial tendente ao arbítrio e à desordem interpretativa, através do qual o Poder Judiciário diz o que bem (ou mal) entende sobre o texto jurídico.⁷²⁸ Anotando, ainda, que em países como o Brasil uma tese semântica não é suficiente para controlar o poder concedido aos juízes; e destacando que a fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade é, por vezes, inexistente.⁷²⁹

A Crítica Hermenêutica do Direito surge então como produto da integração da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da “*law and integrity*” (Direito como integridade) de Dworkin, uma vez que ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias. Apostando, o primeiro na tradição, e o segundo na coerência e integridade, Streck se vale destes postulados a fim de deter as “contingências” do Direito.⁷³⁰ Em suma, a busca por respostas corretas no Direito aparece como um remédio contra a discricionariedade dos positivismos.

Assim, a existência de uma resposta adequada à Constituição deve, portanto, ser conformada na própria Constituição, não podendo depender da consciência do juiz, do livre convencimento ou da busca da “verdade real”, sob pena de ferir o princípio democrático.

Enfrentar a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático (o realismo jurídico, amplamente explicitado no subcapítulo 4.1 e seguintes deste trabalho), que são facetas do subjetivismo, significa um compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída, na qual há uma discussão, na esfera pública, acerca de questões ético-morais da sociedade.⁷³¹

⁷²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 180.

⁷²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 311.

⁷²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 325.

⁷³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

⁷³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 258.

Para que seja possível obter uma resposta adequada à Constituição, são formulados cinco princípios — ou padrões — que são fundantes da Teoria da Decisão Jurídica integrante da Crítica Hermenêutica do Direito, quais sejam: a preservação da autonomia do direito; o controle hermenêutico da interpretação constitucional (a superação da discricionariedade); o respeito à coerência e à integridade do Direito; o dever fundamental de justificar as decisões; e o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.⁷³²

De igual sorte, a partir destes princípios, surgem seis hipóteses onde será possível deixar de aplicar uma lei, sendo elas: quando a lei for inconstitucional, caso em que deverá ser exercido o controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado; quando for o caso de aplicação de resolução de antinomia; quando for o caso de aplicar a interpretação conforme a Constituição; quando for o caso de aplicação de uma nulidade parcial sem redução de texto; quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; e quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face do princípio constitucional, compreendido como um padrão.⁷³³

Fora dessas seis hipóteses,⁷³⁴ o juiz tem a obrigação de aplicar a lei, passando esta a ser um imperativo de prescrição jurídica cogente — uma vez que, fora dos seis parâmetros descritos anteriormente, muito provavelmente a decisão em questão estará fora dos padrões requeridos pelo Estado Democrático de Direito e será, portanto, arbitrária.⁷³⁵

Outrossim, ainda temos as três perguntas fundamentais — já referidas no capítulo 4 — que visam fazer a adequada distinção entre ativismo judicial e judicialização da política, no que tange a concessão de prescrições positivas por meio de decisões judiciais.

Estas três perguntas devem ser respondidas de maneira afirmativa, para que se verifique se teremos uma resposta adequada à Constituição, caso a resposta a uma delas seja negativa, estaremos diante de ativismo judicial:

⁷³² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 330 e seguintes.

⁷³³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 348

⁷³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 258-259.

⁷³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 348

[...] O juiz deverá responder a três indagações fundamentais: se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia. Com essas três perguntas será possível verificar se o ato judicial é ativista ou está sendo realizado, contingencialmente, a judicialização da política. Sendo uma das três perguntas respondida negativamente, estar-se-á, com razoável grau de certeza, em face de uma atitude ativista.⁷³⁶

Em especial, as três perguntas fundamentais rompem com problemas de parte da doutrina brasileira que se preocupa em analisar a existência de ativismo judicial ou não a partir de uma viés consequencialista e, não, a partir do estabelecimento de critérios prévios.

A partir das premissas e dos princípios ora referidos, Streck sustenta a existência de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que não é a única resposta possível, nem a melhor.⁷³⁷

O direito fundamental relacionado à resposta adequada à Constituição (ou uma resposta hermeneuticamente correta conforme a Constituição), portanto, nada mais é que um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida. Tal resposta adequada possui um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*.⁷³⁸

No que tange à jurisdição constitucional, em específico, a inibição de decisões *ad hoc* se opera mediante sua capacidade de proporcionar a aplicação em casos similares. Existirá coerência se os mesmos princípios, que foram aplicados em um determinado caso, forem aplicados para casos idênticos, pois estará a garantir a integridade do Direito por intermédio da força normativa da Constituição.⁷³⁹

Por final, Streck arremata acerca dos fins buscados por sua teoria da decisão jurídica:

[...] Entendemos que a jurisdição é uma tarefa de decisão, e não de escolha. Enquanto as escolhas estão relacionadas às preferências particulares, de modo que a alternativa escolhida não deve justificativa a terceiros, a decisão jurídica assume uma dimensão pública, em que a sentença não pode vir do sentire, mas de uma resposta constitucionalmente

⁷³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 259.

⁷³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 182.

⁷³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 687.

⁷³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

adequada. Evidente que esta não é um ato subsuntivo; todavia, tampouco é um ato arbitrário. Do mesmo modo que o juiz não é escravo da lei, também não pode ser seu dono. Não afirmamos que o juiz é neutro. Ao revés, em Gadamer já entendemos que estamos inseridos numa tradição, em pré-conceitos, que nos possibilitam acesso ao mundo. O que sustentamos em nossos escritos¹⁰ sobre teoria da decisão é que a subjetividade do juiz deve ser constrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade. Se isto não acontecer e cada um fizer as escolhas que entendem as melhores, haverá, consequentemente, uma fragmentação do fenômeno jurídico.⁷⁴⁰

Assim, são estas as prescrições formuladas por Streck em sua Teoria da Decisão Jurídica integrante da Crítica Hermenêutica do Direito, que visam conferir respostas adequadas à Constituição.

Podemos assinalar que a proposição formulada por Streck de elaboração de uma teoria da decisão jurídica adaptada à realidade brasileira, se mostra como meio adequado de preservação do Direito mediante a prescrição de como devem se dar as decisões judiciais, bem como mediante a sistematização de um meio de se adjudicar respostas adequadas à Constituição, passíveis de serem conformadas e afirmadas a partir do próprio texto constitucional. Essas soluções resultam aferidas por meio de padrões que observam uma sequência lógica, calcada na coerência e integridade do Direito, preservando sua autonomia e coibindo a discricionariedade e, sobretudo, evitando a arbitrariedade em decisões judiciais.

Em nosso entendimento, a adoção dessa Teoria da Decisão Jurídica é capaz de oferecer as respostas adequadas aos problemas apontados até aqui e solucionar questões relativas aos problemas de legitimidade das decisões judiciais a partir da construção de respostas corretas — adequadas à Constituição — e assim recolocar o ordenamento jurídico em um estado que não possa ser visto, sob qualquer prisma, como um estado de permanente exceção, uma vez que as decisões judiciais estariam justificadas internamente e externamente, sendo passíveis de serem vistas como corretas a partir das heurísticas propostas.

Todavia, há ainda a necessidade de enfrentar a questão de uma “falsa” teoria da decisão que se encontra amparada em uma concepção ceticista-realista do direito e que vem dominando os tribunais brasileiros.

⁷⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014. p. 186.

6.4.2 A “falsa” Teoria da Decisão de Luís Roberto Barroso

A longo deste trabalho por diversas vezes nos deparamos com construções teóricas ou votos no Supremo Tribunal Federal de lavra do Ministro Luís Roberto Barroso. Efetivamente, Barroso se apresenta como um interlocutor privilegiado pelos seus posicionamentos tanto como professor quanto como juiz da Suprema Corte, que se contrapõem frontalmente com tudo aquilo que é defendido pela Crítica Hermenêutica do Direito, razão pela qual, com todo respeito, utilizamos de suas formulações para expor aquilo que entendemos estar errado, dado ao papel de liderança que o Ministro Barroso exerce dentro do Supremo Tribunal Federal e da magistratura brasileira, sobretudo quando se fala em direito constitucional.

Nesse mesmo sentido deve ser dito que, conforme pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros com 6.000 juízes de todos os estados do Brasil, Luís Roberto Barroso é o autor vivo mais citado entre os juízes brasileiros e o segundo autor mais citado pelos juízes em todos os tempos.⁷⁴¹

No que diz respeito à tese que advoga pela abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, foi do Ministro Roberto Barroso a mais recente manifestação em um julgamento de grande relevância no Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Por por ocasião do julgamento dos casos do RE 949.297/CE (Tema 881) e RE 955.227/BA (Tema 885), o ministro expressou de maneira clara que entende ‘ser imprescindível que se reconheça a mutação do art. 52, X, da CF/1988, para as decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral’⁷⁴² e ser ‘incontestável que as decisões proferidas em recursos extraordinários com repercussão geral e as proferidas em controle concentrado gradativamente têm adquirido os mesmos efeitos’.⁷⁴³

Ademais, o Ministro Roberto Barroso referiu no mesmo julgamento que sua posição no julgamento apenas reproduzia aquilo que já havia defendido enquanto doutrinador acerca do tema da abstrativização do controle concreto de

⁷⁴¹ WERNECK VIANNA, Luiz; DE CARVALHO, Maria Alice R.; BURGOS, Marcelo B. **Quem somos:** a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

⁷⁴² BRASIL. STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

⁷⁴³ BRASIL. STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023

constitucionalidade.⁷⁴⁴ Outrossim, deve ser dito que Barroso possui uma coerência singular entre aquilo que escreve enquanto doutrinador, suas manifestações públicas e suas decisões e votos como magistrado no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Barroso possui uma visão centralizadora⁷⁴⁵ e voltada para a opinião pública do seu papel e do próprio Supremo Tribunal Federal enquanto instituição⁷⁴⁶. Por diversas vezes o Ministro Barroso referiu que o papel do Supremo Tribunal Federal dentro da sociedade brasileira é de ‘empurrar a história na direção certa’.⁷⁴⁷ Da mesma forma, Barroso recorrentemente mostra deferência ao Direito norte-americano e possui grande admiração pelo *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, Earl Warren.⁷⁴⁸

Outrossim, essa concepção manifestada por Barroso de “empurrar a história” é uma expressão por ele proferida repetidas vezes, desde seus tempos de advogado. De fato, à época do julgamento ADPF n. 54 - que tratava da possibilidade de aborto de fetos anencéfalos — da tribuna, em sua sustentação oral, o então advogado Luís Roberto Barroso havia defendido que o Supremo tinha ali uma oportunidade de “empurrar a história na direção certa”, causando até certo constrangimento aos ministros do Supremo.⁷⁴⁹

Deve ser dito, todavia, que Barroso nunca se propôs expressamente a criar uma teoria da decisão jurídica em sua obra. No entanto, conforme muito bem aponta Thomas da Rosa Bustamante, Barroso já manifestou posições que em um momento

⁷⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154.

⁷⁴⁵ “Barroso não imprime em seus votos referências a autores desconhecidos ou irrelevantes. “Se estou aqui é porque conheço ou deveria conhecer o direito. Eu faço minha jurisprudência. Sem puxação de saco, vamos dar crédito apenas às ideias relevantes e que possam ser entendidas pelo leigo com uma boa formação geral”, avisou aos assessores logo em sua primeira semana no tribunal.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 40.)

⁷⁴⁶ “No STF, nosso público não é mais o juiz, a quem como advogado eu me dirigia, mas a sociedade”, avisou Barroso. (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 48.)

⁷⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Ministro Luís Roberto Barroso: “O nosso papel é empurrar a história” - Migalhas.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/256311/ministro-luis-roberto-barroso---o-nosso-papel-e-empurrar-a-historia>. Acesso em: 17 fev. 2025.

⁷⁴⁸ “Estou lendo a biografia do William Brennan — já havia lido a do Warren — que era a cabeça e o engenho político por trás do ativismo judicial da Suprema Corte no período entre 1954 e 1973. Aliás, tenho um levantamento das principais decisões desse período”, escreveu Barroso a um amigo quando ainda era advogado com causas no STF.” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 102.)

⁷⁴⁹ “O argumento, porém, constrangeu alguns ministros. Depois da sessão, Peluso disse aos demais: “Quase o chamo para se sentar conosco”, como a dizer “quem é ele para ensinar padre a rezar missa”. (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019. p. 280.)

seriam alinhadas com a teoria da argumentação jurídica de Alexy e em outros momentos invocam conceitos extraídos da obra de Dworkin. Todavia, em verdade as formulações de Barroso evocadas a partir destes autores não guardam similitude com nenhuma das duas teorias, constituindo uma ideia singular, oriunda de sincrétismo teórico próprio.⁷⁵⁰

Portanto, ainda que de maneira não expressa, Bustamante enxerga nas proposições de Barroso uma teoria da decisão.⁷⁵¹ Todavia, deve ser dito que, partindo dos pressupostos trazidos pela Crítica Hermenêutica do Direito sobre os elementos necessários para a construção de uma adequada Teoria da Decisão Jurídica expostos até aqui, essa proposta de Bustamante e a lógica impressa nas decisões e posicionamentos de Barroso não se consubstanciam em uma verdadeira teoria da decisão jurídica, daí a razão pela qual a nos referimos a ela como uma “falsa” teoria da decisão.

Assim, se exploramos a importância de uma verdadeira teoria da decisão jurídica e propomos que a Teoria da Decisão Jurídica que compõe a Crítica Hermenêutica do Direito é a mais adequada para solução dos problemas do Direito que foram apresentados nesse trabalho, necessário se faz demonstrar porque essa “falsa” teoria da decisão é errada e perigosa para autonomia do Direito e para a integridade da Constituição.

Ademais, tendo em vista que a CHD realiza uma antropofagia da teoria dworkiniana para adjudicar a existência de respostas corretas (adequadas à Constituição), se mostra necessário contrapor o argumento estético barrosiano que confere ao juiz do Supremo Tribunal Federal o papel de intérprete autêntico da Constituição e, nas palavras de Bustamante, lhe permite exercer o papel de um solista.⁷⁵²

Nesse sentido, conforme Bustamante, Dworkin e Barroso partem de uma hipótese estética para formulação de seu argumento em favor de uma teoria da

⁷⁵⁰ TEORIA IMPURA. **Levando Dworkin a Sério** (c/ Thomas Bustamante). , 11 mar. 2020. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/68ahx1daNEkZdx0xrNz19x?si=Gdr4IUYKQIO_ETQy2ebG8Q. Acesso em: 17 fev. 2025.

⁷⁵¹ ONZE SUPREMOS. **A Teoria da decisão de Luís Roberto Barroso** (Com Emílio Peluso Meyer e Thomas Bustamante). Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6qo26CTr96LqRRXqoH4nP8?si=a418324ea1c049ed>. Acesso em: 17 fev. 2025.

⁷⁵² BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 7 e seguintes.

decisão: juízes devem tornar o Direito o melhor que ele pode ser por meio de suas interpretações.⁷⁵³ A diferença fundamental se encontra entre como se constroem os argumentos estéticos de Dworkin e de Barroso.

Outrossim, vale dizer que a hipótese estética surge da seguinte forma em Dworkin:

Minha sugestão aparentemente banal (que chamarei de “hipótese estética”) é esta: uma interpretação de uma peça literária tenta mostrar qual maneira de ler (ou falar ou dirigir ou atuar) o texto o revela como a melhor obra de arte. Diferentes teorias ou escolas de interpretação discordam quanto a essa hipótese, porque elas assumem teorias normativas significativamente diferentes sobre o que é literatura e para que serve e sobre o que torna uma obra literária ser melhor do que outra.⁷⁵⁴

Por sua vez, o argumento estético de Barroso constrói uma metáfora em cima da música “Garota de Ipanema” de Tom Jobim e Vinicius de Moraes, referindo que cada intérprete faz da música uma música diferente, sendo o intérprete aquele que media a relação entre a música e a audiência:

Garota de Ipanema, na voz ou nos instrumentos de seus múltiplos intérpretes, conserva sua essência, seus elementos de identidade, mas nunca é a mesma. A razão é que, entre a obra e o público, há uma intermediação necessária feita por quem vai executá-la. A interpretação, por certo, é desenvolvida com base na obra preexistente e nas convenções musicais. Mas estará sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete. Por isso mesmo, uma versão nunca é exatamente igual à outra. Ainda assim, havendo fidelidade à melodia e à letra originais, não será possível dizer que uma seja certa e a outra, errada. São diferentes formas de ver a mesma criação.⁷⁵⁵

Portanto, a contraposição entre argumento estético proposto por Dworkin e aquele exposto por Barroso reside na razão pela qual a música de Barroso não será a mesma ao final: ela sempre dependerá de quem está interpretando a música; cada interpretação de uma música é uma música diferente.⁷⁵⁶

⁷⁵³ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 2.

⁷⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 222.

⁷⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 163.

⁷⁵⁶ Aqui vale dizer que Barroso aparentemente ignora conceitos próprios da teoria musical como tom, melodia e harmonia musical. “Garota de Ipanema” foi originalmente escrita no tom de ré bemol maior e possui uma sequência característica de acordes, uma melodia própria e harmonia singular que identificam a música; isso desconsiderando a letra que acompanha a música. Assim, qualquer interpretação da música que se encaixe dentro destes postulados ainda será “Garota de Ipanema”.

