

27/10/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 631.102 PARÁ

VOTO S/ 2ª PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, dá para ver que nós estamos vivendo uma grande confusão argumentativa.

Primeiro, a matéria do artigo 97 diz respeito tão somente à declaração de inconstitucionalidade. E isto remonta, todos sabem ou deveriam saber, à Constituição de 1934, que veio para solucionar os impasses verificados sobre a Constituição de 1891. Estamos a falar, portanto, de declaração de **in-cons-ti-tu-cio-na-li-da-de**. Estou frisando bem, Senhor Presidente, porque parece que às vezes há uma perda de visão quanto a isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Não é, Excelência, é do ângulo em que nos coloquemos; se for do ângulo da lei, do ângulo do recurso...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, no caso específico, o que se discute é apenas a aplicação da lei a este caso concreto, como no caso anterior. Portanto, não se trata de declaração de inconstitucionalidade. Para que nós respeitemos pelo menos os fatos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Desculpe.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Podemos divergir depois quanto aos juízos de valor, mas para que respeitemos os fatos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Súmula 10.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não se trata de declaração de inconstitucionalidade. Chegarão casos certamente ao Tribunal discutindo a inconstitucionalidade; portanto, não se trata do artigo 97, não é declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro, há controvérsias. Nós estamos discutindo o artigo 16. Estamos discutindo se o artigo 5º da Lei Complementar 135 se aplica ou não.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) -

RE 631.102 / PA

Princípio da segurança jurídica, princípio da irretroatividade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se é constitucional ou não em face do artigo 16. Há um precedente nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Estamos discutindo questão constitucional, mas não é declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Negar vigência temporal à lei corresponde a uma declaração de inconstitucionalidade, segundo a Súmula 10.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Isso já foi aventado na discussão anterior, vamos ouvir o voto do Ministro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, não se trata, é bom frisar, de declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É um ponto de vista.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, qualquer peroração - é o meu ponto de vista.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É o meu também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas Vossa Excelência ouça, agora, porque eu ouvi Vossa Excelência, calmamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu ouvi Vossa Excelência também por mais de uma hora.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É impossível não ouvir Vossa Excelência. Vossa Excelência aumenta os decibéis, nós temos que ouvir!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, portanto... Deixa eu concluir! Depois Vossa Excelência pode falar à vontade, ficar a noite toda falando.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Se Vossas Excelências... Nós temos que concluir o julgamento, senão, concluir a sessão, pelo menos. Mas vamos aguardar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não se trata, portanto,

RE 631.102 / PA

e disso nós fazemos...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Presidente, acontece o seguinte: é que o Colega acaba querendo refutar indiretamente os argumentos da gente na hora de ele falar. Isso não é regimental, *data venia*. E eu fico então sem réplica? Isso não é possível, Presidente. Isso aconteceu uma vez, duas vezes, três vezes, quatro vezes, menções ao TSE, e eu aqui calado por mais de uma hora.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu estou aprendendo sempre.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu não posso deixar de usar o meu direito sagrado de responder, porque, senão, eu vou passar por jejuno em Direito; não é admissível isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ele está expondo o ponto de vista dele.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É o ponto de vista, mas então não refute o meu, particular. Refute tese, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, se toda a vez que um Ministro tiver que votar e nós reabirmos discussão sobre o voto do Ministro, não concluiremos nunca. Por isso que aqui cada um tem a oportunidade de expor todos os seus pontos de vista.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Mas há modos e modos de proferir voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Mas ele está expondo agora. Pouco importa se Vossas Excelências estejam em divergência. Nós temos que concluir o julgamento. Vossa Excelência pode falar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu estou aprendendo sempre, porque a oportunidade para refutar ou é em aparte ou é em outro voto, e é na oportunidade do voto de cada Juiz que se refutam os argumentos, e esse é o processo dialético normal. Portanto, não há nenhuma irregularidade em se refutarem argumentos lançados no Plenário por parte de quem está fazendo uso da palavra devidamente. Estou aprendendo sempre, mas me parece que é essa a lógica do próprio

RE 631.102 / PA

Regimento.

Mas, repetindo, Presidente, pois é necessário, porque os fatos se tornam controvertidos, e nós não podemos distorcer os fatos. Nós podemos fazer juízos, depois, diferentes sobre aplicação, mas nós não podemos distorcer os fatos: declaração de inconstitucionalidade é uma coisa. O que se pediu aqui foi a aplicação da matéria ao caso, tanto é que o TSE pode decidir e, recentemente, decidiu.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência, mais uma vez, está criticando o TSE. Então, Vossa Excelência, por favor, atenha-se ao caso em julgamento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A maioria absoluta de sete membros são quatro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É a maioria que temos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O caso poderia ser decidido aqui, não no plenário, mas poderia ser decidido na Turma por três a dois. Este caso poderia ser apreciado pela Turma por três a dois, o que mostra que não é caso de declaração de inconstitucionalidade.

