

**EM TORNO DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 4.335/STF: AINDA FAZ
SENTIDO A DISTINÇÃO ENTRE OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NOS JULGAMENTOS DO STF?**

Fábio Lima Quintas

Doutorando em Direito e Estado pela Faculdade de
Direito da USP Mestre em Direito e Estado pela
Faculdade de Direito da UnB
Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em
Processo Civil do Instituto Brasileiro de Direito
Público - IDP
Advogado

I. Introdução

A atividade jurisdicional é classicamente compreendida como a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, diante de uma situação de conflito. Em vista da atual compreensão sobre a hermenêutica, há consenso hoje de que há, mesmo na interpretação e aplicação ordinária do direito, um ato de vontade do intérprete/aplicador, a denotar um grau de atividade política insuprimível no ofício judicante¹.

Para além da clássica atividade jurisdicional, países como o Brasil atribuíram ainda ao Poder Judiciário o protagonismo na função de guardião da Constituição, incumbindo-lhe o controle sobre a legitimidade das leis, demais atos estatais e não estatais, naquilo que se convencionou chamar de jurisdição constitucional.

¹ Considerando que a determinação do conteúdo de uma sentença (norma inferior) a partir de uma lei (norma superior) nunca está completamente contida na norma superior, há, portanto, sempre uma indeterminação do ato de aplicação do Direito, que foge ao controle da norma que deve ser aplicada. Esse é o limite cognitivo do direito: fixação da moldura de interpretações possíveis da norma, dentro da qual qualquer solução adotada tem igual valor. Kelsen desqualifica a possibilidade de, por meio da interpretação, alcançar-se apenas um resultado correto. Na verdade, na perspectiva kelseniana, segue ao ato de interpretar (ato cognitivo, racional) o ato de vontade de escolher uma das soluções possíveis (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (trad. da 2ª ed. alemã, de 1960). 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 pp. 388/394).

Na jurisdição constitucional, sobretudo quando ela se faz sobre os atos do Legislativo (classicamente identificada como *judicial review*), a função política do Poder Judiciário se identifica com mais vigor. Isso se faz porque o objeto de controle do tribunal constitucional consiste na própria política^{2e3}.

Não é hoje mais possível negar, portanto, a função política do Poder Judiciário, ainda mais quando se fala em jurisdição constitucional, atividade essa reforçada no contexto da Constituição de 1988, sobretudo no que tange à competência do Supremo Tribunal Federal (STF), que teve sua vocação de Tribunal Constitucional reforçada, seja porque é o órgão de cúpula do Judiciário, seja porque exerce papel de proeminência no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, que hoje pode alcançar todas as esferas de ação estatal e, há quem diga, de ação social relevante⁴.

Nesse cenário, surge a indagação a respeito dos limites de atuação política do Judiciário, a fim de que se identifiquem aquelas situações que representam o desbordamento de suas competências. Trata-se do

² Como bem pontuado por Dieter Grimm, “a jurisdição constitucional parece se constituir em um caso especial. Embora ela também seja institucionalmente parte do poder judiciário e, como este, protegida constitucionalmente contra influência política, devido a seu objeto de regulamentação e seu critério de decisão, ela se encontra muito mais perto da política do que os demais (...). Nessas circunstâncias, a jurisdição constitucional opera na interface de legislação e aplicação do direito, direito e política.” (GRIMM, Dieter. Constituição e Política. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 16)

³ Entende-se como política a atividade de orientação da sociedade em geral, de determinação do interesse público, de definição dos fins do Estado, de suas tarefas e dos meios materiais, técnicos e organizativos para realizar esses fins (cf. PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Portugal: Coimbra Editora Limitada, 1989. p. 252).

