

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: CONFLITOS E TENSÕES ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER LEGISLATIVO

CONSTITUTIONAL JURISDICTION: CONFLICTS AND TENSIONS BETWEEN THE SUPREME DEFERAL COURT AND THE LEGISLATIVE NATIONAL POWER

Anna Candida da Cunha Ferraz*

Resumo: Conflitos e tensões permeiam a jurisdição constitucional no Brasil. Em organização estatal fundada na separação de poderes, que é disciplinada de modo expresse e, por vezes, taxativo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que tem como guardião o Supremo Tribunal Federal, um dos poderes constituídos, conflitos entre poderes são possíveis ou mesmo inevitáveis. Vários exemplos demonstram essa realidade. Neste artigo alguns exemplos de conflitos entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo são examinados em razão do nível da polêmica que suscitam e por envolverem sério questionamento sobre a força normativa da Constituição brasileira.

Palavras-chave: Conflitos entre Poderes. Tensões na Jurisdição Constitucional. Poder Legislativo. Supremo Tribunal Federal. Força normativa da Constituição.

Abstract: Conflicts and tensions are interposed in the Constitutional Jurisdiction in Brazil. In an organization founded on the separation of powers, which is clearly and definitively ruled in the Constitution of the Brazilian Federative Republic of 1988 and which has as ultimate guardian the Supreme Federal Court, one of the branches of the govern, conflicts between federal powers are possible or even inevitable. Various examples demonstrate this reality. In this article some examples of conflicts between the Supreme Federal Court and the Legislative National Power are examined just to demonstrate the high level of controversy which they arise and which involve serious inquiry on the strength of Brazilian constitutional standards.

Keywords: Conflicts between Federal Powers. Tensions on Constitutional Jurisdiction. Legislative Branch. Federal Supreme Court. Strength of Brazilian constitutional standards.

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professora titular e coordenadora do Mestrado do Centro Universitário Fieo; Rua Narciso Sturlini, 883, Bela Vista, 06018-903, Osasco, São Paulo, Brasil; margarethanne@gmail.com

Introdução

A Constituição brasileira de 1988 tem sua guarda e permanência assegurada pelo poderoso instrumental que ela mesma institui – o controle jurisdicional de constitucionalidade difuso e concentrado.

É a jurisdição constitucional, pois, o mais relevante meio de defesa da Lei Maior no Estado brasileiro.

Exercida no quadro da separação de poderes – princípio que rege a organização do poder estatal no Estado brasileiro (art. 2º, CF) – a Constituição eleva o Supremo Tribunal Federal (STF) à função não apenas de guardião da Constituição, mas, como consequência, de guardião de todos os atos dos poderes constituídos do Estado brasileiro e os da sociedade em geral, que necessariamente devem estar conformes ao Texto Constitucional. Em outras palavras, o exercício de competências próprias e mesmo exclusivas dos Poderes Legislativo, Executivo e do próprio Judiciário não escapa ou não pode fugir dos limites constitucionais fixados perante a guarda do Supremo Tribunal Federal.

Diante dessas expressões normativas, surge como possível, ou mesmo inevitável, a possibilidade de se estabelecerem conflitos ou tensões no exercício de tão complexa e difícil missão constitucional atribuída ao guardião da Lei Maior.

Registre-se, por primeiro, que a ocorrência ou interveniência de conflitos e tensões entre os Poderes Políticos é fenômeno percebido mesmo em Estados que optam pelo regime da colaboração entre poderes.¹

Para exemplo, anote-se que, em Portugal, tratando da matéria, os ex-presidentes do Tribunal Constitucional português, Cardoso da Costa e Moura Ramos, registram que as tensões entre o Tribunal Constitucional e o poder político são fato “[...] normal, a novidade é a sua duração”. (ALMEIDA, 2013).²

Nessa mesma linha, observa-se que a tensão entre o poder político é inerente à “atividade dos juízes”, isso porque “[...] o juiz [constitucional] tem como missão dizer ao poder político o que ele não pode fazer”, pontua Moura Campos, ex-presidente do TC de Portugal e Professor da Universidade de Coimbra (ALMEIDA, 2013).

Em Portugal, a polêmica envolve ampla tipologia de normas, matérias e julgamentos, pelo que o Tribunal Constitucional português é sucessivamente confrontado.

Voltando à realidade brasileira, em que a base constitucional normativa é extremamente alargada, vez que a Constituição brasileira é extensa e analítica e abriga um sem número de matérias, também a interpretação e concretização das normas constitucionais, particularmente das que cuidam dos direitos fundamentais, têm levado à ocorrência de “tensões” no âmbito da jurisdição constitucional. Questões como a positivação constitucional e o fenômeno político-jurídico da internacionalização dos direitos humanos – matérias cuja guarda está nas mãos do STF – têm propiciado

¹ Nesse caso, os Estados que adotam o parlamentarismo, regime de colaboração entre os poderes.

² Enric Vives-Rubio anota que a tensão, entre Governo e juízes do TC de Portugal, perdura há três anos e, desde então, em aparente crescimento. Partilham da mesma opinião, indica o autor, Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, entre outros.

inegável surgimento de tensões entre a mais alta Corte do País, o Direito Constitucional, a Constituição e a sociedade em geral.

Em resumo, diante desses pontos relatados, torna-se inevitável que surjam, na dinâmica constitucional, embates, conflitos entre poderes, particularmente entre o STF e os poderes políticos, entre os órgãos federativos, e tensões veiculadas nas decisões jurisdicionais, tensões que suscitam, primordialmente, os limites da competência do próprio Supremo Tribunal Federal como intérprete de normas constitucionais.

Neste trabalho, cuidar-se-á tão-somente dos conflitos entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, por intermédio do exame de apenas alguns casos retirados da extensa pauta de decisões do STF.

1 Direitos e deveres dos parlamentares e seus reflexos na jurisdição constitucional

Os embates entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal, relacionados ao exercício de competências exclusivas ou privativas, no âmbito do Congresso Nacional ou de suas Casas Legislativas, têm suscitado vários conflitos. Nesses casos, em regra, o confronto surge, principalmente, em razão de o Poder Legislativo alegar sua independência e, em consequência, a inviabilidade de o STF adentrar no exame de matérias típicas do Poder Político por excelência, nos termos previstos na Constituição de 1988, inclusive no que diz respeito aos direitos das minorias parlamentares ou de direitos próprios de parlamentares individualmente considerados.³

Questão amplamente debatida pela imprensa envolveu a colocação, na pauta do Senado Federal, de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, proposta por partidos minoritários na composição do Congresso Nacional. O tema foi versado no MS 32.885 MC/DF, relatado pelo Ministra Rosa Weber, com julgamento em 23 de abril de 2004, ao qual foi anexado o de n. MS 32.889 MC, em razão da identidade das matérias versadas em ambos.

São os seguintes os fatos ocorridos no Senado Federal, e relatados pela Ministra Rosa Weber, que ensejaram as duas proposituras:

Em 08 de abril de 2014, Senadores da República (Aécio Neves, Jarbas de Andrade Vasconcelos, entre outros), representantes de partidos minoritários, impetraram o primeiro Mandado de Segurança citado, com pedido de liminar, contra ato do Presidente do Senado, reputado pelos impetrantes como ofensivo ao art. 58, § 3º, da CF e a normas legais e regulamentares. Tratava-se, no caso, da instalação de uma CPI, no Senado, por proposta da minoria parlamentar, objeto do RQS 302/2014, visando a apurar “[...] irregularidades envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás).” (SENADO FEDERAL, 2014). Alegou-se, na propositura, que, não obstante ter a minoria parlamentar atingido todos os requisitos constitucionais necessários para a instalação da CPI, cons-

³ Reabre-se, nesse contexto, de certo modo, a competência do STF e as chamadas “questões políticas”, que dominaram discussões no início do século XX.

tantes do Requerimento citado, vinha esta sendo obstaculizada em seu funcionamento por ato ou omissão do Presidente do Senado.

Antes da decisão prolatada nesse Mandado de Segurança, deu entrada no Supremo Tribunal Federal outro Mandado de Segurança, o de n. 32.889, impetrado pela Senadora Ana Rita Esgário (e outros), contra ato da Presidência do Senado versando a mesma matéria – constituição de CPI – porém, nesse MS, os senadores da maioria parlamentar propunham a inclusão de fatos novos no requerimento da minoria, que consideravam conexos aos referidos na CPI dos partidos minoritários, quais sejam “[...] as irregularidades praticadas no âmbito dos Estados da federação” (BRASIL, 2014) e objeto do RQS 303/2014. Nesse Requerimento, em suma, pretendia-se a instalação de CPI única para tratar dos temas versados no RQS 302 e no RQS 303. Em ambos os requerimentos foram suscitadas questões de ordem no Senado Federal, com base em seu Regimento Parlamentar.

Ainda no âmbito congressual, indeferidas as questões de ordem levantadas, em 02 de abril de 2014, a Presidência, no exercício de sua competência regimental, decidiu pela criação de apenas uma CPI, admitindo o RQS 303/2014,⁴ com base alargada de fatos e determinando o arquivamento do RQS 302/2014. Essa decisão foi objeto de “recurso” à Comissão de Justiça e Cidadania da Casa, que o indeferiu, em 09 de abril de 2014,⁵ mantendo a instalação de uma CPI única.

