

19/04/2007

PLENÁRIO

RECLAMAÇÃO 4.335 ACRE

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
RECLTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECLDO.(A/S) : JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DA COMARCA DE RIO BRANCO (PROCESSOS N^ºs 00102017345-9, 00105012072-8, 00105017431-3, 00104000312-5, 00105015656-2, 00105013247-5, 00102007288-1, 00106003977-0, 00105014278-0 E 00105007298-7)
INTDO.(A/S) : ODILON ANTONIO DA SILVA LOPES
INTDO.(A/S) : ANTONIO EDINEZIO DE OLIVEIRA LEÃO
INTDO.(A/S) : SILVINHO SILVA DE MIRANDA
INTDO.(A/S) : DORIAN ROBERTO CAVALCANTE BRAGA
INTDO.(A/S) : RAIMUNDO PIMENTEL SOARES
INTDO.(A/S) : DEIRES JHANES SARAIVA DE QUEIROZ
INTDO.(A/S) : ANTONIO FERREIRA DA SILVA
INTDO.(A/S) : GESSYFRAN MARTINS CAVALCANTE
INTDO.(A/S) : JOÃO ALVES DA SILVA
INTDO.(A/S) : ANDRÉ RICHARDE NASCIMENTO DE SOUZA

V O T O
(VISTA)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Trata-se de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, que indeferiu pedido de progressão de regime a favor de condenados a penas de reclusão, em regime integralmente, fechado, pela prática de crimes hediondos.

Na espécie, alegou-se ofensa à autoridade da decisão da Corte no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, que reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, o qual proibia a

RCL 4335 / AC

progressão de regime a condenados pela prática desses delitos.

Em 21 de agosto de 2006, o Relator Min. Gilmar Mendes concedeu medida liminar, de ofício, para que afastar a vedação legal à progressão de regime até o julgamento final desta reclamação.

Na Sessão Plenária de 1º/2/2007, após voto do Relator Min. Gilmar Mendes, julgando procedente a reclamação, pediu vista o Ministro Eros Grau.

Na continuação do julgamento, em 19/4/2007, o Min. Eros Grau apresentou voto vista acompanhando o Relator. À ocasião, o Min. Sepúlveda Pertence manifestou-se pela improcedência do pedido, concedendo, todavia, o *habeas corpus* de ofício. O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, não conheceu da reclamação, deferindo, porém, a ordem *ex officio*. Pedi vista dos autos, na sequência, para melhor exame da matéria.

Passo a votar.

A tese que se discute na presente reclamação, no fundo, diz respeito à função desempenhada por esta Corte e pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis.

Trata-se de saber se a decisão proferida no HC 82.959, quanto ao art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, em sua redação primitiva, é dotada de eficácia *erga omnes*, independente ou não do cumprimento do disposto no art. 52, X, da Constituição da República, que confere ao Senado a competência privativa para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”.

Lembro, inicialmente, que o exame da compatibilidade entre as leis ordinárias e as normas constitucionais pelo Judiciário, o denominado

RCL 4335 / AC

judicial review, tem origem na célebre decisão do *Chief Justice* John Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, com base nas lições de Hamilton,¹ em precedentes jurisprudenciais,² e nos propósitos dos constituintes da Filadélfia, que consagraram a *supremacy clause* no inc. VI, al. 2ª, da Constituição americana de 17 de setembro de 1787.

Como bem observou Paulo Bonavides, o *judicial review* foi uma contribuição dos Estados Unidos da América para o mundo, tão importante quanto a do federalismo e do sistema presidencial de governo.³

Naquele país, como se sabe, as decisões proferidas pela Suprema Corte no controle de constitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, por força do mecanismo conhecido como *stare decisis*, expressão que deriva da locução completa “*stare decisis e non quieta movere*”, a qual, em essência, significa que os precedentes judiciais devem ser obrigatoriamente observados. Esse sistema expandiu-se primeiramente para as ex-colônias inglesas, como a Austrália, Canadá e Índia, sendo depois adotado em outros países, a exemplo da Argentina, Japão e Suécia.