Logo, todo o discurso despendido sobre a aplicação do artigo 97 é discurso inútil.

Agora, vamos à questão. Temos um impasse, que já se desenhava, tanto é que o Tribunal mudou, revogou aquela norma que permitia convocar Ministro do antigo Tribunal Federal de Recursos e admitiu casos de aplicação, agora, de algum critério. Não é caso de declaração de inconstitucionalidade. Vamos ter casos de declaração de inconstitucionalidade, certamente, mas não é o caso.

Desde já, Presidente, devo dizer, com todo respeito, que entendo o esforço feito pelo Ministro Celso de Mello, diante da situação existente de impasse.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Impõe-se, aqui, um esclarecimento. Quando fiz referência ao voto de qualidade, fui muito claro ao dizer que o artigo 97 da Constituição só se refere às hipóteses de

RE 631.102 / PA

declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, não, porém, aos casos em que o Tribunal, eventualmente, julgue inconstitucional a interpretação (ou a aplicação) de determinada lei ou de certo diploma estatal.

Foi por tal razão que salientei, quando de minha anterior intervenção neste julgamento, que a **Emenda Regimental** nº 35/2009, ao **introduzir** a norma inscrita no inciso IX do art. 13 do RISTF, **contemplou** hipótese de verdadeira maioria ficta, **produzida** pelo exercício, *sempre excepcional*, do voto de qualidade **atribuído** ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Observei, então, que essa técnica de votação (e de decisão), **necessária** para definir situação **insuperável** de empate (ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 146 e no art. 205, parágrafo único, nº II, **ambos** do RISTF), não se mostraria compatível com a cláusula de *reserva de plenário* **fundada** no art. 97 da Constituição, **pois** referida cláusula constitucional **exige**, *para efeito* de declaração de inconstitucionalidade de lei **ou** de ato normativo, maioria absoluta real dos membros do Tribunal, não permitindo, por isso mesmo, **que a declaração** de inconstitucionalidade **de qualquer** ato estatal **resulte** de maioria ficta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ou a não aplicação de uma lei a um dado caso. Fazemos isso rotineiramente, e, às vezes, por uma maioria de seis votos, aqui presentes no plenário, e fazemos isso por quatro a dois, sem nenhum problema. Portanto, não é caso de declaração de inconstitucionalidade.

Aí vêm as alternativas que se colocam: artigo 13, IX, e o artigo 146. Os dois foram pensados, Presidente, para essa situação de impasse, que passamos a viver continuamente a partir de casos de ausência extensiva, extensa, alongada de Colegas por razões as mais variadas.

Passou-se, então, a ver a necessidade de uma solução. É diferente do

RE 631.102 / PA

que se faz em várias Cortes no mundo? Vamos encontrar soluções as mais diversas. Há sistemas que consagram que, em caso de empate – e há modelos específicos, inclusive, pela conformação do Tribunal – mantêm-se o ato impugnado, seja ele um ato judicial ou um ato legislativo.

O modelo alemão é fácil de ver, porque cada senado, assim chamado, cada câmara, que é um tribunal como um todo, tem oito juízes. Então, a hipótese de empate é praticamente da rotina, especialmente nos casos amplamente controvertidos; o caso americano, também; a Corte de Haia já prevê o voto de qualidade do Presidente; a Corte constitucional italiana já prevê nesses casos de empate o voto de qualidade, excetuado na hipótese de matéria criminal, porque, aí, tal como nós, a solução é mais favorável. Portanto, não se dá ao Presidente essa possibilidade. Veja que é uma necessidade de decisão.

Inconstitucionalidade por quê? Não há aqui nenhuma inconstitucionalidade no critério, questões de conveniência quanto ao processo decisório, questões ligadas a uma cultura do processo decisório. O que não se quer é que subsista o empate; pelo menos, que se atribua efeito ao empate, como nós fizemos e, rotineiramente, hoje, aplicamos em matéria criminal de *habeas corpus*.

