

“CAMINHAMOS A PASSOS LARGOS PARA O COMMON LAW”, AFIRMOU O MINISTRO TEORI ZAVASCKI

Rômulo Moreira¹

Em palestra realizada no 18º Congresso Internacional de Direito Constitucional, organizado pelo Instituto Brasiliense de Direito, o Ministro Teori Zavascki, afirmou, no dia 10 de novembro, que “*nosso sistema caminha a passos largos para o **common law***”. Na opinião dele, cada vez mais a estrutura da jurisdição constitucional brasileira estrutura-se em torno da valorização dos precedentes judiciais e da jurisprudência para além do que dita a doutrina clássica. Segundo o Ministro, com o aumento do que ele chama de “*eficácia expansiva das decisões judiciais*”, o Direito brasileiro tem valorizado cada vez mais os precedentes judiciais: “*Não podemos mais dizer que decisões de eficácia **erga omnes** são apenas as que decorrem do controle concentrado de constitucionalidade ou da resolução do Senado que afasta a aplicação da lei declarada inconstitucional. Com a expansão do controle concentrado de constitucionalidade, a eficácia expansiva das decisões do Supremo se tornou natural, tanto para declarar uma lei inconstitucional quanto para declarar constitucional.*”

O Ministro, no entanto, aponta que essa supervalorização da jurisprudência criou um subproduto, indagando em seguida: “*se a eficácia expansiva das decisões do Supremo tem se ampliado, o cumprimento dessas decisões pode ser exigido por meio de reclamação? Isso criaria um problemão, porque transformaria o Supremo em corte de competência originária para todos os fenômenos*”, afirmando que o Supremo já havia decidido que “*a força expansiva das decisões não é vinculante, é persuasiva. E aí entra a diferença entre as decisões de força normativa e as decisões de força executiva do Supremo, o que explica também a prática corriqueira do Tribunal em modular suas declarações de inconstitucionalidade.*”

O primeiro caso, explicou o Ministro, são as decisões de controle constitucional de leis. A jurisprudência clássica do Supremo é de que, se uma lei é inconstitucional, o é desde que foi editada. Ou seja, leis inconstitucionais

¹ Procurador de Justiça. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS. Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 e 2014, respectivamente (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013) e “A Nova Lei de Organização Criminosa”, publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), “O Procedimento Comum: Ordinário, Sumário e Sumaríssimo” e “Uma Crítica à Teoria Geral do Processo”, Florianópolis, Editora Empório do Direito”, 2015, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

são nulas e, portanto, os efeitos da decisão retroagem - o grande voto contrário a essa percepção, conforme o Ministro, é do Ministro Leitão de Abreu, para quem leis declaradas inconstitucionais são anuladas, o que faria com que a inconstitucionalidade passasse a valer a partir da data da publicação do acórdão, sem retroagir. No entanto, a modulação explica-se pela eficácia executiva: “*O efeito vinculante é da decisão que declarou a norma inconstitucional, e não da própria norma. O efeito vinculante, portanto, é sempre **ex nunc**. O efeito normativo é que se dá no plano das ideias, como escreveu Pontes de Miranda.*”

Ele também assinalou que a jurisdição constitucional brasileira passa por um momento de mudanças, mas “*de grande vigor*”, já que a própria definição clássica de jurisdição constitucional já não se aplica mais aos tempos atuais: “*Não é apenas o controle da constitucionalidade das normas, ou do conflito de leis com a Constituição. É a relação das coisas, no sentido mais amplo, com a Constituição. Relaciona leis, atos, condutas e até a jurisdição com a Constituição.*”

Como exemplos dessa “*nova fronteira*” da jurisdicional constitucional, citando os tratados internacionais de Direitos Humanos que, assinados antes da emenda, ou não ratificados pela maioria qualificada, são, conforme a jurisprudência do Supremo (**com a qual não concordamos, frise-se**), normas supralegais, mas infraconstitucionais. “*Estamos diante de um novo domínio. Portanto, os tratados podem ser objeto de controle de constitucionalidade, mas também podem ser parâmetros para a jurisdição constitucional*”.

O Ministro também ressaltou os “*novos domínios da jurisdição constitucional, ainda carentes de aprofundamento teórico*”, declarando que “*a jurisdição constitucional se dá aos poucos, não se forma da noite para o dia e nem por ação de uma pessoa. É construção paulatina*”.²

Pois bem.

