

Atualização da Constituição e mutação constitucional (art. 52, X da Constituição)

EROS ROBERTO GRAU

Professor Titular aposentado da Faculdade de Direito da USP. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Doutor Honoris Causa da Université Cergy-Pontoise (França), da Université du Havre (França) e da Universidad Siglo 21 (Córdoba, Argentina). Professor da Université Paris 1 [Panthéon-Sorbonne] [2.003-2.004], da Université de Montpellier I [1996-1998] e da Université du Havre (2009). Doutor em Direito e Livre Docente pela USP.

01. Na Reclamação 4.335, em que se debate matéria atinente a progressão de regime em crimes hediondos, relator o Ministro Gilmar Mendes, proferi voto-vista para examinar o tema da atualização da Constituição e das mutações constitucionais. A reprodução desse voto, que passo a proceder, poderá ser útil na medida em que encerra algumas observações de caráter doutrinário. Votos proferidos nos tribunais se perdem nos acervos de jurisprudência, sua publicação em revistas jurídicas pode eventualmente preservá-los.

02. Uma das marcantes oposições que se manifestam no bojo do direito é a que se põe entre a necessária tutela da segurança jurídica e da liberdade individual, de um lado, e a função da interpretação no desenvolvimento do direito, de outro. Dizendo-o na síntese de PAOLO GROSSI¹, são duas as forças que, em direções opostas,

1

Assolutismo giuridico e diritto privato, Giuffrè, Milano, 1.998, págs. 358-359.

percorrem o direito, uma tendente à rigidez, outra à elasticidade; e duas são as exigências fundamentais que nele se manifestam: a da [i] certeza e liberdade individual garantidas pela lei no sistema do direito burguês e a da sua [ii] contínua adequação ao devir social, garantida pela interpretação. Aquela apenas será assegurada na medida em que o *texto* vincule o intérprete; esta demanda criatividade que pode fazê-lo ir além do *texto*. Essa oposição apenas poderá ser compreendida se nos dispusermos a admitir que texto e norma não se superpõem; que o processo legislativo termina no momento do *texto* --- a *norma* virá depois, produzida no bojo de um outro processo, a interpretação.

03. Aqui a segunda oposição, agora entre a *dimensão legislativa* e a *dimensão normativa* do direito. Uma, no processo legislativo; outra, no processo de produção normativa [= produção da norma, pelo intérprete²]. Da mesma forma, tratando-se da Constituição, a oposição se dará entre uma *dimensão constitucional textual* e sua *dimensão constitucional normativa*.

Mas esses dois momentos --- *o momento do texto* e *o momento da norma* --- não são expressivos de uma cisão na dinâmica jurídica, como se ela fosse divisível, como se a pudéssemos partir em distintos pedaços. Pois é certo que o texto é desdobrado, pelo intérprete, no momento da interpretação, de modo que o processo que o direito é, enquanto totalidade, aí não se interrompa; esse processo aí se completa. Ensina, a propósito, Tullio Ascarelli³:

“Il diritto non è mai un dato, ma una continua creazione della quale è continuo collaboratore l’interprete e così ogni consociato ed appunto perciò vive nella storia ed anzi com la storia”.

Aqueles dois momentos compõem um só processo, o processo que o direito é, de sorte que se deve afirmar que ele é um dinamismo⁴.

2 Refiro-me ao intérprete autêntico, no sentido atribuído à expressão por KELSEN.

3 *Antigone e Porzia*, estratto dalla Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XXXII (1955), Fasc. VI, Giuffrè, Milano, 1.956, pág. 765.

4 Isso desejo afirmar: o direito é um organismo vivo. Um organismo contudo peculiar porque não envelhece, nem permanece jovem, visto ser contemporâneo à realidade. Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 5a edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.009, págs. 59-60.

04. O eminente Relator, jurista sensível à necessidade de adequação da Constituição ao devir social, em seu voto propõe se a promova no que tange aos efeitos das decisões do Supremo no exercício do controle difuso. E o faz extraindo o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Eis, pois, o que nos incumbe: verificar se no caso houve --- ou se não houve --- mutação constitucional.

