

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO: AFRONTAS À SEPARAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA

FEDERAL SUPREME COURT AS A POSITIVE LEGISLATOR: VIOLATIONS TO THE SEPARATION OF POWERS AND DEMOCRACY

LA CORTE SUPREMA FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO: VIOLACIONES A LA SEPARACIÓN DE PODERES Y A LA DEMOCRACIA

 <https://doi.org/10.56238/arev7n8-237>

Data de submissão: 25/07/2025

Data de publicação: 25/08/2025

Wendelson Pereira Pessoa

Pós-doutorando em Direito

Instituição: Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

E-mail: wendelson.pessoa@trf1.jus.br

Fabiano da Silveira Pignata

Doutor em direito

Instituição: Pontifícia Universidade Católica (PUC) - Minas Gerais

E-mail: fabiano.pignata@gmail.com

Rafael da Rocha Allemand

Especialista em direito público

Instituição: Universidade Gama Filho (UGF) - Rio de Janeiro

E-mail: rafaelallemand@gmail.com

RESUMO

O trabalho tem o escopo de verificar se, em sede de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário pode atuar como legislador positivo, inovando na ordem jurídica através da mutação constitucional e de decisões aditivas e modificativas, bem como, se essa atuação viola os princípios democráticos e o dogma da Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Estado de Direito. Separação de Poderes.

ABSTRACT

The work aims to verify whether, in terms of constitutionality control exercised by the Federal Supreme Court, the Judiciary can act as a positive legislator, innovating in the legal order through constitutional mutation and additive and modifying decisions, as well as whether this action violates democratic principles and the dogma of the Separation of Powers.

Keywords: Constitutional Review. Rule of Law. Separation of Powers.

RESUMEN

El propósito de este estudio es determinar si, en el contexto del control de constitucionalidad ejercido por el Supremo Tribunal Federal, el Poder Judicial puede actuar como legislador positivo, innovando el sistema jurídico mediante enmiendas constitucionales y decisiones aditivas y modificatorias, así como si esta acción viola los principios democráticos y el dogma de la separación de poderes.

Palabras clave: Control de Constitucionalidad. Estado de Derecho. Separación de Poderes.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, denominada Cidadã, escrita após o período de regime militar, momento em que direitos e garantias fundamentais foram violados, o Poder Judiciário foi incumbido da função de guardião, principalmente no que tange à proteção aos direitos e garantias fundamentais face às investidas do Estado. Elencou-se um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito de acesso à Justiça, art. 5º, XXXV, possibilitando que qualquer pessoa se socorra do Poder Judiciário caso tenha o seu direito lesado ou ameaçado de lesão. Além disso, o Constituinte Originário manteve, como regra, o controle de constitucionalidade misto, realizado pelo Poder Judiciário, mecanismo pelo qual, qualquer órgão judicial pode declarar a invalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição. Tudo isso fez com que o Poder Judiciário ganhasse proeminência em relação aos demais poderes constituídos, Legislativo e Executivo. Todavia, a Carta Política cidadã não o elevou a poder moderador, colocando-o na mesma prateleira dos outros poderes, todos independentes, porém, harmônicos.

Nem sempre foi assim, houve um período em que vigorava, contrapondo-se ao Absolutismo, no qual todo o poder estava concentrado na mão de uma única pessoa ou um grupo, o Estado de Direito – rule of law -, em que o poder era limitado pela lei. Durante a sua vigência, o Poder Legislativo gozava de proeminência em relação aos demais poderes, principalmente em face do Poder Judiciário, a quem incumbia apenas aplicar a lei em vigor, sem espaço para interpretação e criação de uma norma retirada do texto legal. Tratava-se de modelo em que o Judiciário apenas revelava à vontade pré-estabelecida pelo legislador. O juiz era considerado, segundo expressiva formulação de Montesquieu, apenas a “boca da lei.”(BRANDÃO, 2014.) O pensador francês, no século XVIII, idealizou a Teoria Tripartite ou da Tripartição do Poder do Estado, contrapondo-se à concentração unipessoal ou de um determinado grupo de pessoas detentoras do poder. No final do século XIX vigorava o positivismo jurídico, corrente que igualou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou a primeira metade do século XX (BARROSO, 2006).” Ainda no século XX, em oposição ao Estado Legislativo, surgiu o denominado Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento primeiro o deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico e o reconhecimento da sua supremacia em relação às leis infraconstitucionais. Todas as leis e atos normativos devem ser compatíveis com às normas previstas no corpo da Carta Política do País. Contrapondo-se ao positivismo jurídico, advém a fase do pós positivismo, movimento em que os princípios de direito passaram a ser considerados normas jurídicas, desenvolvendo-se, assim, em torno da dignidade da pessoa humana, um teoria específica acerca dos direitos e garantias fundamentais. (BARROSO, 2006)”

No Estado Constitucional de Direito a Constituição é a lei suprema do ordenamento jurídico e toda legislação inferior deve obediência, formal e material, às suas normas. Surge, assim, a denominada Supremacia da Constituição, acompanhada do reconhecimento da sua normatividade, deixando de ser um mero documento político para ser considerada um documento jurídico, recheado de normas vinculantes. Assim, dotadas de imperatividade, as normas constitucionais passaram a ser de observância obrigatória por todos, sob pena de deflagração de mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado, caso sejam violadas ou descumpridas. Um dos mecanismos de proteção às normas constitucionais – da Constituição como um sistema coeso e único – é o controle de constitucionalidade.

No presente trabalho analisar-se-á a possibilidade de, em sede de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário pode atuar como legislador positivo, bem como se essa atuação viola à soberania popular ou está de acordo com os novos desafios da democracia contemporânea. O trabalho desenvolver-se-á com amparo em pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas sobre os temas e subtemas abordados, para em seguida, à guisa de conclusão, firmar uma posição acerca da possibilidade ou não da atuação do Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, atuar como legislador positivo e se há, com isso, violação aos princípios democráticos, inclusive ao dogma da Separação dos Poderes.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No século XVIII, insatisfeito com o modelo absolutista, o povo se rebela contra a concentração do poder nas mãos do rei. Pensa-se, assim, na criação de Poderes estatais, com funções distintas, autônomas, porém, harmônicas. Surge o Estado de Direito ou Estado Liberal, rule of law, período em que vigorou a supremacia da lei, dando ênfase ao Poder Legislativo em detrimento dos demais poderes constituídos. Surge, então, da lavra de Charles Montesquieu, pensador iluminista, a famosa Teoria da Separação dos Poderes, antes mencionada. A partir do século XX, advém o Estado Constitucional de Direito, constituído com base na supremacia das normas constitucionais frente às demais normas do ordenamento jurídico. Neste, a Constituição adquire força normativa e suas normas passam a ser espécies do gênero norma jurídica, o que antes lhe eram negadas. A Constituição deixa de ser apenas uma carta política, sem força vinculante e passa a irradiar seus efeitos para todo o conjunto de leis e atos normativos que lhe são subordinados. O reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição fez com se pensasse em mecanismos para o seu fiel cumprimento, bem como de proteção em face da sua inobservância por parte dos poderes públicos.