Em síntese, nesses mandados de segurança foram questionados, para o que interessa ressaltar, os seguintes pontos: o direito de a minoria parlamentar propor CPI que, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, deve ser instaurada; a possibilidade de se acrescentar, ao requerimento de instituição de CPI, fatos novos; a posição do Presidente do Senado ao obstaculizar o exercício de CPI proposta por minoria parlamentar; a competência do STF para solução do conflito; e, a inexistência, ou não, de fato determinado que justificasse a proposição da primeira CPI, solicitada pela base parlamentar minoritária.

Ressalte-se, de início, que a discussão sobre a legitimidade de a minoria parlamentar constituir comissões de inquérito e a competência do STF para examinar a questão, quando proposta por parlamentar em Mandado de Segurança alegando direitos das minorias, é tema há muito sufragado pela doutrina e pelo STF.⁶

Na decisão veiculada no MS 32.889 MC/DF – Distrito Federal, relatado pela Ministra Rosa Weber, esses direitos da minoria foram reconhecidos. Em longo despacho fundamentado, que segue resumido, os fatos já descritos foram abordados na decisão prolatada em 08 de abril de 2014, regis-

⁴ Essa questão foi objeto de recurso à CCJ, que o indeferiu, mantendo a viabilidade da instituição de CPI única, com alargamento dos fatos inicialmente indicados.

⁵ Senado Federal. Parecer do Senador Romero Jucá, Senado Federal, *site* anteriormente indicado, que concluiu pela viabilidade de uma CPI única, com objeto ampliado. Mas, considerando que a decisão liminar da Ministra Rosa Weber, no STF, proferida no MS 32.885, abriu-se prazo para indicação dos membros para comporem a CPI única, pelo que o Presidente do Senado recorreu de ofício à CCJ, até que fosse proferida decisão definitiva do STF sobre o assunto.

⁶ Não se pode deixar de observar a inegável politização que paira sobre a instalação de uma CPI, especificamente proposta por minorias parlamentares, que, não raro, encontra óbices à sua instalação, seja pela atuação das Mesas Parlamentares, seja pela atuação dos blocos políticos majoritários, como vinha ocorrendo, apenas para exemplificar, com a CPI da Petrobrás que, embora aprovada segundo os requisitos constitucionais, não conseguisse se instalar por força do bloqueio sistemático oposto pelas forças políticas favoráveis ao Governo de turno. Sobre os direitos das minorias parlamentares para instalação de CPI, ver, entre outros, MS 24.831 / DF – Distrito Federal, Rel. Celso de Mello, MS 24.949/DF, Relatado Pelo Ministro Celso de Mello, ADI 3.619, Relator Eros Grau. Ver Tb. na doutrina, entre outros: Ferraz (2009), Sampaio (1964) e Sproesser (2008).

trando-se aí que foi impetrado perante a Suprema Corte, por eminentes Senadores da República, o MS em causa, com pedido de liminar, contra ato do Presidente do Senado, reputado pelos impetrantes como ofensivo ao art. 58, § 3º, da CF e a normas legais e regulamentares. Tratava-se da instalação de uma CPI por minoria parlamentar, RQS 302/2014, visando a “[...] irregularidades envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S/A (Petrobrás)” (SENADO FEDERAL, 2014) que, uma vez atingidos todos os requisitos constitucionais e regimentares, vinha sendo obstaculizada por ato do Presidente do Senado. No Senado Federal, no RQ 303, de 2014, posterior ao primeiro, senadores propuseram outra CPI para investigação dos mesmos fatos, mas acrescentando fatos novos, desconexos ao objeto do primeiro, em franco desrespeito ao § 3º do art. 58 da Constituição da República. Após questionamentos, entre outros, sobre incidentes processuais e sobre a possibilidade de se ampliar objeto de uma CPI, a Ministra Relatora após sua decisão ao feito nos seguintes termos:

[...] defiro, em parte a liminar, sem prejuízo por óbvio, da definição, no momento oportuno, da cognoscibilidade da presente ação mandamental e de seu mérito, e até que tal ocorra, para *suspender* o ato impugnado, no que implica submeter à deliberação da maioria do Senado o requerimento da CPI da minoria, a despeito do aparente cumprimento dos requisitos constitucionais, e para *determinar que a CPI seja implementada não com o objeto alargado do RQS nº 303, de 2014, e sim com o objeto restrito proposto pelo RQS nº 302, de 2014, de que signatários os impetrantes. Notifique-se a autoridade apontada como coatora para que preste informações, em dez dias.* (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Assim, a Ministra Relatora reconheceu, desde logo, a competência de o STF examinar questões envolvendo instituição de CPI propostas por minorias parlamentares e a inviabilidade de ampliação dos fatos circunscritos em uma dada CPI. Reconheceu, também, embora não registrado dessa forma, a inconstitucionalidade ou o abuso funcional praticado pelo Presidente do Senado ao impedir a instalação da CPI proposta. Afastou-se, assim, nesse caso, por óbvio, a eventual compreensão de que o assunto envolvia questão meramente política, a ser decidida *interna corporis* pelo Legislativo, vez que envolvia direitos de parlamentares. Não há decisão final do STF referente ao mérito do MS.

Por outro lado, também o exercício individual de direitos parlamentares da base minoritária e a possibilidade de sua proteção pelo STF, mediante a impetração, por exemplo, de mandado de segurança, vem envolvendo novos questionamentos na jurisdição constitucional.

A esse propósito, acentua, com razão, Teles Filho (2014) que:

[...] o Supremo Tribunal Federal fez do mandado de segurança contra alguns tipos de atos das mesas das duas casas do Congresso Nacional, e de suas comissões, um importante instrumento de proteção das prerrogativas contra violações pela maioria. Desde então, o uso desse instrumento por parlamentares individuais para esse fim tornou-se elemento essencial para a preservação das funções constitucionais do próprio Congresso Nacional.

No entanto, salienta com pertinência o mesmo autor que, principalmente em “razão de mudanças na “[...] composição da Suprema Corte, algumas decisões têm indicado uma possível revisão dessa tradição constitucional trintenária” (TELLES FILHO, 2014), e exemplifica, citando acórdãos proferidos nos MS 31.816 e 32.033, relatados pelo Ministro Teori Zavascki.

Interessa ao exame do tema a decisão proferida no MS 31.816 MC-AGR /DF/ Distrito Federal, uma vez que esta pode, realmente, ensejar dúvidas sobre o posicionamento do STF (para o futuro) quanto ao exercício do controle da atuação parlamentar em casos em que a atuação do Parlamento venha a ferir direitos ou prerrogativas dos parlamentares ou direitos das minorias parlamentares; em suma, direitos e prerrogativas fundamentais assegurados na Constituição.

Registra a ementa, lavrada no Agravo em MS 31.816 (citado), proposto pela Mesa do Congresso Nacional contra decisão do STF, e relativo à questão de vetos presidenciais inseridos na pauta, em frontal desrespeito ao determinado pelo art. 66 e §§, da Constituição:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR REQUISITOS. PROCESSO LEGISLATIVO. APRECIÇÃO DE VETOS PRESIDENCIAIS (CF., art. 66, §§ 4º e 6º). 1. A concessão de liminar, em mandado de segurança, supõe, além do risco da ineficácia da futura decisão definitiva da demanda, a elevada probabilidade de êxito da pretensão, tal como nela formulada. 2. No caso, o que se pretende, na impetração, é provimento que iniba o Congresso Nacional de apreciar o Veto Parcial nº 38/2012, aposto pela Presidente da República ao Projeto de Lei nº 2.565/2011, antes da votação de todos os demais vetos anteriormente apresentados (mais de 3.000 – três mil), alguns com prazo vencido há mais de 13 (treze) anos. 3. A medida liminar, que tem natureza antecipatória, não pode ir além nem deferir providência diversa da que deriva da sentença definitiva. Assim, no entender majoritário da Corte, não há como manter a determinação liminar ordenando ao Congresso Nacional que “se abstenha de deliberar acerca do Veto Parcial nº 36/2012 antes que proceda à análise de todos os vetos pendentes com prazo de análise expirado até a presente data, em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação”. Isso porque se mostra pouco provável que tal determinação venha a ser mantida no julgamento definitivo da demanda, especialmente pela gravidade das consequências que derivariam do puro e simples reconhecimento, com efeitos *ex tunc*, da inconstitucionalidade da prática até agora adotada pelo Congresso Nacional no processo legislativo de vetos presidenciais (ADI nº 4.029 DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe. de 27.06.2012). 4. Agravo regimental provido. (BRASIL, 2013).