⁴ A expansão do controle concentrado de constitucionalidade foi nítida na Constituição de 1988. No texto original, a ampliação dos legitimados para a propositura da ADI, para além do Procurador-Geral da República (que, antes da Constituição de 1988, representava judicialmente a União) significou o aumento de questões submetidas ao controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Por sucessivas emendas constitucionais e leis, as vias de acesso ao controle concentrado de constitucionalidade foram ampliadas e alargadas, com a instituição da ADC (e, depois, com a ampliação de seus legitimados), a regulamentação da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a instituição da repercussão geral da questão constitucional veiculada no recurso extraordinário e o advento da Súmula Vinculante (Quintas, Fábio Lima. *A nova dogmática do recurso extraordinário: o advento da repercussão geral e o ocaso do prequestionamento*. In: Revista de Direito Público. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 5, nº 22, jul-ago/2008. pp. 7-23.)

fenômeno do ativismo judicial, compreendido por Elival da Silva Ramos da seguinte forma:

“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”⁵.

É com essa preocupação que cabe examinar o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade (a quem compete, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição, “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”), cuja definição está hoje na pauta do STF, no julgamento da Reclamação 4.335.

II. A Reclamação 4.335 e o papel do Senado Federal no controle de Constitucionalidade

Na Reclamação 4.335 (Rcl 4.335), a Reclamante – Defensoria Pública do Acre – postulou, em benefício de vários reeducandos presos – a cassação da decisão do juiz responsável pela execução penal que negara a progressão de regime com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei n 8.072/90, por serem esses reeducandos condenados pela prática de crimes hediondos.

A Defensoria Pública alegou que o juiz desrespeitou a autoridade da decisão proferida pelo STF nos autos do HC 82.959⁶, em que,

⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 116-117.

⁶ Eis a ementa desse julgado:

por maioria de 6 a 5, foi reconhecida a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do mencionado dispositivo legal que vedava a progressão de regime dos condenados por prática de crimes hediondos.

No entender da Defensoria Pública, o juiz de primeira instância não poderia negar cumprimento à decisão do STF, ainda que tenha sido ela proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

É nessa perspectiva que surge, no julgamento da Rcl 4.335, o debate sobre o significado do inciso X do art. 52 da Constituição, no atual contexto constitucional. Indaga-se se **ainda** compete ao Senado Federal estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo STF em controle difuso de constitucionalidade, ou se sua função se limitaria a dar mera publicidade ao que fora decidido pelo STF, decisão essa cujo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* decorreria naturalmente de seus pronunciamentos.

O Relator da Rcl 4.335, Min. Gilmar Mendes, conheceu da Reclamação⁷ e, no mérito, votou pela sua procedência. No entender do Min. Gilmar Mendes, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, decorre mais da autoridade do STF, como Tribunal Constitucional, do que do veículo no qual suas decisões são proferidas. Nesse particular, fala o Min.

“PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - RÉGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”(HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 1.9.2006)

⁷ É certo que a jurisprudência do STF assentou o cabimento da Reclamação como instrumento de preservação da autoridade de suas decisões, também em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nessa espécie de controle, a afronta à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal decorre da eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões, sendo que terá legitimidade para ajuizá-la “*todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF*” (AgRg na Rcl 1.880).

Gilmar Mendes do processo de objetivação do controle de constitucionalidade, que, no seu entender, traz repercussões no papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, ante a ocorrência de mutação constitucional. Dessa forma, não se faria hoje mais necessária a edição de decreto pelo Senado Federal para suspender a lei declarada inconstitucional no controle difuso de inconstitucionalidade. Ao Senado, quando muito, caberia dar publicidade a essa decisão.

Esse entendimento foi acompanhado pelo Min. Eros Grau. Dele divergiram os Min. Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. O julgamento se encontra suspenso desde 19.4.2007, ante o pedido de vista do Min. Ricardo Lewandowski.

II.1. Ainda faz sentido a distinção entre o controle difuso e o concentrado de constitucionalidade, quando exercidos pelo Supremo Tribunal Federal?

Como se vê, o STF pode adotar o entendimento de que, no atual estágio do controle de constitucionalidade, não remanesceria mais para o Senado Federal a função de revogar os efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal, pois tal efeito decorreria da própria decisão emanada pelo Tribunal.

