

19/04/2007

TRIBUNAL PLENO

**RECLAMAÇÃO 4.335-5 ACRE**

V O T O

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Senhora Presidente, como vou, com a imprudência da idade, ousar dissentir, peço vênica aos eminentes Colegas para antecipar o meu voto.

Sem saber nadar, é claro que não me aventurarei nas águas procelosas das duas magníficas dissertações: primeira, a do eminente Relator, agora reiterada; e, hoje, do eminente Ministro Eros Grau. Mas não me animo à mutação constitucional proposta. E mutação constitucional por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista.

No RE 191.896, quando desenvolvi minha adesão ao voto do eminente Ministro Ilmar Galvão, no RE nº 190.725, hoje aqui recordados, nos quais se declarou dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais, quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que na via do controle incidente, depois de outras considerações, procurei lembrar o que de todos é sabido:

*"A adoção no Brasil, com a Federação e a República, do sistema americano de*

controle difuso e incidente da constitucionalidade das leis sofreu profundamente - como em outros ordenamentos de matriz romanista - carência do dogma do **stare decisis**, que, nos Estados Unidos, superou de fato os inconvenientes e riscos da eficácia teoricamente restrita ao caso concreto e às partes do litígio da declaração **incidenter** de inconstitucionalidade: "uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade - atesta Cappelletti (**O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, trad. Fabris, 1984, p. 86) - "uma lei americana, embora permanecendo **"on the books"**, é tornada a **"a dead law"**, uma lei morta.

Esses riscos e inconvenientes - presentes em todos os países que o tem ensaiado - da transplantação a regimes da **civil law** do método americano de controle incidente (Cappelletti, *ob.cit.*, p. 76) - contornou-os primeiramente a Suíça, onde a prática jurisprudencial construiu o poder de o próprio Tribunal Federal conferir eficácia **erga omnes** à declaração em casos concretos de inconstitucionalidade de leis cantonais (Cappelletti, *ob.cit.*p. 79; M. Fromont, **La Justice Constitutionnelle dans le Monde**, Dalloz, Paris, 1996, p. 51).

O Brasil não chegou a tanto. Mas, desde a Constituição de 1934, criou mecanismo próprio, tendente a dar eficácia universal às declarações judiciais de inconstitucionalidade, prestando homenagem, contudo, à ortodoxia da separação dos poderes: outorgou-se ao Senado a competência para "suspender a execução (...) de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário" (Const. 1934, art. 91, IV).

O instituto - desaparecido na Carta do Estado Novo - reaparece na Constituição de 1946, que, entretanto, tornou explícita a

limitação de seu alcance, como se impunha, às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal (art. 64), mantendo, de resto, a exigência originária do texto de 1937 (art. 96), do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 200).

As duas regras permanecem nas constituições brasileiras subseqüentes inclusive a atual (Const. 1988, art. 52, X), convivendo com a adoção plena, mas paralela, desde a EC 16/65, do sistema de controle direto e concentrado, no âmbito do qual a eficácia **erga omnes** é efeito direto e imediato da própria decisão declaratória de inconstitucionalidade, prescindindo, por isso, da deliberação ulterior do Senado.

Certo, assim, que, quando exarada incidentalmente, para resolver questão prejudicial do caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade - malgrado emanada do próprio Supremo Tribunal que, mediante ação direta, poderia proferi-la com eficácia **erga omnes** -, é de eficácia relativa.

A essa eficácia relativa da decisão - restrita ao âmbito objetivo e subjetivo do processo em que tomada -, soma-se, no entanto, como visto, a de constituir o pressuposto necessário e suficiente a que o Senado Federal lhe empreste alcance **erga omnes**."

Traço outras considerações no sentido da decisão que, então, se tomou e que, depois, se consolidaria no Tribunal a partir do acórdão do Ministro Ilmar Galvão de dispensar a reserva de Plenário nos demais tribunais, se já houvesse decisão incidente do Supremo declaratória da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de que de cuidasse.

Mas, partir daí, a reduzir-se a nada o papel do Senado - que todos os textos constitucionais subsequentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram - parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca.

De resto, o decreto de mutação constitucional proposto já não tem mais, hoje, por si, nem o desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal.

Já tive oportunidade de assinalar, várias vezes nesta Casa e em aventuras palestrantes, ser evidente que essa convivência, desde 1965, dos dois sistemas de controle - não para criar um sistema misto, mas, na verdade, para conviverem paralelamente -, levaria, como tem levado, a uma prevalência evidente do controle concentrado. Mas também é certo que as decisões das sucessivas Constituições têm sido de manter incólume o sistema primitivo de declaração incidente com a inovação, tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais.

Não há dúvida de que, no mundo dos fatos, se torna cada vez mais obsoleto - concordo - esse mecanismo; mas, hoje, combatê-lo, por isso que tenho chamado - com a permissão generosa dos dois Colegas - de projeto de decreto de mutação constitucional, já não é nem mais necessário.

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 Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de

tormentosa discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3º, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até aí seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Homenageio o brilho incomum de ambos os votos que me precederam, mas peço vênias aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico - eu diria - do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais freqüente de acesso ao Tribunal. Não vejo necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos.

E como temos feito, e eu tenho feito numerosas vezes, dado que permaneço fiel à Súmula nº 691? Como tenho feito, no caso, julgando improcedente a reclamação, eu concedo **habeas corpus** de ofício, para que o juiz da execução examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada pelo reclamante.

É o meu voto, Senhora Presidente.