Registre-se que essa decisão em Agravo foi proferida considerando-se a concessão de liminar, no Mandado de Segurança original, e relatada pelo Min. Luiz Fux,⁷ conforme ementa seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL, CABIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* EXCLUSIVA DO PARLAMENTAR EM EXERCÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA CONHECIDO. LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA ACERCA DO VETO PRESIDENCIAL. ART. 66, §§ 4º E 6º, DA CF/88. SOBRESTAMENTO DAS DEMAIS PROPOSIÇÕES ATÉ A DELIBERAÇÃO DO VETO PENDENTE. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE MAIS DE 3.000 VETOS AINDA NÃO APRECIADOS. *INERTIA DELIBERANDI* CONFIGURADORA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE OBSERVANCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE COMUNICAÇÃO DOS VETOS PARA FINS DE DELIBERAÇÃO. OFENSA AO PODER DE AGENDA POLÍTICA DO LEGISLATIVO NÃO CONFIGURADA. REVISITAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE QUESTÕES INTERNA CORPORIS. ESTADO DE DIREITO E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS. ALEGAÇÃO DE

⁷ Indica o M. Relator, como precedentes do STF: MS nº 20.257, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, 08/10/1980. DJ de 27/02/1981; MS n. 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS n. 21.303, Min. Octávio Galloti; MS n. 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13/02/2003, DJ 12.09.2003; e MS n. 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004, DJ 18/06/2004.

VIOLAÇÃO A NORMAS REGIMENTAIS. CONHECIMENTO. DELIBERAÇÃO ACERCA DE MATÉRIA NÃO CONSTANTE DA ORDEM DO DIA. OFENSA À PREVISIBILIDADE E À CONFIANÇA RECÍPROCA NO FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO PRÉVIO DE COMISSÃO MISTA. OFENSA AOS ARTS. 104 E 105 DO REGIMENTO COMUM DO CONGRESSO NACIONAL. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* CONFIRMADOS. LIMINAR DEFERIDA. (BRASIL, 2013).

Conforme se conclui dessa decisão paradigmática, nesse Mandado de Segurança confirma-se o respeito ao direito adquirido que tem o parlamentar de ver observado o mandamento constitucional que disciplina o processo legislativo (no caso, as disposições contidas no art. 66, §§ 4º e 6º, que estabelecem a obrigatoriedade de o Congresso Nacional sobrestar quaisquer proposições até a votação final do veto, quando não examinado neste no prazo constitucional determinado), e confirma-se mais: a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar questões *interna corporis* que contrariem exposto dispositivo constitucional, questões que podem configurar ato ou omissão do Legislativo ante a Constituição em vigor.

Ora, a cassação dessa liminar, citada na decisão relatada pelo Min. Teori Zavascki e apoiada pela maioria do STF, pelos argumentos indicados, certamente, ao menos nessa fase preliminar, tornou letra morta o direito de o parlamentar impugnar inconstitucionalidades por ação ou por omissão do Congresso Nacional, em questões que envolvem a observância do processo legislativo constitucional ou da letra expressa da Constituição. Em outras palavras, a cassação da decisão do Min. Luiz Fux, em seus termos expressos, não obstou ou sequer pretendeu obstaculizar práticas inconstitucionais do Presidente do Senado, prática que vinha sendo exercida há anos. Embora inconstitucional a prática do Senado Federal, não teve essa inconstitucionalidade reflexo algum nessa fase do julgamento – agravo – interposta no MS.

Vê-se, portanto, que a decisão prolatada pelo Min. Teori Zavascki tende a possibilitar alteração da remansosa jurisprudência do STF e, talvez, reduzir a competência do STF para examinar questões de inconstitucionalidade que envolvam o Congresso Nacional, partindo do pressuposto de que matérias “políticas” desenvolvidas nesse âmbito de Poder são insuscetíveis de apreciação pelo Tribunal Constitucional, apreciação essa que Sua Excelência entende que significaria “[...] forma de controle preventivo da ação legislativa, o que é inadmissível.”

A revisão da decisão proferida pelo Min. Luiz Fux – pelas razões invocadas pelo novo Min. Relator – coloca realmente em questionamento a posição de o STF adentrar no mérito de inconstitucionalidades praticadas no âmbito do Poder Legislativo, mesmo quando firam direitos dos parlamentares ou violem a Constituição.

Assim, cabe indagar: tem ou não o STF competência para aferir violações à Constituição, veiculadas pelo Poder Legislativo no exercício de suas competências políticas ou jurídico-políticas específicas? Ocorre, no caso de o STF entender ter competência para examinar questões derivadas do uso inconstitucional do processo legislativo pelo Congresso Nacional, conflito entre os poderes? Quem o solucionará? Haverá possíveis sanções para tal inconstitucionalidade? Quando o legislativo, por não colocar em pauta vetos presidenciais, provocar, além da ofensa à Constituição e de direitos

dos parlamentares, também a possível violação de direitos fundamentais em geral (decorrentes ou previstos nos textos vetados),⁸ qual a solução cabível? Por outro lado, a manutenção da posição adotada nesse Mandado de Segurança não é medida que, fugindo à questão jurídico-constitucional, leva a privilegiar a hegemonia do Poder Executivo na decisão sobre atos normativos: em outras palavras, o temor das consequências de tão insustentável inconstitucionalidade do Legislativo não favorece um pretenso “presidencialismo de cooptação” propiciado pela maioria parlamentar situacionista?

2 O exercício da competência senatorial estabelecida no art. 52, X, CF, e o questionamento de sua validade normativa

A questão da aplicação e a interpretação do inciso X do art. 52, da Constituição de 1988, que vem sendo ressuscitada recentemente no STF, pode revelar, além de um conflito entre poderes, uma evidente tensão na atuação do STF que, sufragada pela maioria da Corte, significa o exercício de um poder que ultrapassa os limites constitucionais das competências do próprio Supremo Tribunal Federal, em uma tentativa evidente de reescrever a norma constitucional expressa. Vejamos:

Ventilado em outros casos, esse questionamento se coloca com maior evidência na Reclamação 4.335-5/AC, aposta em 2006, em que se discutiu o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre decisão proferida em *habeas corpus*, que tinha por objeto a progressividade do regime penal e o alcance e os efeitos do inciso X do art. 52, inserido entre as competências privativas do Senado Federal. Em resumo, o juiz *a quo* indeferiu *habeas corpus* em que se solicitava a aplicação do regime de progressão de penas sob o argumento de que a decisão a respeito no STF fora proferida em caso individual, não tendo o Senado Federal baixado Resolução para lhe dar efeitos *erga omnes*. A Defensoria Pública entrou com a Reclamação em exame.

O inciso X, do art. 52, atribui ao Senado Federal competência para: “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, 1988). Na hipótese, o Senado Federal, como se anotou, não expedira a Resolução considerada pelo magistrado *a quo* como imprescindível.

Parece relevante traçar-se um pequeno histórico⁹ sobre a razão de ser do nascimento dessa competência senatorial privativa, que despontou na Constituição brasileira de 1934 e que permeou todas as constituições posteriores, com alguma diferença de redação e de alcance, e que foi recepcionada inclusive pela Constituição de 1988, no inciso constitucional em exame.

Lembre-se, assim, que a Constituição de 1891

⁸ O veto presidencial pode recair em texto que confira direitos, elimine tratamentos excepcionais, entre outras hipóteses. A manutenção de veto, sem decisão expressa do Parlamento, mas por via de sua omissão, além de reforçar o poder presidencial no presidencialismo em curso no Brasil – rotulado de “presidencialismo de coalizão”, mas que, na verdade, significa um presidencialismo de “cooptação” – não significa a possibilidade de direitos fundamentais não poderem ser exercidos? Qual o possível remédio para isso? Caberia uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão contra o Presidente do Congresso Nacional pelos titulados para tanto? Ou caberia mandado de injunção por aqueles que verificassem que a não aprovação do veto provoca ofensa a direitos ainda não ratificados por lei e que não podem ser exercidos?

⁹ Para maiores informações sobre o histórico desse mandamento constitucional, ver Ferraz (2013).

[...] introduziu, no plano constitucional brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade, inspirado no modelo do *judicial review* criado nos Estados Unidos da América. Tratava-se de um controle do ato inconstitucional realizado no caso concreto, por todo e qualquer juiz. A decisão proferida no caso *sub judice* reconhecia a inconstitucionalidade da lei ou do ato questionado pela parte e afastava a sua aplicação *in casu*, com efeitos *ex tunc*. Isto porquanto o ato inconstitucional – na construção da doutrina clássica norte-americana, adotada no Brasil por influência de juristas entre os quais Rui Barbosa – é nulo, irritado, e não produz nenhum efeito. (FERRAZ, 2013, p. 1060-1067).

Como se sabe, a doutrina brasileira difere do modelo americano do controle difuso em pontos importantes, relacionados com a extensão dos efeitos de uma decisão sobre inconstitucionalidade proferida na Suprema Corte norte-americana. O mais relevante, para o que interessa demonstrar, é a existência, no modelo americano de controle, do *stare decisis* ou do precedente, que, na maioria dos *cases*, implica na extensão da decisão da Corte Suprema a terceiros não envolvidos no processo originário da decisão de inconstitucionalidade.

No Brasil, com a adoção do Recurso Extraordinário, que permitia conduzir uma ação ao Supremo Tribunal Federal, quando, no caso concreto, se instalasse um conflito entre um ato jurídico (particularmente a lei) e a Constituição Federal, a decisão do STF somente incidia sobre as partes, não alcançando terceiros e não tendo, portanto, efeitos contra todos. Assim, o modelo brasileiro de controle difuso apontava, em razão dos limites *inter partes* das decisões, alguns efeitos perversos: a multiplicação de processos fundados no mesmo ato tido por inconstitucional pelo STF, a disparidade de decisões, já que nem todos os casos concretos chegavam ao Supremo Tribunal Federal, e a morosidade da tramitação do processo até alcançar decisão definitiva de nossa Corte mais elevada, pela via do recurso extraordinário.