Efetivamente, na sessão do dia 20 de março de 2013, no julgamento da Reclamação nº. 4335, na qual a Defensoria Pública da União questionou decisão do juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco que havia negado a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional, ficou decidido que, embora o artigo 52, X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução de dispositivo legal ou da íntegra de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, as decisões da Corte revestem-se de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual.

Naquele julgamento, os Ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio julgavam inviável a Reclamação, mas, de ofício, concediam **Habeas Corpus** para que os dez condenados tivessem seus pedidos de progressão do regime analisados, individualmente, pelo juiz da Vara de Execuções Criminais. Os votos dos Ministros Gilmar Mendes (relator) e Eros Grau (aposentado) somaram-se aos proferidos na sessão do dia 20, no sentido da procedência da Reclamação. Para ambos, a regra constitucional

² <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/caminhamos-passos-largos-common-law-teori-zavascki>

que remete ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal ou de toda lei declarada inconstitucional pelo Supremo tem efeito de publicidade, pois as decisões da Corte sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso.

Em voto-vista, o mesmo Ministro Teori Zavascki, citou as importantes mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), que permitiu à Corte editar súmulas vinculantes e filtrar, por meio do instituto da repercussão geral, as controvérsias que deve julgar. *“É inegável que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente da resolução do Senado, nas hipóteses do artigo 52, inciso X, da Constituição”*, afirmou. O fenômeno, segundo o Ministro, *“está se universalizando por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos Tribunais Superiores e especialmente à Suprema Corte”*.

Para o Ministro, contudo, era necessário dar interpretação restritiva às competências originárias do Supremo, pois o uso indistinto da reclamação poderia transformar o Tribunal em *“verdadeira corte executiva”*, levando à supressão de instâncias locais e atraindo competências próprias de instâncias ordinárias. No caso em análise, entretanto, o Ministro Teori Zavascki acolheu a Reclamação nº. 4335 por violação à Súmula Vinculante nº. 26 (*“para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990”*). Embora a Reclamação tenha sido ajuizada mais de três anos antes da edição da súmula, a aprovação do verbete constitui, segundo o Ministro, fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo, que não pode ser desconsiderado pelo Juiz de Direito, nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil.

Esta verdadeira “novela mexicana” iniciou-se em fevereiro de 2006 quando, por seis votos a cinco, os Ministros declararam a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos que proibia a progressão do regime de cumprimento da pena (já alterado). Mas como a decisão foi tomada por meio de um **Habeas Corpus**, o Juiz da Vara de Execuções considerou que ela só teve efeito imediato para as partes envolvidas no processo. Para ele, a eficácia geral da decisão (eficácia **erga omnes**) só passaria a valer quando o Senado Federal publicasse resolução suspendendo a execução da norma considerada inconstitucional pelo Supremo, como prevê a Constituição. Depois, na sessão do dia 19 de abril de 2007, pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski suspendeu o julgamento.

Naquela oportunidade, quatro dos Ministros já se posicionaram sobre a matéria: Gilmar Mendes e Eros Grau disseram que a regra constitucional tem simples efeito de publicidade, uma vez que as decisões do Supremo sobre a inconstitucionalidade de leis têm eficácia normativa, mesmo que tomadas em ações de controle difuso (incidental), ou seja, aquelas que decidem questões no caso concreto, com efeitos entre as partes. *“Não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa eficácia normativa”*, afirmou o Ministro Gilmar Mendes. *“A decisão do Senado é ato secundário ao do Supremo”*, disse o Ministro Eros Grau.

Houve divergência, pois os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa refutaram a solução proposta por Gilmar Mendes e Eros Grau. Mesmo afirmando que o dispositivo em debate é “*obsoleto*”, o Ministro Sepúlveda Pertence não concordou em reduzir a uma “*posição subalterna de órgão de publicidade de decisões do Supremo*” uma prerrogativa à qual o Congresso se reservou. Segundo ele, as sucessivas Constituições promulgadas no Brasil têm mantido o dispositivo. Ele defendia então a utilização, no caso, da súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Já o Ministro Joaquim Barbosa classificou como anacrônico o posicionamento do Juiz da Vara de Execuções de Rio Branco. “*O anacronismo é do juiz. Portanto, do próprio Poder Judiciário*”, afirmou. Ele defendeu a manutenção da leitura tradicional do dispositivo constitucional em discussão por ser “*uma autorização ao Senado, e não uma faculdade de cercear decisões do Supremo*”.