Durante o século XX, o sistema norte-americano cedeu espaço para um novo modelo de jurisdição constitucional, originário da Áustria, que

1 HAMILTON, Alexander; JAY, John; e MADISON, James. O Federalista: um comentário à Constituição americana. Trad. Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.

2 “Eis, pois, em sucinta nomenclatura, as decisões da Suprema Corte americana anulando atos do congresso federal: 1 – Questão Hayburn. Ag. 1792. Contra a Lei de 23 de março de 1792, que conferia autoridade aos tribunais em matéria de pensões; 2 – *United States v. Yale Todd*. Fev. 1794. Sentença contra a lei de 23 de março 1792, já aludida, que conferia à justiça poderes não judiciais;” . BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: o Congresso e a Justiça no Regimen Federal*. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929, p. 418.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 306.

RCL 4335 / AC

se concentra em um único Tribunal, ou melhor, numa Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Tal sistema foi idealizado por Kelsen que, a pedido do governo austríaco, colaborou na elaboração da Constituição de 1º de outubro de 1920, conhecida como *Oktoberverfassung*, que abrigou tal modelo.

Esse sistema de controle concentrado foi adotado especialmente na Europa continental, ou seja, na Alemanha, Bélgica, Espanha, Itália, Iugoslávia, Portugal, Tchecoslováquia, bem como na Turquia, entre outros países.

Consoante CAPPELLETTI,⁴ as razões que levaram os referidos países a adotar o sistema concentrado de jurisdição constitucional têm a ver com a origem romanística de seu Direito, ou seja, com a *civil law*, que não contempla o *stare decisis*, característico da *common law*.

Essa particularidade faz com que se mostre recorrente, no sistema da *civil law*, o problema representado pelo conflito entre normas julgadas constitucionais por alguns juízes, e inconstitucionais por outros. Tal dissonância praticamente não existe no sistema da *common law* em razão da “força dos precedentes”, que decorre do *stare decisis*, no qual, como visto, as decisões da Suprema Corte vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário.

No Brasil, o controle de constitucionalidade originou-se com a promulgação da primeira Carta republicana, em 1891,⁵ que adotou o modelo de controle difuso norte-americano, sem, contudo, incorporar a sistemática do *stare decisis*, tendo em vista a tradição romanística de nosso Direito.

4 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

5 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do Princípio Republicano. *Revista Justiça & Cidadania*, São Paulo, n. 74, set. 2006, p. 6-11.

RCL 4335 / AC

Tal adaptação criou um problema para a jurisdição constitucional, uma vez que as decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, operavam efeitos apenas entre as partes, ensejando a possibilidade de prosperarem soluções distintas para casos semelhantes.

Visando a atenuar o problema, o constituinte de 1934 resolveu atribuir competência ao Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário (arts. 91, IV, e 96). Tal fórmula foi mantida pelas Constituições de 1946 (art. 64), de 1967/69 (art. 42, VII) e a de 1988 (art. 52, X).

Explicando esse múnus constitucional, atribuído à Câmara Alta, o Relator desta Reclamação, Min. Gilmar Mendes, com base em precedentes da Casa,⁶ assentou, em seu voto, que

“(...) o Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.”

Como se sabe, com o advento da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, inaugurou-se no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais – à moda kelseniana -, com a criação da representação genérica de inconstitucionalidade por iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República.

⁶ Voto do Min. Prado Kelly, proferido no MS 16.512, RTJ 38, n. 1, p. 16.

RCL 4335 / AC

Interessantemente, apenas em 1977 esta Suprema Corte firmou entendimento no sentido da dispensabilidade da intervenção do Senado Federal nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida em sede de controle abstrato, tendo em conta a ocorrência, nas palavras do Min. Moreira Alves, de “*redução teleológica*” quanto ao inc. VII do art. 42 da Constituição de 1967/69.