Ferraz (2013, p. 1060-1067) aponta que a busca de soluções para tal impasse motivou discussões¹⁰ na doutrina constitucional brasileira e registra:

Na Constituinte de 1934, a Emenda Coletiva propõe, segundo revela Prado Kelly (citado no item 1) a adoção de uma solução genuinamente brasileira, com a atribuição privativa ao Senado Federal – que na Constituinte de 1934 aparece como órgão de “coordenação de poderes” – da suspensão de lei e atos declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Assim, ao modelo difuso de controle, adita-se medida inusitada de complementação dos efeitos da decisão jurisdicional definitiva do STF por órgão de natureza política, mediante a suspensão senatorial da lei ou ato inconstitucional. Cabe lembrar que, no continente europeu já prevalecia o modelo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, idealizado por Hans Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920, e, prevalecia igualmente, a tese de Kelsen, de que o ato inconstitucional não era nulo, mas anulável, o que permitia, em tese, que o Tribunal Constitucional – órgão exclusivo para o exame de questões de constitucionalidade – modulasse os efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade (2003, p. 197-257). Aproveitou-se, assim, algo da experiência europeia no tocante à extensão dos efeitos dos julgados em matéria constitucional. De qualquer sorte, o instituto da suspensão senatorial de atos declarados inconstitucionais em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, adotado pela Constituição de 1934, provocou profundas mudanças na

¹⁰ Ver, também, entre outros: Bittencourt (1997 p. 145-146), Ferreira Filho (1992, p. 40-42), Marinho (1964), Silva (2008, p. 522-523) e Senado Federal (1975).

doutrina e na prática do controle difuso no Brasil e suscitou, ante a disciplina normativa mínima do texto constitucional, discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre questões tais como: a legitimidade e a natureza do instituto, os efeitos da sustação senatorial, a vinculação dos poderes Judicial e Político ao comando constitucional, a natureza do ato inconstitucional, dentre outras.

Conforme salientado, essa inovação foi mantida nas constituições posteriores, mesmo naquela que por primeiro introduziu lampejos do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, paralelamente à manutenção do controle difuso (Constituição de 1946, com a Emenda n. 16/ 65).

Particularmente no período compreendido entre a Constituição de 1934 e a Lei Maior de 1946, a doutrina constitucional e a jurisprudência do STF foram férteis em discussões sobre a natureza e o alcance dessa competência senatorial. Vários pontos acabaram sendo firmados particularmente pela jurisdição constitucional. Recordem-se alguns: a reiteração, ante a disposição constitucional, da exclusiva competência de o STF dizer a última palavra sobre a inconstitucionalidade de atos ou normas, a afirmação da natureza do ato inconstitucional, considerado, conforme a doutrina clássica, “nulo e irritado”, com efeitos *ex tunc*, e o entendimento conseqüente de que a suspensão do ato inconstitucional pelo Senado apenas poderia produzir efeitos posteriores à Resolução senatorial, ou seja, efeitos *ex nunc*.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal acabou por firmar, a esse respeito, a tese de que a resolução do Senado Federal é ato político, discricionário, em relação à possibilidade de ser ou não expedida a resolução suspensiva da lei inconstitucional, e tem a natureza de função complementar, ampliadora dos efeitos da decisão judicial.¹¹ Assim, o Senado Federal pode examinar aspectos formais, mas não tem competência para entrar no mérito da decisão judicial proferida pela Corte Suprema. Em suma, o STF passou a admitir que a suspensão senatorial de atos inconstitucionais produzisse efeitos *erga omnes*, efeitos assemelhados, portanto, aos produzidos em controle concentrado, ainda não introduzido no Brasil.

Registre-se, ainda, que, como reconhecido na jurisprudência, essa função senatorial foi sinalizada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, como um mecanismo adequado para complementar a decisão judicial proferida nessa modalidade de controle, para o fim de estender os seus efeitos a todos. Assim, tratava-se de função exercida por órgão político, com a finalidade de complementar uma decisão judicial referente aos seus efeitos. Embora participe do “sistema” do controle difuso, o ato de suspensão não traduz exercício de função jurisdicional; tem a natureza de função de ato político-jurídico ou político-normativo, “quase legislativo”, já que produz efeito jurídico inovador no ordenamento jurídico. Trata-se, porém, de função limitada. Não poderia o Senado Federal adentrar no mérito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, substituindo-se ao Guardião da Constituição. Nem teria opção de suspender a execução de parte da lei, quando toda ela foi julgada inconstitucional, nem de suspender toda a lei, quando apenas parte dela foi declarada inconstitucional pelo STF. Não poderia ampliar ou restringir o conteúdo da decisão jurisprudencial que lhe é encaminhada para os fins do art. 52, X (FERRAZ, 2013, p. 1066).

¹¹ Ver RMS 16.965. MS 16.519/DF

Ora, a Constituição de 1988, restringindo embora a modalidade de ato normativo suscetível de suspensão pelo Senado – ao referir-se apenas à lei –¹² manteve, todavia, essa competência senatorial, no art. 52, X, em exame. Em outras palavras, essa norma constitucional recepcionou a figura da Resolução Senatorial em questões de inconstitucionalidade declaradas pelo STF, contida nas constituições anteriores, apenas restringindo o objeto da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Essa foi a interpretação mantida pelo STF desde a edição da Constituição de 1988, como não poderia deixar de ser.

Isso significa dizer que, embora a nova Constituição tenha optado por introduzir em nosso País, paralelamente ao controle difuso, o controle concentrado, atribuindo ao novo modelo maior amplitude de ação, força e relevância significativas e quase predominantes no cenário do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, ela não suprimiu o controle difuso, nem os instrumentos que o caracterizavam na ordem constitucional anterior. Convivem, portanto, no Texto Constitucional os dois modelos jurisdicionais de controle: o difuso e o concentrado.

É certo que, mais precisamente na década seguinte (1990-2000) e na subsequente (2001-2010), foram introduzidas na Constituição, e mediante legislação ordinária, relevantes inovações diretas ou indiretas, alcançando o controle difuso, e, certamente, desfigurando, em parte, seu significado original, como ocorreu, para exemplo, com a introdução da súmula vinculante (art. 103-A) e do instituto da repercussão geral (art. 102, § 3º), inovações que modificaram a natureza e a amplitude do recurso extraordinário, recurso que ensejava, por excelência, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Não obstante tais inovações, como se deve interpretar a natureza e o alcance do inciso X do art. 52, presentemente? As alterações inseridas no sistema de controle de constitucionalidade do Brasil, via emenda constitucional ou de lei ordinária, modificaram a letra ou o espírito dessa norma que permanece escrita e intacta no Texto Constitucional?

Na Reclamação n. 4.335-5/AC, em que se discutiu o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre decisão proferida em *habeas corpus* concedido, como se apontou anteriormente, o Min. Relator Gilmar Mendes levantou a tese da equiparação da extensão dos efeitos de decisão jurisdicional, proferida em controle difuso, aos efeitos da decisão tomada no controle concentrado, ambas pelo STF. O Relator, interpretando o inciso X, do art. 52, perante o sistema constitucional de controle de constitucionalidade vigente, complexo e minucioso, entendeu que se deve dispensar a participação do Senado Federal no controle difuso. A função do Senado Federal, prevista no inciso X, ao invés de ser constitutiva, conforme entendido até então, se resumiria, apenas, à função de dar publicidade à decisão do STF, que produziria efeitos *erga omnes* desde logo. Em votos exarados nesse processo há, inclusive, voto que reconhece que, assim atuando, o Supremo está a reescrever a norma constitucional – Min. Eros Grau, voto na Reclamação em exame – produzindo, pois, uma inegável mutação constitucional, mas que, mesmo assim, a modificação do entendimento quanto ao art. 52, inciso X, é a opção adequada, pelo que o Min. Eros Grau votou a favor da tese do Relator. Vê-se, nessa

¹² Correntes divergentes se estabeleceram para definir o termo lei, contido no art. 52, X. Veja-se, por todos, exemplos em Ferraz (2013, p. 1066).

hipótese, que embora reconhecendo estivesse o STF a reescrever norma constitucional expressa, não concluiu o Ministro pela ocorrência de mutação inconstitucional no Texto Constitucional.¹³

Ora, a letra expressa do Texto Constitucional não parece permitir essa leitura. Com efeito, essa interpretação viola diretamente a própria força normativa da Constituição escrita e a efetividade de suas normas, cujo respeito obriga todos os poderes constituídos, inclusive o STF, que, como guardião da Constituição, deve a ela se curvar.

Argumentos de ordem histórica e cronológica não podem conduzir à mutação de norma constitucional expressa por outra de diferente significado.