Um desses mecanismos de proteção às normas constitucionais é o controle de constitucionalidade, instrumento pelo qual é retirada a eficácia da lei ou do ato normativo incompatível, material ou formalmente, com a Constituição. Consiste, assim, “na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição.” Precede à aplicação de qualquer lei ou ato normativo, a verificação de sua compatibilidade com a Lei Maior, sob pena do intérprete negar aplicação da própria Constituição.

A partir do século XX, após protagonismo do Poder Legislativo e, em certa parte, do Poder Executivo, foram instituídos Tribunais Constitucionais com competências para efetivar e aplicar os direitos fundamentais. Foi no século XIX, numa dessas cortes constitucionais, que inaugurou-se o controle de constitucionalidade de leis, tendo como paradigma a Constituição. Estudiosos indicam o caso *Marbury v. Madison*, julgado perante a Suprema Corte Americana, em 1803, como sendo a primeira oportunidade em que se declarou a invalidade de uma lei por contrariedade à Constituição. No caso concreto, houve o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei federal de organização judiciária, datada do ano de 1789, a qual concedia à Suprema Corte uma competência que não lhe fora deferida pela Constituição.”(FILHO,2002) Nas lições de Nagib Slaibi Filho, 2002, “O julgamento é emblemático, pois, permitiu que a mais Alta Corte criasse o precedente de carrear para si e para os demais tribunais a atribuição de expressar o significado da Lei Maior, através do seu poder de verificar a compatibilidade das leis em face da Constituição [...].” A partir daí, não apenas os aspectos formais tiveram suas compatibilidades aferidas, como também os aspectos materiais.

A Constituição Americana de 1787 foi pioneira em diversos assuntos relevantes à concretude do controle de constitucionalidade. Dentre todos, destacam-se a existência de uma Constituição escrita e a sua rigidez. Constituição escrita, resumidamente, é aquela sistematizada em documento único. Por outro lado, a rigidez constitucional significa que, para alterar as normas da Constituição, é necessário um procedimento mais complexo/difícil, diferente daquele previsto para alteração das leis ordinárias. Além de uma Constituição escrita e sua rigidez, Luís Roberto Barroso elenca a supremacia constitucional como pressuposto de existência do controle de constitucionalidade.

Para que se efetive o controle de constitucionalidade, o parâmetro de controle, a Constituição, deve ocupar uma posição superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico e o seu processo de alteração deve ser mais complexo, daquele percorrido para modificação das demais leis.

A supremacia constitucional consiste em dizer que, além de ocupar o topo da hierarquia do escalonado ordenamento jurídico, a Constituição é fundamento de validade das demais normas e, por isso, nenhuma lei ou ato normativo poderá subsistir validamente se tiver em desconformidade com ela.” (BARROSO, 2012) O Ilmo. Ministro do STF leciona que: “Na celebrada imagem de Kelsen, para

ilustrar a hierarquia das normas jurídica, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativa.” Assim sendo, a lei ou ato normativo infraconstitucional que contiver contrariedade frente às normas constitucionais, serão declarados inconstitucionais, tendo sua nulidade decretada ab initio.

A rigidez constitucional consiste em dizer que o processo de alteração das normas constitucionais é mais complexo do que aquele previsto para criação e alteração do direito infraconstitucional. Assim não fosse, não teria razão de ser a distinção entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. (BARROSO, 2012) A rigidez constitucional impede que normas constitucionais sejam modificadas ao bel prazer dos parlamentares, sempre que desejarem ver suas demandas abarcadas pela Constituição. Trata-se de característica que visa a preservação e a estabilidade da ordem constitucional. O revés da rigidez é a plasticidade, que permite que a Constituição seja alterada pelo mesmo quórum de aprovação/alteração da legislação ordinária.

Advoga-se a tese de que para haver controle de constitucionalidade, a Constituição deve ocupar o vértice do ordenamento jurídico e que todo arcabouço legislativo ordinário seja com ela compatível, sob pena de nulidade. Bem como, que a sua alteração ocorra através de um procedimento diferenciado, mais complexo e difícil, do que aquele previsto para alteração do direito infraconstitucional.

O controle de constitucionalidade na Constituição do Império é tema polêmico, pois parte da doutrina menciona que não havia a previsão do mecanismo de controle da constitucionalidade. (BARROSO, 2012) Contudo, doutrinadores advogam a tese de que havia previsão do controle de constitucionalidade, porém, não era exercido pelo Poder Judiciário, e sim pelo Poder Legislativo, quem detinha a incumbência de interpretar as leis. (FILHO, 2002) No século XIX, em que vigorava o rule of law, de origem inglesa, o Legislativo detinha proeminência em relação ao Judiciário.

A Constituição de 1891, por inspiração estadunidense da judicial review, previu a competência da justiça federal e estadual para invalidar leis contrárias às suas normas. Adotou-se, assim, o modelo incidental e difuso de controle de constitucionalidade, permitindo aos magistrados a mais ampla cognição e a submissão de todas as causas. Ressalta-se que os juízes, mesmo com previsão constitucional, recusavam exercer o controle de constitucionalidade em face dos outros poderes, sob o argumento de que tal exercício não era oponível aos atos do Chefe do Estado e do Governo. (FILHO, 2002) Pode-se assim dizer, que a República Velha introduziu, mesmo que de forma restrita, muito por conta da falta de instrumentos jurídicos aptos, o controle judicial de constitucionalidade.

Surge, com a Constituição de 1934, a figura da representação interventiva, citadas por muitos estudiosos como sendo o primeiro caso de controle de constitucionalidade por via principal e concentrado, de competência da Suprema Corte. (BARROSO, 2012) Foi introduzido, também, o

recurso extraordinário como instrumento de controle da prevalência da Constituição e das leis federais, em face das causas decididas em única ou última instância pela Justiça estadual. (FILHO, 2002) A nova Constituição, com a adoção da representação intervintiva, passou a adotar, além do modelo estadunidense, o modelo de controle elaborado por Hans Kelsen e adotado pela Constituição austriaca. Outra inovação trazida pelo constituinte foi a previsão, no art. 91, IV, da suspensão da execução da lei ou do ato normativo, pelo Senado Federal, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Tal competência encontra guarida na atual Carta Política de 1988. Por derradeiro, houve a previsão do princípio da reserva de plenário – full bench -, atualmente previsto no artigo 97 da CF/88, no qual prevê o quórum de maioria absoluta para o reconhecimento da incompatibilidade da lei ou ato normativo em face da Constituição.

