



## Pedro Ricetto: Supremo vem obedecendo à sua própria racionalidade

O plenário do Supremo concluiu no último mês o julgamento da Reclamação 4.335/AC, suspenso anteriormente por pedido de vista do ministro Teori Zavascki, que questionou decisão que negou o direito à progressão de regime a dez condenados no estado do Acre, acolhendo-a em razão de ofensa à Súmula Vinculante 26.

A concessão ou não do *habeas corpus*, todavia, não era a questão central a ser debatida, mas sim a extensão da eficácia da declaração de constitucionalidade via incidental pelo STF, na medida em que, por ocasião do ajuizamento da reclamação, ainda não havia sido sumulado o entendimento do tribunal.

Das questões levadas ao plenário seria possível debater eventual mudança não só no papel do Senado nesses casos, mas também o alargamento da normatividade das decisões do Supremo em questões constitucionais.

Porém, ao contrário do que poderia se esperar, o fim do julgamento não foi conclusivo nesse sentido: ainda que tenha se tornado mais clara a existência da força expansiva das decisões do Supremo, o Senado mantém – ao menos por ora – a competência concedida pelo Constituinte.

Parece evidente não se querer levar ao Supremo inúmeras reclamações constitucionais fundadas em uma única declaração de inconstitucionalidade ou, num caso mais extremo, nas razões de decidir empregadas. Mas, ainda assim, pretende-se que suas decisões não fiquem vinculadas apenas a um único caso concreto.

A controvérsia se mantém: qual a força/extensão da decisão do STF proferido em controle difuso?

De grande relevância histórica, a faculdade concedida ao Senado Federal de estender a eficácia dos efeitos da declaração de incompatibilidade de lei ou ato normativo federal com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, tornando-o oponível contra todos e vinculante, esteve presente em quase todas as Cartas Constitucionais brasileiras desde 1934.

No Texto Constitucional de 1988 vem prevista no artigo 52, inciso X, onde se coloca que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.”

Há que se resgatar aqui que, quando declarada incidentalmente, não recaem sobre a decisão quanto à constitucionalidade da norma os efeitos da coisa julgada, que mantém sua plena vigência perante situações que extrapolam o caso *sub judice*. Necessário à revogação, assim, o envio da decisão ao Senado Federal, que, caso entenda ser conveniente, afastá-la-á do ordenamento jurídico, implicando efeito *erga omnes* e vinculante à decisão jurisdicional.

Trata-se, portanto, de decisão de caráter eminentemente político, na medida em que cabe ao Legislativo, notadamente ao Senado, deliberar sobre a extensão ou não dos efeitos da decisão emanada do Supremo. É dizer que editará Resolução caso concorde com o posicionamento ali adotado, retirando do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pela via difusa, ou, na hipótese contrária,



---

manterá a norma plenamente vigente e aplicável ao território nacional.

Não se está, porém, diante de reapreciação da constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo, mas somente de juízo quanto à extensão de sua eficácia: *se erga omnes* ou *inter partes*.

As discussões sobre tendências de abstrativização do controle de constitucionalidade residem exatamente na forma de se aplicar o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal. Recentes construções teóricas afrontam a discricionariedade supostamente concedida ao Senado Federal pelo Constituinte, afirmando que, em decorrência de evidente mutação constitucional, caberia a este órgão somente dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade no caso concreto.

### **A Reclamação 4.335/ACRE – A TEORIA DE GILMAR MENDES**

A reclamação constitucional registrada sob o n.º 4.335 foi ajuizada pela Defensoria Pública do Acre em face de decisão do Juíz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, asseverando o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, *habeas corpus* em que foi declarada *incider tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/09, que impedia a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos.

Inovando ao julgar o HC 82.959, o STF determinou que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo deixasse de ser aplicado às penas já extintas, cabendo ao magistrado, porém, apreciar, caso a caso, os requisitos inerentes à progressão do regime.

Ao rediscutir a questão, levada ao Supremo por meio da Reclamação 4.335/AC, o ministro relator Gilmar Mendes votou no sentido de que cabível o instrumento da reclamação para assegurar a autoridade das decisões emanadas do Supremo também no âmbito do controle difuso, embasando-se no alargamento do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, reforçando o caráter de correção do sistema geral incidente atribuído ao controle abstrato, o que lhes garante intrínseca correlação. Reduziu-se sobremaneira, pois, em decorrência de tal medida, a extensão do controle difuso de constitucionalidade.

Prossegue afirmando que o dispositivo inserido na Constituição passou a ter conotação meramente histórica, na medida em que não coaduna com a atual dinâmica dada à jurisdição constitucional, caracterizado pela íntima relação entre os modelos de controle adotados pelo sistema brasileiro. Assevera que referido "diálogo" pode ser vislumbrado, *v.g.*, pela adoção dos mecanismos da repercussão geral, súmula vinculante, cabimento da intervenção *de amicus curiae* e outros interessados em sede de controle difuso, a desformalização do recurso extraordinário e a aceitação da teoria da transcendência dos motivos determinantes (à época aceita) pela jurisprudência pátria.