Vem a propósito o que ensina Hesse (1991, p. 23, grifo nosso):

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças de 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 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. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, *tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.*

Convém também transcrever, resumidamente, em sua parte final, o lúcido pensamento de Streck, Oliveira e Lima (2007, grifo nosso), ainda antes de outros encaminhamentos da Reclamação em exame e que, após trazer à lume importante argumentação, encaminha-se na direção oposta à apontada pelo Relator:

Afinal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “corrigir” a Constituição? A resposta é não. Isso faria dele um poder constituinte permanente e ilegítimo. Afinal, quais seriam os critérios de correção, uma suposta “ordem concreta de valores”, um “Direito Natural” no estilo de Radbruch?...

Agregue-se a essa relevante questão hermenêutica a seguinte preocupação: decisões do Supremo Tribunal Federal, como a da Reclamação sob comento, podem incorrer no equívoco de confundir tarefas constituídas daquelas constituintes, o que traduziria, portanto, uma séria inversão dos pressupostos da teoria da democracia moderna a que se filia a Constituição da República? Volta-se à discussão acerca do direito enquanto paradigma, no seguinte ponto: qual é o papel do poder judiciário (ou da justiça constitucional)? É o de elaborar discursos de validade? É o de construir discursos de validade que “contenham” de antemão todas as hipóteses de aplicação? Mas, se assim fosse, a pergunta que sempre fica(ria) é: quais as condições de possibilidade que tem esse poder de Estado de ultrapassar esse limite *tensionado e tensionante* entre validade e aplicação? A discussão acerca da validade prescinde da aplicação?

¹³ O Min. Ricardo Lewandowski, em seu voto-vista na Reclamação n. 4.335 em exame, entendeu, de modo expresso, tratar-se de mutação inconstitucional.

Ao final registram, ainda, os autores: “Sob pretexto de agilizarmos a prestação jurisdicional, criamos mecanismos para impedir o processamento de recursos. E quem perde com isso é a cidadania que vê assim negada a jurisdição.” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007).

Ora, independentemente dos argumentos utilizados pelo Min. Relator, o que resulta como concreto e definitivo, ainda nessa fase do julgamento, é que decisão jurisdicional dessa ordem faz letra morta de disposição constitucional expressa e importa em mutação inconstitucional,¹⁴ investindo-se o Supremo Tribunal Federal, por sua própria vontade, de um Poder Constituinte – que não detém – por provocar alteração de norma constitucional expressa. Recorde-se, também, que, em uma Constituição, não há palavras inúteis ou vazias de sentido. A interpretação sugerida pelo Min. Relator vai, sem dúvida, nesse sentido.

Assim, o posicionamento do Ministro Relator instaurou inegável tensão entre o STF e a Constituição, além de provocar possível conflito com o Senado Federal, cuja competência privativa seria evidentemente anulada.

Se a disposição normativa contida no inciso X perdeu sua utilidade, tão relevante desde 1934 (embora nem sempre utilizada), e se nos dias atuais o STF assume novo papel relativo à legitimação da jurisdição constitucional – tema ressaltado pela doutrina vigente – para suprimi-la ou modificá-la, impõe-se edição de Emenda Constitucional, obra do constituinte derivado. Como ensina Hesse (2001): “Não tem o Poder Judiciário – poder constituído – atribuição de modificar letra expressa da Constituição nem fazer as vezes do Constituinte Originário ou Derivado, pois isso significa ultrapassar suas funções constitucionais” e, convenha-se, não tem competência para produzir, como se acentuou, verdadeira mutação inconstitucional. O fato é que, em razão dessa discussão, não há encaminhamento de decisões do STF ao Senado Federal desde 2006.

É certo que, desde que se instituiu no Brasil a súmula vinculante, existe uma situação paradoxal em relação à função senatorial contida no art. 52, inciso X. É que, se o Senado Federal não é “obrigado” a expedir a resolução suspensiva e se, de outro lado, o Supremo Tribunal Federal, após enviar ofício ao Senado, ante o silêncio deste, continua decidindo pela inconstitucionalidade da norma questionada, poderá ocorrer a hipótese de o STF expedir súmula vinculante, decidindo, em definitivo, a questão e, por óbvio, os efeitos a serem produzidos pela norma julgada inconstitucional. Assim, por via transversa, acabaria o próprio STF a determinar a produção de efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso. De outro lado, parece, também, incoerente, produzir o STF decisões distintas em matéria de constitucionalidade, por considerar a modalidade de controle enfrentada. Em princípio, parece lógico que toda decisão do STF – como última instância e como guardião da Constituição – deveria ter os mesmos efeitos em qualquer caso. Mas, repita-se, a disposição contida no art. 52, inciso X, não foi suprimida nem alterada. Não pode a norma nela contida ser considerada não escrita ou inútil.

¹⁴ A mutação inconstitucional pode assumir fórmulas diferentes (FERRAZ, 1986, p. 230-242). A autora menciona o que considera “processos anômalos de mutação inconstitucional”, inserindo nestes o “desuso”, a “mudança tácita” e os processos manifestamente inconstitucionais (FERRAZ, 1986, p. 243-251). A inconstitucionalidade ora apontada poderia se inserir nessas modalidades indicadas. Ver, também, sobre o tema, Moraes (2013, p. 55-90).

Parece, portanto, impor-se, com urgência, reforma constitucional que solucione tais questões, de modo a evitar que o Supremo Tribunal Federal assuma um poder que não lhe cabe, gerando incontestável insegurança jurídica, vez que lança mão da figura da “mutação inconstitucional” e torna letra morta uma disposição expressa da Constituição.

Assim, é possível inferir que, dos julgamentos indicados na jurisprudência, em especial na Reclamação n. 4.335, o posicionamento dos ilustres Ministros Gilmar Mendes, Relator, e Eros Grau (ora aposentado), no sentido de oferecer nova interpretação ao dispositivo constitucional em questão, não teriam condições de vingar. A modificação do Supremo Tribunal na interpretação do inciso X, do art. 52, que contempla a função do Senado Federal de “[...] suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988), se levada a efeito nos moldes sugeridos pelo Relator, constituiria, repita-se, verdadeira mutação inconstitucional, porquanto de duas uma: ou o STF a considera uma norma obsoleta¹⁵ e não lhe dá aplicação, ou substitui, como, aliás, salienta o Ministro Eros Grau, uma norma escrita por outra escrita pela jurisdição, o que, na circunstância, significa atuar o STF como constituinte originário.

Não obstante, em voto-vista proferido na Reclamação em exame ao final de 2013, sem adentrar no exame da validade normativa do inciso X, do art. 52, na forma discutida pelo Ministro Relator O Min. Teori Zavascki, salientou que

[...] embora o artigo 52, inciso X, da Constituição estabeleça que o Senado deve suspender a execução do dispositivo legal ou da íntegra da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, as decisões da Corte, ao longo de anos, têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsia de índole individual. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

O Ministro, em seu voto-vista, citou, ainda,

[...] as importantes mudanças decorrentes da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), a qual permitiu ao STF 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 STF, 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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Salientando, todavia, a necessidade de o STF dar interpretação restritiva às suas competências originais, S. Excelência dava provimento à Reclamação por outro fundamento, qual seja, por violação à Súmula vinculante n. 26, ainda que tal Súmula tivesse sido expedida em 2009, três anos após o recebimento dessa RCL no Supremo Tribunal Federal. Em suma, segundo se depreende dessa argumentação, parece que o questionamento sobre a validade da norma constitucional em exame restou sem decisão a respeito, mas leva a se admitir a seguinte situação: o inciso X, do art. 52 perma-

¹⁵ Cf. Ferraz (1986, p. 234-237), em que a autora cuida do “desuso” no plano constitucional, sua caracterização e consequências.

nece em vigor, mas o STF pode – se assim entender – atribuir efeitos *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso e, em consequência, não a remeter ao Senado Federal para cumprimento do art. 52, inciso X, desde que use com cautela essa competência para assim decidir. Situação complexa, diga-se de passagem, e que certamente gera insegurança jurídica, em especial para a própria magistratura em casos que tenha de decidir sobre o tema.

O voto-vista do Min. Teori Zavaski foi acompanhado pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Melo, aos quais se somaram os dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, dados também no sentido de acolher a Reclamação (ainda que com fundamentos diferentes). Ao final, a Reclamação foi acolhida pelo STF, em março de 2014, contra os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, sendo certo que a questão básica inicial – natureza e finalidade do artigo 51, inciso X – não ficou aclarada.¹⁶

Além disso, a decisão do STF, encaminhada nesse sentido, constitui violação ao princípio separação de poderes, cláusula pétrea contida no art. 60, da Constituição de 1988, mesmo que essa cláusula venha tendo peculiar interpretação.¹⁷ Isso porque a alteração das competências privativas dos poderes, ainda que questionável, somente pode ser levada a efeito por Emenda Constitucional, desde que não signifique, efetivamente, redução ou submissão de um poder em relação ao outro – princípio da harmonia e independência entre os poderes, assegurado no art. 2º, da CF – e, por consequência, ofensa ao art. 60, § 4º, inciso III da CF. A despeito da verdadeira incoerência que se pode vislumbrar e que o STF invoca – a atribuição de efeitos distintos em declaração de constitucionalidade em sede de controle difuso e concentrado – essa é a tônica do modelo do controle difuso, que se quis reparar, desde 1934, pela atuação do Senado Federal. De qualquer modo, somente suprimindo expressamente a norma inserida no art. 52, X, por Emenda Constitucional, é que se poderia entender, por interpretação, como decorrência natural do sistema brasileiro de controle, o efeito *erga omnes* das decisões em sede de controle de constitucionalidade proferidas pelo STF em controle difuso.