A Constituição de 1937, denominada de Polaca, foi avessa ao controle de constitucionalidade e concedeu poderes extremos ao Chefe do Executivo. Outorgada por Getúlio Vargas, numa época marcada pela redução das garantias constitucionais, a Constituição limitou os poderes do Judiciário no que tange à apreciação de leis e atos normativos elaborados pelo Presidente da República e vedou, expressamente, apreciação de questões exclusivamente políticas. Não houve previsão da representação intervintiva, bem como, da possibilidade de suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal.

Apequenado pela Constituição de 37, o controle de constitucionalidade, em 1946, com a promulgação da nova ordem constitucional, retornou com força total. Além de reinserir institutos que haviam sido revogados, por exemplo, ação intervintiva, suspensão pelo Senado da lei declarada inconstitucional pelo STF, a nova Carta política, após a EC. n.16/65, criou a ação genérica de inconstitucionalidade em face de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, bem como, de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual. Como destaca Luís Roberto Barroso, “Passava o Supremo Tribunal Federal a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Introduzia-se, assim, no direito brasileiro mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal, mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada...”. Instaurou-se, com a referida inovação, um controle misto de constitucionalidade, possibilitando a fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos, através do controle concentrado/abstrato e difuso/concreto. Assim, através da atuação do Poder Constituinte Derivado, alterando o art. 101 da Constituição de 1946, trouxe outra oportunidade de controle concentrado, não se confundindo, todavia, com a ação intervintiva. (STRECK, 2008)

Outorgada pelo regime militar, a Constituição de 1967, não trouxe grandes inovações ao sistema de controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2012) O que houve, nas lições de Nagib Slaibi Filho, foi uma “mudança da prática do Supremo Tribunal Federal.” Descreve o Ilmo. Desembargador, que a praxe era a comunicação da decisão que declarou a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo ao Senado Federal, para que este, sem vinculação, suspendesse sua execução. A decisão da Suprema Corte era declaratória de inconstitucionalidade, não operando efeitos erga omnes, efeitos alcançados apenas após a resolução senatorial. O STF se via obrigado a fazer a comunicação ao Senado Federal, que, reiteradamente, mantinha-se omissa. Contudo, no julgamento da representação n. 933, a Suprema Corte, pelo voto da maioria dos seus membros, concedeu, em sede de medida cautelar, uma liminar suspendendo a execução de uma lei declarada inconstitucional. Com isso, firmou-se o entendimento no sentido de que, em sede de representação de inconstitucionalidade – controle concentrado e abstrato – a suspensão da execução da lei ou do ato normativo não fica subordinada à resolução do Senado Federal. A resolução senatorial ficou restrita à declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso/incidental. O entendimento exposto no bojo da representação n. 933, foi referendado e ganhou guarda constitucional através da EC. n.7/77, permitindo que o STF processe e julgue o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo PGR. (FILHO, 2002)

Por fim, a Constituição de 1988, promulgada com a intenção de redemocratizar o país, manteve o controle misto de constitucionalidade, ampliou, demasiadamente, a possibilidade de provocar o STF acerca da inconstitucionalidade, por ação (ADI) e por omissão (ADO), da constitucionalidade (ADC), em casos de descumprimento de preceitos fundamentais nela previstos (ADCT), além de manter a ação direta de inconstitucionalidade intervintiva (ADIN). Houve ampliação dos legitimados ativos, antes apenas o Procurador Geral da República. A ampliação dos legitimados levou a criação da tese da pertinência temática subjetiva, pela qual o legitimado, exceto os denominados de universais, necessita demonstrar ligação subjetiva com a causa em julgamento, chamados de legitimados especiais. Aos Tribunais de Justiça estaduais e do Distrito Federal restou mantida a possibilidade de aferição da legislação estadual e municipal, tendo como paradigma às Constituições Estaduais. (REIS, 2022. p.57) Posteriormente, leis infraconstitucionais foram editadas para regulamentar as novas ações de proteção à jurisdição constitucional, as quais possibilitaram a concessão de medida cautelar, inclusive, em determinadas situações, monocraticamente.

A ampliação das possibilidades de exercício da jurisdição constitucional pela Suprema Corte, principalmente após a entrada em vigor da atual Constituição, gerou certo protagonismo do STF na defesa das normas constitucionais, o que, certas vezes, culminou com atuações ativistas, invadindo a

esfera de atuação dos outros poderes, principalmente do Poder Legislativo. Tais atitudes, na visão de alguns estudiosos, viola princípios democráticos e atingem o dogma da Separação dos Poderes.

3 MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDAS PELO PODER JUDICIÁRIO

É cediço que no direito brasileiro o controle de constitucionalidade é eminentemente realizado pelo Poder Judiciário. Contudo, excepcionalmente, permite que a defesa das normas constitucionais seja feita pelo Legislativo, através das Comissões de Constituição e Justiça de ambas as casas, e pelo Executivo através do voto a uma lei por considerá-la inconstitucional. O presente trabalho não tecerá detalhes acerca do controle político de constitucionalidade interessando, apenas, o controle judicial.

O controle judicial divide-se em: difuso ou concreto e concentrado. E, quanto ao modo de controle, divide-se em: incidental ou principal. O controle difuso costuma ser dâ pela via incidental e o concentrado pela via principal.

