

O voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, na Reclamação n. 4.335/AC: proposta de mutação constitucional do inciso X do Art. 52 da Constituição Federal.

Abraão Gonçalves Saigg¹

Em voto proferido na Reclamação n. 4.335, do Acre, pendente de apreciação pelo Pleno, o relator, Senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, propôs uma nova leitura do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Como sabido, tal dispositivo outorga ao Senado Federal a competência para “suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

A Reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, questionando decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu pedidos de progressão de penas para os reclusos que cometeram crimes hediondos.

Alegou a reclamante que o STF, em sede de controle incidental, no julgamento do HC n. 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, considerando inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Todavia, foi justamente o fato de a decisão haver sido em controle incidental que ensejou a negativa do juiz monocrático. Diante desse quadro, o Ministro Gilmar Mendes, após farta argumentação, proferiu voto pela procedência do pedido, chegando à seguinte conclusão quanto ao papel do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade de leis e atos normativos:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de

¹ Assessor Técnico-Jurídico da Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados. Advogado e Economista. Pós-graduando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

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 (Constituição austríaca, art. 104,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê⁶⁰.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.

Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988.

⁶⁰ VOGEL, Klaus. Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. In: STARCK, Christian (Org.) Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. 1. Ed. Tübingen: Mohr, 1976, V.

Com esse voto o Ministro Gilmar Mendes busca definitivamente garantir a eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, transforma o Senado Federal em uma mera repartição, cuja função, no caso, seria a de imprimir publicidade às decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, a despeito da importante missão que lhe foi confiada pelo Poder Constituinte Originário.

Não há dúvidas que o controle abstrato de constitucionalidade vem ganhando importância em relação ao controle incidental. Prova disso são as inovações introduzidas tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional. Cite-se como exemplo dessa prevalência, por exemplo, o aumento do número de legitimados para a deflagração do controle abstrato de normas, não competindo, agora, apenas ao Procurador-Geral da República tal poder. Além disso, com a possibilidade de concessão de liminar suspendendo a lei ou ato normativo, fica clara a precedência do controle abstrato sobre o incidental. Também o surgimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade acentuou mais ainda essa prevalência. Para fins de completar do sistema de controle de constitucionalidade, surgiu a ADPF, que pode atribuir eficácia geral a decisões com características notadamente incidentais.

O controle de constitucionalidade difuso também passa por uma fase de racionalização. Nesse sentido, pode-se citar a constitucionalização do instituto da Repercussão Geral, da Súmula Vinculante e da desnecessidade de decisão dos plenos dos tribunais em face de haver decisão do STF sobre o tema.

Ressalte-se, também, que o Supremo Tribunal Federal vem buscando racionalizar suas decisões, prova disso é seu esforço de propagar a transcendência dos fundamentos determinantes de suas decisões. Dessa forma, suas decisões em controle incidental, pelo efeito transcendente, alcançariam processos da mesma natureza dos já decididos. Em relação ao controle incidental, a dificuldade que se vislumbra é a de que cada processo pode possuir características próprias, tornando dificultosa a correlação entre as matérias a serem decididas.

De fato, deveriam ser rendidas homenagens a tão forte argumentação, que partiu de um dos mais importantes constitucionalistas do Brasil. Todavia, a afirmação de que o Senado Federal funcionaria como uma “chancelaria” ou um “Ministério” não soa bem. Assim, embora concordando que o controle de constitucionalidade no Brasil vem ganhando um perfil notadamente concentrado, não há como defender a conclusão que chegou o Ministro Gilmar Mendes.

Inicialmente, a redação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, introduzido pelo Poder Constituinte Originário, prevê expressamente, como já ressaltado, a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei ou ato

normativo declarado definitivamente, no todo ou em parte, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Suspender não quer dizer fazer publicar. Suspender é fazer alguma coisa cessar. Por óbvio, serão cessados os efeitos de uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF.

Há que se entender que se o Supremo Tribunal Federal vier a cancelar a proposta do Ministro Gilmar Mendes estará, via interpretação própria, alterando a Constituição Federal sem a participação popular. A fórmula do Senado Federal há que ser revista, não há outro caminho. Mas essa revisão deve ser realizada no Congresso Nacional, palco para as grandes discussões nacionais. É nesse território que o Supremo Tribunal Federal será reconhecido como competente para a declaração dos efeitos *erga omnes* também no controle de constitucionalidade incidental de leis e atos normativos. Parece que esse é um caminho sem volta. Todavia, isso não legitima o Supremo Tribunal Federal, por sua conta e risco, alterar a interpretação de texto constitucional introduzido pelo Poder Constituinte Originário, desprovido-o de qualquer força normativa, exceto a irrisória competência de dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal.