Em parecer administrativo elaborado sobre o tema, o referido Ministro assinalou o seguinte:

“Sou dos que entendem que a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia erga omnes e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos”.⁷

Estudando o assunto em sede acadêmica, Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins ressaltam que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade foi alargado e aperfeiçoado pela Carta de 1988, assentando que ela:

“(...) reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.⁸

7 Cf. Parecer do Min. Moreira Alves no Processo Administrativo 4.477-72, DJ de 16/5/1977, p. 3.123-3.124.

8 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*: Comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 62.

RCL 4335 / AC

Entre as principais inovações trazidas pela Constituição de 1988, destacam-se a extensão do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), a exigência de citação do Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º), a instituição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o julgamento, pelo STF, do mandado de injunção (art. 102, I, q), além da possibilidade de os Estados-membros instituírem a ação direta de inconstitucionalidade para o controle da higidez das leis e atos normativos municipais e estaduais em face das Constituições locais (art. 125, § 2º).

Analisando a evolução histórica do instituto, o Ministro Relator construiu as seguintes premissas: [i] não é mais possível atualmente cogitar da divisão clássica de poderes, retratada na Constituição de 1934, que ensejou a criação do instituto da suspensão pelo Senado da eficácia de dispositivo normativo declarado inconstitucional pelo STF; [ii] a Constituição vigente, ao ampliar o rol de legitimados, no controle concentrado, acabou por reduzir o significado do controle difuso; e [iii] o Supremo Tribunal Federal, não obstante essa competência da Câmara Alta, vem conferindo caráter geral a diversas decisões prolatadas no âmbito do controle difuso.

A partir dessas premissas, formulou a seguinte questão:

“Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?”

O Relator, então, salvo melhor juízo, concluiu que o instituto da suspensão de normas inconstitucionais, pelo Senado, *“assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”*, o que permitiria cogitar-se de uma mutação constitucional no tocante ao art. 52, X, da Constituição de 1988.

RCL 4335 / AC

Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica.

É que, primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros lhe tem atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934.

Nesse sentido, assinalo que, entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Constatando o mesmo fato, o Min. Joaquim Barbosa, assinalou em seu voto que:

*“(...) mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva ‘désuetude’ do dispositivo. Ora, em relação a este último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1998 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase **100 normas declaradas inconstitucionais** (sendo **sete em 2006**, Resoluções do SF de nº 10,11,12,13,14,15 e 16; e uma já, neste ano, **em 2007, resolução nº 2**)”* (grifos no original).

Já segundo o voto do Min. Eros Grau, que comunga com o entendimento do Ministro Relator, a menção à competência do Senado Federal para

RCL 4335 / AC

“suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, haveria de ser entendida como “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” (grifos meus).

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao controle de constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa.

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas - se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. O referido teórico, para tanto, concebeu a famosa fórmula segundo a qual *“le pouvoir arrete le pouvoir”*, de modo a evitar que alguém ou alguma assembleia de pessoas possa enfeixar todo o poder em suas mãos, ensejando, assim, o surgimento de um regime autocrático.

Não se desconhece que alguns críticos asseveram que a teoria da separação de poderes jamais foi aplicada tal como originalmente concebida, consubstanciando mera prescrição de natureza formal.⁹ Em

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 220. Assim afirma o autor: *“A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos de estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação*

RCL 4335 / AC

que pesem, contudo, as imperfeições do sistema, que os norte-americanos denominam de *checks and balances*, após terem-no inserido pioneiramente em sua Constituição de 1787,¹⁰ entendendo que elas não têm o condão de legitimar a ablação de uma competência constitucional expressamente atribuída a determinado Poder.

Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek.¹¹

Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º). O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor.

Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

A nova interpretação que se pretende dar ao dispositivo em comento, a meu ver, difere - e muito - da mutação reconhecida quanto ao

dos poderes, demonstra que sempre houve um intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência da separação”.

10 MACDONAL, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: The intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1985, p. 84 e segs.

11 JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: ed. IB de F, 2005. p. 747.

RCL 4335 / AC

art. 97 da Constituição. Nesse caso, a transformação operou-se a partir de uma práxis processual adotada pela Suprema Corte, que, sem desrespeitar qualquer princípio ou norma fundamental de nosso ordenamento jurídico, acabou por dispensar a rígida observância do que nele se contém quando se trata da apreciação de casos cujas teses já tenham sido julgadas pelo Plenário.