O controle difuso ou concreto, de origem estadunidense, é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal em que, na análise de um caso concreto, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é arguido por uma das partes. A questão da (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo não é o objeto principal da demanda, mas sim a sua questão prejudicial, que deve ser decidida antes da análise meritória. Nas lições do Ilmo. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, “a decisão “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão, apenas de afastar a incidência da norma viciada.” Luís Roberto Barroso assim dispõe: “É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio.” O juiz ou Tribunal, diante de uma demanda, pode recusar a aplicação de uma determinada lei ou ato normativo, sem necessidade de alegação das partes envolvidas na lide. (MENDES, 2024. p.137). A decisão de inconstitucionalidade no controle difuso produz efeitos entre as partes do processo e a sua eficácia é retroativa – ex tunc -, pois, a lei inconstitucional é nula de pleno direito – ab initio - não produzindo nenhum efeito na ordem jurídica. O controle difuso exercido pelos Tribunais possui uma especificidade em relação aquele realizado na primeira instância. Suscitada a questão constitucional perante o Tribunal, apenas pela maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial, a declaração de inconstitucionalidade poderá ser pronunciada. Trata-se da cláusula de reserva de plenário - full bench.(CÂMARA, 2022) Prossegue o ilustre processualista: Após o pleno efetivo do contraditório, o órgão fracionário competente para

conhecer da causa decidirá. É que [...] não se exige a reserva de plenário para a afirmação de que uma lei ou outro normativo é constitucional. Apenas para afirmação da inconstitucionalidade é que se exige o full bench, ou seja a manifestação do Tribunal Pleno ou do seu Órgão Especial.”

O controle concentrado ou abstrato, de origem austríaca, é aquele exercido pelo Supremo Tribunal, tendo como paradigma a Constituição Federal, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados-Membros e do Distrito Federal, com parâmetro das Constituições Estaduais. É denominado de direto e é exercido pela via principal, pois, a questão acerca da (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo é o objetivo principal da causa. Ao tribunal cumpre manifestar-se apenas sobre a validade de uma lei e, consequentemente, sobre sua permanência ou não no ordenamento jurídico. (BARROSO, 2012) É um processo objetivo, sem partes, cujo objetivo é a defesa da Constituição Federal ou Estadual. (MENDES, 2024. p. 172 e 173) A compatibilidade da lei ou do ato normativo com a Constituição é a questão principal do processo, é o mérito, e não prejudicial, como ocorre no controle difuso. É denominado de abstrato, pois, não está vinculado a uma causa concreta. A decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade atinge a todos – *erga omnes* –, até porque o processo é objetivo, sem partes, e retroage à entrada em vigor – *ex tunc* –, não produzindo nenhum efeito desde a sua criação.

O Supremo Tribunal Federal exerce as duas modalidades de controle de constitucionalidade, tanto de forma difusa, como a concentrada. Como descrito alhures, o controle difuso pode ser exercido por qualquer órgão do Judiciário, quando da apreciação de um caso concreto onde tenha havido uma arguição de inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo aplicável à causa.

Em regra, é através do Recurso Extraordinário que a Suprema Corte exerce o controle difuso e incidental de constitucionalidade. (BARROSO, 2012) A questão constitucional chega ao STF através do manejo do referido recurso, porém, ainda sim como questão prejudicial e não principal. A questão da (in)constitucionalidade da lei ou ato normativo é pressuposto lógico para o julgamento da causa principal, que pode versar sobre direito civil, penal, processual e etc. Por isso, a decisão do STF, que é declaratória, em regra, atinge as partes envolvidas na demanda – *inter partes* – e possui efeitos *ex tunc* restrito. O Constituinte de 1988, no art. 52, X, previu, em consonância com as previsões contidas nas Constituições de 1934, 1946, 1767, excetuando-se a de 1937, que nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em sede de controle difuso/concreto, o Senado Federal poderia suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional. O escopo da norma retromencionada, desde a sua criação, era atribuir efeito *erga omnes* a decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle incidental, que, conforme doutrina e jurisprudência, apenas atingiam as partes do processo. (BRANDÃO, 2014) Gilmar Ferreira Mendes aduz: “No Direito

brasileiro, a eficácia genérica da declaração de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em caso concreto, depende da suspensão do ato pelo Senado Federal...”. Voltaremos nesse tema mais adiante.

O controle concentrado/principal é exercido através das ações diretas previstas na Constituição, ação direta de constitucionalidade por ação (ADI), ação direta de constitucionalidade por omissão (ADO), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e a ação direta intervenciva (ADIN). Os legitimados ativos, aqueles previstos no art. 103 da CF, através das referidas ações, buscam um provimento judicial acerca da (in)constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, contrários à Constituição da República. Os legitimados especiais, conforme consignado alhures, necessitam demonstrar a pertinência temática, como pressuposto processual para prosseguimento da ação, ou seja, devem mostrar um liame entre eles e a norma objeto de julgamento. A decisão em controle concentrado possui efeito erga omnes e eficácia, em regra, ex tunc. Em caso de descumprimento do decisum cabe reclamação ao STF. A decisão possui efeito vinculante e, por isso, desnecessário que o Senado Federal suspenda a execução da lei.

A declaração de constitucionalidade pode recair sobre partes da lei ou disposição, mantendo-se as partes isentas de vício. A isso a doutrina chama de declaração parcial de constitucionalidade.

Além da declaração de constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo, a evolução doutrinária e jurisprudencial do STF vem se utilizando de decisões atípicas, as quais se situam entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade. Nas palavras de Rodrigo Brandão: “Essas técnicas de decisão têm em comum o fato de apartarem-se da figura do legislador negativo, visto que através delas o órgão judicial manipula a norma editada pelo legislador, modificando-a.”

A interpretação conforme à Constituição visa à preservação da validade de normas suspeitas de inconstitucionalidade. Assim sendo, além de método de interpretação é, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade. (BARROSO, 2024) Consiste na técnica utilizada nos casos de normas polissêmicas, isto é, aquelas que admitem mais de uma possibilidade interpretativa, sendo que uma delas é compatível com a Constituição. As interpretações que vão de encontro à Constituição são afastadas. A leitura mais óbvia da lei seria inconstitucional, assim, com fulcro no princípio da presunção da constitucionalidade das leis, o intérprete se utiliza da técnica para salvar a norma. Ao passo que infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, afirma outra que compatibiliza a norma com a Constituição. (BARROSO, 2024. p. 239) Contudo, o método não permite a criação de um sentido que não decorra razoavelmente do texto legal. (ANDRADE, 2003) A interpretação conforme à Constituição não pode se constituir em instrumento de salvação da lei ao

custo de uma interpretação forçada, configurando, assim, um exercício legislativo. Ressalta-se que, no caso da interpretação conforme, a norma é declarada constitucional, apenas uma ou algumas interpretações possíveis são consideradas inconstitucionais. Por ser considerada técnica de interpretação, doutrina e jurisprudência entendem que não há necessidade da reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF/88.

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto consiste na redução de incidência da regulação normativa, excluindo a sua incidência em determinadas situações. Assim sendo, nenhuma palavra é suprimida do texto da norma, porém, a sua aplicação em relação a determinadas pessoas, entes e circunstâncias é reconhecida inconstitucional, fato que gera a inaplicabilidade da lei para uns e aplicabilidade para outros. A utilização da referida técnica faz incidir o art. 97 da CF – reserva de plenário – segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade depende de decisão da maioria absoluta do Plenário ou do Órgão Especial.