Assim, enquanto Dworkin defende a concepção de um romance em cadeia — comparando o direito com a literatura — no qual todos os participantes estão engajados na construção de uma história coesa e em prol de um resultado satisfatório,⁷⁵⁷ Barroso defende que cada intérprete realiza uma construção única.⁷⁵⁸ Daí a razão pela qual Bustamante aponta que o argumento estético proposto por Barroso é autorização para que cada intérprete seja um solista.⁷⁵⁹

Por conseguinte, conforme Bustamante, há duas diferenças fundamentais entre o argumento estético de Dworkin e de Barroso: a existência de uma intermediação entre a obra e o público, feita pelo intérprete, e a suscetibilidade da interpretação a percepção e a sensibilidade do intérprete.⁷⁶⁰

A existência de mediação entre a obra e a audiência rompe com a concepção que Bustamante defende ser fundamental em Dworkin, a de uma interpretação protestante, aquela que derruba a ideia de um intérprete privilegiado ou a de intérprete autêntico na dicção Kelseniana, fazendo com que todos os membros da comunidade tenham a responsabilidade de interpretar o Direito por si mesmas, não existindo ponto de vista privilegiado ou hierarquia entre as interpretações.⁷⁶¹

Na Crítica Hermenêutica do Direito, essa concepção encontra eco no constrangimento epistemológico, quando a CHD se propõe a criticar decisões judiciais e apontar seus erros, manifestando que o juiz ou o Supremo Tribunal Federal não tem a prerrogativa de errar por último.⁷⁶²

Ademais se o tom da música for aumentado ou diminuído, mantidos os demais elementos musicais, ainda teremos “Garota de Ipanema”. Nesse sentido, não é incomum que artistas ao interpretarem as próprias músicas em performances ao vivo alterem o tom da música para acomodar alterações vocais. Assim, uma interpretação diferente de uma música não constitui uma música nova. Partindo do mesmo exemplo da alteração do tom da música, uma versão de “Garota de Ipanema” em dó maior, será apenas em uma versão distinta, mas ainda será a mesma música.

⁷⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275 e seguintes.

⁷⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018. p. 163.

⁷⁵⁹ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 7.

⁷⁶⁰ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 8.

⁷⁶¹ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 7.

⁷⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

Por sua vez a sensibilidade do intérprete nega a posição dworkiniana que pressupõe, como requisito metodológico antecedente para o seu sistema de pensamento, a possibilidade de objetividade na interpretação, Barroso nega explicitamente essa objetividade e afirma, em seu lugar, um subjetivismo radical.⁷⁶³

Conforme Thomas Bustamante, Emílio Neder Meyer e Evanilda Godoi Bustamante, o problema da adoção da hipótese estética por Barroso se contrapõe diretamente ao posicionamento de Dworkin pelas seguintes razões:

Acreditamos que o problema na versão apresentada pelo Ministro Barroso da hipótese estética está claro. Para justificar sua teoria interpretativa do direito, Dworkin apresenta quatro argumentos importantes. Primeiramente, ele nega que juízes estejam autorizados a criar leis, mesmo no sentido concreto e conservador defendido por Raz e outros positivistas. Em segundo lugar, ele sustentou que a história institucional fornece as constrições que precisamos para dar sentido à distinção entre interpretar e inventar o direito. Em terceiro lugar, ele reivindicou que há juízos morais objetivos sobre a melhor justificação de uma dada prática normativa. E em quarto lugar, ele exige que os tribunais interpretem o direito como uma ‘prioridade local’, é dizer, com um raciocínio que começa com as normas específicas encontradas na legislação e nos precedentes já existentes em um dado tempo e aplicável a casos análogos. O raciocínio interpretativo é sempre um raciocínio a partir de práticas concretas, mesmo quando o propósito do argumento é criticar essa prática e demonstrar um aspecto equivocado dela. Sem qualquer desses quatro requisitos, a hipótese estética colapsa. [tradução livre] ⁷⁶⁴

Ademais, Bustamente assinala que em uma revisão destes quatro apontamentos adicionaria que juízes e oficiais não são os únicos intérpretes e que Dworkin postula por uma interpretação protestante, onde todos os integrantes de uma determinada comunidade podem realizar um juízo interpretativo sobre qual é a melhor decisão para um caso e adotar uma posição crítica em relação às interpretações oficiais. Dessa mesma forma, o fato de todos os integrantes de uma comunidade estarem legitimados a realizar uma interpretação sobre um determinado caso, retira a possibilidade de que o juiz seja um solista.⁷⁶⁵

Outrossim, na mesma linha daquilo que defendemos ao falar sobre o argumento da mutação constitucional para justificar decisões que visam alterar o

⁷⁶³ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 8.

⁷⁶⁴ BUSTAMANTE, Thomas.; NEDER MEYER, Emílio Peluso; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Luís Roberto Barroso's Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply. **The American Journal of Comparative Law**, v. 69, n. 4, p. 798—833, 1 dez. 2021. p. 829-830.

⁷⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 10.

conteúdo da Constituição — conforme visto no subcapítulo 6.2 — Bustamante aponta que a apropriação de Barroso da hipótese estética sem as devidas constrições conservadoras que Dworkin impõe — a necessidade de que todos os envolvidos estejam engajados em um romance em cadeia dotado de coerência e integridade — transforma sua teoria em uma ‘*uma teoria constitucional revolucionária, que não estabelece limites à atividade inovativa das cortes constitucionais*’.⁷⁶⁶

Assim, a teoria constitucional de Barroso seria revolucionária, não no sentido Kelseniano de ruptura de um sistema jurídico e sua substituição por um novo sistema imposto pela revolução⁷⁶⁷ ou, ainda, no sentido de revolução proposto por Finnis que, se apropriando da concepção de Hart de existência uma regra de reconhecimento que identifica o sistema jurídico, refere que uma revolução seria a substituição de uma regra de reconhecimento por outra, ainda que o resto do sistema permanecesse inalterado.⁷⁶⁸ Para Bustamante a teoria de Barroso seria uma teoria de “revolução permanente”, no mesmo sentido em que entendidos a sequência de atos institucionais produzidos pela Ditadura Militar após 1964.⁷⁶⁹

Da mesma forma, essa ausência de constrições ou constrangimentos interpretativos, faz que seja construído uma sistemática que evoca aquilo que Joseph Raz chamou de um ‘*sistema de discricionariedade absoluta*’:⁷⁷⁰

Os tribunais de um sistema de discricionariedade absoluta não são instituições primárias, pois não são obrigados a decidir com base em nenhuma norma específica. Na verdade, a característica definidora de um sistema de discricionariedade absoluta é que seus tribunais estejam sujeitos a uma instrução apenas sobre as razões nas quais suas decisões devem ser baseadas: eles devem sempre tomar a decisão que consideram melhor com base em todas as razões válidas. Não há padrões legislados, costumeiros ou quaisquer outros que eles tenham que aplicar. Nem precisam seguir seus próprios precedentes. Os tribunais desse sistema peculiar não têm o direito de decidir de forma arbitrária. Eles devem agir com base em razões, mas a seleção das razões que determinam os casos

⁷⁶⁶ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 12.

⁷⁶⁷ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6^a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. 119-120.

⁷⁶⁸ FINNIS, John. Revolutions and Continuity of Law in A.W. Simpson (ed). **Oxford Essays in Jurisprudence** (Second Series). Oxford: Oxford University Press 1973, p. 44, esp. p. 63.

⁷⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 15 e seguintes.

⁷⁷⁰ RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 138

está dentro de sua própria discricionariedade absoluta. Eles devem agir com base em seu próprio julgamento sincero e irrestrito.⁷⁷¹

Nesse sentido, essa evocação da discricionariedade absoluta leva ao extremo à formulação inicialmente formulada por Hart acerca dos limites da discricionariedade. Conforme assinala Hart a regra de reconhecimento de um sistema jurídico opera como a regra de pontuação de um jogo esportivo,⁷⁷² se a regra do jogo for subvertida de tal forma que já não seja mais possível reconhecer o jogo inicialmente se estará diante de um jogo de discricionariedade do árbitro ou, simplesmente, o jogo do juiz.⁷⁷³ Conforme Hart, uma vez que o jogo se transformasse em um jogo de discricionariedade do marcador os participantes poderiam abandonar o jogo.

Todavia, autores como Raz e Hart aceitam a existência da discricionariedade em sistema jurídico, algo que é negado pela Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido, cumpre destacar a posição de Streck acerca da discricionariedade:

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à *dis*-posição de um protagonista (*intérprete lato sensu*). Consequências disso? Inúmeras.⁷⁷⁴

Tendo em vista que não há como rejeitar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, exatamente por essa razão é necessário realizar o devido constrangimento epistemológico.

Assim, temos que analisar os três princípios que, segundo Barroso, devem nortear o papel desenvolvido pelas Supremas Cortes: contramajoritário, representativo e iluminista.

⁷⁷¹ RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 138

⁷⁷² Hart usa originalmente o exemplo do beisebol e do críquete para fazer sua analogia. Streck adapta esta metáfora para o contexto brasileiro fazendo uma analogia com o futebol, que nos parece mais adequada para compreender a questão. Nesse sentido ver: DELAPIEVE, Thales. Direito e regras do jogo: uma análise a partir de Hart e Streck. In GIULIANI, Luísa; ELSNER, Larrisa. BASTOS, Bruna. Org. **Diferentes questões a partir da crítica hermenêutica do direito** [recurso eletrônico]. Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022. p. 111-132.

⁷⁷³ HART, Herbert. **O conceito de direito**, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. 157-158.

⁷⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto — decidido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 102.

O papel contramajoritário é aquele, mas tradicionalmente definido pela doutrina não só brasileira como constitucionalista em geral: ser contramajoritário é atuar na proteção das minorias contra maiorias de ocasião, invalidando leis aprovadas pelo parlamento.⁷⁷⁵

Por sua vez o papel representativo, por ele referido, seria de que, apesar de os legisladores eleitos terem o dever de representar a população, com frequência falham nessa missão por estarem influenciados por elites econômicas, corporações e grupos que, ainda que minoritários, são suficientemente organizados para impactar decisões do parlamento. Nesse sentido os tribunais constitucionais, possuiriam uma pretensão de legitimidade maior para representar os “verdadeiros anseios” da população, pois estariam livres de pressões eleitorais e de vieses na tomada de decisão.⁷⁷⁶

Por final o papel iluminista das cortes constitucionais seria aquilo que Barroso recorrente refere: ‘empurrar a história na direção certa’,⁷⁷⁷ isso deve ser feito ‘em nome da razão, contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária da sociedade’.⁷⁷⁸ Com a devida vênia, não obstante Barroso expressamente refira que não se trata de um ‘despotismo esclarecido’,⁷⁷⁹ é exatamente a esse tipo de figura que esse posicionamento se amolda.

⁷⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 2197-2200.

⁷⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 2200-2206.

⁷⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 2213.

⁷⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 2207.

⁷⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 2208.

Mais que isso ao se avocar um papel de iluminar o caminho contra o senso comum, as leis vigentes e a vontade majoritária a posição de Barroso se mostra uma posição absolutamente solipsista, conforme a dicção de Streck.⁷⁸⁰ Afinal ao postular que um ministro pode saber o que é melhor para um país, inteiro indo contra ordem constitucional que a sustenta, não há como não identificar esse comportamento como solipsista, afinal se está diante de um sujeito que mede o mundo por uma régua que é ele próprio.

Além disso, conforme muito bem assinala Bustamante, se admitirmos que esses três papéis são princípios que orientam essa teoria da decisão, surge um novo problema. Não há um metaprincípio que diga quando uma Suprema Corte deverá exercer cada um desses papéis. A escolha se dá *ad hoc*.⁷⁸¹

Por sua vez esses três princípios que podem ser escolhidos pelo intérprete de maneira absolutamente discricionária, conforme Bustamante,⁷⁸² se manifestam na teoria da decisão de Barroso em três postulados que orientam as suas decisões: 1) a liberdade e autonomia pessoal; 2) a emancipação por meio do direito penal; 3) neoliberalismo e desconstrução do Estado Social.

A autonomia moral se refere ao entendimento esposado por Barroso de uma visão tipicamente liberal em relação à autonomia privada dos indivíduos: o Estado não deve intervir na esfera da vida privada dos indivíduos de uma sociedade. Isso se refletiu em julgamentos importantes do Supremo Tribunal Federal sobre liberdade individuais e proteção de minorias, como por exemplo: o reconhecimento pleno de uniões civis e casamentos homoafetivos;⁷⁸³ a defesa do direito de aborto de fetos

⁷⁸⁰ “Do latim *solus* (sozinho) e *Ipse* (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020. p. 411)

⁷⁸¹ TEORIA IMPURA. **Levando Dworkin a Sério (c/ Thomas Bustamante).** 11 mar. 2020. Disponível em:
https://open.spotify.com/episode/68ahx1daNEkZdx0xrNz19x?si=Gdr4IUYKQIO_ETQy2ebG8Q. Acesso em: 17 fev. 2025.

⁷⁸² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 24-25.

⁷⁸³ BRASIL, STF - ADI: 4277 DF, Relator.: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011. [Barroso era o advogado neste caso]

anencefálicos⁷⁸⁴ e da sua defesa do direito ao aborto em sentido amplo;⁷⁸⁵ o direito de pessoas transgênero de usarem um nome social;⁷⁸⁶ a atipicidade de porte de pequena quantidade de maconha para uso próprio;⁷⁸⁷ a pesquisa de células tronco oriundas de embriões humanos.⁷⁸⁸

Assim, nestes julgamentos que envolvem a autonomia moral é fácil compreender a atuação dentro do princípio contramajoritário em que, em nome das liberdades individuais, o Supremo invalidou decisões majoritárias. Conforme muito bem assinala Bustamante, não há necessidade de aderir a um papel representativo ou iluminista, nestes casos.⁷⁸⁹

No entanto, quando se segue ao segundo postulado — emancipação por meio do direito penal — Barroso defende uma visão contrária ao garantismo no direito penal, endossando uma perspectiva pela qual os juízes tem uma missão de tornar a sociedade melhor através de uma jurisprudência ativista — e punitivista — em matéria penal.⁷⁹⁰

Nesse sentido, a interpretação restritiva de garantias constitucionais como devido processo legal, ampla defesa e contraditório, visam superar obstáculos à uma suposta missão civilizatória do tribunal. Por conseguinte, expressas previsões constitucionais se apresentam como empecilhos a este “valor”, o que pode observado em um caso que Barroso expressamente define como referente ao papel

⁷⁸⁴ BRASIL, STF - ADPF: 54 DF, Relator.: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2013. [Barroso era o advogado neste caso]

⁷⁸⁵ BRASIL, STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1 .00.0000, Relator.: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017.

⁷⁸⁶ BRASIL, STF - ADI: 4275 DF - DISTRITO FEDERAL 0005730-88 .2009.1.00.0000, Relator.: Min . MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 07-03-2019.

⁷⁸⁷ BRASIL, STF - RE: 635659 SP, Relator.: Min . GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/06/2024, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024.

⁷⁸⁸ BRASIL, STF - ADI: 3510 DF, Relator.: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010. [Barroso era o advogado neste caso]

⁷⁸⁹ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 26.

⁷⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 24-25.

representativo das cortes constitucionais, a defesa da execução provisória de penas privativas de liberdade, após julgamento em segunda instância.⁷⁹¹

Com efeito, em relação a caso da precisão em segunda instância, que ilustra este postulado de Barroso pela emancipação por meio punitivismo penal desempenhando um papel “representativo” dos anseios da sociedade, já tratamos no subcapítulo 6.1.1 do presente trabalho.⁷⁹² Da mesma forma, há o recente caso da possibilidade de prisões automáticas após decisões do Tribunal do Júri, referida no subcapítulo 4.4.1, onde a formulação da tese de julgamento foi feita pelo Ministro Roberto Barroso, a despeito da patente violação de precedentes vinculantes do Supremo nas ADCs n. 44, 45 e 54, que reafirmaram a presunção de inocência.

Por final, em relação ao neoliberalismo econômico, a teoria do Ministro Barroso não busca neutralidade. Ela parte de um princípio implícito que defende a não regulação do mercado, alinhando-se a uma economia de viés *laissez-faire*. Nessa perspectiva, leis trabalhistas e direitos sociais são vistos com desconfiança, pois são considerados uma forma de paternalismo potencialmente injustificável, que pode constituir entraves ao progresso econômico. Da mesma forma, as leis tributárias são encaradas com reservas, já que podem gerar custos sociais.⁷⁹³

Essa visão não se limita a uma proposta política para reformas sociais; ela se consolida como um princípio interpretativo que atribui às cortes o dever de promover ativamente esse modelo econômico neoliberal, desempenhando aquilo que Barroso

⁷⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. *Revista Direito e Práxis*, [S. I.J, v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 21 fev. 2025. p. 2205.