Os quatro Ministros concordaram que os dez condenados tinham o direito de terem seus pedidos de progressão do regime de cumprimento da pena analisados, individualmente, pelo Juiz de Execuções Criminais. Os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau concederam o direito ao deferir a reclamação. Já os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa concederam **Habeas Corpus** de ofício aos condenados, já que o primeiro indeferiu a Reclamação e o segundo não conheceu do pedido.

O julgamento continuou na sessão do dia 16 de maio de 2013 quando, mais uma vez, foi adiado, em razão de novo pedido de vista do Ministro Teori Zavascki. Continuava, portanto, a discussão acerca da função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade das leis.

Aliás, quando se pronunciou no seu voto-vista, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou que a competência do Senado no controle de constitucionalidade de normas tem sido reiterada, desde 1934, em todas as constituições federais, não sendo “*mera reminiscência histórica*”. De acordo com ele, reduzir o papel do Senado a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo, nesse campo, “*vulneraria o sistema de separação entre os Poderes*”. O Ministro, então, salientou que a Constituição Federal de 1988 fortaleceu o Supremo, mas não ocorreu em detrimento das competências dos demais Poderes. “*Não há 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 artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, o qual erige a separação dos Poderes à dignidade de cláusula pétrea que se quer pode ser alterada por meio de emenda constitucional*”, destacou na oportunidade. Segundo ele, o Supremo recebeu um grande poder, a partir da Emenda Constitucional 45, sem que houvesse a necessidade de alterar o artigo 52, X, da Constituição. “*Os institutos convivem, a meu ver, com a maior harmonia sem choque ou contradição de qualquer espécie*”, avaliou o Ministro Ricardo Lewandowski. Por esses motivos, o Ministro não conhecia da Reclamação, mas também concedia o **Habeas Corpus** de ofício a favor dos condenados.

Antes, no dia 1º de fevereiro de 2007, mais uma vez, foi interrompida a análise da Reclamação por um pedido de vista antecipado do Ministro

Eros Grau. Nesta oportunidade, o relator reafirmou que a “*não publicação pelo Senado de resolução que nos termos do artigo 52, X, da Constituição Federal, suspenderia a execução da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo não teria o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica*”, mantendo a liminar e julgando procedente a ação para cassar as decisões que, segundo ele, feriam julgado do Supremo. O Ministro explicou que “*o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais. Essa solução resolve, a meu ver, de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se assim também as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado e de outro, a visão doutrinária ortodoxa e, permitamos dizer, ultrapassada do disposto no artigo 52, X*”. Diante desse entendimento, à recusa do juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco em conceder o benefício da progressão de regime nos casos de crimes hediondos, que há, portanto, desrespeito à eficácia da decisão do Supremo, eu julgo procedente a Reclamação para cassar essas decisões e determinar que seja aplicada a decisão proferida pelo Supremo”.

A solução, portanto, estava dada, e estávamos diante do chamado “*controle difuso abstrativizado*”, expressão do Professor baiano Fredie Didier Júnior³.

Também, neste sentido, era a lição do hoje Ministro Luís Roberto Barroso: “*A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela Emenda Constitucional nº. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados ao art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!*”⁴

Apenas para concluir, afirmamos que repudiamos a adoção absoluta do modelo anglo-saxão, especialmente em nosso Processo Penal, principalmente no que diz respeito, como querem muitos, à relativização da proibição da utilização das provas produzidas de forma ilícita, às mais absurdas hipóteses de barganha penal, à tão propalada instrumentalidade das formas processuais (em detrimento sempre do devido processo legal), etc., etc. Preferimos continuar seguindo, como quase todos os

³ Transformações do Recurso Extraordinário - Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. - Coordenadores, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 104-121.

⁴ O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, São Paulo: Ed. Saraiva, 2004, p. 92.

países da Europa continental, o modelo de **civil law**, em que o Juiz deve cingir-se, em suas decisões, à Lei e à Constituição.