Rodrigo Brandão conclui dizendo: “Daí se vê que, por um lado, a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto podem ser consideradas manifestações de autorrestrição judicial – na medida em que evitam a pura e simples declaração da inconstitucionalidade da norma –; por outro, podem também revelar uma atuação criativa, nos casos em que o Tribunal, a partir de princípios constitucionais abertos, se afasta significativamente do sentido literal do texto interpretado.”

Quando o Poder Judiciário declara uma lei inconstitucional e a fulmina do sistema jurídico, retirando-lhe toda eficácia, tem-se uma conduta denominada de contramajoritária, tendo em vista que o ato normativo foi elaborado, em regra, pelo Poder Legislativo, poder composto por representantes da maioria da sociedade. Há quem entenda que órgãos compostos por representantes não eleitos pelo povo não deveriam ter competência para invalidar decisões de órgãos de soberania popular. (BARROSO, 2012) A figura do legislador positivo, em obediência à democracia e ao dogma da Separação dos Poderes, é vinculada ao Poder Legislativo. A retirada da lei ou do ato normativo do sistema jurídico, pelo Poder Judiciário, faz surgir a figura do legislador negativo.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS FIGURAS DO LEGISLADOR POSITIVO E NEGATIVO

A jurisdição constitucional é o instrumento pelo qual é exercida a defesa da Constituição, tendo como principal função a verificação da compatibilidade da lei ou ato normativo com as normas constitucionais. Dentre os mecanismos de proteção da Constituição e da sua supremacia em relação às

leis inferiores, o controle de constitucionalidade é o principal. Ao Poder Judiciário, em regra, foi dado o encargo de defesa da Constituição através do controle de constitucionalidade.

É de conhecimento comum que a todos os órgãos do Poder Judiciário foi concedida competência para realização, no bojo de um caso concreto, do controle de constitucionalidade na modalidade difusa. Conduto, no presente tópico, dedicar-se-á falar acerca do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Quando o Poder Judiciário declara que uma lei -ato normativo- está eivada de inconstitucionalidade, retira-lhe a eficácia desde o nascimento. Essa decisão, no controle difuso, em regra, tem efeito inter partes e eficácia ex tunc restrita, alcançando a todos – erga omnes - caso o Senado Federal suspenda a sua execução, art. 52, X da CF/88. No controle concentrado, a decisão possui eficácia contra todos, efeito vinculante e sua eficácia é ex tunc. Nos dois casos, em regra, o STF atua contramajoritariamente e como legislador negativo, pois, apenas retira do ordenamento jurídico uma lei criada pelo Poder Legislativo, órgão de representação popular. Parte da doutrina denomina de dificuldade contramajoritária a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos da minoria.

A atuação contramajoritária em sistemas democráticos é, algumas vezes, criticada à proporção que se choca com a soberania popular e o dogma da Separação dos Poderes. Surge a questão: Numa democracia representativa é atribuição do Poder Judiciário coibir o desejo da maioria em defesa da minoria?

A atuação como legislador negativo, durante muito tempo, foi a tônica na Suprema Corte. Considerava-se que, no exercício do controle de constitucionalidade, deveria atuar, apenas, como legislador negativo, nunca como legislador positivo, sob pena de usurpar função típica do Parlamento. A atuação no controle de constitucionalidade, segundo o STF, teria uma função estritamente supressiva, competindo-lhe, apenas, retirar a eficácia da norma incompatível com a Carta Magna.

A jurisprudência do STF evoluiu e, com isso, passou a atuar, em casos específicos, como legislador positivo, nos casos de inércia do Parlamento, através do remédio constitucional Mandado de Injunção (MI), instrumento do controle de constitucionalidade difuso, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), instrumento do controle concentrado, da interpretação conforme à Constituição e sentenças aditivas e modificativas.

O Ministro Gilmar Mendes é um dos maiores defensores da atuação mais ativa da Suprema Corte. Vem defendendo a ampliação do emprego de técnicas incomuns na defesa da Constituição, principalmente com o manejo das decisões modificativas dos sentidos originais do texto – aditivas e modificativas -, indicando ser comum em qualquer jurisdição constitucional e pela imprecisão nos textos legislativos.

As sentenças aditivas e modificativas possuem vinculação mais tênue ao limite textual, diferentemente da interpretação conforme à Constituição e a declaração de constitucionalidade sem redução de texto. Por ela, sentença modificativa, segundo Rodrigo Brandão, “a Corte não se resume a censurar uma disposição na parte em que não prevê certa hipótese, mas na parte em que prevê certa consequência, ao invés de outra de acordo com a lógica intrínseca do sistema; numa primeira parte, portanto, anula o conteúdo da disposição impugnada, para depois reconstruir a mesma disposição com conteúdo diferente.” Prossegue descrevendo que: “Nas sentenças aditivas, emite-se uma decisão que alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, de forma a alcançar situações não previstas originalmente.” Assim, através de uma decisão judicial, a norma é alargada para abranger as situações que foram deixadas de lado pelo legislador, preenche-se, assim, uma lacuna legislativa.

A adoção dessas espécies de decisão demonstra que a Suprema Corte se afastou do dogma do legislador negativo, atuando, reiteradamente, de forma positiva, inovando na ordem jurídica. A doutrina se divide, uma parcela defende essa atuação mais ativa, principalmente na defesa dos direitos e garantias fundamentais, e outra a enxerga como violadora dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes.

O controle de constitucionalidade difuso, de origem estadunidense - *Marbury v. Madison* - é aquele realizado incidenter tantum, no bojo de um caso concreto, tendo a questão constitucional natureza jurídica de questão prejudicial ao deslinde do mérito da causa e, por fim, pode ser realizado por qualquer órgão do Poder Judiciário, desde o magistrado de primeira instância até o STF. Diante da ausência de controle concentrado, os EUA adotaram a técnica do *stare decisis*, que significa “deixe como está ou está decidido”, impondo observância às regras de julgados anteriores, as quais passam adquirir efeitos vinculantes. Os julgados anteriores recebem a denominação de corpo de precedentes. Nas lições de Toni M. Fine: “Dessa forma, o acúmulo e a compilação de casos anteriores compõem um corpo de precedentes que vincula as Cortes nas decisões posteriores.” Com isso, a Suprema Corte Americana, não dispondendo do controle concentrado de constitucionalidade, criou a figura do *stare decisis*, como forma de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário às suas decisões.