Mas o que se propõe aqui é algo inteiramente diferente. Almeja-se, na verdade, deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro. Não me parece, contudo, seja possível materializar-se tal desiderato, mesmo porque os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites.

Nesse sentido, Uadi Lammego Bulos observa que

“A interpretação constitucional, em todas as suas formas de expressão, constitui um meio importante e eficiente para adaptar os dispositivos supremos do Estado às necessidades emergentes do cotidiano.

Todavia, se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estaremos diante de mutações inconstitucionais”. _

Esse é também o entendimento de Anna Cândida da Cunha Ferraz, especialista no tema, para a qual a exegese ensejadora da mutação constitucional apresenta limites, sendo vedada caso contrarie o sentido da norma constitucional.¹²

Não se está a afastar, por evidente, a via da interpretação enquanto forma corriqueira e até mesmo salutar de modificação do alcance de uma norma constitucional, a fim de amoldá-la à evolução social. O que se está

12 FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na Constituição*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1986, p. 9-10.

RCL 4335 / AC

a repudiar é a alteração de seu conteúdo essencial pela via da exegese. Em outras palavras, a hermenêutica constitucional desborda dos lindes nos quais lhe é lícito atuar quando afronta o próprio âmago da norma, como parece ser a hipótese sob exame.

O festejado Konrad Hesse, em primorosa obra sobre o tema, também faz alusão aos limites da interpretação constitucional, ao consignar que

“(...) uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito” ¹³ (grifos nossos).

Para o autor alemão, duas são, portanto, as formas de mutação constitucional: a primeira consiste na revisão do texto magno, quando a *“reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente”*; a segunda corresponde à interpretação que encontra limites na teleologia da norma.¹⁴ Em outras palavras, na impossibilidade de conciliação das exigências de ordem fática com o sentido íntimo da norma, devem os impasses ser resolvidos por meio de emendas à Constituição, por absoluta inadequação das técnicas puramente hermenêuticas.

É evidente que a aplicação da Constituição à realidade fática

¹³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23.

¹⁴ HESSE, Konrad. *Op. Cit.*, p. 22.

RCL 4335 / AC

pressupõe o processo de interpretação, até para que suas normas possam acompanhar a natural e permanente evolução dos cânones sociais. Mas existem parâmetros rígidos para tal. O primeiro deles, é, inegavelmente, o próprio sentido literal do texto. Segundo Heidegger, a palavra é essencial para conferir-se o ser às coisas. “*Nenhuma coisa é onde a palavra, isto é, o nome, faltar*”, diz ele. E a interpretação, por óbvio, há de encontrar limites também - e quiçá em primeiro lugar - na literalidade da norma, ou seja, em sua estrutura semântica.¹⁵

Não me filio, por óbvio, à corrente dos legalistas extremados, que a partir da leitura francesa de Hans Kelsen - divulgador por excelência do positivismo jurídico - acabou por transformar o Estado de Direito em “*Estado Legal*”, substituindo a supremacia da Constituição pela primazia da lei. A doutrina e a jurisprudência, em um tal contexto, desempenham o papel de meros coadjuvantes relativamente aos preceitos legais.

Claro está que essa ótica, levada às últimas consequências, reduz o papel do Estado-julgador à simples “*bouche de la loi*”, traduzida na máxima da Escola da Exegese francesa, do século XIX, “*in claris cessat interpretatio*”, com a qual se buscava entronizar a norma legal em um sacrário inacessível.

Ocorre que, inconformada, “*a sociedade reclamou uma renovação do Estado de Direito, exigindo que a lei seja necessariamente expressão da justiça*”,¹⁶ levando ao fortalecimento do Judiciário, órgão governamental incumbido da magna tarefa de temperar, com a ótica de *Themis*, as normas

15 PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à interpretação das normas tributárias*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2007, p. 52. Assim afirma a autora: “*A partir da mudança de paradigma na filosofia, que passou a enxergar o mundo como manifestação da linguagem, verifica-se a tendência propagada por alguns juristas, no sentido de aplicar as teorias da filosofia da linguagem ao direito. Esses autores defendem a necessidade de se interpretar o direito como fenômeno linguístico, abandonando-se a máxima da 'busca da vontade do legislador' e salientando que o sentido das normas jurídicas deve ser construído mediante a interpretação*”.