A prevalecer o (profundo e ambicioso) voto do Min. Gilmar Mendes, o STF concluirá que, independentemente da via em que a jurisdição constitucional é exercida, as suas decisões devem ser dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

A questão que se põe é saber se o entendimento de conferir às decisões do STF proferidas em controle difuso de constitucionalidade compromete, em alguma medida, a legitimidade da jurisdição constitucional. Ou, em outras palavras, se o Senado Federal pode ainda hoje exercer papel relevante na jurisdição constitucional, quando edita (ou não) o decreto para

suspender a vigência de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso.

Deve ser aproveitada, a propósito, a riqueza do caso concreto para aprofundar essa investigação. Como se verá, o caso em exame pelo STF permite suscitar algumas interessantes questões sobre a possibilidade de dotar as decisões proferidas pelo STF no controle difuso de constitucionalidade com a mesma eficácia daquelas proferidas em controle concentrado, dispensando-se a participação do Senado Federal.

A primeira questão que o caso suscita é: *a atribuição de efeitos erga omnes e efeito vinculante à decisão proferida no HC 82.959 não poderia significar a imposição daquela decisão para o Colegiado de hoje, furtando da composição atual do STF a apreciação da matéria?*

Isso porque o julgamento do HC 82.959 transcorreu entre agosto de 2003 e fevereiro de 2006 e o julgamento da Reclamação se iniciou um ano depois, em fevereiro de 2007 (estando ainda hoje inconcluso). Demais disso, no HC 82.959 concluiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 1990, por apertada maioria, de 6 votos contra 5 (minoria essa que seguia, vale lembrar, a jurisprudência até então consolidada no Tribunal), cabendo ressaltar que o Min. Sepúlveda Pertence, cujo voto integrou a maioria, expressamente consignou que competia ao Senado Federal suspender a eficácia da norma, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição.

Eis os termos da decisão, proferida em 23.2.2006, no HC 82.959:

“O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, ‘incidenter tantum’, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente

(Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006.”

De forma esquemática, eis o mapa de julgamento do HC 82.959, consignando-se entre colchetes os Ministros que substituíram os que participaram daquele julgamento:

Data	Inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990	Constitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 1990
6.8.2003	Marco Aurélio Carlos Britto	Carlos Velloso [Ricardo Lewandowski] Joaquim Barbosa
18.12.2003	Cezar Peluso	
2.12.2004	Gilmar Mendes	
23.2.2006	Eros Grau	Ellen Gracie Celso de Mello
	Sepúlveda Pertence [Menezes Direito e Dias Toffoli]	Nelson Jobim [Cármem Lúcia]

Como se vê, no julgamento da Reclamação, o Colegiado do STF já possuía três novos integrantes, que não participaram do julgamento do HC 82.959: Min. Ricardo Lewandowski, Min. Cármem Lúcia, e Min. Menezes Direito (sucedido pelo Min. Dias Toffoli).

Se o único elemento relevante para os dois julgamentos fosse a composição dos Ministros, parece crível assumir que o novo Colegiado não destoaria do entendimento do antigo. Isso porque (i) dois entre os três novos Ministros sucederam Ministros que compunham a minoria e (ii) há uma tendência natural nos Colegiados de manter seus precedentes (evitando viradas interpretativas).

Deve-se questionar, assim, se a composição é o único elemento relevante do julgamento.

A esse respeito, é importante indagar se o antigo Colegiado (que julgou o HC 82.959) estaria disposto (como parece estar disposto o atual) a emprestar efeito vinculante e eficácia 'erga omnes' a uma decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. O STF, naquela ocasião, estaria disposto a esvaziar a função do Senado Federal?

Provavelmente, não.

Isso porque, naquela ocasião, todos os Ministros manifestaram a preocupação com a leitura de que a declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo fosse assumida como suficiente para conferir automaticamente aos presos o direito à progressão de regime e a expressamente a afastaram. Diante dessa preocupação, haveria a tendência de o Colegiado evitar a adoção de qualquer posicionamento que pudesse causar essa impressão (como poderia ser a discussão sobre a eficácia vinculante da decisão). Como já dito, o Min. Sepúlveda Pertence (cujo voto integrou a apertada maioria) explicitamente fez menção à competência do Senado Federal para estender os efeitos da decisão do STF, entendimento esse que ratificou no julgamento da Reclamação.