3 A cassação de mandatos de parlamentares condenados em decisão definitiva pelo STF e a competência do Congresso Nacional e suas Casas Legislativas

O conflito entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional e suas Casas Legislativas, relativo à competência para cassar mandatos de parlamentares condenados penalmente em decisão definitiva pelo STF, cristalizou-se, recentemente, na Ação Penal 470 (o chamado “Mensalão”).

É possível que esse conflito se tenha potencializado nessa Ação Penal, por ser esta o primeiro exemplo de condenação, pelo STF, de vários parlamentares, pela prática de crimes, afetando, especialmente, a maioria parlamentar, de onde saiu o maior número de condenados.

¹⁶ Pela decisão final, proferida em maio de 2014, todavia, pode-se verificar que a maioria dos ministros não acolheria a tese levantada pelo Ministro Relator, se a discussão fosse essencial para a decisão do caso.

¹⁷ Nesse sentido, o voto-vista do Min. Ricardo Lewandowski.

Nessa ação penal, em primeira manifestação oral do STF, após a lavratura da decisão, o Presidente do Supremo e Ministros entenderam que a cassação deveria ser imediata, conseqüente e independentemente, pois, da manifestação do Congresso Nacional a esse respeito.

O Presidente do Congresso Nacional insurgiu-se contra essa possível decisão por entender que a cassação de parlamentares, qualquer que seja a motivação, é competência exclusiva do próprio Parlamento.

A decisão final do STF, contemporizando o impasse, acabou por entender que caberia ao Congresso Nacional apenas formalizar a declaração da perda do mandato, resultante da decisão do STF que lhe deve ser encaminhada. Observa-se:

Impõe-se, por primeiro, lembrar que a interpretação de normas constitucionais não pode fugir ao princípio da unidade da Constituição, que assegura a predominância do sistema constitucional nela vertido. Normas conexas a um mesmo assunto devem ser examinadas com cuidado, de molde a evitar interpretações conflitantes. Assim, a leitura de um ou apenas alguns dispositivos poderá levar, sempre, a uma interpretação inadequada.

A matéria em exame vem disciplinada, ainda que em ângulos distintos, em dispositivos constitucionais diversos, inseridos, uns no âmbito da disciplina das competências exclusivas e privativas do Poder Legislativo (art. 55, incisos IV e VI, e § 2º), outros, na competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, b), e outro, ainda, no rol dos Direitos Políticos (art. 15, III, e 14, § 1º, I, e § 3º, II). Cabe considerar, também, para o exame do caso, as disposições contidas no art. 37 (que dispõe sobre normas impositivas para toda a Administração Pública de todos os níveis de poder) e seu § 4º (que determina a aplicação de penas cabíveis por atos de improbidade administrativa).

Dispõem referidos artigos:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

IV- que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

[...]

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 1º - O alistamento e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

[...]

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

[...]

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 1988).

Primeiramente, analisar-se-á o art. 55 e incisos transcritos. Convém anotar, de início, que o *caput* e os incisos IV e VI desse artigo guardam entre si uma relação discrepante.

Com efeito, segundo o mandamento constitucional, o parlamentar que tiver seus direitos políticos suspensos nos termos do inciso IV (qualquer que seja a causa, vale dizer, inclusive por condenação criminal definitiva) perderá (imposição imperativa) seu mandato, perda que será declarada pela Mesa, de ofício ou mediante provocação. A compreensão dessa disposição é questão de lógica aristotélica, à luz das disposições inscritas no art. 14 anteriormente referidas. Com efeito, como um parlamentar, sem direitos políticos, pode continuar a exercer mandato político, para cujo exercício constitui requisitos necessários as exigências constitucionais dispostas no art. 14, § 1º, I, e § 3º, II – (condições de alistamento e de elegibilidade)? Apenas para supor: como poderá um parlamentar, condenado criminalmente à perda dos direitos políticos, votar em eleição municipal, voto que é obrigatório?¹⁸ Obviamente não poderá votar, ficando em débito com a Justiça Eleitoral. Situação, portanto, absolutamente esdrúxula, há de se convir, e que não se afina com a vontade de uma Constituição democrática.

Mas mesmo na dicção do inciso IV, em exame, há outro ponto questionável: como conciliar a “declaração” de ofício com a garantia da ampla defesa do parlamentar interessado? Em termos administrativos, uma declaração de ofício permite defesa e contraditório? Não tem a declaração de ofício o pressuposto de que o ato que a determina já foi devidamente examinado e comprovado? Não seria a decisão condenatória definitiva ato dessa natureza, já que não mais admite recurso?¹⁹

¹⁸ Pinto Ferreira (1992), examinando as disposições dos arts. 54 e 55, registra claramente: “[...] f) perda dos direitos políticos – Trata-se de um dispositivo que decorre logicamente da própria Constituição. O candidato deve estar no gozo dos seus direitos políticos para ser eleito. Deve permanecer no gozo dos mesmos, para não perder o mandato.” Logo, se perde seus direitos políticos, necessariamente, perde seu mandato.

¹⁹ Por ato de ofício se entende aquele em que o agente público deve agir independentemente de provocação, ou seja, em razão do cargo que ocupa.

Entende-se, assim, que a norma inscrita no inciso IV é imperativa e obriga o Parlamento a cumpri-la. Por outro lado, a defesa do parlamentar punido criminalmente somente poderá alterar a decisão judicial, proferida no próprio âmbito do Poder Judiciário. Assim, é de se questionar: para que e por que a garantia da ampla defesa (direito concedido ao parlamentar incurso nesse dispositivo) no âmbito do Parlamento? Poderia o Parlamento, por suposição, convencido, ou não, pela defesa do parlamentar, inocentá-lo do crime cuja prática o STF reconheceu, e deixando de cumprir a decisão judicial, não declarar a perda do mandato parlamentar?

Ora, se há controvérsias entre normas constitucionais, impõe-se ao intérprete tentar harmonizá-las, já que não poderá aplicar uma e excluir outra.

Em suma, a única interpretação possível e harmonizadora, entende-se, é a que decorre da conexão dos dispositivos contidos no art. 14 e no inciso IV, do art. 55: a perda do mandato, nesses casos, é automática, porque a perda dos direitos políticos já foi decretada. Defesa contrária somente seria possível a levantada perante o Poder Judiciário, antes da decisão condenatória definitiva.

De outro lado, como conciliar a disposição do inciso VI com as normas estabelecidas no inciso IV, do mesmo art. 55, e as previstas nos artigos 14 e 15 citadas?

Com efeito, em relação à condenação criminal transitada em julgado (inciso VI), determina o Texto Constitucional (§ 2º) que a “[...] perda do mandato será decidida pelas respectivas Casas Legislativas” (BRASIL, 1988) (que abrigam o parlamentar condenado), decisão a ser tomada por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Se, como se viu, a perda do mandato decorrente da disposição do inciso IV será inevitável, como entender que, na hipótese ventilada no inciso VI – caso mais grave – a perda do mandato poderá não ocorrer, ainda que o parlamentar já tenha perdido seus direitos políticos pela decisão jurisdicional, pois deverá ela ser decidida, pela Casa Legislativa, por maioria absoluta de votos? Se os votos forem pela não cassação do mandato, ter-se-á a mesma situação desconcertante apresentada em relação ao parágrafo anterior. Ou seja, haverá, no exercício de mandato de representação política, parlamentar que não pode sequer exercer direitos políticos.

Como conciliar, pois, a aplicação desses incisos em relação ao parlamentar, condenado criminalmente em decisão definitiva, e que tenha, pela condenação, suspensos seus direitos políticos, pena complementar que usualmente segue a condenação criminal, com raras exceções?

Ora, tendo-se por certo que não é possível admitir contradições no Texto Constitucional, cabe ao intérprete buscar sempre solução que permita harmonizar as disposições normativas constitucionais, repita-se.

Assim, o que parece ficar claro ao leitor é que o parlamentar – que por decisão penal criminal transitada em julgado perde, necessariamente, em consequência desta, seus direitos políticos – terá o mandato político automaticamente cassado, ou cessado, este dependente apenas de ato formal declarativo do Congresso Nacional, isso mesmo em razão da majestade de que se reveste o Parlamento no quadro da organização de poderes em um Estado de Direito Democrático. A publicação da decisão

condenatória, por si, já produz os efeitos decorrentes. Ao Congresso não caberá exame sobre se cassa, ou não, o mandato parlamentar em questão.

Questão que, todavia, restará pendente será: e se o Congresso Nacional não tomar a decisão devida, ainda que instado pelo STF? Terá o CN descumprido seu dever por ofensa à Constituição? Há remédios? Ou ter-se-á instalado um conflito entre poderes, que abala as instituições e que nem sempre encontrará pronta solução?

Examine-se, agora, ainda que brevemente, a competência precípua do STF, veiculada no art. 102, inciso I, “b”.