No Brasil, como já consignado, o controle de constitucionalidade é misto, sendo exercido de forma difusa e concentrada, este último, com efeito vinculante *erga omnes* e com eficácia *ex tunc*. O controle difuso, em regra, possui efeito inter partes e eficácia *ex tunc* restrita às partes do processo dependendo, para adquirir eficácia *erga omnes*, da resolução senatorial, prevista no art. 52, X da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, capitaneado pelo Ilmo. Ministro Gilmar Ferreira Mendes, passou a utilizar a teoria denominada Abstrativização do Controle Difuso, com a finalidade de dar às decisões, expedidas em sede de controle difuso, eficácia *erga omnes*, sem necessidade da resolução do Senado

Federal. Conforme o magistério de Gilmar Mendes: “A suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pela Excelsa Corte foi a forma definida pelo constituinte para emprestar eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.” Todavia, mesmo alcançando efeito erga omnes, doutrina e jurisprudência eram uníssonas em dizer que a eficácia era ex nunc. Essa situação, suspensão da lei declarada inconstitucional com eficácia ex nunc, caminha de encontro com a tese que professava que a decisão em sede de controle de constitucionalidade possuía natureza declaratória e efeito ex tunc. Trazendo à baila essa questão, Gilmar Ferreira Mendes aduz: “Afirma-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia de inconstitucionalidade tem efeito ex tunc contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório.”

No bojo do julgamento da Reclamação n. 4335-5, do Acre, houve uma guinada jurisprudencial, alcançada através do mecanismo denominado mutação constitucional, no sentido de se atribuir os mesmos efeitos do controle concentrado ao controle difuso de constitucionalidade. A reclamação foi proposta com o objetivo de levar ao conhecimento do STF o não acatamento da decisão, em controle concreto/difuso, que entendeu pela inconstitucionalidade da vedação a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos. Porém, a conclusão do julgamento da reclamação alterou toda a dinâmica do controle de constitucionalidade no sistema jurídico pático.

Discorrendo acerca da reclamação, o ilustre professor Lenio Luiz Streck salientou: “poder-se-á chegar (...), a uma nova concepção, não somente do controle de constitucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo.” Além disso, o remédio jurídico trouxe profunda transformação do sistema de controle de constitucionalidade, representando o fim das diferenças entre o sistema difuso e o sistema concentrado. (PEDRON, 2015) Como informado, a mudança de entendimento amparou-se na técnica denominada de mutação constitucional, pela qual foi feita uma releitura da norma insculpida no art. 52, X, da CF. Neste ponto surge a questão: em que consiste a mutação constitucional?

Mutação constitucional é, resumidamente, processo de alteração informal da Constituição (BARROSO, 2024.) Segundo o ilustre professor: “Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto.” A doutrina denomina esse poder de alterar a Constituição, sem, contudo, alterar o seu texto, de Poder Constituinte Difuso. Sua titularidade, ao lado do Originário e Derivado, pertence ao povo, todavia, exercido através dos representantes eleitos, em respeito a soberania popular.

Concluído o julgamento da Reclamação, o STF não só atribuiu efeito erga omnes ao controle difuso exercido pela corte, como também, “releu” o artigo 52, X da CF/88, e deixou consignado que a resolução do Senado Federal tem o simples papel de dar publicidade às decisões proferidas.

O julgamento da Reclamação n. 4335-AC, marcou uma aprofunda alteração no sistema de controle de constitucionalidade, ocasionando, segundo estudiosos, uma similitude entre o controle difuso e o concentrado quando exercidos pelo Supremo Tribunal Federal. A questão constitucional girava em torno dos efeitos produzidos pelas decisões da Suprema Corte em sede de controle difuso/concreto. Pacificou-se, por muito tempo, o entendimento de que os efeitos seriam inter partes – alcançando apenas as partes da causa – e a eficácia ex tunc restrita – abarcando apenas o caso concreto sub judice. Para alcançar o efeito erga omnes, ou seja, alcançando a todos, o STF, necessariamente, dependeria da resolução do Senado Federal, órgão do Poder Legislativo Federal, que não estava obrigado a expedi-la. A suspensão da execução da lei ou ato normativo declarados inconstitucionais tinha a finalidade de reduzir a chegada de demandas semelhantes ao Supremo. Pois bem, a decisão equiparou os efeitos do controle difuso aos do controle concentrado e, através da mutação constitucional, decidiu que a resolução senatorial tem efeitos, meramente, publicitários das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade difuso. Por esse entendimento, o artigo 52, X, da CF/88, tornou-se letra morta. (FILHO, 2002) Ressalta-se que, inicialmente, a resolução do Senado Federal era necessária para ambas as modalidades de controle de constitucionalidade.

Surge a vexata quaestio: é possível atribuir efeitos erga omnes e vinculante às decisões emanadas do controle difuso, dispensando-se a participação de outro poder, transformando-o em órgão publicitário do STF? O ilustre professor Lenio Luiz Streck entende que não. Entende que a atuação do STF, no controle difuso, atua como corte de apelação e o resultado dessa atuação não é fruto do julgamento de uma tese, mas sim de uma preliminar de mérito de um caso concreto. Possibilitar o cabimento da Reclamação contra uma tese e não contra a decisão proferida no caso concreto desloca a discussão jurídica para os discursos de fundamentação, elaborados de forma descontextualizada. (STRECK, 2008) Conclui dizendo que: “a alegação de que cabe reclamação contra as teses e não contra julgados do STF incorre na imprecisão inerente ao papel das cortes controladoras da constitucionalidade que é o agirem diante de uma situação contextualizada.”

A diminuição da participação do Senado Federal, outorgando-lhe função de órgão de imprensa, é afastar a participação popular do controle de constitucionalidade. A atuação da casa legislativa no controle difuso é de forma indireta e imposta pelos princípios democráticos insculpidos na Carta Política. Assim sendo, excluir a participação do Senado Federal, no que tange à possibilidade de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional incidenter tantum, é, segundo Streck: “retirar

do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988.”