⁷⁹² Aqui vale dizer que no referido julgamento Barroso invocou o argumento da mutação constitucional — no sentido visto no subcapítulo 6.2 — da presunção de inocência constante, no artigo 5º, LVII da Constituição Federal e ignorou frontalmente o que estava explícito no artigo 283 do CPP. Além disso, Barroso se valeu de argumentos consequencialistas e de ordem de sua moral privada para criticar o posicionamento então vigente no STF, como “*poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios*”, teria reforçado “*a seletividade já que a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados*”, e por final, contribuiria “*para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade*”. (BRASIL, STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016); Da mesma forma, voto vencido de Barroso no julgamento das ADPFs n. 395 e 444 que declararam a não recepção da condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório, em que Barroso afirmou: “*o choro e ranger de dentes é contra um Direito Penal mais igualitário; não é contra o punitivismo. E acho que não podemos participar do pacto oligárquico que protege essa gente.*” (BRASIL, STF - ADPF: 444 DF, Relator.: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/06/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/05/2019)

⁷⁹³ BUSTAMANTE, Thomas. “A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules”. In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 26.

define como um papel iluminista: “empurrando a história na direção certa”. A aplicação do Direito está sempre sujeita a um equilíbrio com esse princípio neoliberal, uma vez que a teoria constitucional de Barroso adota um modelo de ponderação que trata as normas constitucionais como valores passíveis de comparação e compensação,⁷⁹⁴ conforme visto no subcapítulo 4.4.1.

Não há melhor maneira de ilustrar a aplicação prática deste princípio do neoliberalismo econômico enquanto é de uma economia de *laissez-faire* do que as decisões do Supremo sobre a matéria de direitos trabalhistas. Com efeito, após o *impeachment* de Dilma Rousseff e da assunção do cargo por Michel Temer, vieram uma série de reformas neoliberalizantes destinadas a modificar as relações trabalhistas, o sistema de previdência e questões tributárias. O Ministro Roberto Barroso se engajou ativamente na defesa dessas reformas, chegando a defender que 98% das ações trabalhistas existentes no mundo eram oriundas do Brasil.⁷⁹⁵ Cássio Casagrande demonstrou em uma análise detalhada que essa afirmação era falaciosa.⁷⁹⁶

No Supremo Tribunal Federal isso pode ser visto quando ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade contra dispositivos da reforma trabalhista que limitavam a assistência judiciária gratuita e possibilitavam a penhora de créditos trabalhistas para arcar com ônus sucumbenciais por parte do reclamante vencido. Em seu voto, que restou parcialmente vencido, Barroso defendeu a constitucionalidade dos dispositivos, afirmando que era legítima a restrição ao acesso à justiça e assistência judiciária gratuita, em especial na Justiça do Trabalho, dado ao excesso de demandas trabalhistas existentes e o custo gerado ao Estado.⁷⁹⁷

Foi esse mesmo raciocínio neoliberal que foi exercido quando uma decisão do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de concessões de

⁷⁹⁴ Nesse sentido, esse princípio do primado do neoliberalismo sobre os direitos fundamentais sociais de Barroso se contrapõe de forma direta a formulação de Dworkin que rejeita a riqueza como um valor e repudia a análise econômica do Direito. Com efeito, Dworkin rechaça a ideia que é preferível uma sociedade mais rica a uma sociedade mais justa e igualitária, observando que a análise econômica do Direito, a despeito de se assumir lógica, não é desprovida de valorações. Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 351.

⁷⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Palestra Luís Roberto Barroso - Brazil Forum UK 2017**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=leDp2Ga2f6c>. Acesso em: 22 fev. 2025.

⁷⁹⁶ CASAGRANDE, Cássio. **Brasil, “Campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>. Acesso em: 22 fev. 2025.

⁷⁹⁷ BRASIL, STF - ADI: 5766 DF 9034419-08.2017.1 .00.0000, Relator.: ROBERTO BARROSO. Redator para o acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 20/10/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/05/2022.

benefícios específicos a determinados conglomerados de empresas no contexto da guerra fiscal entre os Estados membros da federação.

Ao julgar o referido caso, o Ministro Roberto Barroso afirmou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era firme no sentido de que a concessão de benefícios fiscais de ICMS só podia ser concedida com base em convênios interestaduais. Todavia, tendo em vista que a lei havia permanecido vigente por mais de 8 anos sem que fosse suspensa pelo Supremo, naquele momento em que era necessária '*ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica*', por essa razão foram modulados os efeitos da decisão *pro futuro* para que não houvesse um '*impacto injusto sobre os contribuintes*'.⁷⁹⁸ O que não foi dito no caso é que os contribuintes neste caso eram grandes empresas que haviam negociado diretamente com o Estado a concessão dos benefícios fiscais que sempre foram considerados inconstitucionais pela comunidade jurídica.⁷⁹⁹

Conforme Bustamante, os dois casos citados se entrelaçam em um importante sentido: em ambos, podemos observar uma "ponderação" entre o conteúdo da Constituição e o valor último de maximizar a riqueza e reduzir custos sociais, seguindo uma lógica neoliberal. É razoável se concluir, por conseguinte, que o pensamento do Ministro Barroso sobre direitos econômicos e sociais, nesses casos - em outros de mesma natureza - são conduzidos sob premissas econômicas estranhas ao Direito e à Constituição. Mais uma vez, trata-se de um raciocínio baseado em valores privados, não compartilhados pela comunidade e não referendados em leis ou em eleições, ao invés de uma lógica construída sob o primado do Direito e da Constituição.⁸⁰⁰

Assim, são essas as razões pelas quais compreendemos que essa teoria da decisão implícita nos votos, manifestações e escritos de Luís Roberto Barroso se manifestam como uma "falsa" teoria da decisão jurídica, amparados na CHD: 1) ela fulmina a autonomia do Direito ao submetê-lo ao solipsismo do intérprete; 2) ela não só aceita a discricionariedade como se aproxima de um sistema de

⁷⁹⁸ BRASIL, STF - ADI: 4481 PR, Relator.: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/03/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/05/2015.

⁷⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas. "A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules". In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 33.

⁸⁰⁰ BUSTAMANTE, Thomas. "A Triste História do Juiz que Acreditava ser Hércules". In: OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021. p. 33.

discricionariedade absoluta; 3) ela aposta no ceticismo sobre as regras jurídicas como conceito de Direito; 4) ela não faz distinção entre judicialização da política entre ativismo judicial (sendo o ativismo desejável e averiguado a partir do resultado concreto); 5) ela coloca o ordenamento jurídico em estado de exceção permanente ao admitir mutações constitucionais; 6) ela se apoia em três princípios contraditórios entre si escolhidos *ad hoc*; 7) esses princípios se materializam em decisões que substituem a integridade do Direito pela moral privada do interprete.

Evidentemente, essas conclusões se aplicam à posição do Ministro Roberto Barroso no julgamento dos casos do RE n. 949.297/CE (Tema 881) e RE n. 955.227/BA (Tema 885), em que manifestada a necessidade de pronunciamento objetivo do Supremo Tribunal Federal sobre a mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal e da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Por essa mesma razão, repisando todos os fundamentos até agora elencados, rejeitamos integralmente essa posição por violar a integridade da Constituição.

6.5 Abstrativização do controle de difuso de constitucionalidade: há alguma possibilidade de conformação?

Conforme bem salienta Lenio Streck, por vezes, casos sem maior repercussão acabam gerando profundas alterações na jurisprudência e até mesmo no próprio sistema.⁸⁰¹ Conforme vimos ao longo do subcapítulo 5.2, foi exatamente o que se viu nos casos da Reclamação n. 4.335/AC, ADI 3.470/RJ e da ADI 3.406/RJ, que buscaram alterar substancialmente o sistema de controle de constitucionalidade delineado na Constituição Federal ao fazerem uma equiparação dos modelos de controle difuso e abstrato de constitucionalidade, por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, os casos do RE 949.297/CE (Tema 881) e RE 955.227/BA (Tema 885), tinham como objeto de fundo garantias constitucionais fundamentais — a segurança jurídica e a coisa julgada — e no meio do julgamento surgiu a defesa por parte do Ministro Roberto Barroso da necessidade de reconhecimento de que o sistema de jurisdição constitucional brasileiro havia sido objeto de uma mutação

⁸⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos:** uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 227.

constitucional e que estava abstrativizado o controle difuso de constitucionalidade, não havendo diferença entre um pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade.

Ao longo deste trabalho, buscamos demonstrar quais os problemas oriundos dessa tese que advoga pela abstrativização do controle concreto de constitucionalidade que dialogam diretamente com problemas maiores da jurisdição constitucional brasileira, conforme demonstrado ao longo dos capítulos 4 e 5 do presente trabalho.

Nesse sentido vale repisar de maneira objetiva alguns dos principais pontos: 1) a prevalência do realismo/ceticismo jurídico como explicação para o fenômeno do Direito no Brasil; 2) a discricionariedade e o decisionismo; 3) as recepções equivocadas de teorias estrangeiras; 4) os ativismos judiciais. 5) a adoção da mutação constitucional como fundamento para um estado de exceção constitucional permanente.

Em nosso entendimento, assim podem ser sintetizados os principais fundamentos que embasam a defesa da tese da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, podemos apontar que esses pontos foram todos devidamente abordados e repelidos até aqui. A única questão que resta é verificar se há alguma possibilidade de conformação entre a abstrativização do controle de constitucionalidade e o ordenamento constitucional brasileiro.

Nesse sentido, podemos afirmar de plano que sob o prisma defendido pelo Supremo Tribunal Federal — abstrativização pela via da decisão judicial — nossa resposta é não, em face da necessidade de preservação da autonomia do Direito e dos deveres de coerência e integridade, essenciais à Crítica Hermenêutica do Direito, bem como a necessidade de decisões judiciais que forneçam respostas adequadas à Constituição. Portanto, não há como se admitir a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade amparada na tese da mutação constitucional, havendo que ser respeitado o procedimento e o desenho institucional previsto no artigo 52, X da Constituição Federal.

Todavia, isso não implica em dizer que o modelo de jurisdição constitucional brasileiro não seja passível de mudanças e aprimoramentos. A questão fundamental é que essas mudanças e aprimoramentos não podem ocorrer pela via da decisão judicial, ou seja, se o sistema apresenta problemas que precisam de soluções, estes

não podem ser resolvidos mediante uma decisão do Supremo que diga que a partir daquele momento em que estava escrito X deve ser lido Y, baseando isso no argumento de sua autoridade ou na prerrogativa de deter a palavra final sobre questões constitucionais.

Não é incomum que os ministros do Supremo se manifestem com relação a propostas legislativas que visam alterar matéria processual e institutos do Direito brasileiro. De fato, não estamos falando de algo excêntrico na trajetória institucional brasileira. Se em outros países um ministro falar fora dos autos seria considerado algo reprovável, no Brasil isso não é algo incomum. Da mesma forma, é sabido que parlamentares levam em considerações pedidos dos ministros do Supremo e Superior Tribunal de Justiça quando da elaboração e aprovação de leis que influenciem diretamente a vida dos tribunais.

Foi exatamente isso que aconteceu por ocasião da elaboração do Código de Processo Civil quando os ministros do Supremo Tribunal Federal pugnaram pela limitação ou restrição máxima de possibilidade de ajuizamento de reclamações perante o Supremo. No STJ, a defesa era o retorno do juízo de admissibilidade dos recursos especiais a ser realizado nos tribunais de origem.

Portanto se há o desejo por parte do Supremo Tribunal Federal de que haja uma maior coesão entre as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e controle difuso de constitucionalidade por que não há a postulação de que o Congresso estude possibilidades de alteração do sistema ao invés de fazer essa modificação por via da decisão judicial?

Em nosso entendimento, isso se dá pelo conjunto de proposições que até agora foram apontadas: é mais simples ter o domínio da Constituição e de todo o sistema ao adotar teses como a mutação constitucional. Se uma prescrição constitucional não está de acordo com o entendimento que o Supremo pretende imprimir, a Constituição sofre uma mutação pela interpretação.

Da mesma forma, a transformação da repercussão geral e dos recursos repetitivos em uma figura única de julgamento por meio de teses dissociadas dos casos concretos, não é o que foi implantando e nem aquilo que foi justificado por ocasião da Emenda Constitucional n. 45, mas a leitura que o Supremo passou a fazer de um requisito de admissibilidade recursal e de uma via de redução de recursos — jurisprudência defensiva — em uma possibilidade de criação de teses

jurídicas abstratas, muito semelhante ao instituto dos assentos, declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

6.5.1 A necessidade de uma emenda constitucional para que seja alterado modelo híbrido de jurisdição constitucional brasileiro

Se defendemos a existência de respostas corretas — adequadas à Constituição — não há como inferir pela possibilidade de abstrativização do controle concentrado de constitucionalidade por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, não é dado ao Supremo reescrever a Constituição e o sistema de controle de constitucionalidade da maneira que entende mais adequado, se colocando acima dos demais poderes da República, como legislador constitucional permanente com adoção de teses como a da mutação da Constituição à brasileira, conforme delineado até aqui.

Nesse sentido, necessário se faz repisar e reafirmar que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, conforme desenhado pela Constituição, com todos os seus problemas e idiossincrasias, ainda é um modelo híbrido que difere o controle abstrato e concreto de constitucionalidade, com diferenças substanciais em relação aos efeitos das decisões proferidas em cada um destes sistemas de controle de constitucionalidade.

Portanto, devemos considerar que: 1) o sistema de controle constitucionalidade brasileiro vigente é um sistema de híbrido de controle de constitucionalidade, operado por meio de controle abstrato e pelo controle difuso de constitucionalidade; 2) o artigo 52, X da Constituição Federal permanece vigente, mesmo que o Supremo venha tentando transformá-lo em letra morta dentro da Constituição.

Portanto, se há necessidade de mudanças no sistema de jurisdição constitucional, essas mudanças não podem ocorrer pela via informal — mutação constitucional por interpretação exclusiva do Supremo — essas mudanças devem ocorrer pela via formal com a propositura de uma Emenda Constitucional que altere o sistema de jurisdição constitucional.

Nesse sentido:

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 constitucional e torne letra morta disposição expressa da Constituição. É de se recordar que essa função senatorial foi discutida na Assembleia Constituinte. Mantida a disposição para o controle difuso discutiu-se, então, sobre a extensão da mesma ao controle concentrado. Teve o constituinte de então visão sobre os efeitos das decisões no controle concentrado. Todavia, não aceita a extensão dos efeitos do inciso X do art. 52 ao modelo de controle concentrado, ficou este sem prévia configuração constitucional. Note-se que, embora insita à natureza do controle concentrado, os efeitos do mesmo, onde foi adotado, em geral são previstos na Constituição ou na legislação própria da Corte Constitucional. No Brasil os efeitos *erga omnes* e “vinculantes” foram inicialmente definidos no Regimento Interno do STF e posteriormente, mediante leis (de 1999, questionadas com relação à respectiva constitucionalidade) e por emendas constitucionais (EC n. 3, 1993 e especialmente a EC 45, de 2004). Assim, o questionamento sobre a aplicação atual do inciso X do art. 52 somente poderá ser resolvido, nos termos veiculados em referida reclamação, s.m.j., por emenda constitucional.⁸⁰²

Assim, uma vez estabelecido que essa mudança da Constituição, sob o prisma por nós defendido, amparado nas prescrições da Crítica Hermenêutica do Direito de preservação da autonomia do Direito e da necessidade da manutenção da coerência e integridade da Constituição, agora passaremos a averiguar posições que seriam possíveis de serem adotadas para conformar a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade com o Direito brasileiro, sempre tendo em mente que essas modificações somente poderiam acontecer pela via de uma emenda constitucional.

6.5.2 Transformação do Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira Corte Constitucional

Uma possibilidade que solucionaria a questão é a de transformação do Supremo Tribunal Federal e uma verdadeira Corte Constitucional, no mesmo sentido daquilo que verificamos ao abordar o funcionamento do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), no subcapítulo 3.2.2 do presente trabalho, sendo este um modelo que muito inspirou a formatação de institutos de controle abstrato de constitucionalidade, conforme assinala Gilmar Mendes.⁸⁰³ Além da

⁸⁰² CASCELLI DE AZEVEDO, Luiz Henrique. In CANOTILHO, J. J. Gomes; CANOTILHO; SARLET, Ingo W.; SARLET; STRECK, Lenio L; MENDES, Gilmar F. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva/Almedina, 2018. p. 2026-2027.

⁸⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

Alemanha, temos exemplos importantes de tribunais constitucionais *ad hoc* na Áustria, na Itália, na Espanha e em Portugal.

Nesse sentido vale dizer que essa não é uma proposição inteiramente nova já tendo sido abordada por autores que, ao longo do tempo,⁸⁰⁴ vem defendendo a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal tenha suas competências reduzidas para que possa ser convertido em uma verdadeira Corte Constitucional.

Quanto ao tema, mais uma vez nos deparamos com o posicionamento de Luís Roberto Barroso que, apesar de defender a transformação do Supremo Tribunal Federal em uma Corte Constitucional, defende não que isso ocorra pela via de uma Emenda Constitucional, mas de alterações regimentais empreendidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal e da ampliação do julgamento de casos com repercussão geral, pela via de construção de teses abstratas, ampliando a discricionariedade do tribunal.⁸⁰⁵

De outra parte, conforme assinala Streck já à época da assembleia constituinte que deu origem à Constituição Federal de 1988 no bojo de seus debates ocorreram discussões sobre a transformação do Tribunal Federal em uma verdadeira corte constitucional *ad hoc*, tal qual existente na Alemanha, todavia houve uma resistência a essa transformação àquela época.⁸⁰⁶

No mesmo sentido é a manifestação de Fernando Luiz Ximenes da Rocha que aponta que o constituinte entendeu por prestigiar a experiência centenária do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis.⁸⁰⁷

Outrossim, Streck atribui essa resistência a pré-juízos inautênticos associados à uma ideia de manutenção de uma tradição que coloca a perspectiva liberal-individual acima da própria Constituição. Ou seja, se olha o novo com olhos do velho. Se interpreta a Constituição Federal e todo seu catálogo de direitos

⁸⁰⁴ Nesse sentido: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994. p.112-117; DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 110; VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 85.