05. Desejo inicialmente ponderar, no entanto, a procedência dos cuidados do eminente Ministro Relator. O crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil. Uma paz dotada de caráter temporário, na medida em que o dissenso entre particularismos antagonísticos é apenas mediado, superado pela conveniência --- o que, no direito, não consubstancia, a rigor, nenhuma mediação efetiva, nem suprassunção, mas justaposição conflitante⁵. Daí a multiplicação de conflitos que operam a transposição, para o âmbito do Judiciário, de antagonismos que se revestem de múltiplas aparências, insuficientes porém para ocultar suas raízes, plantadas na oposição de interesses historicamente bem definidos. As estruturas engendradas pela modernidade são insuficientes para nos elevar à eticidade (*Sittlichkeit*) hegeliana, permeada pela racionalidade como razão efetiva. De modo que, os particularismos opondo-se uns aos outros, profusamente, mas em última instância exibindo os antagonismos de classe, o observador arguto verificará que nos juízos singulares e nos tribunais são hoje travados, como se de um jogo e não de uma luta se tratasse, confrontos entre partes que consubstanciam uma manifestação própria da sociedade civil, as classes sociais. Dizendo-o de outra forma: o Judiciário é atualmente arena em que se joga a luta de classes.

5 Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.008, págs. 17-18.

Daí os cuidados do eminente Ministro Relator. É necessário que o Poder Judiciário cumpra adequadamente a missão --- autêntica missão de serviço público --- que lhe incumbe. Impõe-se a esta Corte também atuar proficientemente, viabilizando a fluente transformação da luta em jogo⁶. Então a oposição --- e como se vê bem vivermos em um mundo de oposições e confrontos, os particularismos afrontando os particularismos! --- então a oposição entre rigidez e elasticidade se manifesta. Nesse confronto, o eminente Relator opta por esta última.

06. A esta altura importa indagarmos se não terá ele excedido a moldura do texto, de sorte a exercer a criatividade própria à interpretação para além do que ao intérprete incumbe. Até que ponto o intérprete pode caminhar, para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?

Temo que essa seja uma questão que só possa e deva ser respondida de modo indubitável caso a caso. Não obstante, em outra ocasião⁷, pretendendo dar-lhe resposta, observei que, sendo a interpretação uma *prudência* [ela não é *saber puro*, separado do ser], haverá subversão do texto quando o intérprete autêntico produzir interpretante [= norma] não correta. A apuração dessa *subversão* também é [deve ser] objeto de uma *prudência*. O *interpretante* será *correto* quando --- a conclusão é de Aulis Aarnio⁸ --- [i] se insere no quadro [na moldura] do direito; [ii] o discurso que o justifica se processa de maneira racional; [iii] atende ao código dos valores dominantes. Penso poder dizê-lo, agora, de modo diverso.

Digo-o desde comentário colhido em Jean-Pierre Vernant⁹ a propósito da proximidade existente entre o discurso do direito e o discurso mítico: “O relato mítico, por sua vez, não é apenas, como o texto poético, polissêmico em si mesmo, por seus planos múltiplos de significação. Não está fixado numa forma definitiva. Sempre compor-

6 Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.008, págs. 158 e ss.

7 *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., pág. 218.

8 *Le rationnel comme raisonnable*, trad. par Geneviève Warland, L.G.D.J., Paris, 1.992, pág. 278.

9 *O Universo, os Deuses, os Homens*, trad. Rosa Freire d'Águiar, Companhia das Letras, São Paulo, 2.000, pág. 13.

ta variantes, versões múltiplas que o narrador tem à sua disposição, e que escolhe em função das circunstâncias, de seu público ou de suas preferências, podendo cortar, acrescentar e modificar o que lhe parecer conveniente. Enquanto uma tradição oral de lendas estiver viva, enquanto permanecer em contato com os modos de pensar e os costumes de um grupo, ela se modificará: o relato ficará parcialmente aberto à inovação”. Note-se bem que menciono uma proximidade, não uma identidade, entre os dois discursos, o mítico e o jurídico. A vinculação do intérprete ao texto normativo é muito maior, por certo, do que a do expositor do mito ao texto do mito.