Além do princípio democrático, cita-se, também, violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, todos com guarda constitucional. Isto se dá, pois, a ampliação do efeito da tese vencedora do caso concreto atingirá aqueles que não participaram do processo. Não por outro motivo, que se construiu a tese de que a resolução senatorial possui efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Não fosse assim, qual seria o sentido do constituinte originário, desde 1934 até os dias atuais, incumbir o Senado Federal da função de suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional? É cediço que a Constituição não possui normas inúteis, todas são dotadas de alguma função dentro do sistema. Estudiosos, como STRECK e PEDRON, entendem que a função principal do art. 52, X, da CF/88, é a extensão dos efeitos da decisão tomada em sede de constitucionalidade, em regra inter partes, transformando-os em *erga omnes*. Soma-se a isso, a natureza política da atuação do Senado Federal, que cumpre um importante papel no que toca à participação da sociedade no controle de constitucionalidade, provocando um ganho qualitativo de legitimidade à suspensão da lei ou ato normativo. (PEDRON, 2015)

Em conclusão de julgamento, pelo voto da maioria dos Ministros, assim ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal:

“Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam habeas corpus de ofício. (...) Plenário, 20.03.2014.”

A tese jurídica adotada por alguns Ministros do STF, principalmente Gilmar Mendes e Eros Grau, foi amparada pela denominada mutação constitucional ocorrida sobre o art. 52, X, da CF/88. Segundo os Ministros, a resolução do Senado Federal se destina a dar maior publicidade às decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, pois, assim como no controle concentrado, os acórdãos produziriam efeitos subjetivos *erga omnes* e não apenas *inter partes*. (BRANDÃO, 2014). Em seu voto, o ilmo. Min. Eros Grau assim se manifestou:

“passamos em verdade de um texto [pelo qual] 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: “compece privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.”

O próprio Ministro diz que houve alteração de um texto pelo outro, ou seja, não houve atribuição de uma nova norma a um texto, mas sim a substituição de um texto por outro texto, este último criado pelo STF. (STRECK, 2008) O novo texto criado pela Suprema Corte modifica uma competência constitucional atribuída a outro poder constituído, não mais o Senado Federal, mas o Supremo Tribunal Federal.

A mutação constitucional, neste caso específico, não seria uma substituição do Constituinte pelo Judiciário, revelando, com isso, uma afronta à Separação dos Poderes e à democracia? O STF avocou uma legitimidade duvidosa, atuando como um Poder Constituinte Permanente e não apenas como guardião da Constituição. Esse dito “poder permanente” passa a ser um subterfúgio mais imediatista para alteração da normatividade constitucional pelo STF. (PEDRON, 2015) Essa atitude, na lição de Lenio Luiz Streck, “soçobra a democracia”. (STRECK, 2008) A mutação constitucional encontra limites no próprio texto constitucional, os quais, uma vez ultrapassados, haverá violação ao poder constituinte e, consequentemente, a soberania popular. (BARROSO, 2024, p.104) Conclui-se, portanto, que a mutação constitucional não pode desvirtuar o espírito da Constituição e encontra limites na preservação do espírito da norma constitucional e nos princípios fundamentais.

Conclui-se, assim, que ao Poder Judiciário é dada a incumbência de guardar/proteger a Constituição e não alterá-la, ocasionando a criação de uma nova norma jurídica, pois, este não é o seu papel numa democracia. O Judiciário, apenas na atuação atípica, possui função legislativa, porém, em nenhuma hipótese a Constituição lhe reservou a função de Poder Constituinte. Por isso, não há como concordar com as palavras do Min. Eros Grau, no julgamento da reclamação em comento, quando aduziu: “Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém, de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.” Não. O STF não pode se substituir ao processo constituinte derivado e alterar o texto de uma norma constitucional, mesmo através de uma dita “mutação constitucional”. Afinal, cabe ao STF corrigir a Constituição? Seria o STF um poder constituinte permanente, com mais poderes do que o próprio Poder Constituinte Derivado/Reformador? A resposta é não.

5 STF, SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEMOCRACIA

O STF, através de um mecanismo de alteração informal da Constituição, esvaziou uma competência constitucional atribuída a outro poder constituído. A atuação, no caso em comento, alterou o texto da norma constitucional por outro elaborado pelo Poder Judiciário, violando frontalmente à Separação dos Poderes e à Democracia. A ideia de que o Poder judiciário construa uma norma constitucional, incorporando ao seu texto elementos dele não constantes expressamente é, em regra,

repudiada pela doutrina e jurisprudência, ao argumento de que, se assim fosse possível, haveria assunção da função legislativa, a qual, apenas de forma atípica e com autorização constitucional, pode ser realizada. (ANDRADE, 2003) PEDRON questiona: “(...) poderia o STF modificar uma norma presente no texto da Constituição de 1988, versando sobre separação dos poderes, uma vez que o próprio texto constitucional, no seu art. 60, §4º, III, impede a alteração pela via de Emenda à Constituição?”

A Separação dos Poderes surgiu com o Liberalismo em contraposição ao regime Absolutista, no qual todo o poder era concentrado na mão do Rei – monarquia- ou de um grupo de pessoas – oligarquia, que não devia obediência à lei. Na idade média, Aristóteles e Locke já cogitavam a divisão do poder em funções distintas, porém, exercidas por um mesmo órgão. Foi na obra “O Espírito das Leis”, que o pensador francês Charles Montesquieu elaborou a Teoria Tripartite, dividindo em três as funções do Estado, as quais seriam exercidas de forma independente, porém, harmônica. As funções pensadas por Montesquieu foram: a legislativa, com a incumbência de formular as leis regentes do país; a executiva, responsável pela execução das leis em vigor; e a judicial, responsável pela resolução das lides através da aplicação das leis. No liberalismo, o Poder Legislativo ganha proeminência em relação aos demais poderes, tendo em vista a vigência da supremacia da Lei – rule of law ou Estado de Direito. Junto com a Separação dos Poderes surgiu o sistema de freios e contrapeso – checks and balances – um mecanismo de controle recíproco entre os poderes. (James Madison foi o grande idealizador desse mecanismo que, posteriormente, foi inserido na Constituição Americana). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produzida pela Revolução Francesa, no seu artigo 16, prescreveu que: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” (BARROSO, 2024. p. 619).

O Constituinte Originário de 1988 alçou a Separação dos Poderes à condição de princípio fundamental da República Federativa. Além disso, a protegeu da atuação do Poder Constituinte Reformador, colocando-a sob o manto de cláusula pétrea, não podendo ser abolida nem mesmo por Emenda Constitucional. Após a promulgação da Constituição, o Poder Constituinte Originário volta ao seu estado latente e, a partir daí a alteração das suas normas se dá, em regra, através do Poder Constituinte de Reforma, seguindo o procedimento formal traçado por aquele. A mutação constitucional, como já mencionado, seria um procedimento de alteração informal do texto constitucional. Algumas normas constitucionais, em razão da sua matéria, estão acobertadas pela intangibilidade, não sendo objetos de emendas constitucionais tendentes a aboli-las. Dentre estas normas está a Separação dos Poderes (art. 60, §4º, III).