⁸⁰⁵ “Com as mudanças regimentais em curso de implementação, o Plenário do Tribunal se transformará — antes tarde do que nunca — em uma verdadeira corte constitucional, encarregada de julgar, essencialmente, ações diretas e processos com repercussão geral.” (BARROSO, Luís Roberto. **Estado, Sociedade e Direito: Diagnósticos e Propostas para o Brasil**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141020-04.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025.)

⁸⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 109-110.

⁸⁰⁷ XIMENES DA ROCHA, Fernando Luiz. **O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional. Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 185—190, 1997. p.

fundamentais e compromissos constitucionais sob a perspectiva de um Código Civil que ainda possui firmes raízes nas revoluções burguesas dos séculos que se estenderam dos ao longo do século XVIII e XIX.⁸⁰⁸

Nesse sentido, arremata:

Com isso explica-se também a enorme resistência oposta por expressiva parcela dos juristas brasileiros à implantação de um tribunal constitucional *ad hoc* durante os debates da Assembleia Constituinte de 1986-1988. A continuidade do velho modelo implantado no nascedouro da República mostrava-se como condição de possibilidade para a manutenção do paradigma liberal-individualista-normativista, construindo-se, desde logo, um processo de legitimidade fragilizada, na contramão dos ordenamentos jurídicos europeus que optaram pela fórmula dos tribunais *ad hoc*.⁸⁰⁹

Com efeito, ao adotar a fórmula final que manteve o Supremo Tribunal Federal com dupla função de corte constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário, foram criadas a condições de possibilidade que possibilitaram a hipertrofia do Poder Judiciário, conforme analisamos no capítulo 4 do presente trabalho.

Assim, neste momento, cumpre destacar a existência de uma proposta de Emenda Constitucional que tramita no Congresso Nacional — Proposta da Emenda à Constituição n. 275/2013, de autoria da Deputada Luiza Erundina — que tem por objetivo a criação de uma Corte Constitucional no Brasil. A referida proposta teve parecer pela sua admissibilidade em 07/06/2024.

Conforme essa proposição fica criada uma Corte Constitucional no Brasil, através da transformação do Supremo Tribunal Federal, com alteração da composição do tribunal, forma de nomeação dos ministros e competências de julgamento, alterando os artigos 101 e 102 da Constituição Federal para que passem a vigorar nos seguintes termos:

Art. 101. A Corte Constitucional compõe-se de quinze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta anos.

§ 1º Os Ministros da Corte Constitucional serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplices de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁸⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 111.

⁸⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 112.

§ 2º As listas tríplices dos candidatos provenientes da magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais.

§ 3º Os Ministros da Corte Constitucional elegerão bienalmente o seu Presidente.

Art. 102. Compete à Corte Constitucional, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar:

I — originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, inclusive o pedido de medida cautelar;
- b) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional;
- c) a argüição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente da Constituição;
- d) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais;

II — julgar em recurso extraordinário as causas decididas por um tribunal superior, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, em sessenta dias se se tratar de órgão do Poder Legislativo, e em trinta dias se de órgão administrativo.

§ 2º Julgada a argüição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente desta Constituição, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática ou omissão dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito ou preceitos fundamentais.

§ 3º O Regimento Interno da Corte Constitucional regulará o processamento dos embargos declaratórios de seus acórdãos, excluído qualquer outro recurso não previsto nesta Constituição.

§ 4º As decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte Constitucional, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 5º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.⁸¹⁰

Assim, a referida PEC estabelece a competência originária e recursal da Corte Constitucional, os efeitos de suas decisões — todas elas vinculantes e *erga omnes* — e o cabimento de recurso extraordinário apenas nas causas decididas pelo Superior Tribunal de Justiça e a supressão das súmulas vinculantes.

Além disso, a proposta: 1) transfere as demais competências originárias do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, aumentando o seu número de ministros para, no mínimo 60, que serão escolhidos por meio de listas

⁸¹⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 275/2013.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 24 fev. 2025.

elaboradas pela magistratura, pela advocacia e pelo Ministério Público. 2) preserva no cargo os atuais integrantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, determinando que sejam feitas as novas nomeações conforme expostas na proposta; 3) adapta a redação dos artigos. 12, 52, 96, 103 e 103A com a substituição do Supremo Tribunal Federal pela nova Corte Constitucional; 4) atribui competência aos Tribunais de Justiça dos Estados para processar e julgar, originariamente, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Distrito Federal, bem como os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios dos Estados; 5) altera o Capítulo I, do Título I, da Parte Terceira da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que passa a se denominar “Dos Ministros da Corte Constitucional”, e modifica a redação do art. 39 do mesmo diploma, que passa a dispor sobre os crimes de responsabilidade dos membros da Corte Constitucional.

Ademais, a referida proposta de emenda constitucional tem como parte de sua justificativa os seguintes pontos:

No que diz respeito à competência do Supremo Tribunal Federal, ocorre outra grave deficiência. A Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe, como objetivo precípua, “a guarda da Constituição” (art. 102). Mas a consecução dessa finalidade maior é simplesmente obliterada pelo acúmulo de atribuições para julgar processos de puro interesse individual ou de grupos privados, sem nenhuma relevância constitucional.

A razão dessa sobrecarga de processos de competência do Supremo Tribunal Federal é fácil de entender-se. Até a Constituição de 1988, ele era o único tribunal situado acima do conjunto dos tribunais federais, dos Estados e do Distrito Federal. A nova Constituição, ao criar o Superior Tribunal de Justiça em posição igualmente sobranceira em relação ao conjunto dos tribunais da Justiça Federal e Estadual, deveria ter reservado à Corte Suprema apenas as causas de relevância constitucional; o que não fez.

Há atualmente em andamento no Supremo Tribunal Federal mais de 68.000 processos; o que perfaz, abstratamente, a média de mais de 6.000 feitos por Ministro. Escusa dizer que esse acúmulo de atribuições contribui, decisivamente, para retardar em muito o julgamento das demandas, sobrecarregando abusivamente o trabalho dos Ministros.

A fim de corrigir esses graves defeitos no funcionamento do Supremo Tribunal Federal, a presente proposta determina a sua transformação em uma autêntica Corte Constitucional, com ampliação do número de seus membros e redução de sua competência.⁸¹¹

Ademais, a PEC aponta para a ineficiência das sabatinas realizadas pelo Senado Federal dos indicados ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal e a excessiva politização das indicações o que seria um ponto indesejável. Assim,

⁸¹¹ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 275/2013.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 24 fev. 2025.

através dessa modificação a PEC buscara uma criação de critérios objetivos para a escolha dos ministros da Corte Constitucional, tirando estes do âmbito de influência da Presidência da República.

Em nosso entendimento, não obstante a proposta de Emenda Constitucional transformando o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte Constitucional nos pareça, em uma primeira vista, uma proposta bastante razoável, alguns pontos devem ser objeto de maior reflexão.

O primeiro deles é a transferência da escolha dos ministros da corte constitucional para o Congresso Nacional a partir de listas oriundas da advocacia, da magistratura e do Ministério Público. Conforme formulada, essa proposta termina por privilegiar as carreiras jurídicas com atuação perante os tribunais e excluir dela os membros da academia.

Em nosso entendimento, não incluir nessa proposta a possibilidade que professores e juristas renomados participem da Corte Constitucional fere de morte a proposta. Com efeito, nos parece mais adequada a forma como são escolhidos os ministros no âmbito da Tribunal Constitucional alemão, que inclusive privilegia a escolha de professores para ocuparem os cargos.

Ademais, apesar de “reputação ilibada” e “notório saber jurídico” serem conceitos vagos, a proposta não delimita adequadamente a “hierarquia” de quem poderá figurar na lista para a Corte Constitucional. Nesse sentido, nos parece necessário que para levar essa proposta de Emenda à Constituição adiante é necessário o estabelecimento de critérios objetivos para que sejam escolhidos os ministros da Corte Constitucional.

Nesse sentido, cumpre destacar a posição de Alexandre de Moraes que aponta que a expressão “notório saber jurídico”, deveria ser substituída por requisitos de capacidade atinentes à qualificação profissional de bacharel em Direito, com o exercício de no mínimo 10 anos de atividade profissional como advogado, membro do Ministério Público, magistrado, ou à qualificação de jurista, comprovada pelo título de doutor em Direito, devidamente reconhecido pelo Poder Público.⁸¹²

De outra parte, nos parece mais adequado que, para que essa proposta avance na direção correta, a escolha dos ministros de uma Corte Constitucional não deve ficar restrito ao Poder Legislativo — a justificativa da proposta apenas transfere

⁸¹² DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 391

a prerrogativa e a politização das escolhas do Executivo para o Legislativo — mas que deve haver um maior diálogo institucional nas escolhas dos ministros, como ocorre na Alemanha, na Áustria,⁸¹³ e na Itália,⁸¹⁴ por exemplo.

Outrossim, vale dizer que a ineficiência das sabatinas realizadas pelo Senado Federal com os indicados ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal nos parece muito mais fruto de questões próprias da política do que um problema jurídico. Com efeito, se os senadores não se propõem a efetivamente realizar uma avaliação criteriosa do indicado, essa questão não seria solucionada apenas transferindo a prerrogativa de indicação para o Congresso.

Da mesma forma, a proposta repisa a repercussão geral exatamente como formulada a partir da Emenda Constitucional n. 45 o que nos parece um erro já que recicla a fórmula responsável por gerar os diversos problemas que foram apontados ao longo deste trabalho.

Com efeito, em nosso entendimento, a forma como a repercussão geral se introjetou dentro do Direito brasileiro nos aponta que sua manutenção em nosso ordenamento jurídico exatamente da mesma forma não traria benefícios.

Em verdade a repercussão geral da forma como estabelecida — questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa — acaba por favorecer a discricionariedade. Efetivamente, em nosso entendimento, o reconhecimento da transcendência da questão constitucional em um determinado processo judicial não pode ocorrer apenas na ponta final, ou seja, após toda a tramitação do processo, em sede recursal extraordinária que será reconhecida a existência uma questão constitucional.

Ainda, PEC ao prever a possibilidade de recurso extraordinário apenas de julgado oriundos do Superior Tribunal de Justiça a proposta acaba por criar distorção

⁸¹³ O Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*) é formado por quatorze membros titulares e seis suplentes. As nomeações são feitas pelo presidente da República, entre magistrados, funcionários do Estado, advogados, e professores catedráticos, com base em propostas apresentadas pelo governo federal, pelo Conselho Nacional e pelo Conselho Federal. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 71)

⁸¹⁴ A Corte Constitucional da Itália (*Corte Costituzionale*) é formada por quinze membros. Destes, cinco são indicados pelo Presidente da República, cinco são indicados pelo Parlamento, reunido em sessão conjunta e cinco são indicados pela magistratura. Os membros da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo que reformados, pertencentes às jurisdições superiores, ordinárias e administrativas, os professores que lecionam matérias jurídicas e os advogados com vinte anos de experiência profissional. O mandato é de nove anos, sendo vedada a recondução. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 77)

acentuada, uma vez que ao longo de sua história o Superior Tribunal de Justiça tem se mostrado ineficiente na realização de controle de constitucionalidade das normas, conforme já assinalou Streck.

Por final, deve ser destacado que a proposta transpassa os julgamentos de autoridades com foro por prerrogativa de função para o Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, tendo em vista o objeto principal dessa pesquisa — jurisdição constitucional — realizar uma longa digressão sobre o tema neste momento não nos parece adequado. Todavia, deve ser dito que esse simples repasse de competências ao STJ não se mostra adequado, merecendo melhor estudo sobre o tema.⁸¹⁵ Todavia, é certo que uma Corte Constitucional no modelo *ad hoc* não deve tratar de julgamentos penais de competência originária.

Em nosso entendimento, ainda que com adaptações necessárias, a transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional *ad hoc*, por via de Emenda Constitucional, seria o meio legítimo de unificação do sistema de controle constitucionalidade brasileiro, sob um sistema unicamente de controle

⁸¹⁵ Cumpre destacar, sobre esse tema, duas propostas: Uma defendida por Barroso afirmando que apenas o Presidente da República e o Vice, assim como os Presidentes do Senado, da Câmara e do STF, além do Procurador-Geral da República, manteriam seus foros por prerrogativa. Para os demais agentes públicos que atualmente possuem esse benefício, seria criada uma Vara Especializada em Brasília, no primeiro grau de jurisdição. O juiz responsável por essa vara seria selecionado pelo Supremo Tribunal Federal para um mandato de quatro anos. Ao término desse período, ele seria automaticamente promovido ao Tribunal Regional Federal na primeira vaga disponível, garantindo assim proteção contra possíveis retaliações. O número de juízes auxiliares seria definido conforme a demanda. As decisões dessa Vara Especializada poderiam ser recorridas ao Supremo por meio de recurso ordinário, dependendo da autoridade envolvida (BARROSO, Luís Roberto. **Estado, Sociedade e Direito: Diagnósticos e Propostas para o Brasil**. Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141020-04.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025.); A outra proposta é formulada por Emerson Ademir Borges de Oliveira que propõe a instituição de um Tribunal de Prerrogativas, que assumiria toda a demanda relacionada a indivíduos com foro por prerrogativa de função, atualmente tratada pelo Supremo, bem como os recursos ordinários referentes a crimes políticos. Esse Tribunal seria formado por quatro juízes, indicados exclusivamente pelo Supremo, e estaria vinculado a ele. Os membros do Tribunal precisariam atender aos mesmos requisitos exigidos para o cargo de ministro do Supremo e teriam um mandato de oito anos ou até atingirem a idade de setenta e cinco anos. No âmbito desse Tribunal, os processos seriam distribuídos entre os quatro juízes, e as decisões individuais poderiam ser alvo de recurso ordinário para um Plenário composto pelos três juízes que não participaram da decisão inicial. Em relação às decisões do Plenário, caberia ao Supremo apenas o julgamento de recursos extraordinários, nos casos em que houvesse violação da Constituição Federal e fosse comprovada a existência de repercussão geral. Adicionalmente, ao iniciar a análise ou investigação de um caso, passaria a vigorar a regra de perpetuação jurisdicional, com o objetivo de evitar que abusos de direito sejam utilizados para burlar a competência do Tribunal. (BORGES DE OLIVEIRA, E. A. STF: ideias para transformação em corte constitucional. **Direito Público**, [S. I.], v. 14, n. 77, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2767>. Acesso em: 25 fev. 2025.)

abstrato. Isso terminaria por acabar com a discussão acerca de necessidade de abstrativização ou não do controle difuso de constitucionalidade

Nesse sentido, se reitera que da forma como desenhado nosso modelo de controle de constitucionalidade — misto/híbrido — acabou por gerar todas essas questões críticas que foram objeto de análise ao longo deste trabalho. Todavia, a modificação do sistema não pode se operar pela via informal — mutação por decisão do Supremo Tribunal Federal, de forma absolutamente discricionária - deve ser operada pela via formal — emenda constitucional — a qual deve ser amplamente debatida no Congresso Nacional e pela sociedade civil.

Com efeito, não cabe ao Supremo “iluminar” o caminho a ser percorrido nesse tema, sem que isso signifique excluir os ministros de que participem de aprimoramento pela via da discussão legislativa. Porém, cumpre frisar, quem deve cuidar do futuro é o Poder Legislativo.

6.5.3 O perigo do *backlash*: a hipertrofia do Poder Judiciário poderia levar a uma deformação ou ruptura institucional

Tramitam no Congresso Nacional outras propostas de emendas constitucionais que visam alterar a composição e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, algumas delas já citadas no subcapítulo 6.3 deste trabalho, como a PEC n. 8/2021, que visa diminuir o número de decisões monocráticas no Supremo e a PEC n. 28/2024, que permite ao Congresso Nacional suspender decisões do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido destacamos, ainda, a PEC n. 342/2009 de autoria do Deputado Flávio Dino — hoje, ministro do Supremo Tribunal Federal — que estabelece critérios para escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal e mandatos fixos de onze anos, sendo vedada a recondução;⁸¹⁶ A PEC n. 434/2009 de autoria do Deputado Vieira da Cunha⁸¹⁷ e a PEC n. 17/2011 de autoria do Deputado Rubens

⁸¹⁶ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 342/2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427734>. Acesso em: 24 fev. 2025.

⁸¹⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 434/2009**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=459546>. Acesso em: 24 fev. 2025.

Bueno,⁸¹⁸ que alteram a forma e os requisitos para a nomeação para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal; a PEC n. 143/2012, proposta pela Deputado Nazareno Fonteles, que dispõe sobre a forma de escolha e a fixação de mandato de sete anos para os ministros do Supremo;⁸¹⁹ e a PEC n. 161/2012 de autoria do Deputado Domingo Dutra, que estabelece o mandato de oito anos para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.⁸²⁰

Todas essas medidas foram recentemente desarquivadas e voltaram a tramitar no Congresso Nacional. Há ainda outros projetos de emendas constitucionais que foram propostas no Congresso Nacional e que ainda se encontram em estágio insipiente.