Mas o que desejo neste passo enfatizar encontra-se em outra observação de Jean-Pierre Vernant¹⁰, essa a propósito da sujeição dos mitos a limitações coletivas bastante estritas: “... os trabalhos de Georges Dumézil e Claude Lévi-Strauss sobre o mito levaram a formular de modo totalmente diferente os problemas da mitologia grega: como ler esses textos, que alcance intelectual reconhecer-lhes, que estatuto eles assumem na vida religiosa? Acabou-se o tempo em que se podia falar do mito como se se tratasse da fantasia individual de um poeta, de uma fabulação romanesca, livre e gratuita. Até mesmo nas variações às quais se presta, um mito obedece a limitações coletivas bastante estritas. Um autor como Calímaco, quando, na época helenística, retoma um tema lendário para apresentar dele uma nova versão, não está livre para modificar à vontade os elementos desse tema e para recompor-lhe o roteiro a seu bel-prazer. Ele se inscreve numa tradição; quer se amolde a ela com exatidão; quer se afaste em algum ponto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público. Louis Gernet já o assinalou: mesmo quando parece inventar tudo, o narrador trabalha respeitando a linha de uma ‘imaginação lendária’ que tem seu modo de funcionamento, suas necessidades internas, sua coerência. Mesmo sem saber, o autor deve submeter-se às regras desse jogo de associações, de oposições, de homologias que a série de versões anteriores desencadeou e que constituem o arcabouço conceitual comum às narrativas desse tipo. Cada narrativa, para ganhar sentido, deve ser ligada e confrontada

às outras, porque, juntas, compõem um mesmo espaço semântico cuja configuração particular é como que a marca característica da tradição lendária” [grifei].

07. Passo do texto do mito ao texto normativo para verificar que a este se amolda o quanto Jean-Pierre Vernant afirmou a propósito do primeiro: o texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu bel-prazer; o intérprete se inscreve na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma. Permito-me repetir o que afirmei em outra oportunidade¹¹, para dizer que a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda. Nesse sentido --- isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado --- é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o deve manter como referência da norma que constitui. *Dimensão legislativa e dimensão normativa* do fenômeno jurídico, qual observei inicialmente, compõem um só processo, o processo que o direito é enquanto dinamismo. Nele se há de harmonizar as duas forças a que refere Paolo Grossi, uma tendente à rigidez [a rigidez do texto], outra, à elasticidade [a criatividade da interpretação]. Tudo andar bem, harmonicamente, se a coerência interna do texto normativo for observada na sua necessária atualização à realidade.

08. Ocorre-me ainda lembrar que ao ler um texto na abertura de um colóquio sob o título “Deconstruction and the Possibili-

11

Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., pág. 32.

ty of Justice”, na Cardozo Law School, em 1.989, Jacques Derrida¹² afirmou: “Devo falar em inglês (...) porque me colocam uma espécie de obrigação ou uma condição imposta por uma espécie de força simbólica, ou de lei, numa situação que não controlo. Uma espécie de *pólemos* concerne, de imediato, à apropriação da língua: se ao menos desejo fazer-me ouvir, preciso falar na língua de vocês, devo fazê-lo, tenho de fazê-lo”.

Pois é exatamente disso que aqui tratamos. Se ao menos desejar fazer-se ouvir, o intérprete autêntico há de falar na, há de falar a língua do texto normativo. É dotado de legitimidade para, falando a e na língua do texto normativo, produzir normas e atualizar o direito. Mas essa legitimidade será dissolvida sempre que a língua do texto normativo for substituída por outra. Não se trata de afirmar que o intérprete autêntico tem legitimidade somente para repetir as palavras da lei, porém algo substancialmente diverso disso --- ele detém legitimidade para atuar plenamente no plano da dimensão normativa, para reproduzir o direito em sua *dimensão normativa*, fazendo-o porém na língua dos textos normativos.

09. Isto posto, cumpre ponderarmos o que propõe, em seu voto, o eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes. S. Excia. extrai o seguinte sentido do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, no quadro de uma autêntica *mutação constitucional*: ao Senado Federal está atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Note-se bem que S. Excia. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.

10. A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas

que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto

[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a outro texto

[compete privativamente ao Senado Federal 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].

11. Eis precisamente o que o eminente relator pretende tenha ocorrido, uma mutação constitucional. Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal --- competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade se manifesta em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional. O eminente Relator não está singelamente conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. Não extrai uma norma diretamente desse texto, norma essa cuja correção possa ser sindicada segundo parâmetros

que linhas acima aponte. Aqui nem mesmo poderemos indagar da eventual subversão, ou não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição.

12. Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por Laband, mas do qual terá sido Georg Jellinek¹³ o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota Hsü Dau-Lin¹⁴, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema. Este não sendo o momento adequado para o que o Ministro Pertence chama de seminário, permito-me apenas neste ponto referir o estudo preliminar de Pablo Lucas Verdu¹⁵ à tradução espanhola do ensaio de Jellinek e a monografia da Professora Anna Candida da Cunha Ferraz¹⁶ sobre o tema. E proponho retermos, em síntese, a afirmação que linhas acima formulei: na mutação constitucional não apenas a norma é nova, mas o próprio texto normativo é substituído por outro.

13. Em casos como tais importa apurarmos se, ao ultrapassarmos os lindes do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto. Pois é certo que a unidade do contexto repousa em uma tradição que cumpre preservar. Recorro a Jean-Pierre

13 *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster Y Pablo Lucas Verdu, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.991.

14 *Mutación de la Constitución*, trad. de Pablo Lucas Verdú y Christian Förster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1.998, pág. 29.

15 Citada na nota 13.

16 *Processos informais de mudança da Constituição*, Editora Max Limonad, s/ indicação de local, 1.986.

Vernant para dizer que o novo texto, para ganhar sentido, deve ser ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico. O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação se mantém adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento.

14. O sentido atribuído pelo eminente Relator ao inciso X do artigo 52 da Constituição não é inusitado. Há alguns anos foi afirmado por Lúcio Bittencourt¹⁷. De resto, inúmeras circunstâncias esmiuçadas no voto do Relator --- circunstâncias que não me parece necessário aqui reproduzir ou reiterar --- indicam a efetividade da mutação. Tentarei ser objetivo.

15. Breve relato da nossa sessão plenária do dia 28 de março passado: julgamos algumas ADI's e alguns RE's; debatia-se depósito em dinheiro como requisito necessário ao exercício, pelo administrado, do direito ao recurso administrativo; julgamos inconstitucional a exigência, em mais de uma de suas manifestações; consta que no mesmo dia do julgamento, ao final da tarde, algum ou alguns contribuintes obtiveram o levantamento de depósitos que teriam anteriormente efetuado; se isso não for veraz, passa por ser na minha versão dos fatos; mas isso apenas se tornara possível, na realidade ou no conto que eu conto, porque a matéria à qual corresponderam os depósitos de que se tratava foi decidida em uma das ADI's; as decisões tomadas em RE's, atinentes a outra matéria, não aproveitarão os particulares senão quando, um dia, o Senado Federal vier a suspender a execução, no todo ou em parte, da lei que veicula a exigência de depósito... Um dia, no futuro...

Esse relato diz tudo. Quem não se recusar a compreender perceberá que o texto do inciso X do artigo 52 da Constituição é --- valho-me da dicção de Hsü Dau-Lin¹⁸ --- obsoleto.

16. A esta altura a doutrina dirá que não, que entre nós coexistem a modalidade de controle concentrado e a de controle difuso de constitucionalidade e que a nossa tradição é a do controle difuso,

17

O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, Ministério da Justiça, Brasília, 1.997, pág. 145.

18

Mutación de la Constitución, cit., pág. 67.

atribuído à competência do Poder Judiciário desde a Constituição de 1.891. Que o Senado Federal participa desse controle a partir de 1.934, a ele competindo suspender, por meio de resolução, a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Que o controle concentrado de constitucionalidade veio bem depois, inicialmente quando alterada a redação do artigo 101 da Constituição de 1.946 pela Emenda Constitucional n. 16/65, após em 1.988, com a incorporação ao nosso direito da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Que a decisão tomada no âmbito do controle concentrado é dotada, em regra, de efeitos *ex tunc*¹⁹; a definida no controle difuso, de efeitos *ex tunc* entre as partes. Que os efeitos da decisão em recurso extraordinário sendo *inter partes* e *ex tunc*, o Supremo, caso nela declare a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, remeterá a matéria ao Senado da República, a fim de que este suspenda a execução dessa mesma lei ou ato normativo. Que, se o Senado suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, agregará eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc* a essa decisão²⁰. Por fim a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade.

Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso.

17. Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da

19 A exceção está prevista na Lei 9.868.

20 Vide LENIO STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Forense, 2ª ed., 2004, págs. 479 e ss.

execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Indague-se, a esta altura, se esse texto, resultante da mutação, mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta é afirmativa. Ademais não se vê, quando ligado e confrontado aos demais textos no todo que a Constituição é, oposição nenhuma entre ele e qualquer de seus princípios; o novo texto é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.

18. Ainda outra indagação será neste passo proposta: poderia o Poder Legislativo, no que tange à decisão a que respeita a Reclamação n. 4.335, legislar para conferir à Constituição interpretação diversa da definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 82.959, quando considerou inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 [a chamada Lei dos crimes hediondos]?

Entendo que não.

As árvores judiciais --- como observa Karl Loewenstein²¹, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos --- as árvores judiciais de ordinário não alcançam o céu. Poderíamos, diz ele, por conta da posição superior que a Suprema Corte de fato ocupa na dinâmica constitucional, chegar facilmente à conclusão de que ao seu poder não se colocam limites. Esta suposição é no entanto incorreta. Foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu. Diz o texto de Loewenstein²², em tradução livre:

“Importante limitação do poder do Tribunal Supremo encontra-se na possibilidade de o Congresso posteriormente, por meio de uma lei corretiva, revogar os efeitos de certa decisão. É importante frisar que aqui se trata apenas daqueles casos nos quais o Congresso não está de acordo com a interpretação dada pelo Tribunal Supremo a um texto normativo; aqui não

21

Verfassungsrecht und Vefassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin, 1.959, pág. 427.

22

Ob. cit., págs. 429-430.

se trata de modo algum dos casos onde o Tribunal Supremo decidiu pela inconstitucionalidade, seja por que o Congresso não tem absolutamente competência para promulgar a lei ou porque há contradição entre a lei e uma norma constitucional. [...] Correções de decisões do Tribunal Supremo por leis posteriores são muito freqüentes, de modo que podemos falar em um jogo de xadrez entre Congresso e Tribunal, onde o movimento do Congresso dá xeque-mate ao Tribunal. Essas reações do Congresso contra decisões que lhe parecem intragáveis mostram-se ainda mais interessantes se consideramos que, repetidas vezes, o Presidente acudiu o Tribunal exercendo o poder de veto para evitar as correções. Isto aconteceu, por exemplo, em relação à existência de petróleo na costa. O Tribunal Supremo inicialmente definiu que o petróleo além da linha da maré baixa pertencia à União (*United States v. California*, 332 U.S. 19, 1947). O Congresso por sua vez, sob influência de uma batalha publicitária extraordinariamente cara, sustentada pelos representantes dos interesses petroleiros dos Estados-membros, promulgou duas vezes leis que definiam pertencerem, as reservas de petróleo, aos Estados-membros. O então Presidente Truman vetou estas duas leis (1946 e 1952). Posteriormente o Presidente Eisenhower, cumprindo uma promessa de campanha eleitoral aos seus financiadores republicanos, não colocou empecilhos à terceira lei (*Submerged Lands Act* de 1953). [...]

Desde a Segunda Guerra (até 1958) verificam-se não menos do que vinte e um casos deste tipo, nos quais o Congresso, por lei posterior, corrigiu decisões do Tribunal Supremo que o desagradavam, seja por motivos técnicos, seja por motivos políticos ou outras razões. Entre eles encontravam-se dois casos nos quais o Tribunal Supremo defendeu a preservação de direitos fundamentais. Causou comoção o enfraquecimento de uma decisão (*Jenckes v. United States*, 353 U.S. 657, 1957) que possibilitou, por lei