A questão que se levanta é: o STF, através da mutação constitucional, processo informal de alteração da Constituição, poderia criar um novo texto constitucional, abolindo uma competência de outro poder constituído, infringindo, com isso, o dogma da Separação dos Poderes e, indiretamente, à Democracia? A resposta, mais uma vez, é não. Caso contrário, possibilitar-se-ia a alteração do texto constitucional pelo quórum simples de 06 (seis) votos. No julgamento da Rcl. n. 4335-AC, o texto constitucional foi alterado pelo voto de 06 (seis) Ministros, que votaram a favor do pedido, 04 (quatro) Ministros se posicionaram pelo não conhecimento da ação e 01 (um) faltou a sessão de julgamento. Noutro giro, caso a alteração fosse perpetrada pelo Poder Constituinte Reformador, detentor de legitimidade democrática, a proposta deveria ser discutida nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, sendo aprovada com a obtenção de 3/5 dos votos dos respectivos membros (BRASIL, 1988), ou seja, mais de 300 (trezentos) Deputados Federais e 49 (quarenta e nove) Senadores. Se ao Poder Legislativo, detentor de legitimidade democrática – composto por representantes do povo, eleitos através de eleições periódicas – o constituinte originário impôs um quórum especialíssimo, consequência da rigidez constitucional, não seria plausível possibilitar a alteração da Constituição pelo Poder Judiciário através de um quórum mínimo.

O processo de criação de uma Constituição, exceto se for outorgada/imposta, é influenciada pela vontade popular e pelos movimentos sociais. (ANGELIN, 2023) A Constituição de 1988, alcunhada de Cidadã, é um exemplo disso, pois, promulgada no período de transição democrática. Sendo assim, a Constituição é produto dos anseios coletivos – povo –, exercidos através de representantes eleitos. Não por outro motivo, que o termo Democracia remete-se à expressão “governo do povo”, titular do poder exercido através dos poderes constituídos.

Possibilitar que o STF altere o texto constitucional, atuando como legislador positivo, uma espécie de poder constituinte permanente, é negar a democracia, pois, possibilita que pessoas não eleitas pelo povo altere a vontade da maioria insculpida na Carta Política.

6 CONCLUSÕES

O escopo central do presente trabalho foi discorrer acerca da possibilidade ou não do Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, através de processos informais de alteração do texto constitucional, sentenças modificativas e aditivas e interpretações que alterem o texto da Constituição, agir como legislador positivo, até mesmo, nalguns casos concretos, por exemplo, a Rcl. n. 4.335-AC, como um poder constituinte permanente, com mais poderes, inclusive, que os poderes constituídos por membros eleitos pelo povo, o verdadeiro titular do poder. Após discorrer acerca de temas relevantes para o estudo da causa, controle de constitucionalidade, seu histórico nas

constituições brasileiras, modalidades e decisões, verificou-se que há uma tendência de apequenamento do controle difuso/concreto em detrimento de uma expansão do controle concentrado/abstrato, aquele restrito à Suprema Corte e exercido através de ação direta. O julgamento da Reclamação n. 4335-AC, baseou-se numa alteração jurisprudência e doutrinária acerca dos efeitos da decisão em sede controle de constitucionalidade difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal, equiparando-o aos efeitos do controle concentrado. Para se alcançar o resultado querido pela tese vencedora, a maioria do Tribunal esvaziou a competência constitucional do Senado Federal, órgão integrante do Poder Legislativo, e, com isso, alterou o texto constitucional previsto no art. 52, X, da CF/88, relegando, à Casa Senatorial, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, o mero papel de órgão de imprensa, incumbido de dar publicidade às decisões da Corte. Através de uma mutação constitucional a Suprema Corte esvaziou uma competência constitucional atribuída a outro Poder, agindo como se poder constituinte fosse, porque, não houve uma reinterpretação pura simples, mas sim a criação de um novo texto, conforme palavras do Ilmo. Min. Eros Roberto Grau, anteriormente mencionadas. A doutrina constitucional é uníssona em caracterizar a Constituição de 1988 como sendo rígida, ou seja, prevendo um procedimento mais complexo e difícil para sua alteração. A rigidez constitucional, ao lado da supremacia, são elementos necessários à configuração do controle de constitucionalidade. Por isso tudo, não é plausível que através dos votos de 06 (seis) Ministros, não detentores de soberania popular, seja feita uma Emenda à Constituição, rito pelo qual há imposição de votação em dois turnos, nas duas casas, sendo aprovada após obtenção de 3/5 dos votos dos integrantes do Congresso Nacional, preenchido, aí sim, de representantes eleitos pelo povo. Não resta dúvida que, a atuação do Poder Judiciário como legislador positivo, salvo raras exceções, afeta o equilíbrio entre os Poderes, violando o dogma da Separação dos Poderes, e o princípio democrático, que repousa na soberania popular, de um governo da maioria. Por todo exposto, o controle de constitucionalidade, mecanismo de proteção da Constituição, não pode ser utilizado para vilipendiá-la, principalmente pelo seu guardião.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Gouvêa de. Dimensões da interpretação conforme a Constituição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005

BARROSO, Luís Roberto. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o dogma do legislador negativo. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 44, p. 189–220, jan./jun. 2014. DOI: 10.17808/des.44.385. Acesso em: 21 ago. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2025.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

FILHO, Nagib Slaibi. Breve história do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FINE, Toni M. *Stare decisis e a natureza vinculante dos precedentes*. Tradução de Rogério Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da Reclamação nº 4335-AC e o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa, v. 52, n. 205, p. 105–124, jan./mar. 2015.

REIS, Fabrício de Almeida Silva. A atuação (contra)majoritária do Supremo Tribunal Federal e a constitucional das minorias: duas hipóteses no Brasil. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 18, n. 1, p. 1–22, jan./abr. 2022. Disponível em:
<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadodireito/article/view/6269>. Acesso em: 21 ago. 2025.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 4335/AC. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=Rcl&numero=4335#/>. Acesso em: 21 ago. 2025.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 179, p. 207–228, jul./set. 2008.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes de Souza Allain; LOBO, Júlio Cesar Matias; DEOCLECIANO, Pedro Rafael Maveira. Uma análise crítica das funções contramajoritária, representativa e iluminista do Supremo Tribunal Federal (STF) à luz da doutrina da efetividade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 34, p. 273–300, jan./abr. 2022. Disponível em:
<https://revista.ibradec.com/ojs/index.php/rbdc/article/view/563>. Acesso em: 21 ago. 2025.