Sobre a matéria constante da Reclamação, deve-se lembrar que a decisão plenária sobre a inconstitucionalidade da progressão de regimes pelos praticantes de crimes hediondos foi bastante apertada. Cinco dos ministros não se pronunciaram pela inconstitucionalidade do dispositivo legal. O próprio Supremo Tribunal Federal pode rever sua decisão em outra oportunidade. Esta foi uma das alegações do juiz monocrático. Não se poderia dar azo a tal argumentação se tal decisão fosse proferida em controle concentrado.

Outra questão que se levanta é a seguinte: teria o juiz monocrático concedido a progressão se entendesse que realmente os dispositivos são inconstitucionais? Parece que o magistrado não deferiu o pedido por ser contrário à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim por entender que a norma não seria inconstitucional. Porém, se esse foi o mote, seria um desprestígio para a nossa Corte Maior.

Retornando à competência do Senado Federal, vejamos os seguintes comentários de Nelson Nery Costa:

De acordo com o inciso X, do art. 52, da CF, cabe ao Senado Federal a importante responsabilidade de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934 introduziu a competência do Senado para fazer tal declaração, já que até então só havia o controle difuso, por via de defesa. A competência foi instituída para evitar que os órgãos do Judiciário fiquem assoberbados com inúmeras ações sobre a matéria, que a jurisprudência do Excelso Pretório já pacificou. Resta saber, então, qual a competência da Casa Legislativa e se tem discricionariedade para examinar a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Para uns, teria poder para reexaminar a questão, posição que não se sustenta, pois a competência do art. 103, da CF, é para ter caráter definitivo, cabendo a este Tribunal a competência de ser o intérprete da Constituição. Para outros, cabe o papel formal de dar publicidade, pela respeitabilidade da instituição e o caráter federativo da Casa Legislativa.²

Nessa linha, pode-se afirmar que as reformas constitucionais que alteraram a feição do controle de constitucionalidade não legitimam a mutação constitucional que se propõe.

O juiz do Acre entendeu que a norma constitucional que confere competência ao Senado Federal de suspender a lei ou ato normativo é o freio que lhe proíbe de praticar uma ilegalidade. Segundo tal entendimento, não está o magistrado a seguir a decisão do Egrégio Tribunal porquanto não dotada de eficácia *erga omnes*.

Em situações em que o clamor popular fosse totalmente favorável à declaração de inconstitucionalidade, não haveria certeza de que o mesmo magistrado negasse força normativa à decisão do Supremo Tribunal Federal. À primeira vista, parece que tal decisão baseou-se no sentimento do magistrado em relação à constitucionalidade da lei que o STF declarou inconstitucional.

Na ADI 15 – Distrito Federal, o STF, seguindo o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, declarou inconstitucionais os artigos 8º e 9º da Lei 7.689/88, que já haviam sido declarados inconstitucionais em controle difuso. Vê-se, assim, que o próprio

² Costa, Nelson Nery. Constituição federal anotada e explicada / Nelson Nery Costa, Geraldo Magela Alves. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Supremo Tribunal Federal não desconsidera a não suspensão pelo Senado Federal de norma que o Egrégio Tribunal declarou inconstitucional.

Não se deve esquecer, por oportuno, que o intérprete deve procurar emprestar a maior efetividade possível aos dispositivos constitucionais, ponderando em caso de colisão aparente de normas constitucionais. Assim é que o professor Inocêncio Mártires Coelho define o princípio da máxima efetividade:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar tais direitos, cujas normas, naturalmente abertas, são predispostas a interpretações expansivas. Tendo em vista, por outro lado, que em situações concretas a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo os princípios da *unidade da Constituição e da harmonização* -, em face disso impõe-se harmonizar a *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como se devem conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição³.

Nesse sentido, em que pese concordar com a necessidade de o Supremo Tribunal Federal ter suas decisões, tanto em controle abstrato quanto incidental, dotadas de efeitos contra tudo e contra todos, não se pode afastar do Congresso Nacional a competência para efetuar as alterações que a lógica cobra.