Trata-se de competência *ratione personae*, nominada como prerrogativa de função ou foro especial, que abrange as autoridades públicas especificamente indicadas pelo texto.

Essa prerrogativa – no que diz respeito a deputados e senadores – visa a garantir o exercício independente das elevadas funções parlamentares, no âmbito de suas competências constitucionais, e que devem ficar ao abrigo de qualquer tipo de constrangimento político, administrativo ou mesmo jurisdicional.

Assim, o julgamento dos deputados e senadores, em se tratando de infrações penais comuns, não poderá ter lugar, como ocorre para com todo o cidadão, no juízo natural comum (este, diga-se de passagem, é um dos direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior – art. 5º, XXXVI e LIII). A Constituição estabelece, pois, um julgamento em “foro especial”, previamente constituído, não de todo incomum em sistemas democráticos, para a preservação da independência e para o reconhecimento da relevância das funções exercidas pelos poderes constituídos. É evidente que, nesses casos, o STF representa o juiz natural para julgamento do processo.

Entende a jurisprudência que por “infrações penais comuns” se abrangem todas as modalidades de infrações penais.²⁰

Compete, portanto, ao STF, julgar parlamentares quando praticam infrações penais comuns e decidir, se for o caso, pela condenação penal, com todos os efeitos cabíveis.

O que também parece decorrer da decisão jurisdicional, por óbvio, é que se o STF condenar um parlamentar à pena privativa de liberdade e à conseqüente suspensão ou perda de direitos políticos, tal decisão deve produzir efeitos imediatos, sem necessidade de manifestação do Parlamento. Afinal, a decisão do STF é o último grau de decisões proferidas no Brasil. Se assim não fosse, não haveria porque estabelecer nele o foro especial para julgamento das autoridades maiores dos poderes constituídos, indicadas na preceituação constitucional referida.

Veja-se, porém, o que ocorreu na Ação Penal n. 470. Impõe-se lembrar-se, inicialmente, que nessa Ação Penal n. 470, relativa a graves crimes cometidos contra a administração pública por vários parlamentares, os rumos dos efeitos da decisão jurisdicional não foram tão claros assim.

Na verdade, no julgamento da Ação Penal n. 470, houve divergência²¹ entre os Ministros do STF quanto ao alcance da decisão ali proferida, no que diz respeito a duas questões: nessa ação

²⁰ Cf. Recl 511 – Rel. Min. Celso de Mello, AP 333, Rel. Min. Joaquim Barbosa, entre outros.

²¹ Cf. as decisões monocráticas proferidas nos MS 32326 / DF e MS 32326 MC / DF/ Distrito Federal, ambas lavradas pelo Relator Min. Roberto Barroso, nas quais essa questão é exaustivamente examinada.

caberia ao próprio STF declarar ou decidir sobre a perda de mandato parlamentar dos condenados? A quem caberia tal decisão? Diferentes posições foram sustentadas.²²

O Min. Joaquim Barbosa, Relator da Ação, afastando a noção de que o julgamento do feito dizia respeito a uma condenação de natureza política, hipótese em que caberia um “juízo político”, entendeu que, em síntese, com a condenação do parlamentar pela mais alta instância do Poder Judiciário nacional, segundo as regras do processo penal, inexistente “[...] espaço para exercício de juízo político ou de conveniência pelo Legislativo, pois a suspensão de direitos políticos, com a subsequente perda do mandato eletivo, é efeito irreversível da sentença condenatória [...]” (LEVI, 2013). Ao que parece, convergia Sua Excelência, em seu entendimento, as disposições contidas nos incisos IV e VI, do art. 55, e as estabelecidas nos arts. 14 e 15 citadas, operando uma interpretação sistemática e lógica do sistema constitucional brasileiro.

O Min. Ricardo Lewandowski, revisor do feito, por sua vez, entendeu que “[...] a condenação criminal [...] configura apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para a perda dos respectivos mandatos, a qual depende da instrução do competente processo na Câmara, que não pode deixar de fazê-lo, se devidamente provocada.” (LEVI, 2013, grifo nosso). Em outras palavras, se a Câmara não for provocada, a decisão criminal não operará quaisquer efeitos, permanecendo o parlamentar no exercício do mandato, ainda que com direitos políticos suspensos. Em última análise, o único juízo, nesse caso, seria o juízo político.

Mais ou menos na mesma linha adotada pelo Ministro Lewandowski, mas com posição mais drástica, a Ministra Rosa Weber, considerando o caráter político da representação parlamentar, entendeu que em uma democracia, “[...] o mandato se reveste, durante o período para o qual constituído, da qualidade de intangibilidade, somente podendo ser afetado nas hipóteses e segundo os procedimentos previstos pela Constituição” (LEVI, 2013). De modo geral, a observação poderia estar correta se e enquanto considerasse o sistema constitucional e todas as suas disposições relativas ao assunto. Mas não foi esse o entendimento expendido nesse caso. Em outras palavras, entendeu Sua Excelência, à luz de um único dispositivo constitucional, que ainda que o parlamentar tenha sido condenado com pena privativa de liberdade, e com o acréscimo de pena de suspensão de direitos políticos, e por um juiz imparcial e especial, ele poderá continuar a exercer o mandato que detém, em nome do povo. Somente o perderá se o povo, representado pelo Parlamento, assim o decidir. Posição complexa, essa, diante da realidade dos fatos. A constatação, pela mais alta Corte do País, da existência de crime e da identificação da respectiva culpabilidade seria antidemocrática, impopular e deveria se tornar letra morta ante a vontade do Parlamento? Para que o julgamento em foro especial, então? Por que teria a Constituição atribuído competência ao STF para julgar crimes praticados por parlamentares? Relegando a decisão jurisdicional se estaria, efetivamente, prestigiando a democracia? O povo? Será o STF, nesse caso, poder ilegítimo para julgar crimes comuns praticados por parlamentares, ainda que para tanto tenha recebido poderes do constituinte originário?

²² Cf. Levi (2013). Nesse resumido, porém excelente, texto, estão traçadas as considerações que, em linha geral, aqui são repetidas.

Na tentativa de harmonizar a disciplina aparentemente conflitante contida no Texto Constitucional, o Min. Gilmar Mendes sustentou que, em caso de condenação de parlamentar por crimes contra a Administração Pública – que, em regra, envolvem atos de improbidade administrativa e que causam perda ou suspensão de direitos políticos segundo estabelece o § 4º, do art. 37 da CF – e que, usualmente, acompanha a pena assentada pelo juiz determinante da perda de mandato – impõe-se à Casa Legislativa simplesmente declarar a perda do mandato parlamentar. Em outras palavras, de certo modo sufragando a posição do Min. Relator, o Min. Gilmar Mendes entendeu que, nesses casos, cabe às Casas Legislativas do Congresso Nacional apenas a declaração formal da perda do mandato, não exatamente nos moldes previstos no § 3º do art. 55.

Posição diferente sustentou o Min. Marco Aurélio, que fundamenta sua argumentação no disposto no art. 15, III, da CF, anteriormente transcrito, que trata de direitos políticos e de sua perda ou suspensão, e que para maior clareza novamente se repete: “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.” (BRASIL, 1988).

Interpretando as disposições supra, entendeu o Ministro que esse texto constitucional é taxativo, pelo que os efeitos por ele produzidos devem ser considerados automáticos. Assim, em ocorrendo condenação criminal transitada em julgado, a perda ou suspensão de direitos políticos é automática, não importa quem os tenha cometido, acrescente-se. Não vê o Ministro contradição entre as disposições desse texto, imperativas, e as que se encontram no artigo 55, também citadas. Ante esse posicionamento, não caberia, sequer (é o que se pode entender da posição do Ministro Marco Aurélio), qualquer manifestação das Casas Legislativas a respeito. Pontua o Ministro, ainda, que a disposição contida no § 2º do art. 55 “[...] é reservada a situações concretas em que não se tem, como consequência da condenação, a perda do mandato.” (BRASIL, 1988).

Finalmente, o Min. Celso de Mello, concordando com a distinção proposta pelo Min. Gilmar Mendes, entendeu que é competência do Parlamento decidir os casos em que o crime pelo qual foi condenado o parlamentar não contém, como decorrência do tipo penal, ato de improbidade administrativa. Mas, ao mesmo tempo, destaca que o STF detém o monopólio da última palavra em tema de interpretação das normas constitucionais, pelo que “[...] a insubordinação legislativa ou executiva ao comando emergente de uma decisão judicial revela-se comportamento intolerável, inaceitável e incompreensível.” (LEVI, 2013).

Como se vê, travou-se, no seio do STF, considerável polêmica que ensejou decisão apertada – cinco votos contra quatro – para decretar a perda do mandato dos parlamentares julgados e a competência, para o Poder Legislativo apenas de declará-la. Mesmo assim, instalou-se conflito entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal.

Relutou e ainda reluta o Congresso Nacional em cumprir determinações do STF no que diz respeito à cassação de mandatos parlamentares. Conflito, portanto, não superado!