16 DA SILVA, Enio Moraes, *Op. Cit.*, p. 222.

RCL 4335 / AC

eventualmente distanciadas do ideal de equidade.

Observo, ademais, que não se está, no caso, a falar de uma norma de natureza principiológica, à qual falece o atributo da auto aplicabilidade. Ao revés, a estrutura semântica do inc. X do art. 52 sugere tratar-se de um dispositivo constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não comporta grandes manobras exegéticas por parte de seus intérpretes.

Com efeito, se o dispositivo em questão assinala, com todas as letras, que compete ao Senado Federal a suspensão de norma declarada inconstitucional por esta Corte, assim o é, literalmente. Ainda que se possa, no mérito, discordar do que nele se contém, o preceito em tela constitui o Direito posto, e que não admite, dada a taxatividade com que está vazado, maiores questionamentos.

O renomado mestre José Afonso da Silva, emitindo juízo de valor sobre referido preceito constitucional, assim se manifesta:

“Seria mais prático e expedito que se desse à decisão definitiva do STF o efeito erga omnes a contar de sua publicação, também nos casos de recurso extraordinário (art. 102, III), que é o ponto final do controle de constitucionalidade incidenter tantum. Assim, porém, não quis o constituinte, de sorte que a interferência do Senado é de rigor.

(...)

*A suspensão é ato político; por isso cabe ao Senado o juízo de conveniência e a oportunidade para fazê-lo”*¹⁷ (grifos nossos).

Reconheço que, na prática cotidiana dos tribunais, as questões decididas pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade, têm considerável impacto tanto nas decisões da própria Corte como naquelas proferidas nas demais instâncias jurisdicionais. Não extraio, porém, desse

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 415-416.

RCL 4335 / AC

fato, a força necessária para atribuir novos contornos ao art. 52, X, da Constituição Federal.

Isso porque se está diante de dois fenômenos jurídicos que, embora acarretem resultados semelhantes, não podem ser confundidos entre si. O primeiro corresponde às decisões que produzem o denominado efeito *erga omnes*, que as tornam oponíveis a todos; o outro se refere às decisões que, pela autoridade do órgão jurisdicional que as prolatou, constituem fonte de Direito, como, de resto, ocorre com a jurisprudência em geral.

Esclareço melhor. Se, por um lado, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal confere a seus Ministros a competência para julgar monocraticamente determinado recurso extraordinário quando a decisão está em consonância com a jurisprudência predominante, não estão eles, de outro, obrigados a se curvar ao entendimento predominante na Casa, salvo em se tratando de posição estabelecida em controle concentrado de constitucionalidade ou por meio de súmula vinculante. No primeiro caso, tem-se a manifestação da força dos precedentes da Casa, como fonte de Direito; no segundo, um exemplo da força cogente do efeito *erga omnes*.

Prossigo, ainda, trazendo à baila uma exceção à regra que, como de praxe, contribui para confirmá-la. Com o advento da EC 45/2004, a nenhum Ministro é dado contrariar posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à existência ou não de repercussão geral de matéria veiculada em determinado recurso extraordinário quando assim decidido pelo Plenário da Casa. Com isso, passou-se a conferir efeito *erga omnes* a decisões originadas em sede de controle difuso de constitucionalidade. Acontece que, nesses casos, o referido efeito conta com o beneplácito parlamentar, porquanto deriva de emenda constitucional, regulamentada por lei ordinária.

Sem embargo dos muitos julgados zelosamente colacionados pelo eminente Ministro Relator, os quais ilustram a coerência buscada pelos

RCL 4335 / AC

integrantes da Corte na compatibilização de seus pronunciamentos com a jurisprudência dominante, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, penso que tal cuidado não autoriza a conclusão de que as decisões tomadas no controle difuso de constitucionalidade acabem produzindo efeito *erga omnes*, independentemente do cumprimento do que se contém no art. 52, X, da Carta de 1988.