Nesse sentido, deve ser dito que é salutar que se busque o aprimoramento das instituições e seu desenvolvimento. Todavia, no bojo daquilo que foi exposto ao longo do subcapítulo 6.1, há que se tenha parcimônia para que propostas de aprimoramento não sejam utilizadas como instrumento de retaliação, na esteira de discursos populistas que vem buscando apontar o Supremo Tribunal Federal como um inimigo a ser combatido.

Nesse sentido foi o pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 23/11/2023, por ocasião da aprovação da PEC n. 8/2021 no Senado Federal, quando afirmou:

[...] O Supremo Tribunal Federal não vê razão para mudanças constitucionais que visem a alterar as regras de seu funcionamento. Num país que tem demandas importantes e urgentes, que vão do avanço do crime organizado à mudança climática que impactam a vida de milhões de pessoas, nada sugere que os problemas prioritários do Brasil estejam no Supremo Tribunal Federal. Até porque as mudanças sugeridas já foram acudidas, em sua maior parte, por alterações recentes no próprio Regimento do Supremo.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o negacionismo em relação à pandemia, salvando milhares de vidas, o negacionismo ambiental, enfrentando o desmatamento da Amazônia e a mudança climática, bem como funcionou como um dique de resistência contra o avanço autoritário.

⁸¹⁸ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 17/2011.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>. Acesso em: 24 fev. 2025.

⁸¹⁹ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 143/2012.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536351>. Acesso em: 24 fev. 2025.

⁸²⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 161/2012.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541153>. Acesso em: 24 fev. 2025.

Por esse papel, o Tribunal sofreu ataques verbais e a criminosa invasão física que vandalizou as instalações da Corte. Após esses ataques verbais e físicos, o Tribunal vê com preocupação avanços legislativos sobre sua atuação.

Nos últimos 35 anos, o Brasil viveu situações institucionais complexas, que em outros tempos teriam levado à ruptura constitucional e democrática: crises econômicas, inflação descontrolada, escândalos de corrupção e dois impeachments. Apesar de tudo o que ocorreu, o país preservou a estabilidade institucional e a democracia.

Vale lembrar: cabe ao Supremo fazer valer Constituição, preservar a democracia e proteger direitos fundamentais. A pergunta a se fazer é a seguinte: esses objetivos foram alcançados? A resposta é afirmativa. Isso significa que o Supremo Tribunal Federal cumpriu o seu papel e serviu bem ao país. Não há porque alterar o que vem funcionando bem.⁸²¹

No mesmo sentido foi o pronunciamento do Decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes que teceu críticas as propostas, no seguinte sentido:

É importante ressaltar que os diálogos institucionais, em qualquer Estado de Direito, são sempre bem-vindos e fazem parte da democracia, desde que permeados por atitudes ponderadas e sóbrias, estando, nessa hipótese, amparados em procedimentos advindos da teoria dos poderes implícitos dos *checks and balances*.

Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte, em relação aos atos praticados pelo Poder Legislativo — matéria claramente *interna corporis* —, acolhe a fórmula da separação dos poderes, tradicionalmente citando-a de forma expressa como vetor de concretização do sistema constitucional de freios e contrapesos com deferência à própria independência e relevância do Poder Legislativo. Mesmo quando isso não ocorre por questão de economia de sentido, a menção à separação dos poderes encontra-se implícita na “norma do caso” formulada pela decisão da Corte, a servir, ainda, como paradigma a ser observado por deliberações jurisdicionais futuras.

A mesma postura deve ser igualmente observada de forma inversa, a impedir que Parlamento pretenda imiscuir-se nas normas de organização, de procedimento decisório e julgamento do STF.

Pontuo que a separação de poderes é cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III, da CF), e não pode ser objeto de emenda constitucional que busque aviltá-la, sob pena de clara violação do pressuposto básico do exercício de um dos Poderes da República. Vale dizer, atenta contra a Constituição qualquer atitude do Poder Legislativo que vulnere o postulado da separação de poderes em acintoso menoscabo às atribuições essenciais do Poder Judiciário (entre as quais se encontra o controle de constitucionalidade).

O Poder Judiciário livre, independente e ciente de seu papel institucional é pressuposto para o adequado adimplemento dos objetivos da República, para fiel cumprimento dos postulados em que se fundam o Estado de

⁸²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso, presidente do Supremo Tribunal Federal** 23/11/2023. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pronunciamento_LRB_2311.pdf. Acesso em: 25 fev. 2025.

Democrático de Direito e para o devido respeito à cláusula constitucional da separação de poderes.⁸²²

Assim, em seus posicionamentos o Presidente e o Decano do Supremo demonstram não estarem abertos às mudanças no funcionamento do Supremo Tribunal Federal que vem sendo cogitadas no âmbito do Congresso Nacional.

Nesse sentido vale dizer que concordamos que a PEC n. 28/2024 seria uma medida de caráter absolutamente autoritário e que reprimiria dispositivo de uma Constituição autocrática da história brasileira. Todavia, dizer que nenhuma alteração no funcionamento do Supremo é possível, nos parece um exagero, pelas razões que já elencamos até aqui; há sim espaço para aprimoramentos e estes não podem estar submetidos exclusivamente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a forma mais adequada pelos quais estes devem se dar.

Efetivamente, ao invocar o princípio da separação dos poderes, o Ministro Gilmar Mendes aponta na direção que, caso alguma alteração no funcionamento do Supremo Tribunal Federal venha a ser aprovada pelo Congresso Nacional, nada impede que esta seja declarada inconstitucional, face a prerrogativa que o Supremo possui sobre a palavra final sobre questões constitucionais.

Isso significa dizer que em caso de aprovação de uma Emenda Constitucional alterando o funcionamento e a organização do tribunal, este poderia declará-la inconstitucional. Ou, ainda, em face de primado do realismo jurídico e de argumentos como a mutação constitucional, poderia afirmar que onde o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional de uma determinada maneira, esta deve ser lida de outra maneira completamente distinta, conforme um texto construído pelo próprio Supremo, repisando a noção estabelecida inicialmente no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC.

Ademais, conforme aponta Thomas Bustamante da Rosa, em um tribunal como o Supremo Tribunal Federal que possui um acervo de milhares de processos em seus arquivos e que não possui uma obrigatoriedade colocar os processos em pauta, até mesmo o princípio da inércia judicial fica comprometido, porque nada obsta que seja retirado de uma gaveta um antigo processo que trata de um tema

⁸²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Considerações sobre a PEC 8/2021, do Senado Federal - Discurso do Ministro Gilmar Mendes.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoMinistroGilmarPEC8.2021Sesso23.11.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025.

correlato e que seja utilizado para declarar uma constitucionalidade ou construir uma tese, que se amolde ao entendimento do Supremo.⁸²³

As mudanças regimentais operadas internamente pelo Supremo Tribunal Federal referidas pelos ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso não dão conta de fenômenos desse tipo.

Em nosso entendimento, uma postura de rechaçamento absoluto e prévio pode levar a um perigoso *backlash* institucional, aprofundando ainda mais o tensionamento entre o Direito e a Política e, também, entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Com efeito, as mudanças no funcionamento do Supremo não podem ser todas vistas, *prima facie*, como uma violação à separação de poderes: é necessário observar o caso concreto.

Esse aspecto — o primado do caso concreto — é algo que vem se perdendo na vista institucional e nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, vale destacar que uma das Emendas Constitucionais em tramitação foi inclusive proposta por um deputado que hoje é ministro do Supremo Tribunal Federal.

Retomando a metáfora construída ao longo do capítulo 4 do presente trabalho: se a quantidade certa de tensão faz com que um músculo se fortaleça, se tensionado ao extremo este pode levar uma ruptura.

Precisamente este o problema. O Supremo Tribunal Federal tem o dever de defender a institucionalidade do tribunal e os diálogos com os demais poderes; no entanto, não pode afirmar que qualquer modificação em seu funcionamento, em tese, já seria inconstitucional. Esse nível de tensionamento com o Congresso Nacional pode levar a um cenário de ruptura institucional.

6.5.4 Reforma do instituto da repercussão geral: criação de um incidente de abstrativização de controle difuso de constitucionalidade

Conforme vimos no subcapítulo 6.5.2 tramita no congresso ousada proposta que transforma o Supremo Tribunal Federal em uma Corte Constitucional *ad hoc*, tal qual existente em países da Europa Continental, como na Alemanha, Áustria, Itália,

⁸²³ TEORIA IMPURA. **Levando Dworkin a Sério** (c/ Thomas Bustamante)., 11 mar. 2020. Disponível em:
https://open.spotify.com/episode/68ahx1daNEkZdx0xrNz19x?si=Gdr4IUYKQIO_ETQy2ebG8Q. Acesso em: 17 fev. 2025

Espanha e Portugal; conforme o modelo popularizado por Kelsen e que se proliferou pelo continente europeu, no segundo pós-guerra.

Apesar de necessitar de uma mais ampla discussão e de adaptações, a aprovação de uma Emenda Constitucional nestes termos acabaria com o problema relativo à existência de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, que nem sempre dialoga bem entre si. Haveria apenas um tribunal encarregado do julgamento de questões constitucionais, pela via abstrata.

Da mesma forma, a aprovação de uma Emenda Constitucional nesse sentido retiraria do domínio do Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dizer de que forma se daria a abstrativização do controle concreto difuso de constitucionalidade que, atualmente, se dá de forma absolutamente casuística e discricionária e que tende a se intensificar, mantidas as condições de temperatura e pressão.

Vale repisar que, sob a perspectiva do Supremo, a abstrativização do controle difuso se opera pela transformação da repercussão geral de requisito de admissibilidade recursal em técnica de julgamento de teses dissociadas dos casos concretos por meio de uma combinação com o rito dos recursos repetitivos.

Isso, desconsiderando que ainda há a questão da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal busca alterar o conteúdo do texto por um outro texto construído pelo tribunal, da maneira que reputa mais adequada.

Todavia, vimos no subcapítulo 6.5.3, que o Supremo Tribunal Federal e seus integrantes se mostram resistentes a mudanças severas no modo de funcionamento do tribunal, apontando que eventuais modificações profundas no sistema da corte poderiam ser declaradas inconstitucionais porque violariam, já em tese, o princípio da separação dos poderes.

Essa situação de interdição das discussões no Parlamento sob a ameaça de *backlash* por parte do Supremo, acaba por tensionar ainda mais um ambiente conflagrado e de desarmonia dos poderes, cujo fantasma do 8 de janeiro de 2023 ainda paira sobre.

Nesse sentido, para finalizar o presente trabalho, propomos aquilo que acreditamos que seria uma solução intermediária para a questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, que não importaria em uma transformação absoluta do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional *ad hoc*, mas que

limitaria sua hipertrofia, ao retirar do tribunal a alta margem de discricionariedade existente atualmente, por meio de uma reforma do instituto da repercussão geral.

Assim, vale dizer que para que uma solução intermediária funcione, há a necessidade de que todas as questões críticas que foram abordadas no capítulo 4 do presente trabalho sejam levadas a sério: sem um enfrentamento contundente do realismo jurídico, das recepções teóricas equivocadas, dos ativismos judiciais e do uso político dos precedentes, não há solução de compromisso que funcione.

O primeiro ponto que nos parece determinante é reconhecer que a repercussão geral da forma como foi internalizada no ordenamento jurídico fracassou. Isso porque o Supremo Tribunal Federal deformou o instituto — que deveria ser um requisito de admissibilidade do recurso especial — fazendo uma combinação da repercussão geral com rito dos recursos repetitivos, criando uma forma de julgamento de teses dissociadas dos casos concretos.

Isso fica evidenciado pela expressa previsão legal que permite que uma vez reconhecida a repercussão geral de um recurso extraordinário, mesmo que o recorrente desista do recurso, o Supremo Tribunal Federal possa julgar a repercussão geral que foi dele extraída e construir uma tese de julgamento, que conforme já referido anteriormente, guarda grande semelhança com o instituto dos assentos portugueses.

Essa questão se agrava porque a repercussão geral da questão constitucional só é reconhecida no ponto final do processo. Ou seja, após passar por todas as instâncias do Poder Judiciário, por decisão majoritária do Supremo, é reconhecido que ali há uma questão constitucional que transcende os limites da lide individual e ao mesmo tempo, o caso concreto deixa de existir porque deixa de ser importante para a resolução da questão. A repercussão geral se sobrepõe ao caso que deu origem, mas apenas na ponta final do andamento do processo dentro do sistema Judiciário.

Além disso, essa tese abstrata vem sendo chamada de precedente o que nada tem a ver com os verdadeiros precedentes do *common law*, conforme amplamente demonstrado no subcapítulo 4.6 do presente trabalho. Esses supostos precedentes não são seguidos porque não constituem verdadeiros precedentes, são apenas teses abstratas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal sob a justificativa de existência de repercussão geral e, por vezes, contrariam decisões do próprio Supremo tomadas em sede de ações de controle abstrato de constitucionalidade.

Todavia, há que se reconhecer a impossibilidade de que o Supremo Tribunal Federal efetivamente julgue todos os recursos extraordinários que aportam no tribunal caso fosse apenas extinta a repercussão geral. De fato, isso acabaria por inviabilizar a atuação do tribunal em questões de sua competência de controle abstrato ou ainda suas competências originárias.

Por conseguinte, não nos parece adequado que se deixe que o Supremo Tribunal Federal construa sua interpretação acerca de como se dá abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, por todas as razões que até aqui foram expostas, remetendo aos subcapítulos anteriores.

Assim, se estabelece as seguintes premissas: 1) necessidade de manutenção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade; 2) necessidade de reformar a sistemática da repercussão geral, da forma que se introjetou no senso comum teórico; 3) necessidade de retirar do final do processo o reconhecimento de questões constitucionais que transcendam os limites da lide individual; 4) necessidade de manutenção e aprimoramento dos diálogos institucionais entre os poderes; 5) preservação da funcionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Levando em consideração essas premissas previamente estabelecidas, pensamos que poderia ser proposta uma Emenda Constitucional — apenas pela via da aprovação legislativa essa alteração seria possível — que criasse um incidente de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, operando uma reforma completa do instituto da repercussão geral, com um reposicionamento para o começo do processo em detrimento do final.

Quanto ao seu funcionamento, em nosso entendimento, esse incidente poderia funcionar em uma sistemática semelhante àquela existente no controle de constitucionalidade alemão, conforme descrito no subcapítulo 3.2.2 do presente trabalho. Vale aqui relembrar que na Alemanha também existem instrumentos de controle abstrato e controle concreto de constitucionalidade, ainda que os tribunais ordinários não possam decidir por conta própria sobre a questão que reputam inconstitucional.⁸²⁴

Com efeito, deve ser observado que muitos dos institutos que integram, hoje, o sistema de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, foram importados

⁸²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 71.

diretamente do sistema de jurisdição constitucional alemão, sob grande influência de Gilmar Mendes.⁸²⁵

Assim, não nos parece que seria algo totalmente dissociado da construção do modelo de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, pós-Constituição Federal de 1988, a realização de uma adaptação de um instituto oriundo da jurisdição constitucional alemã.

Aqui deve ser frisado que para que isso seja possível, essa adaptação deve obrigatoriamente obedecer aos critérios de preservação da coerência e da integridade da Constituição. Portanto, não podemos incorrer no mesmo erro de realizar uma importação equivocada e dissociada da realidade brasileira.

Em nosso entendimento, o incidente de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade poderia funcionar da seguinte forma: tendo em vista que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade de um dispositivo reputado inconstitucional, mas meramente afasta sua aplicação no caso concreto, sendo necessário a suscitação de incidente de inconstitucionalidade pela necessidade de declaração de inconstitucionalidade por tribunal em composição *full bench*,⁸²⁶ uma vez que o juiz ou tribunal se deparasse com questão constitucional passível de transcender os limites da lide — aqui reaproveitando dicção que se consagrou na legislação “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa” — ao invés de simplesmente afastar a aplicação da lei (juiz singular) ou declarar a sua inconstitucionalidade (tribunal), deveria ser suscitado um incidente de abstrativização do controle de constitucionalidade a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim o juiz ou tribunal apontaria na instauração do incidente de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, as razões pelas quais entende que a norma em questão é inconstitucional e por quais razões reputa que essa inconstitucionalidade transcende os interesses privados das partes que litigam no processo, fazendo assim a conformação com as exigências de uma forma de controle abstrato de constitucionalidade.

⁸²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2014, *passim*.

⁸²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 163-164

Uma vez instaurado o referido incidente de abstrativização, o processo seria suspenso na origem e o incidente seria remetido ao Supremo Tribunal Federal que poderia admitir o incidente de abstrativização de controle concreto de constitucionalidade por maioria simples. Por sua vez, para sua rejeição seria necessário quórum qualificado de oito votos (mantendo assim a coerência com a previsão atualmente existente no artigo 102, §3º da Constituição Federal).⁸²⁷

Após resolvido o incidente de abstrativização com um julgamento de procedência ou improcedência por parte do Supremo Tribunal Federal, relativa à questão constitucional, o processo retomaria a sua marcha processual normal com o julgamento de mérito na origem.

Ou seja, conforme essa previsão, seria retirado do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de construção de teses dissociadas dos casos concretos porque, uma vez abstrativizado o controle concreto de constitucionalidade, não competiria ao Supremo julgar a causa e criar uma tese, seu papel seria de julgar a questão constitucional subjacente que transcenderia os limites da lide individual, tal qual ocorre no controle abstrato de constitucionalidade.