Então, inconstitucionalidade por quê? Não se trata de obter a declaração de inconstitucionalidade pela via do voto de qualidade. Não é disso que se cuida, até porque, nesse ponto, o 146 foi muito claro, ao dizer que, havendo empate, a pretensão será denegada; portanto, quando houver a exigência de maioria absoluta. Quando é que há a exigência de maioria absoluta? A exigência de maioria absoluta ocorre quando precisamos declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei. Neste caso, a norma regimental resolveu de forma adequada. Pedida a declaração de inconstitucionalidade para que se assegure uma pretensão, e houve empate, e não há outra forma de resolver, rejeita-se a pretensão. Foi isso que se consagrou.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vossa Excelência me permite um brevíssimo aparte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

RE 631.102 / PA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O pressuposto do manejo do recurso extraordinário, notadamente no âmbito da Justiça Eleitoral, é contrariar a Constituição. Se não houver contrariedade à Constituição, não se maneja o recurso extraordinário, puro e simplesmente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, o pressuposto do RE, em todos os casos, hoje, é de contrariar a Constituição, tanto é que a grande massa de recurso é pela alínea "a" - é a expressa contrariedade da Constituição; "b" é a hipótese em que o Tribunal *a quo* declarou a inconstitucionalidade. Nós não temos nenhum outro recurso extraordinário que trate de matéria infraconstitucional, até porque, desde 88, essa matéria passou para o STJ.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Mas na Justiça Eleitoral as decisões são irrecorríveis.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Também são irrecorríveis as outras decisões, tanto é que vem o recurso extraordinário para cá.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A Constituição não diz isso. Só diz que são irrecorríveis as decisões do TSE.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O RE que vem dos Juizados Especiais, que vem dos TRF's, que vem do TJ de Roraima, o longínquo Estado do Brasil, que vem do STJ, todos eles vêm aqui com fundamento de contrariedade à Constituição, por um dos fundamentos, os quatro fundamentos do art. 102, III, do texto constitucional. Nada muda a situação do TSE em relação a qualquer dos Tribunais: TST e todos. Nada muda, nada muda. Não há nenhuma diferença ontológica entre o TSE, o STJ e o TST nessa matéria, ou ainda o órgão recursal dos Juizados Especiais ou o TJ de Roraima. Mas vem o recurso para cá. Ele pode ir para a Turma. Isso é decidido com o quorum de cinco votos, por três a dois. Ele pode vir para o Plenário. Se não houver matéria de declaração de inconstitucionalidade, ele pode ser decidido com seis presentes, quórum, portanto, de seis ministros. Pode ser decidido por quatro a dois, sem nenhum problema. Como essa matéria, no TSE, pode

RE 631.102 / PA

ser decidida pelo quórum que tiver, se não envolver aplicação da declaração de inconstitucionalidade; aí, sim, vai se exigir maioria absoluta. Então, veja que essa é a situação que se coloca.

Eu não vejo, Presidente, não acolhida a proposta de adiamento, como não aplicar o voto de qualidade. O voto de qualidade pode ser, eventualmente, inconveniente, mas não há nenhuma base para dizer que é inconstitucional, até porque não se está dando ao Presidente o voto de qualidade para declarar a constitucionalidade ou não de lei. É outra situação. É apenas para decidir o caso concreto, para que não façamos mistura quanto a aspectos fáticos.

Uma coisa é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Para isso, a Constituição, desde 1934, exige a maioria absoluta. Está em João Mangabeira, explicando como que se deu essa mudança. Isso trata do tema da maioria absoluta.

Outra coisa é declarar a eventual incompatibilidade – nem vou usar o termo "inconstitucionalidade" – entre uma decisão e a Constituição, uma decisão judicial. Para isso, nós podemos funcionar com seis; nós podemos decidir. E é disso que se cuida.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Tem uma terceira hipótese. Negar vigência é uma terceira hipótese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro, a questão da Súmula 10 é de outra índole. É quando o Tribunal falseia, declara a inconstitucionalidade sem dizê-lo; viola o artigo 97. É outra questão. Tanto é que nós, costumeiramente, anulamos o julgamento, porque o Tribunal não poderia resolver a questão sem declarar a inconstitucionalidade; declarou de forma transversa, de forma tácita, sem observar a reserva de Plenário. É uma outra questão. Essa súmula, a Ministra Ellen trouxe os precedentes. Eram massivamente dos Tribunais, dos Juizados Especiais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O órgão fracionado na origem afastava a incidência da lei sem declará-la inconstitucional, para não ter de deslocar, num incidente de inconstitucionalidade, o processo

RE 631.102 / PA

para o Colegiado Maior.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É por isso que tem a Súmula. Só para deixarmos bem claro, para não brigarmos com os fatos processuais e institucionais.