Ainda que essa segunda questão pudesse ser superada, viria uma terceira: *conferir efeito vinculante e eficácia erga omnes à decisão proferida no HC 82.959 não deveria atrair outra espécie de contraditório, típico do controle concentrado?*

Aqui, a resposta é certa: conferir, *post facto*, eficácia vinculante e efeito vinculante à decisão proferida em controle difuso importa em efetivo prejuízo ao contraditório e ao procedimento típicos do controle de constitucionalidade.

É sabido que o controle concentrado de constitucionalidade é composto por um procedimento especial, conformado para permitir um contraditório que permita uma apreciação abrangente a respeito da constitucionalidade da norma.

Na tramitação da ADI, a Constituição previu, desde sempre, a necessidade de oitiva do Ministério Público (que, apesar de ocorrer em qualquer processo em tramitação no STF, tem outra envergadura no controle concentrado) e da Advocacia Geral da União (essa última, a defender, em princípio, a constitucionalidade da norma) (art. 103, §§ 1º e 3º, da CF). Além disso, o STF tem admitido (e prestigiado) a pluralização do debate constitucional com o ingresso dos *amici curiae*. Por fim, não se pode desprezar o efeito mobilizador que a simples divulgação da notícia de julgamento, em controle concentrado, da norma que trata da progressão de regime traria, em vista da dimensão de julgamento de “tudo ou nada” dessa espécie de julgamento e da repercussão do assunto (que envolve questões atualmente sensíveis, relacionadas à segurança pública e aos direitos humanos).

Será que a mobilização da sociedade e dos órgãos constitucionalmente incumbidos de manifestar-se no controle concentrado não poderia ter modificado o julgamento do HC 82.959 (que considerou inconstitucional a norma penal por apertada maioria)? Para além disso, a não participação dos órgãos constitucionalmente responsáveis pelo contraditório do controle concentrado não seria uma espécie de nulidade absoluta?

O certo é que, na Rcl 4.335, se cogita emprestar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão proferida no HC 82.959 sem que o procedimento adequado para tal consequência tenha sido observado.

No controle difuso de constitucionalidade, a vinculação da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante ao pronunciamento do Senado

Federal (cujo decreto tem efeito *ex nunc*, o que só pode acontecer no controle concentrado feito pelo STF se houver o voto de no mínimo 8 dos 11 Ministros, nos termos do art. 27 da Lei 9.868, de 1999) parece ter a intenção de oferecer uma espécie distinta de legitimidade política para a declaração de inconstitucionalidade, que é compensado no controle concentrado com o contraditório amplo que se desenvolve no STF.

III. Conclusão

Em vista dessas circunstâncias, é lícito concluir ser precipitada a decisão de retirar a importância do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, não tanto por discordar-se da proeminência do STF no controle de constitucionalidade no atual contexto constitucional, mas porque essa leitura pode depor contra a legitimidade do exercício da própria jurisdição constitucional, que exige, no mínimo, a ampla participação da sociedade.

Quando menos, a intenção de o STF atribuir às decisões de controle difuso de constitucionalidade os efeitos do controle concentrado demandaria, por parte da Corte, expressa deliberação prévia nesse sentido, já na ocasião de formação do precedente que se deseja dotar de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Em vista dessa deliberação, haveria o STF de oportunizar à comunidade e aos entes legitimados a defesa do ato impugnado, como sói acontecer no controle concentrado.

Essa análise, feita com base em elementos concretos do julgamento do HC 82.959 e da Rcl 4.335, evidencia o real prejuízo na atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculante ao controle difuso, devendo ser rejeitada, pelo menos nesse momento, a tese da falta de importância do Senado Federal no controle de constitucionalidade, ante uma suposta mutação constitucional.