Ainda, caso ao apreciar o incidente de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal entendesse a pela necessidade de declaração de inconstitucionalidade — concreta ou incidental — de uma lei, a decisão proferida deveria ser submetida ao Senado Federal, preservando assim a competência prevista no artigo 52, X da Constituição Federal.

Ademais, isso não importaria em um incremento substancial de demanda no Supremo Tribunal Federal, pela supressão da via recursal extraordinária que faz com que centenas de recursos aportem no tribunal. Haveria, portanto, uma troca equivalente. Preservando o funcionamento do tribunal, sem o incremento de demanda que tanto preocupa os ministros.

Veja-se, a construção aqui buscada é de uma solução de compromisso, que ofereça uma resposta adequada à questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade — que não é a única possível, nem a melhor — mas que reconfigura o sistema de uma forma que proporciona uma mínima harmonia aos

⁸²⁷ Como dito anteriormente, uma adaptação à realidade brasileira. Na Alemanha, para rechaçar uma exceção de inconstitucionalidade em controle concreto é necessário a unanimidade dos juízes que integram a Câmara do Tribunal Constitucional. Nesse sentido: CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum. p. 275.

poderes, fazendo com que não haja nem sobreposição de um poder sobre o outro, nem supremacia sobre o texto da Constituição.

Outrossim, deve ser reiterado que para que uma proposição de uma emenda constitucional desse tipo funcione — conformando o desejo manifestado pelo Supremo Tribunal Federal de que sejam julgados somente casos que tenham constitucionais relevantes e a necessidade de preservação da competência do Senado Federal e da valoração dos diálogos institucionais — há necessidade de que sejam solucionadas as questões críticas já apontadas e deve ser evitado um *backlash* interpretativo que desnature construções diferentes.

Por final, a fim de assegurar um verdadeiro futuro para a jurisdição constitucional brasileira, é necessária uma profunda reflexão sobre os problemas que assolam o nosso presente e que não se perca na memória, a história e a formação do Brasil e de nosso sistema jurídico. Se ignorarmos nosso passado, estaremos fadados a um futuro de erros repetidos.

7 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho investigamos de maneira profunda a jurisdição constitucional brasileira, partindo de sua formação e desenvolvimento ao longo da história do constitucionalismo brasileiro, passando pelos principais problemas que enfrenta contemporaneamente, até aportarmos em possíveis cenários de futuro e perspectivas de mudanças passíveis de serem operadas para sua otimização.

Esse percurso desenvolvido pela tradição sob qual se assentou a jurisdição constitucional brasileira reafirmou a importância deste trabalho tanto para o meio acadêmico, quanto para o meio jurídico, quanto para a própria sociedade. De fato, a questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade esconde em seu bojo temas muito importantes que ficam ocultos a uma primeira vista, sendo necessário uma pesquisa como esta que por nós foi desenvolvida para que se possa retirar todas as camadas que encobrem o assunto e desvelar os fenômenos que estão por trás.

Nesse sentido, dois votos vencidos proferidos em uma Reclamação constitucional cujo julgamento se iniciou no ano de 2007 e só foi concluído em 2014, acabaram por gerar um efeito borboleta que até hoje pode ser sentido. Ao proporem a mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal com a substituição do texto da Constituição Federal por um texto construído pelo Supremo Tribunal Federal, foi introjetado no imaginário jurídico brasileiro uma perigosa tese fragilizadora dos limites de uma Constituição que se propõe em ser extremamente rígida na possibilidade de sua alteração, requerendo um procedimento legislativo especial para que possa ser objeto de Emenda Constitucional.

Esses dois votos vencidos, posteriormente, encontraram eco em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade cuja temática abordada tratava de produção e comercialização de amianto. Todavia, quando o Supremo Tribunal Federal se deparou com um problema de ordem interpretativa na conclusão que buscava chegar, sacou da manga a mutação constitucional para justificar a decisão que estava tomando.

São razões como essa que, na esteira Crítica Hermenêutica do Direito, referimos que quando não há em uma decisão judicial critérios passíveis de serem conformados dentro do Direito, não se está diante de verdadeiros fundamentos, mas simples ornamentos, que visam embelezar uma decisão que já está previamente

tomada. Nesses casos, os fundamentos não se consubstanciam em verdadeiras condições de possibilidade para que a decisão jurídica possa existir, mas visam apenas justificar algo que, levado a sério, é discricionário. E, sob a perspectiva da CHD, discricionariedade é sinônimo de arbitrariedade.

Isso pode ser verificado quando no bojo de um *Habeas Corpus* a mutação constitucional serviu de fundamento para que, por três longos anos, a presunção de inocência fosse mitigada. Mutilada por meio de uma interpretação constitucional não constrangida e que não encontra limites.

Veja-se, desde o caso da Reclamação n 4.335/ AC, pudemos observar uma tentativa de construção de uma tese que de suporte a ideia que o Supremo Tribunal Federal vem materializando acerca da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade. Uma ideia que é pautada em ativismo judicial, uso político dos precedentes (ou precedentalismo à brasileira) e recepções teóricas equivocadas da doutrina estrangeira. Todas elas alicerçadas em realismo jurídico e argumentos de autoridade emanados do Supremo, que pretende reescrever o texto da Constituição da maneira que reputa mais adequada.

Para que pudéssemos desvelar os fenômenos subjacentes, nos propusemos em separar a presente pesquisa em três seções distintas, buscando isolar e concatenar os fenômenos que seriam estudados, compreendendo qual o entrelaçamento entre eles e como esses — tal qual um romance em cadeia — conduziam em uma determinada direção, que deveria guardar coerência com a seção anterior e manter a integridade do texto.

Assim, buscamos primeiramente, tendo por base a Crítica Hermenêutica do Direito como chave de leitura aliada a necessidade de uma Teoria do Direito adaptada as peculiaridades de um país de modernidade tardia como o nosso, revolver o chão linguístico sobre o qual se assentou nossa jurisdição constitucional, analisar os sistemas de jurisdição constitucional que influenciaram na formulação de nosso modelo atual, o *judicial review* norte-americano e modelo de corte constitucionais *ad hoc*, com destaque para o modelo alemão.

Posteriormente, abordamos o desenvolvimento da jurisdição constitucional brasileira ao longo da história de nosso constitucionalismo, passando por cada uma de nossas constituições e como se dava o controle de constitucionalidade em cada uma delas, emprestando especial atenção ao modelo insculpido na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido pudemos concluir que a manutenção de um modelo híbrido de constitucionalidade criou condições para que houvesse uma hipertrofia do Poder Judiciário. Ao colocar o Supremo Tribunal Federal ao mesmo tempo como órgão de cúpula do Poder Judiciário e com poderes de Corte Constitucional, o legislador constitucional criou condições para que se instalasse uma superposição do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

Ademais, a chamada “reforma do Judiciário” e a Emenda Constitucional n. 45/2004 apenas ampliaram os grandes poderes que haviam sido originalmente atribuídos ao Supremo Tribunal Federal. Estavam ali estabelecidas as condições para que houvesse um incremento da já existente hipertrofia do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes.

Em um segundo momento abordamos justamente os elementos endógenos e exógenos que permitiram que ao longo dos últimos 20 anos o Poder Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal tenham se hipertrofiado, demonstrando como o primado do realismo jurídico como forma de explicar o Direito no Brasil, a partir de uma concepção ceticista — que coloca o Direito como indeterminado — serviu como proteína para essa hipertrofia.

Da mesma forma, como o constante tensionamento entre Direito e Política e incorreta diferenciação feita pelo senso comum teórico entre judicialização da política e ativismo judicial, fazem com que haja uma análise errônea sobre estes assuntos e que fenômenos distintos sejam tratados como se fossem a mesma coisa; rebaixando o discurso e promovendo debates que não abordam os mesmos pressupostos semânticos sobre o tema.

No mesmo sentido, abordamos o problema latente das recepções teóricas equivocadas realizadas no Brasil, que apostam no protagonismo judicial como solução para os problemas, não observando as características e peculiaridades de um país como o nosso, nem se atendo ao devido rigor teórico com relação às teorias importadas.

Outrossim, abordamos a questão do uso político dos precedentes — o precedentalismo à brasileira — que apostando no realismo jurídico busca repassar para os tribunais o papel de intérprete autêntico do Direito, cabendo a estes atribuir sentido as normas jurídicas que são indeterminadas. Assim, fizemos a devida diferenciação entre o que se propõe fazer com precedentes no Brasil e como funcionam verdadeiros precedentes na *common law*.

Nesse segundo momento pudemos concluir que esses elementos endógenos e exógenos, aliados à gênese que fora verificada na primeira seção do trabalho, possibilitaram uma hipertrofia do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, com um agigantamento de suas funções.

No momento seguinte abordamos a questão efetiva da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o tratamento que este tema tem recebido por parte do Supremo Tribunal Federal, tendo por base o argumento da existência de uma mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal.

Assim, tendo em vista a importância da mutação constitucional para o tema objeto da pesquisa, analisamos o surgimento da mutação constitucional no bojo das discussões do Império Alemão no final do Século XIX, passando pela República de Weimar no Século XX, averiguando de que maneira a mutação constitucional foi tratada pela doutrina do Direito Público alemão em autores como Laband, Jellinek, Smend e Heller, até chegarmos à sistematização da mutação constitucional realizada por Hsü Dau-Lin.

Após isso, verificamos de que maneira essa teoria foi recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal esmiuçando os julgamentos da Reclamação n. 4.335/AC; bem como, nas ADIs n. 3.470/RJ e n. 3.406/RJ e de forma mais recente no RE 949.297/CE (Tema 881) e RE 955.227/BA (Tema 885). Assim, a partir desses julgamentos pudemos concluir que se trata de mais uma recepção equivocada realizada tendo por base o protagonismo judicial.

Nesses casos, ao buscar estender os efeitos *erga omnes* e vinculantes a uma decisão tomada em um processo específico, a outros indivíduos sem que a eles tenha sido possibilitada a participação no decorrer da ação, — por meio dessa equiparação entre controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade — configura flagrante violação de direitos fundamentais como ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Na última seção deste trabalho, buscamos olhar para o futuro da jurisdição constitucional brasileira. Com efeito, não há como se dissociar que a questão da abstrativização do controle difuso se encontra em uma tentativa de afirmação do Supremo Tribunal Federal em um papel que se sobrepõe até mesmo ao tão importante papel de Guardião da Constituição.

Nesse sentido, demonstramos como se deu a transformação no plano institucional do Supremo Tribunal Federal do papel de um “outro desconhecido” para

o centro dos holofotes da República. Abordando desde o seu momento de ascensão ao longo dos anos 2000 até meados dos anos 2010 — marco temporal que coincide com o julgamento da Reclamação n. 4.335/AC — e os posteriores ataques sofridos pela corte diante do retorno ao espaço de debate público de movimentos de extrema-direita, no Brasil representados pelo bolsonarismo, que identificaram no Supremo Tribunal Federal um obstáculo para a consecução de seu projeto autocrático, culminando nos ataques sofridos pelo tribunal no fatídico 8 de janeiro de 2023.

No momento seguinte, abordamos a relação existente entre abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, mutação constitucional e o desejo manifestado por integrantes do Supremo Tribunal Federal de reescrever o texto constitucional, da maneira que reputam mais adequado, por meio decisões judiciais, amparados nesse estado de hipertrofia desenvolvido. Com efeito, concluímos que aceitar o argumento da mutação constitucional conforme esse tem sido propalada pelo Supremo Tribunal Federal e por parcela relevante da doutrina brasileira, significa colocar a Constituição em permanente estado de exceção, passível de ser alterada por aquele que domina essa exceção, o soberano. Algo que é absolutamente inaceitável em um Estado Democrático de Direito.

A seguir, abordamos a necessidade de preservação de arranjos institucionais delineados pela Constituição Federal, concluindo que algo simples como a remessa das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade ao Senado Federal para que exercesse sua competência constitucional expressa poderia contribuir para um distensionamento do ambiente entre o Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

No momento seguinte apontamos para a necessidade de uma verdadeira Teoria da Decisão Jurídica, demonstrando as razões pelas quais entendemos que a Reposta Adequada à Constituição oferece lastro teórico e filosófico mais que suficiente, se adequando aos postulados de preservação da autonomia do Direito, da coerência e da integridade da Constituição e fizemos uma contraposição entre essa verdadeira teoria da decisão, contrapondo esta com a “falsa” Teoria da Decisão de Luís Roberto Barroso, que se contrapõe frontalmente a todas as prescrições da CHD ao apostar no voluntarismo, na discricionariedade e na adoção de papéis institucionais escolhidos *ad hoc* e na tomada de direções baseadas em argumentos da moral privada em detrimento do Direito.

Concluímos que, não obstante a influência exercida por Barroso junto aos juízes e tribunais brasileiros, sua “falsa” teoria da decisão se mostra extremamente perigosa para o Direito e que a Resposta Adequada à Constituição nos mostra um substrato teórico muito mais relevante. É necessário realizar o devido constrangimento epistemológico das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, rechaçando a posição da existência de um intérprete autêntico da Constituição, perante o qual os demais membros da comunidade devem ser curvar.

No momento seguinte, abordamos a existência de alguma possibilidade de conformação entre a abstrativização do controle de constitucionalidade e o Direito brasileiro, assinalando primeiramente que essa abstrativização apenas poderia se dar pela via de uma Emenda Constitucional.

Posteriormente, vislumbramos a existência de projetos de emendas constitucionais atualmente em tramitação no Congresso Nacional, com especial destaque para a Emenda Constitucional n. 275/2013 que visa transformar o Supremo em verdadeira Corte Constitucional *ad hoc*, o que resolveria de uma vez por todas a questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Apregoamos, ainda, a existência de outras emendas constitucionais que visam alterar a composição e o funcionamento do tribunal.

A seguir, alertamos para o perigo do *backlash* diante da manifestação do Presidente e do Decano do Supremo Tribunal Federal que se posicionaram contrariamente à PEC n. 8/ 2021 e que indicaram que o tribunal não estaria disposto a aceitar mudanças substanciais no funcionamento da corte, alertando para a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais que alterem a sistemática do tribunal.

Aqui concluímos pelo perigo de ainda mais tensionamento levando à ruptura em razão das discussões travadas no Congresso Nacional, nem todas imbuídas de um espírito republicano. Todavia, não pode o Supremo Tribunal Federal aceitar apenas aquelas mudanças que julgar convenientes, devendo haver também uma deferência e uma aceitabilidade da possibilidade de aprimoramento do funcionamento do tribunal.

A seguir, apresentamos aquilo que concluímos ser uma solução e compromisso — que não é a única possível, nem a melhor, mas se mostra adequada — capaz de, ao mesmo tempo, atender os anseios do Supremo Tribunal Federal por ter sua competência restrita ao julgamento de causas de relevante valor

e impacto social, a partir de uma reforma completa do instituto da repercussão geral, retirando do domínio do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de construção de teses abstratas dissociadas dos casos concretos — erroneamente chamadas de precedentes — através da criação de um incidente de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, que não significaria o abarrotamento do tribuna com novos processo e, ainda, privilegiaria os diálogos institucionais com a manutenção da previsão constante no artigo 52, X da Constituição Federal de participação do Senado no processo de controle difuso, agora verdadeiramente abstrativizado.

Assim, são essas as principais conclusões extraídas ao longo da presente tese, que entendemos que satisfazem o objeto delimitado e o escopo de desenvolvimento que, desde o princípio, amparou o desenvolvimento desta tese.

Nesse sentido, entendemos como confirmada nossa hipótese de que abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, não pode ocorrer da forma como vem sendo sustentada pelo Supremo Tribunal Federal — desde o julgamento da Reclamação 4.335/AC — ou seja, amparada em uma suposta mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição Federal. Ademais, essa proposição se mostra absolutamente incompatível com as prescrições da Crítica Hermenêutica do Direito, de adjudicação de uma resposta adequada à constituição.

Da mesma forma, entendemos como satisfeita nosso objetivo geral de verificar a conformação possibilidade de conformação da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito e todos os objetivos específicos que dele decorreram.

Outrossim destacamos as dificuldades enfrentadas ao longa da pesquisa, sobretudo no que diz respeito ao capítulo 5 onde se buscou uma construção teórica inovadora e que trata de temas sensíveis para a Democracia brasileira contemporânea. De fato, alguns dos temas ali enfrentados só foram possíveis mediante a abordagem de textos variados que transitam entre o contexto jornalístico, produções da ciência política e do Direito.

Deve ser dito que os ministros do Supremo raramente tratam de temas sensíveis e internos a Corte com pessoas de fora de seu círculo de confiança, de maneira que somos obrigados a tentar reconstruir seus posicionamentos apenas através daquilo que eles fornecem de maneira voluntária a esse círculo, quando buscamos ir além daquilo que está expresso em seus votos. Por isso, o capítulo 5 se

mostrou especialmente desafiador, mas também entendemos que seus objetivos tenham sido devidamente alcançados.