O esforço do Ministro Gilmar Mendes em defesa da jurisdição constitucional merece todos os elogios. Não se pode questionar a legitimidade que vem ganhando o nosso Tribunal Constitucional ao adotar mecanismos cada vez mais democráticos de participação da sociedade, a esse propósito pode-se citar a realização de audiências públicas, a participação dos *amici curiae*, entre outras medidas democratizantes. Todavia, com a devida vênia, não se verifica a mutação constitucional aventada.

³ Coelho, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. ver. e aument. – São Paulo: Saraiva, 2007.

A despeito da recente crise institucional vivida, não se pode esquecer o importante papel do Senado Federal na nossa República Federativa. São tantas as honrosas incumbências dessa Casa do Congresso Nacional, entre as quais a magnífica competência de suspender as leis e atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Não há como demitir o Senado Federal dessa importante função constitucional, senão pela via congressual, reunidos os representantes do povo, que deverá conferir ao Supremo Tribunal Federal a competência exclusiva da declaração dos efeitos *erga omnes* de suas decisões em controle difuso.

Mas uma pergunta remanesce: se é lógico que o STF seja designado para pronunciar os efeitos gerais em controle incidental, por que não aceitar a proposta do Ministro Gilmar Mendes?

A razão é simples. Embora concorde que esteja em marcha um processo de monopolização da declaração dos efeitos *erga omnes* pelo STF, aproximando de vez os controles abstrato e incidental, tal configuração deve partir, como já ressaltado, da sociedade como um todo. O Supremo Tribunal Federal não pode adiantar esse processo, sob riscos de retrocesso. Explico: o Congresso Nacional vem alterando a Constituição e a legislação infraconstitucional para dotar o Supremo Tribunal Federal de mecanismos que racionalizem o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Decisões precipitadas do Supremo Tribunal Federal podem atrapalhar essa caminhada. Além do mais, não se tem certeza de que os outros ministros do Supremo adotarão tal entendimento. É melhor o debate com o Congresso Nacional, desaconselhando-se a solução de transformar o Senado Federal em simples repartição do Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se também que está em marcha um processo de alteração constitucional que transformará o Supremo Tribunal Federal em uma verdadeira “Corte Constitucional”. Decisões precipitadas de nossa Corte Maior podem atrapalhar também esse processo.

No entanto, esse tempo ainda não chegou. O Brasil está em pleno processo de democratização. A cada dia, as instituições vêm se fortalecendo. O que o ministro Gilmar Mendes deseja a sociedade também almeja. A racionalização do controle de constitucionalidade é um dos mecanismos para a garantia dos direitos fundamentais.

Todavia, a sociedade ainda não se mostra preparada para aceitar a proposta do Ministro Gilmar Mendes. Mesmo estando o Presidente do Supremo Tribunal Federal imbuído de valorosos motivos, a decisão para tal mudança deve ser confiada ao povo, que sabiamente erigirá o STF como o verdadeiro guardião da Constituição Federal.

Afirme-se também que o Congresso Nacional não deve temer essa necessidade histórica. Quando o Parlamento se der conta de sua valorosa função, não terá razão para desconfiar de nossa Corte Constitucional. O Poder Legislativo, dotado de consciência constitucional, perceberá que não faz sentido ele mesmo ser o intérprete final de suas disposições legislativas. É na Constituição Federal que se encontra a chave do desenvolvimento de nossa Nação. Os poderes constituídos são peças, emanações da sociedade, que possuem competências para cumprir e maximizar as aspirações da própria sociedade que os criou.

Assim, embora se deva reconhecer a forte argumentação trazida pelo eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, não há como concordar com a tese de mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, transformando o Senado Federal em uma simples repartição, responsável pela publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade incidental. Tal solução deve ser confiada ao Congresso Nacional, na função de Poder Constituinte Derivado, responsável pela atualização do texto constitucional.

Nessa linha, os controles de constitucionalidade difuso e concentrado, quanto à declaração dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda se diferenciam. A Reclamação n. 4.335 não deve prosperar, vez que incabível na espécie. Não há como obrigar o magistrado a cumprir o *decisum*, a não ser incidentalmente. Não suspensos os dispositivos pelo Senado Federal, há que se intentar, por algum legitimado, a declaração de inconstitucionalidade pela via concentrada. Essa vem sendo a orientação do Supremo Tribunal Federal. Por uma questão de lealdade constitucional, assim deverá ser, até que o Congresso Nacional altere a Constituição Federal e dote o Supremo Tribunal Federal dos mecanismos necessários para que suas decisões em controle incidental sejam dotadas de efeitos *erga omnes*.