Logo, para ele, há que se conferir o efeito vinculante ao dispositivo e também aos fundamentos determinantes da inconstitucionalidade, que transcenderiam ao caso concreto e, por conseguinte, se tornaria prescindível a participação do Senado Federal, salvo para conceder publicidade à decisão.

Acompanhando o voto do ministro relator, o ex-ministro Eros Grau, em voto-vista, corroborou com o entendimento de que se trataria de legítima hipótese de mutação constitucional, reforçando a ideia de



que ao Senado Federal seria cabível somente dar publicidade ao teor da decisão emanada do Supremo. Conclui com a ideia de metaformismo do texto constitucional, afirmando que as questões proferidas pelo STF possuem, de *per si*, a força normativa necessária à suspensão da execução da lei.

#### **A Reclamação 4.335 — o contraponto de Lênio Streck, Barreto Lima e Cattoni de Oliveira**

Divergindo do Relator, o ministro Joaquim Barbosa e o ex-ministro Sepúlveda Pertence votaram pela improcedência da Rcl 4.335/AC, muito embora tenham consignado no voto seu posicionamento favorável à concessão do *habeas corpus* de ofício, apresentando razões em sentido contrário àquelas levadas à discussão pelos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

Todavia, não é no plenário do STF que se encontram os principais contrapontos à teoria de Gilmar Mendes. Streck, Lima e Oliveira, em texto dedicado exclusivamente ao assunto[1], apresentam fundamentadas críticas ao posicionamento de Mendes.

Para Streck, Oliveira e Lima se está diante da primeira hipótese de mutação inconstitucional. Isto porque aceitar a teoria adotada pelo Relator da Rcl 4.335/AC acabaria por implicar “não a atribuição de uma (nova) norma a um texto (*Sinngenburg*), mas, sim, a substituição de um texto por outro (construído pelo Supremo Tribunal Federal)”.

Logo, a atribuição concedida ao Senado Federal decorre da expressa determinação da Constituição Federal neste sentido, sendo que não poderá ser-lhe retirada enquanto não houver revogação do dispositivo pelo mecanismo procedimental competente. Pensar em sentido contrário seria atribuir à Corte Constitucional o papel de Constituinte, que, não devendo obediência aos limites impostos pela literalidade do enunciado normativo, poderia alterar até mesmo textos de normas constitucionais conforme sua conveniência.

Nada mais seria do que o decisionismo criticado duramente por Streck em suas colunas às quintas-feiras, transportando-se o Constituinte Originário ao plenário do STF que, como por ele já denunciado, nem sempre apresenta a mais rígida técnica de decisão.

Seguem argumentando no sentido de que, nesse caso, não serve o Supremo como corte de cassação, mas sim como corte de apelação, incumbido-lhe o julgamento também do *error in procedendo*. O devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório seriam igualmente feridos, porque a extensão dos efeitos da decisão atingiria inclusive aqueles que não tiveram oportunidade de participar do processo subjetivo.

Outra incongruência perceptível seria a confusão entre a suspensão da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, que se encontra no plano da vigência, e a retirada de sua eficácia, afeta ao plano da eficácia. Ou seja, passar-se-ia a tornar ineficaz norma que, em verdade, deveria ser apenas suspensa (efeitos *ex nunc*), como se não tivesse produzido efeitos em momento algum (efeitos *ex tunc*). Concluem analisando a legitimação democrática do Senado e sua relação com o papel a ele atribuído pelo artigo 52, X, da Constituição Federal.

Nessa esteira, infere-se que a participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade não pode se restringir à mera função de dar publicidade às decisões proferidas pelo Supremo, porquanto cuida-se de exigência democrática de participação popular no procedimento de declaração de



inconstitucionalidade de lei, que decorre em primeira instância da vontade popular.

Apresentados sucintamente ponto e contraponto, cabe ao leitor a reflexão.

Talvez, como indica em voto-vista o ministro Teori Zavascki, em posicionamento mais temperado, poderia a construção teórica ser resolvida mediante a edificação de um adequado sistema de precedentes, capaz de conceder eficácia *ultra partes* às decisões. Ou talvez caiba ao Supremo apenas manter o papel que lhe foi conferido após a EC 45/2004, julgando, até que suficientemente consolidado sua postura à edição de súmula, o caso concreto — válido para as partes no processo e mais ninguém.

A resposta, porém, deverá ser constatada na prática diária do Supremo, que vem cada vez mais firmando seus traços institucionais e obedecendo sua própria racionalidade.

[1] 102 STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional, disponível em: <  
<http://www.leniostreck.com.br/>>.

**Date Created**

16/04/2014