Apontamos ainda o impacto buscado por esta tese para a jurisdição constitucional quando buscamos introduzir alguns novos conceitos que foram construídos ao longo deste trabalho, buscando tratar por meio de uma abordagem diferenciada e, em nosso entendimento, inovadora. Nesse sentido, assinalamos com especial destaque a proposta de criação de um incidente de abstrativização de controle de constitucionalidade para solucionar a questão de fundo da tese; proposta essa que busca reestabelecer uma harmonia entre os Poderes da República e evitar um maior tensionamento entre estes e suprimir a discricionariedade com que o tema vem sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por final, assinalamos a inesgotabilidade da temática, havendo ainda muitos desenvolvimentos possíveis de serem realizados e a formulação de novas propostas de aprimoramento da jurisdição constitucional brasileira e de criação de outras soluções para a questão da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. Trata-se de temática riquíssima e que continuará sendo merecedora de atenção e pesquisa no futuro.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable**: A treatise on legal justification. 1987. ed. Dordreque, Netherlands: Kluwer Academic, 2012

ABBOUD, Georges; QUINTAS, Fábio Lima; RUFINO DO VALE, André. (org.). **Processo Constitucional Brasileiro**: Propostas Para a Reforma. Brasília: IDP, 2022.

AGAMBEN, G. Estado de exceção e genealogia do poder - DOI: 10.9732/P.0034-7191.2014v108p21. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 108, p. 21-40, 30 jun. 2014.

AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law. **Ratio Juris**. N. 14. p. 244-251.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. tradução/organização Luiz Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano; "Ministrocracia": O Supremo Tribunal Federal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos Cebrap**; São Paulo, v. 37, n.1 , pp. 13-32, 2018.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Interpretação da lei e de precedentes civil law e common law**. Revista dos Tribunais, n. 893, n. 1, p. 34, São Paulo: Ed. RT, mar. 2010.

BALEIRO, Aliomar. **1891** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018

BALEIRO, Aliomar. **1946** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018.

BALEIRO, Aliomar. **Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BAND JORNALISMO. **STF manda PGR investigar ataque a Rosa Weber em vídeo**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=O7xX0Laldi8>. Acesso em: 13 fev. 2025

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexos da Emenda Constitucional no 45 de 2004 no Processo Civil. **Revista da EMERJ**, v. 8, nº 32, 2005. p. 31.

BARROS, S. **CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 18 dez. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **26 de outubro, noite - V COLÓQUIO DE CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO.** Publicado pelo canal Felipe Philip. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6ynfDkrQPyE>. Acesso em: 01/12/2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Atravessando a tempestade em direção à nova ordem.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-28/luis-roberto-barroso-atravessando-tempestade/>. Acesso em: 18 fev. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, [S. I.], v. 9, n. 4, p. 2171—2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 23 jan. 2025

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo — 7. ed. — São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Estado, Sociedade e Direito: Diagnósticos e Propostas para o Brasil.** Rio de Janeiro: [s.n.]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141020-04.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado**, v. 5, n. 1, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição Constitucional: A Tênué Fronteira Entre o Direito e a Política.** Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf> Acessado em: 05/04/2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Ministro Luís Roberto Barroso: “O nosso papel é empurrar a história” - Migalhas.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/256311/ministro-luis-roberto-barroso---o-nosso-papel-e-empurar-a-historia>. Acesso em: 17 fev. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Palestra Luís Roberto Barroso - Brazil Forum UK 2017.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=leDp2Ga2f6c>. Acesso em: 22 fev. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Pronunciamento do Ministro Luís Roberto Barroso, presidente do Supremo Tribunal Federal 23/11/2023.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Pronunciamento_LRB_2311.pdf. Acesso em: 25 fev. 2025.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **REVISTA DA AGU.** Brasília: AGU, ano 15, n. 3, jul./set. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854> Acesso em: 11/12/2024

BAUM, L. **The Supreme Court.** 13. ed. Washington, D.C.: CQ Press, 2019. E-book. N.P.

BEALE, H. G. et al. **Cases, materials and text on contract law.** Oxford ; Portland (or.): Hart Publ. Copyright, 2019.

BENITES, A. **Pressão do Governo funciona e Luiz Edson Fachin será ministro do STF.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/19/politica/1432055938_739863.html. Acesso em: 14 fev. 2025.

BORGES DE OLIVEIRA, E. A. STF: ideias para transformação em corte constitucional. **Direito Público,** [S. I.], v. 14, n. 77, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2767>. Acesso em: 25 fev. 2025.

BRASIL DE FATO. **Perfil dos juízes é conservador e distante da realidade do restante do país.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2018/09/18/perfil-dos-juizes-e-conservador-e-distante-da-realidade-do-restante-do-pais>. Acesso em: 16 jan. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **CCJ conclui discussão de proposta que limita decisão monocrática no STF; acordo adia votação.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1096131-ccj-conclui-discussao-de-proposta-que-limita-decisao-monocratica-no-stf-acordo-adia-votacao/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 143/2012.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536351>. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 161/2012.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541153>. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 17/2011.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=499894>. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 275/2013.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 342/2009**. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=427734>. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **PEC 434/2009**. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=459546>. Acesso em: 24 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição permite ao Congresso suspender decisão do Supremo**. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/noticias/1090669-PROPOSTA-DE-EMENDA-A-CONSTITUICAO-PERmite-AO-CONGRESSO-SUSPENDER-DECISAO-DO-SUPREMO>. Acesso em: 19 fev. 2025.

BRASIL, Câmara dos deputados. **Discurso do(a) Deputado(a) PAULO TEIXEIRA PT-SP em 20/10/2015 às 23:00**. Disponível em: <https://encurtador.com.br/SwgTt>. Acesso em: 18 dez. 2024.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resultados parciais do censo do Poder Judiciário 2023**: relatório. Brasília: CNJ, 2023.

BRASIL, STF - ADI: 15 DF, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 14/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 31/08/2007

BRASIL, STF - ADI: 3470 RJ 0001502-12.2005.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 29/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2019

BRASIL, STF - ADI: 3510 DF, Relator.: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 29/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28/05/2010.

BRASIL, STF - ADI: 4275 DF - DISTRITO FEDERAL 0005730-88 .2009.1.00.0000, Relator.: Min . MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 07-03-2019.

BRASIL, STF - ADI: 4277 DF, Relator.: AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2011.

BRASIL, STF - ADI: 4481 PR, Relator.: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/03/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/05/2015.

BRASIL, STF - ADI: 4923 DF 9954962-46.2013.1.00.0000, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 08/11/2017, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/04/2018

BRASIL, STF - ADI: 5766 DF 9034419-08.2017.1 .00.0000, Relator.: ROBERTO BARROSO. Redator para o acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 20/10/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/05/2022.

BRASIL, STF - ADPF: 444 DF, Relator.: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/06/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/05/2019

BRASIL, STF - ADPF: 54 DF, Relator.: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/2013.

BRASIL, STF - AgR-quarto Inq: 4435 DF - DISTRITO FEDERAL 0002716-18.2017.1.00.0000, Relator.: Min . MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/03/2019, Tribunal Pleno.

BRASIL, STF - AP: 470 MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 07/10/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-227 DIVULG 25-11-2010 PUBLIC 26-11-2010 EMENT VOL-02439-01 PP-00001.

BRASIL, STF - ARE: 1358400 SP 1058937-26.2020.8.26.0053, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 06/12/2021, Data de Publicação: 09/12/2021.

BRASIL, STF - ARE: 958301 SC - SANTA CATARINA 5016187-77.2014.4.04.7204, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/04/2016, Data de Publicação: DJe-085 02/05/2016.

BRASIL, STF - HC: 124306 RJ - RIO DE JANEIRO 9998493-51.2014.1 .00.0000, Relator.: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/08/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-052 17-03-2017.

BRASIL, STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016.

BRASIL, STF - MS: 39930 DF, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 13/12/2024, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 13/12/2024 PUBLIC 16/12/2024.

BRASIL, STF - Rcl: 34573 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 30/04/2019, Data de Publicação: DJe-092 06/05/2019.

BRASIL, STF - Rcl: 34926 DF - DISTRITO FEDERAL 0022935-81.2019.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 22/05/2019, Data de Publicação: DJe-119 04/06/2019.

BRASIL, STF - Rcl: 60347 MG, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 05/12/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 18-03-2024 PUBLIC 19-03-2024.

BRASIL, STF - RE 1235340, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 12-09-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 12-11-2024 PUBLIC 13-11-2024.

BRASIL, STF - RE 949297, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08-02-2023, PROCESSO

ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023.

BRASIL, STF - RE: 634764 RJ, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/06/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/07/2020.

BRASIL, STF - RE: 635659 SP, Relator.: Min . GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 26/06/2024, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 26-09-2024 PUBLIC 27-09-2024.

BRASIL, STF - RE: 655265 DF, Relator: LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/04/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 05/08/2016.

BRASIL, STF - RE: 888815 RS, Relator: ROBERTO BARROSO. Redator para o Acórdão: GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 12/09/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/03/2019.

BRASIL, STF - RHC: 133019 PR, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 15/03/2018, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16/03/2018 PUBLIC 19/03/2018.

BRASIL, STF. ADC 43 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-043 DIVULG 06-03-2018 PUBLIC 07-03-2018.

BRASIL, STF. ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15-04-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020.

BRASIL, STF. ADO 26, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020; MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13-06-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020.

BRASIL, STF. HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.

BRASIL, STF. Mandado de Segurança n.º 16.512/DF. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro. 1966.

BRASIL, STF. Rcl 1880 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2002, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-02 PP-00284.

BRASIL, STF. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.

BRASIL, STF. RE: 955227 BA, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 08/02/2023, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em números: aumento de casos suscitados e redução de processos distribuídos.** Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/repercussao-geral-em-numeros-aumento-de-casos-suscitados-e-reducao-de-processos-distribuidos/>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE retoma julgamento de ações que apontam abuso eleitoral pela chapa Bolsonaro-Mourão.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Junho/tse-retoma-julgamento-de-acoes-que-apontam-abuso-eleitoral-pela-chapa-bolsonaro-mourao>. Acesso em: 13 fev. 2025.

BUSTAMANTE, Thomas.; NEDER MEYER, Emílio Peluso; BUSTAMANTE, Evanilda de Godoi. Luís Roberto Barroso's Theory of Constitutional Adjudication: A Philosophical Reply. **The American Journal of Comparative Law**, v. 69, n. 4, p. 798—833, 1 dez. 2021.

BUSTAMENTE DA ROSA, THOMAS. **Precedentes no Positivismo e no Common Law Clássico.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IKMc-r4W4hk>. Acesso em: 25 fev. 2025.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German Constitutional Law:** the Theory and Practice of Weimar Constitutionalism. London: Duke University Press, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal** — Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARBONELL, MIGUEL. **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Editorial Trotto. 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

CARVALHO, L. Barroso: reclamações crescem 35% e STF se tornou um ‘tribunal de precedentes vinculantes’. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/barroso-reclamacoes-crescem-35-e-stf-se-tornou-um-tribunal-de-precedentes-vinculantes>. Acesso em: 22 jan. 2025.

CARVAZANI, Vinicius. O common law, o civil law e uma análise sobre a tradição jurídica brasileira. **Revista de Processo**. vol. 231, 2014. p. 321 — 345. Maio 2014.

CASAGRANDE, Cássio. Brasil, “Campeão de ações trabalhistas”: como se constrói uma falácia. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>. Acesso em: 22 fev. 2025.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **1967** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018.

CERQUEIRA NETO , José Nunes de. **COMO PENSAM OS MINISTROS DO STF?** direito, política e guarda da constituição no pós-1988 . Dissertação de Mestrado—Universidade de Brasília: Brasília, 2016.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição Constitucional Comparada**. 2. ed. — Belo Horizonte : Fórum, 2018.

CNN BRASIL. **Gilmar Mendes compara pacote anti-STF à ditadura da Era Vargas**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/gilmar-mendes-compara-pacote-anti-stf-a-ditadura-da-era-vargas/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa; revisão da tradução: Francisco Niclós Negrão; 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária/GEN, Coleção Paulo Bonavides, 2022.

COKE, Edward. **The Twelfth Part of the Reports of Sr. Edward Coke**: of Diverse Resolutions and Judgments Given Upon Solemn Arguments, and With Great Deliberation and Conference with the Learned Judges in Cases of Law, the Most of Them Very Famous, Being of the Kings Especial Reference, From the Council Table. London, In the Savoy: printed by E. and R. Nutt, and R. Gosling, (assigns of Edw. Sayer Esq;) for D. Browne, J. Walthoe, B. Lintot, R. Gosling, W. Mears, [and 8 others in London].

COLETTA, Ricardo D. **Filho de Bolsonaro ameaça STF e diz que para fechar corte basta “um soldado e um cabo”**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/21/politica/1540142442_181625.html. Acesso em: 13 fev. 2025.

COPELLI, Giancarlo Montagner. **Construções entre filosofia da linguagem e Teoria do Estado: o Estado Social como Estado de Direito e seus desafios no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito). UNISINOS, São Leopoldo, 2018.

COPELLI, Giancarlo. M.; TASSINARI, Clarissa. **Pensando o Populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

CORNISH, W. R. et al. **Law and society in England : 1750-1950.** Oxford ; Chicago, Illinois: Hart, 2019.

CORREA, Cristiane. **Abilio:** Determinado, ambicioso, polêmico [recurso eletrônico]; Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2015.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in English law.** Oxford: Clarendon Press, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo : Saraiva, 1996.

DAU-LIN, Hsu. **Mutación de la Constitución.** tradução Christian Förster, Oñati: IVAP, 1998.

DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DEL NEGRI, André. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

DELAPIEVE, Thales. **Nem toda decisão com a qual não se concorda é ativismo judicial.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-08/diario-classe-nem-toda-decisao-qual-nao-concorda-ativismo-judicial/>. Acesso em: 3 fev. 2025.

DELAPIEVE, Thales.; TABORDA, Maren G. . Justiça e Espestáculo: A mídia e o julgamento do caso Mensalão. In: IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional, 2020, Porto Alegre. **Anais do IV Congresso Mundial de Justiça Constitucional.** Belo Horizonte: Dialética Editora, 2019. v. 2. p. 291-309.

DIAS ALVES, Adamo. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção.** Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 105. jul./dez. 2012.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution.** 6. ed. London: Macmillan, 1915.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Revolução permanente** [recurso eletrônico] : ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal. Porto Alegre, RS : Elegantia Juris, 2020.

DLS. **Pearce v Brooks:** 1866. Disponível em: <https://swarb.co.uk/pearce-v-brooks-1866/>.

DOURADO, Maristela S. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade.** Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Legislativo. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul: Brasília, 2008.

DR. SYED RAZA SHAH GILANI; AL-MATROOSHI, D. A. M.; QURESHI, M. A. N. Supremacy of the Parliament and the rule of law in the UK: An analysis. **Journal of European studies**, v. 40, n. 1, p. 15, 2024.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge, England: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EPSTEIN, L.; LANDES, W. M.; POSNER, R. A. **The behavior of federal judges : a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2013.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Para Gilmar Mendes, decisão de Fux “é o AI-5 do Judiciário” | GZH**. Disponível em:
<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2016/12/para-gilmar-mendes-decisao-de-fux-e-o-ai-5-do-judiciario-8758465.html>. Acesso em: 17 fev. 2025.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

SADER, E. GENTILI, P. (orgs.), **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, nº 21, 1994.

FERREIRA LOPES, Ziel . Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: José Emílio Medauar Ommati. (Org.). **Ronald Dworkin e o Direito brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, v. 1, p. 447-451.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2011.

FOLHA DE S.PAULO. Celso de Mello defende o impeachment de juízes - 19/5/1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/19/brasil/3.html>. Acesso em: 13 jan. 2025.

FOLHA.UOL.COM.BR. **Deputados pedem impeachment de ministros que votaram por criminalização da homofobia**. Disponível em:
<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/deputados-pedem-impeachment-de-ministros-que-votaram-por-criminalizacao-da-homofobia.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2025.

FRANCHINI, K. **Hipertrofia cardíaca**: mecanismos moleculares. [s.l.: s.n.]. Disponível em: [http://departamentos.cardiol.br/dha/revista/8-1/014.pdf.\)](http://departamentos.cardiol.br/dha/revista/8-1/014.pdf.)

FRIEDMAN, Richard. D. Chief Justice Hughes'Letter on Court-Packing. **Journal of Supreme Court History**, v. 22, n. 1, p. 76—86, jul. 1997.

FUKUYAMA, Francis. **The “end of history?”** Washington, D.C.: United States Institute Of Peace, 1989.

G1. **Lula tem 31%, Bolsonaro, 15%, Marina, 10%, aponta pesquisa Datafolha para 2018.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/lula-tem-31-bolsonaro-15-marina-10-aponta-pesquisa-datafolha-para-2018.ghtml>. Acesso em: 14 fev. 2025.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado.** Madri: Alianza, 1993.

GIULIANI, Luísa; ELSNER, Larrisa. BASTOS, Bruna. Org. **Diferentes questões a partir da crítica hermenêutica do direito** [recurso eletrônico]. Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022. p. 111-132.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SAKAAR, Elin (ed.). **Democratization and the judiciary:** the accountability functions of courts in new democracies. Frank Class: London. 2004.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **The federalist papers.** [s.l.] Start Classics, 2024.

HARPER-BILL Christopher; VINCENT Nicholas. eds. **Henry II: New Interpretations.** Boydell & Brewer; 2007.

HART, Herbert. **O conceito de direito**, 5.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOLMES JR, Oliver Wendell. **The path of the law.** [s.l.] Floating Press, 2009.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The common law.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press. 2009.

INGLATERRA. *Bowry v. Bennet* (1808) 1 Camp 348.

INGLATERRA. *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp 341.

INGLATERRA. *Pearce v. Brooks*, 1866, LR 1 Ex 213.

ISAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição:** Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. Constitutional Crisis: The German and the American Experience. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Tradução de Belinda Cooper. Berkeley/London: University of California, 2002.
- JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução de Fernando de los Ríos. México: Fundo de Cultura Económica, 2000.
- JOBIM, Nelson. O papel do Supremo Tribunal Federal no atual momento político brasileiro. **Anais do Seminário “O Supremo Tribunal Federal na História Republicana”**. Brasília : Dupligráfica, 2002.
- JOUANJAN, Olivier. **Une Histoire de la Pensée Juridique em Allemagne (1800-1918)**: Idéaclisme et Conceptualismo chez les Juristes Allemands du XIXe Siècle. Paris: PUF, 2005.
- JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle. FRANCO BAHIA, Alexandre de Melo. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- JUNIOR, R. B. Sobre a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes conexos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-24/roberto-beijato-competencia-justica-eleitoral-crimes-conexos/> acesso em
- KARAM, Henriete. **Entrevista com Lenio Streck: a literatura ajuda existencializar o direito**. ANAMORPHOSIS — Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 2, p. 615-626.
- KELLY, Duncan. **The State of the Political**: conceptions of politics and the State in the thought of Max Weber, Carl Schmitt and Franz Neumann. Oxford: Oxford University, 2003.
- KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 6^a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo : Martins Fontes. 2003.
- KEYNES, John Maynard. **The economic consequences of the peace**. [s.l.] Book Jungle, 2006.
- KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2009.
- LABAND, Paul. **Le Droit Public de l'Empire Allemand, v. II**. Tradução de G. Gandilhon. Paris: Giard & Brière, 1901.

LARA, Fabiano Rezende. **Por que a litigância aumentou?**: Avaliação de algumas hipóteses da literatura por meio das estatísticas históricas do Judiciário. Orientador: Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara. 2022. Dissertação de Mestrado (Mestrado) — UFMG - Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/46350/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Hugo%20Freitas%20Reis%20-%20Por%20que%20a%20litig%c3%a2ncia%20aumentou.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2024.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEGAL 500. **The Defence of Illegality — “Ex turpi causa non oritur actio” — The Cyprus Approach — Legal Developments**. Disponível em: <https://www.legal500.com/developments/thought-leadership/the-defence-of-illegality-ex-turpi-causa-non-oritur-actio-the-cyprus-approach/>.

LEITE, George Salamão; STRECK, Lenio Luiz; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book [não paginado].

LORENZONI, Pietro C. **Jurisdição constitucional de crise: análise e proposta hermenêuticas para a jurisdição constitucional extraordinária brasileira**. (Tese de Doutorado). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 24 jun. 2022.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system**. Northwestern University Law review, vol. 83, n. 1, p. 136-150, 1989.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Os recursos no novo CPC e a “Jurisprudência defensiva”**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme **O STJ enquanto corte de precedentes**: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARSH, S.B; SOULSBY, J. **Business Law**. 8th edition, Nelson: Cheltenham, 1998.

MARTÍ, José Luis. **EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA? Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes**. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-realismo-juridico-una-amenaza-para-el-liberalismo-y-la-democracia-0/>. Acesso em: 13 jan. 2025

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 2000.

MELLO, Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal - sessão plenária do dia 04.04.2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. **Direito Público**. Porto Alegre, ano 3, n.12, p. 21-47, abr./jun.2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Considerações sobre a PEC 8/2021, do Senado Federal - Discurso do Ministro Gilmar Mendes**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoMinistroGilmarPEC8.2021Sesso23.11.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito Constitucional** — 17. ed. — São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** — 8 ed. rev. e atual.— São Paulo : Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed., 2.tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BLANCO DE MORAIS (coord.) **Mutações Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MERLO, J. Pusey, **Charles Evans Hughes**. New York, 1951.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. 2 ed. — São Paulo. 2015.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Fundamentos para uma teoria da decisão judicial**. XVI CONGRESSO DO CONPEDI. 2007. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf. . Acesso em 05/05/2024.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. — São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2022.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. 2 e.d — São Paulo: Juspodivm, 2021

NERY JR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: Separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 2010, n. 187.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal (LGL\1988\3) comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983.

NEVES, Isadora Ferreira. **As três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito**: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Tese de Doutorado. São Leopoldo, UNISINOS, 2022.

NEVES, Isadora Ferreira. **O lugar da ponderação aleyana na doutrina brasileira**: por uma reinterpretação à luz da crítica hermenêutica do Direito. Dissertação (mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2014.

NEVES, Rafael. **PGR já arquivou 104 pedidos de investigação contra Bolsonaro vindos do STF**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/07/30/sob-aras-pgr-arquivou-mais-de-80-pedidos-de-investigacao-contra-bolsonaro.htm>. Acesso em: 18 fev. 2025.

NOGUEIRA, Octaciano. **1824** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018.

OLIVEIRA NEGRÃO, J. J. de. O governo FHC e o neoliberalismo. **Lutas Sociais**, [S. l.], n. 1, p. 103—112, 2004. DOI: 10.23925/ls.v0i1.18809. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/18809>. Acesso em: 8 maio. 2023.

OMMATI, José Emílio Medauar (Org.), **Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro**. 2ed. Belo Horizonte: Conhecimento, p. 387-424, 2021.

ONZE SUPREMOS. **A Teoria da decisão de Luís Roberto Barroso** (Com Emílio Peluso Meyer e Thomas Bustamante). Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/6qo26CTr96LqRRXqoH4nP8?si=a418324ea1c049ed>. Acesso em: 17 fev. 2025.

ORNELAS, Gabriela. **Bolsonaro reforça proposta de aumentar para 16 o número de ministros do STF**. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/politica/2022/10/5043126-bolsonaro-reforca-proposta-de-aumentar-para-16-o-numero-de-ministros-do-stf.html>. Acesso em: 13 fev. 2025.

ORTH, J. V. Did sir Edward coke mean what he said? **Constitutional commentary**, v. 16, p. 33—38, 1999.

PACHUKANIS, Evgeni. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

PALMA RESENDE, M.; CARVALHO, A. D. Z. de. Autodefesa e Contra-Ataques: o STF, seus Ministros e o Bolsonarismo no Caso Silveira. **Direito Público**, [S. l.], v. 21, n. 110, 2024. DOI: 10.11117/rdp.v21i110.7464. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7464>. Acesso em: 18 fev. 2025

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Teoria da Mutação Constitucional: limites e possibilidade das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. Tese de Doutorado em Direito do Estado — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009.

PEDRON, Flávio B. Q. **A mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Tese de Doutorado —Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte. 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar; SOARES, João Paulo. A (re)descoberta da teoria da mutação constitucional pelo STF: indícios de um estado de exceção? **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 21, n. 86, p. 205—205, 28 dez. 2021.

PESSOA, Paula; CREMONESI, Cleverton (org.) MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. (coord.) **Processo Constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Berhard. **Direitos fundamentais**. Tradutores António Francisco de Sousa e António Franco. — São Paulo : Saraiva, 2012.

POLETTI, Ronaldo. **1934** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018.

PORTO EDITORA. **hipertrofia no Dicionário infopédia da Língua Portuguesa** [em linha]. Porto: Porto Editora. Disponível em <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/hipertrofia> acesso em: 20 de dez. de 2024.

PORTE, Walter Costa. **1937** — 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018. p. 12-14.

PORUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n.º 810/93**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>. Acesso em: 23 jan. 2025.

POSTEMA, Gerald J. **Bentham and the common law tradition**. 2. ed. Cary, NC, USA: Oxford University Press, 2019.

QUARELLI, Vinícius; BARBOSA, Ana Julia Silva. **O que é isto — a crítica hermenêutica do Direito?** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito#_ftn3 acesso em: 09/10/2024

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de Constitucionalidade no Brasil:** perspectivas de evolução, São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Paulo. R. B.; DE OLIVEIRA JUNIOR, Jorge. F. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil Um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, v. 204, p. 25—42, 2014.

RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo Judicial:** Características e singularidades do voluntarismo à concretização de direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **O tribunal:** como o Supremo se uniu ante a ameaça autoritária. Companhia das Letras: São Paulo, 2023.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os Onze:** O STF, seus bastidores e suas crises. Companhia das Letras: São Paulo, 2019.

REDAÇÃO CONJUR. Lavajatismo é ideologia, não morreu e merece atenção, afirma Streck. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-out-29/lavajatismo-ideologia-nao-morreu-merece-atencao-afirma-streck/>. Acesso em: 14 fev. 2025.

REDAÇÃO CONJUR. Morre o ex-procurador-geral da República Geraldo Brindeiro, aos 73 anos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-29/morre-ex-procurador-geral-republica-gerald-brindeiro/>. Acesso em: 18 fev. 2025.

REDAÇÃO JOTA. Celso de Mello: Bolsonaro quer “controlar STF” ao propor ampliar número de ministros - JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/celso-de-mello-bolsonaro-quere-controlar-stf-ao-propor-ampliar-numero-de-ministros>. Acesso em: 13 fev. 2025.

REIS, Mauricio M. Precedentes obrigatórios e sua adequada compreensão interpretativa: de como as súmulas vinculantes não podem ser o "bode expiatório" de uma hermenêutica jurídica em crise. **Revista de Processo** - vol. 220/2013 | p. 207 - 228 - Jun / 2013.

RODAS, Sérgio Rodas. **Julgamento de suspeição de Moro tem embate sobre legado da "lava jato".** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-22/julgamento-suspeicao-embate-legado-lavajatista/>. Acesso em: 14 fev. 2025.

RODRIGEZ, Manuel. A.; AMADO, Juan A. G. **Un debate sobre la ponderación.** Lima: Palestra, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edições Profissionais Ltda, 2000

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

RÜTHERS, Bernd. **Die unbegrenzte Auslegung**: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Quinze Anos de Constituição**: História e vicissitudes. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHEZ URRUTIA, Ana Victoria. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. a. 20, n. 85, ene./abr., 2000.

SANTOS, Rafa. **Barroso reconhece protagonismo do STF, mas nega ativismo judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-27/barroso-reconhece-protagonismo-stf-nega-ativismo-judicial>. Acesso em: 23 jan. 2025.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SCHÄFER, Gilberto. **Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Political Theology**: Four Chapters on the Concept of Sovereignty. Chicago, Ill.: University of Chicago Press, 2005;

SCHMITT, Carl. **Dictatorship**: from the Origin of the Modern Concept of Sovereignty to Proletarian Class Struggle. Cambridge ; Malden: Polity Press, Cop, 2014.

SCHWARZ, Bernard. **Commentary on the Constitution of the United States**. Part I: The. Powers of Government. Vol. I: Federal and State Powers. New York: Macmillan, 1963.

SILVA, Diogo Bacha e. **Ativismo no controle de constitucionalidade**: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legitimidade apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Arroes Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41 ed. — São Paulo: Malheiros, 2018.

SIMPSON, A.W. **Oxford Essays in Jurisprudence** (Second Series). Oxford: Oxford University Press 1973.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **O sistema jurídico inglês**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, L. L.; SARLET, I. W.; CLÈVE, C. M. **Os limites Constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/amp/depeso/20381/os-limites-constitucionais-das-resolucoes-do-conselho-nacional-de-justica--cnj--e-conselho-nacional-do-ministerio-publico--cnmp>. Acesso em: 13 dez. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que os “precedentes” não são obedecidos?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-13/por-que-os-precedentes-nao-sao-obedecidos/>. Acesso em: 23 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Ainda e sempre o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/senso-incomum-ainda-ponto-fulcral-direito-hoje-precedente/>. Acesso em: 20 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *Terrae Brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 10, n. Curitiba, p. 2—37, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **CNJ não tem poder de alterar o CPC e nem de criar regras de processo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-dez-12/cnj-nao-tem-poder-de-alterar-o-cpc-e-nem-de-criar-regras-de-processo/>. Acesso em: 13 dez. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. Código de processo constitucional: superaremos finalmente o instrumentalismo? **Revista Gralha Azul**, v. 1, p. 136-142, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Decisão do TJ-CE comprova que não existe cultura de precedentes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-19/lenio-streck-decisao-comprova-nao-cultura-precedentes/>. Acesso em: 20 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. - 2. ed. - Belo Horizonte : Coleção Lenio Streck “de Dicionários Jurídicos ; Letramento ; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário Senso Incomum**: mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**. a. 49 n. 194 abr./jun. Brasília, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Ensino jurídico e(m) crise**: ensaio contra a simplificação do direito. São Paulo: Editora Contracorrente, 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto — decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto? O Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 27 - 41, out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Os 30 anos da constituição: o papel do direito e da jurisdição constitucional. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 18, n. 27, p. 91-109, jan./abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Porque interpretação não constrangida é vitamina para os anseios de tirania. **BOLETIM DO IBCCRIM**, v. 27, p. 32-33, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**. 5 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma (nova) reflexão sobre a coisa julgada no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-30/senso-incomum-reflexao-coisa-julgada-recente-julgado-stf/>. Acesso em: 7 fev. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. ver. e amp. São Paulo: Saraiva. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Lenio Streck: O STF, a prisão no júri e o voto equivocado de Barroso**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-03/lenio-streck-stf-prisao-juri-voto-equivocado-ministro-barroso/>. Acesso em: 16 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **O tribunal do júri em xeque**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/observatorio-constitucional/o-tribunal-do-juri-em-xeque>. Acesso em: 16 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz. **Um país sem precedentes**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/observatorio-constitucional/um-pais-sem-precedentes>. Acesso em: 20 jan. 2025.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI**. n. 7 — Jacarezinho, 2007.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; MORBACH, Gilberto. Da complexidade à simplificação da ratio decidendi: será mesmo que estamos a falar de precedentes no Brasil? **Revista Jurídica — UNICURITIBA**, Curitiba, v. 01, n. 54, p. 317-341, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; PEREIRA LIMA, Danilo. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 737-758, set./dez, 2013.

SUNG STUDIES NEWSLETTER. **Necrology Hsü Dau-Lin: 1906-1973**. Sung Studies Newsletter, no. 9, 1974, pp. 42—46. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/23497124>. Acessado em: 31 Jan. 2025

SWISHER, Carl Brent. **Decisões Históricas da Corte Suprema**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TÁCITO, Caio. **1988**— 3. ed. — Brasília: Senado Federal, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. Tese (Doutorado em Direito) São Leopoldo: Unisinos. 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEORIA IMPURA. **Levando Dworkin a Sério** (c/ Thomas Bustamante). , 11 mar. 2020. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/68ahx1daNEkZdx0xrNz19x?si=Gdr4IUYKQIO_ETQy2ebG8Q. Acesso em: 17 fev. 2025.

TORON, Alberto Zacharias. **Decisões controversas do STF**: Direito constitucional em casos. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

UNIVERSITY OF COLUMBIA. **Charles Evans Hughes**. Disponível em: https://c250.columbia.edu/c250_celebrates/remarkable_columbians/charles_hughes.html. Acesso em: 13 jan. 2025.

UOL. Bolsonarismo só existe porque existiu lavajatismo; Bolsonaro é produto disso, diz Lenio Streck. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C5QOwsX90YI>. Acesso em: 13 fev. 2025.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, año 20, n. 58, p. 105-135, jan./abr. 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte : Del Rey, 1994.

VERISSIMO, Marcus Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista Direito GV**, São Paulo, pp. 407-440, jul./dez, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLÉS, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social-Revista de Sociologia da USP**. vol. 19. n. 2. São Paulo: FFLCH-USP, 2007.

VICTORIANWEB. **Cremorne Gardens**: Gardens: Its History Between 1845 and 1877. Disponível em: <https://victorianweb.org/history/london/cremorne.html>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, p. 441—463, 1 dez. 2008.

VIRISSIMO, V. **Após quatro anos, Augusto Aras deixa PGR marcado pela omissão em relação à gestão Bolsonaro**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2023/09/26/apos-quatro-anos-augusto-aras-deixa-pgr-marcado-pela-omissao-em-relacao-a-gestao-bolsonaro/>. Acesso em: 18 fev. 2025.

VITAL, Danilo. Explosão de reclamações ao STF é sintoma do desrespeito à cultura de precedentes. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-04/explosao-reclamacoes-mostra-desrespeito-cultura-precedentes/>. Acesso em: 10 jan. 2025.

VITAL, Danilo. **“Precedente é a única alternativa”, afirma Barroso em evento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-09/precedente-nao-e-escolha-filosofica-ou-ideologica-e-a-unica-alternativa-diz-barroso/>. Acesso em: 21 jan. 2025.

VITAL, Danilo. **Desrespeito a um único acórdão não é ofensa a jurisprudência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-23/desrespeito-unico-acordao-nao-ofensa-jurisprudencia/>. Acesso em: 22 jan. 2025.

VON JHERING, Rudolf. **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Neu herausgegeben von Max Leitner.** 1. ed. Viena, Austria: Linde Verlag Ges.m.b.H, 2009.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial** [livro eletrônico] coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2012.

WERNECK VIANNA, Luiz; DE CARVALHO, Maria Alice R.; BURGOS, Marcelo B. **Quem somos:** a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018.

XIMENES DA ROCHA, Fernando Luiz. O Supremo Tribunal Federal como corte constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 34, n. 135, p. 185—190, 1997.

XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 119-142, jan-jun 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação Rescisória em Matéria Constitucional. **Revista de Direito Renovar**, vol. 27/153-174, 159-165, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.