Permito-me lembrar que propus exatamente em nome da segurança jurídica, em questão de ordem, ao egrégio Plenário, que conferisse efeito *ex nunc* às decisões proferidas nos REs 370.682/PR e 353.657/PR, que diziam respeito ao creditamento do IPI na utilização de insumos tributados à alíquota zero.

Ressalto que, naquela ocasião, não defendi a tese de que um precedente do Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, tivesse força vinculante. Apenas sugeri a adoção da técnica de modulação dos efeitos daquelas decisões, as quais representaram abrupta alteração do entendimento da Corte acerca da matéria. Lembro, por oportuno, que o Tribunal, em peso, rechaçou a tese por mim ventilada.

De qualquer sorte, entendo que a questão aqui é outra, pois o que se pretende, como visto, é conferir efeito *erga omnes* às decisões tomadas pela Corte no controle difuso de constitucionalidade, independentemente do pronunciamento do Senado Federal.

Ora, conforme sublinhou o Min. Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, se se deseja emprestar maior alcance às decisões do Supremo nessa sede, basta lançar mão das súmulas vinculantes. Eis o trecho que interessa de sua manifestação:

“A Emenda constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda

RCL 4335 / AC

Constitucional 45 de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa discussão”.

A corroborar essa afirmação, lembro que em 23/12/2009 foi publicada a Súmula Vinculante 26 desta Corte, que incluiu em sua redação o tema discutido no julgado paradigma desta reclamação, cujo teor transcrevo:

“PARA EFEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME NO CUMPRIMENTO DE PENA POR CRIME HEDIONDO, OU EQUIPARADO, O JUÍZO DA EXECUÇÃO OBSERVARÁ A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI N. 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990, SEM PREJUÍZO DE AVALIAR SE O CONDENADO PREENCHE, OU NÃO, OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO BENEFÍCIO, PODENDO DETERMINAR, PARA TAL FIM, DE MODO FUNDAMENTADO, A REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO” (grifos meus).

Como se vê, sem necessidade de se proceder à nova interpretação do disposto no inciso X do art. 52 da Carta Maior, atingiu-se idêntica finalidade, qual seja, a de se conferir eficácia contra todos e efeito vinculante a um entendimento sufragado por este Tribunal no julgamento de um processo de índole subjetiva.

De fato, é grande o poder conferido a esta Corte pelos constituintes derivados, pois, como registrei em palestra que proferi na Associação dos Advogados de São Paulo, em evento organizado pelo Instituto Victor Nunes Leal, que ao Supremo, não só é dado, agora, conferir efeito vinculante às suas decisões, tomadas reiteradamente em sede de controle difuso de constitucionalidade, por meio de súmulas, como

“(…) poderá modular os seus efeitos temporais ou restringir o seu âmbito material de incidência, delimitando o alcance subjetivo do enunciado, de maneira a torná-lo de observância obrigatória apenas a determinados órgãos ou entes da administração pública federal,

RCL 4335 / AC

estadual, distrital ou municipal, casuisticamente, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, assim como o faz nas ADIs (art. 4º da Lei)”.¹⁸

Desse modo, também entendo que é possível e conveniente utilizar o referido instituto para ampliar o alcance das decisões da Corte no controle difuso de constitucionalidade, sem que se vulnere a competência do Senado Federal para manifestar-se sobre o tema, no exercício de uma competência que, como bem acentuou o ilustre Relator, tem um caráter eminentemente político.

Isso posto, pelo meu voto, não conheço da presente reclamação, concedendo o *habeas* de ofício, com as considerações supra.

18 Palestra sobre a *Reforma do Judiciário e as súmulas vinculantes*, no ciclo de debates Diálogos sobre a jurisprudência constitucional brasileira, promovido pelo Instituto Victor Nunes Leal e a Associação dos Advogados de São Paulo, em 4/12/2009.