posterior, em 1957, o exame dos documentos de um acusado em processo político mantidos em arquivos do Estado. O Congresso, em uma cadeia de casos, anulou a ampliação de competências federais; em contrapartida, em apenas um caso corrigiu uma decisão a favor da União. Na maioria dessas decisões trata-se ou de diferenças de interpretação, nas quais naturalmente o legislador tem a última palavra, ou de casos nos quais o Tribunal Supremo pretendeu proteger um determinado grupo social (especialmente em casos trabalhistas), indispondo-se com o Congresso, que ou não estava de acordo com a posição adotada, ou tomava a decisão como inconveniente ou economicamente não sustentável; ou, ainda, que temia que determinada decisão viesse a ensejar uma cadeia de processos subseqüentes. A possibilidade de que isso ocorresse é que, certamente, fez com que uma decisão do Tribunal Supremo (*Wong Yang Sung v. Mc Grawth*, 339 U.S. 33, 1950) --- que definiu como exigível também para a extradição de estrangeiros um procedimento segundo determinadas regras --- viesse a ser corrigida mediante a alteração do *Administrative Procedure Act* de 1946 (60 Stat. 239, 1946), que passou a dispor que essa exigência não era, no caso, necessária; essa alteração legislativa resultou em economia em relação ao custo de milhares de processos atinentes a mexicanos que se encontravam ilegalmente no país”.

19. Sei bem do perigo da importação de doutrinas jurídicas e exemplos estrangeiros para o e no debate sobre o direito brasileiro. Tenho insistido em que não existe o direito, existem apenas os direitos. E o nosso direito é muito nosso, próprio a nossa cultura. A ponto de afirmarmos a necessidade de uma antropofagia jurídica, à moda de Oswald de Andrade. A alusão ao texto de Loewenstein é porem, na hipótese, oportuna.

Diz ele: o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do

Supremo Tribunal Federal, exclusivamente quando não se tratar de hipóteses nas quais esta Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei, seja porque o Congresso não tinha absolutamente competência para promulgá-la, seja porque há contradição entre a lei e um preceito constitucional. Neste caso, sim, o jogo termina com o último lance do Tribunal; nossos braços então alcançam o céu.

20. Vou dizê-lo de outro modo, em alusão às faculdades de estatuir e de impedir, para o quê recorro à exposição contida no capítulo VI do Livro IX d'*O espírito das leis*²³, de Montesquieu, sobre a distinção entre os poderes Legislativo e Executivo (*distinção* e não *separação* entre poderes --- não me cansarei de repeti-lo --- que disso jamais tratou o barão).

Distinguindo entre *faculdade de estatuir* --- o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem --- e *faculdade de impedir* --- o direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro (isto é, *poder de veto*)²⁴ ---, entende deva esta última estar atribuída ao Poder Executivo, em relação às funções do Legislativo; com isso, o Poder Executivo faz parte do Legislativo, em virtude do direito de veto: “Se o Poder Executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do campo Legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes”²⁵. “O Poder Executivo, como dissemos, deve participar da legislação através do direito de veto, sem o quê seria despojado de suas prerrogativas”²⁶.

Bem se vê que Montesquieu faz alusão a faculdades --- de *estatuir* e de *impedir* --- do Legislativo e do Executivo. Mas desejo referir, agora, a faculdade de impedir, do Judiciário, exercida em relação a atos do Legislativo. Ele, o Judiciário, pode [= deve] impedir a existência de leis inconstitucionais. Aí --- atualizo Montesquieu --- como que um poder de veto do Judiciário. O Legislativo não poderá, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam

23 Coleção *Os Pensadores*. v. XXI, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo, Editor Víctor Civita, 1973.

24 *Ob. cit.*, pág. 159.

25 *Idem*, pág. 159.

26 *Idem*, pág. 161.

o céu. Pode fazê-lo quando lance mão da *faculdade de estatuir*, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas não, repito, quando aquele que estou referindo como *poder de veto do Judiciário* [= poder de afirmar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] houver sido exercido.

21. Outra questão a ser imediatamente introduzida, anexa à anterior, diz com a impossibilidade de o Senado Federal permanecer inerte, da sua inércia resultando comprometida a eficácia da decisão expressiva do que venho referindo como poder de veto exercido pelo Supremo.

A resposta é óbvia, conduzindo inarredavelmente à reiteração do entendimento adotado pelo Relator, no sentido de que ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto --- voto dele, Relator --- e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

22. No caso, ademais, trata-se da liberdade de pessoas, cumprimento de pena em regime integralmente fechado. A não atribuição, à decisão do STF no HC 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum.

Por isso julguei procedente a reclamação.