Então, declaração de inconstitucionalidade é realmente declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Nos dois mandados de segurança que nós julgamos aqui, não tratamos de declaração de inconstitucionalidade. Aqui ou acolá, num *obiter dictum*, nós fizemos consideração sobre isso, mas não se tratou de declaração de inconstitucionalidade.

Portanto, Presidente, deixando isso muito claro, para que não haja essa confusão, eu estou encaminhando no sentido da aplicação da norma que lhe dá o voto de qualidade. Pode ter inconvenientes, como têm também os outros critérios. Todos os outros critérios têm inconvenientes. Só se chega a esse impasse porque precisa se decidir, mas todos têm realmente inconvenientes.

Imaginem como isso é recebido pela parte? Falamos muito em prestação jurisdicional. E é a parte que está pedindo prestação jurisdicional. Como isso repercute para a parte, se nós, decidindo o caso concreto, negamos com um desses artifícios e, daqui a pouco, reconhecemos esse direito com uma outra composição? Muito provavelmente vamos ter de conviver com ações rescisórias, por exemplo.

Eu entendo as questões de ordem prática; não sou obtuso a ponto de não alcançá-las. Mas, se fosse para buscar um outro critério, Ministro Marco Aurélio já esboçou. Se se trata de analogia – porque é disso que estamos falando; nós estamos decidindo afastar a regra do inciso IX do artigo 13 e aplicar, então, por analogia –, por que não aplicar, então, a regra do *habeas corpus* que dá o empate para quem, eventualmente, está buscando o reconhecimento do direito? Igualmente plausível. Igualmente plausível. Vejam, portanto, com o mesmo peso, como sente o indivíduo que tem no empate, perante uma Corte, uma matéria que era pacífica, que era decidida por unanimidade, vem para o Supremo Tribunal Federal, provoca essa discussão e termina empatado? E diz-se

RE 631.102 / PA

assim: "Ah, você perdeu porque o julgamento terminou empatado".

Vejam o reflexo que isso tem. E quero me abstrair do caso concreto. Estou a falar da repercussão do caso em tese. Nós temos bons argumentos. Precisamos decidir. Daqui a pouco, par ou ímpar, jogar dado, qualquer coisa, jogar uma água, chamar um mago, sei lá, qualquer coisa engraçada, mais inspirada. Mas, dizer que o critério do voto de qualidade é inconstitucional! O que é inconstitucional? Não se está dando voto para o Presidente declarar a inconstitucionalidade de lei! Não é disso que se cuida! É apenas um critério, tanto é que duas Cortes do maior relevo – a Corte Internacional de Haia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – adotam esse critério do voto de qualidade! Agora, é inconstitucional! É uma inconstitucionalidade espiritual.

Desculpe, Presidente, realmente, a gente não pode brigar com os fatos. Nós temos que respeitar o senhor fato. Depois, podemos chegar às conclusões, as mais desaguizadas possíveis. Afora, respeitemos os fatos. Então declaração de inconstitucionalidade é declaração de inconstitucionalidade de norma.

Eu reconheço o voto de qualidade de Vossa Excelência. E, aí, eu proponho uma outra alternativa: se é para buscar analogia, porque é disso que se está falando, com todo o sentimento de injustiça que isso pode provocar, que se determine a aplicação da norma alternativa, a do *habeas corpus*. Se é para estender, que se estenda *in bonam partem*, num outro aspecto, que também é um critério. E será respeitoso do texto constitucional. Se se trata apenas de uma tecnologia de decisão, parece-me que é isso que se recomenda.

Veja Vossa Excelência, portanto, que o tema é complexo, mas é fundamental deixar assente que o voto de qualidade que hoje se assegura a Vossa Excelência nada tem de inconstitucional, que é um critério comumente usado inclusive em Cortes Constitucionais e em Cortes de Direitos Humanos, e que Vossa Excelência não está votando duas vezes para declarar a inconstitucionalidade de lei. Essa hipótese é lá do 146 e está sendo resolvida no sentido da manutenção do ato. São hipóteses que são distintas, muito claras.

RE 631.102 / PA

Portanto, eu me manifesto nesse sentido, Presidente, se não é possível o adiamento, reconhecendo o voto de qualidade de Vossa Excelência, nos termos do artigo 13, ou propondo a regra de desempate do *habeas corpus*. Parece-me essa a melhor regra para o tema, porque ela tem a mesma força argumentativa e de solução da proposta trazida pelo Ministro Celso de Mello; ela tem o mesmo peso e, de qualquer sorte, indica o reconhecimento da pretensão de quem alega estar tendo o seu direito violado.