Para tanto contribui, também, o STF. Isso porque, na Ação Penal n. 565/RO, em julgamento proferido em 08 de agosto de 2012, a jurisprudência do STF foi modificada. De um lado porque, com a mudança na composição do STF, pela indicação dos Ministros Teori Zavascki e Luiz Roberto

Barroso, ambos aderiram aos votos vencidos na Ação Penal n. 470, optando pelo entendimento de que a cassação de mandato caberia sempre ao Parlamento.

Afora isso, como deve ser salientado, a decisão na Ação Penal n. 365/RO, Rel. Ministra Carmem Lúcia, proferida em 26 de outubro de 2013, não produziu o efeito esperado. A despeito de o parlamentar condenado ter sido recolhido à penitenciária, após o trânsito em julgado da ação, a Câmara dos Deputados colocou em votação a perda do mandato desse parlamentar: foram 233 votos favoráveis à perda, 131 contrários e 41 abstenções, “[...] resultado insuficiente para a perda do mandato, que demanda voto da maioria absoluta da Casa, ou seja, 257 votos.” (LEVI, 2013).

Em resumo, configurou-se o inconcebível perante a Constituição democrática brasileira: parlamentar preso, impossibilitado de exercer suas atividades parlamentares e seus direitos políticos, mas ainda detentor de mandato político, a despeito de condenação transitada em julgada e de estar recolhido em penitenciária.

A oposição parlamentar, contra essa decisão da Câmara dos Deputados, impetrou o Mandado de Segurança n. 32.326 MC/DF. Em extensa decisão na Medida Cautelar, proferida em 02 de setembro de 2013, o Min. Relator Roberto Barroso concedeu liminar por razão diversa da arguida pelo impetrante. Com efeito, de um lado, entendeu mantida a jurisprudência do STF no sentido de o parlamentar ter legitimidade para impetrar segurança, com a finalidade de coibir atos irregulares praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais, pelo que suspendeu a deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados na Representação n. 20, de 21 de agosto de 2013, que não havia cassado o mandato parlamentar em causa. Todavia, o Min. Roberto Barroso entrou no exame do mérito da cautelar, historiando o ocorrido na Ação Penal n. 470, quando se formaram no STF correntes sobre a competência para determinar a cassação de mandato de parlamentar condenado penalmente pelo STF, com pena de suspensão de direitos políticos. Em suas considerações, sustentou posição diversa da acolhida na Ação Penal 470, no sentido de que, na esteira dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber, a decisão final de cassação de mandato, qualquer que seja a condenação criminal imposta ao parlamentar, será sempre decidida pelo Parlamento, ou seja, é atribuição do Parlamento. Acolhe, pois, o ministro, a posição defendida por outros ministros, no sentido de tratar-se de juízo necessariamente político. Mas alertou Sua Excelência que, no caso concreto, a cassação do mandato do parlamentar teria fundamento diverso do pautado no art. 55 da CF. Poderia ser tomada aplicando-se simplesmente a lei penal. Assim, para assegurar a preeminência do Poder Legislativo, nesse caso, mas também para evitar o absurdo da situação em exame, inverte-se o fundamento para solucionar o caso: em vez de se decidir com fundamento na Constituição, opta-se por decidir conforme disposto em lei infraconstitucional. A prerrogativa de foro especial, instituída constitucionalmente para beneficiar o parlamentar, fica relegada a um segundo plano.

Cabe lembrar que o Min. Relator utilizou, para assim decidir, vários métodos de interpretação, sem conseguir, pelo que se entende, harmonizar os textos constitucionais em causa.

No julgamento final do MS, em 18 de março de 2014, não houve decisão de mérito. Entendeu o Min. Relator prejudicado o MS, em virtude da perda do objeto da ação, uma vez que já havia sido, ao tempo da prolação da decisão, declarada a perda do mandato parlamentar de Natan

Donadon pelo Presidente da Câmara dos Deputados, conforme Resolução n. 53, de 12 de fevereiro de 2014.²³

Isso significou dizer que a última palavra, nesse questionamento, coube ao Parlamento que, não obstante, admitiu o exercício de mandato por parlamentar preso durante mais de seis meses.

Não se questiona a concessão da prerrogativa de foro especial para parlamentares. Os parlamentares, como primeiros destinatários da aplicação da Constituição pela via normativa devem, mesmo, ser preservados, inclusive, de constrangimentos, vindos de outro poder. A função que exercem é indispensável em uma democracia!

Todavia, o que não se pode admitir é que a Constituição Democrática, que instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, tenha pretendido estabelecer que o parlamentar é livre para cumprir leis penais que ele próprio elabora, e que ele está acima da Constituição, que, em vários dispositivos, como indicado, penaliza especialmente os crimes contra a administração pública e contra o patrimônio nacional. Estará o parlamentar-cidadão acima dos demais cidadãos brasileiros?

A despeito das decisões referidas em um ou outro sentido, o fato é que existe, sim, conflito sobre essa gravíssima questão, quando mais não seja, conflito entre o ser e o dever ser constitucional.

Considerações finais

Em síntese, o que se propôs examinar, neste texto, a partir de exemplos selecionados, é se a força normativa da Constituição – especialmente quando estabelece direitos e deveres – é respeitada pelos principais destinatários da Lei Maior, isto é, pelos poderes estatais, no caso, o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal.

Não é incomum surgirem conflitos e tensões no exercício da jurisdição constitucional. A interpretação das normas constitucionais, em um Estado Democrático de Direito, por uma Corte encarregada de aplicar e fazer valer a força normativa de uma Constituição é tarefa complexa e inçada de dificuldades.

Esses embates se apresentam na jurisdição constitucional, no Brasil, cujo exercício compete ao Supremo Tribunal Federal, guardião do Texto Constitucional e o último baluarte da defesa da força normativa da Constituição Brasileira.

Como a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, expressamente, a organização dos Poderes federais e dita o desenho federativo do País, permeiam na jurisdição constitucional, a partir das competências expressas e privativas dos poderes que as exercem, conflitos

²³ A Resolução n. 53, de 2014, da Câmara dos Deputados, declarou a perda do mandato parlamentar do Dep. Natan Donadon, com fundamento no inciso II, e dos §§ 1º e 2º do art. 55 da CF, do inciso II do art. 240 e do art. 244 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Observe-se que a perda do mandato ocorreu depois de a EC 76, de 28 de novembro de 2014, alterar a redação do § 2º do art. 55, suprimindo a exigência de maioria absoluta para a perda de mandatos parlamentares. Essa modificação certamente correspondeu aos reclamos da sociedade ante a situação esdrúxula de parlamentar, preso, manter seu mandato porque a Câmara não o cassou em votação anterior. É de se supor que se não houvesse tal modificação, a situação do parlamentar permaneceria a mesma. Resta lembrar que situações idênticas podem se repetir no Parlamento se, após condenação criminal do STF, não houver provocação nas Casas Legislativas para a perda dos respectivos mandatos. Isso ocorrerá, parece, se permanecer, conforme preconiza o voto do Relator, a competência exclusiva do Poder Legislativo para declarar a perda de mandatos, não importa qual seja a condenação pelo STF.

entre os Poderes federais e mesmo conflitos federativos. Neste artigo, alguns poucos exemplos dessas modalidades de conflitos – entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal – foram examinados, sendo necessário observar que, na raiz dos conflitos, quase que por regra, sediam-se problemas relacionados a direitos fundamentais. Assim, ao se examinarem o alcance e a abrangência da atuação do STF na atuação política do Congresso Nacional, voltada para a constituição de Comissões Parlamentares de Inquérito, sustenta a Corte Maior a possibilidade de exercer controle sobre atividade específica das Casas Legislativas se e quando essa atividade atingir direitos dos parlamentares e, conseqüentemente, direitos das minorias parlamentares: a supremacia da normatividade jurídica da Constituição prevalece sobre a atuação, política ou jurídica, do Poder Legislativo que a viole, enfraqueça ou suprima.

Mas há tensões ainda não bem solucionadas, ao menos sob o ponto de vista da prevalência da normatividade expressa na Constituição. Realidade e dinâmica constitucional nem sempre seguem lado a lado. Assim ocorre na decisão do STF, no que diz respeito à validade formal e material do inciso X, do art. 52 da Constituição, que atribui ao Senado Federal competência para expedir resoluções em matéria declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF proferida em controle difuso (que não raro envolve direitos fundamentais).

Também referente à competência para a cassação de mandato de parlamentar condenado penalmente, com a conseqüente perda de direitos políticos, no foro especial constituído pelo STF, a solução jurisdicional harmonizadora, no sentido de que ao Poder Legislativo apenas cabe declarar a perda do mandato – homenagem prestada à majestade um Poder representativo do povo – não satisfaz completamente, pelos riscos que dela decorrem. Por outro lado, há, no STF, tendência contrária mais recente, que modifica essa própria decisão conciliadora. No caso de vingar a mudança proposta no MS 32.326 MC /DF, restará a decisão do STF, órgão eleito constitucionalmente para exercer, em foro especial, o julgamento dos parlamentares em matéria criminal, sem efeito algum. Assim, o Poder Legislativo, em caso de condenação de parlamentares por crimes, inclusive praticados por improbidade administrativa, é considerado o verdadeiro foro especial para julgamento desses parlamentares – juízo político de crimes – em contraste óbvio à vontade constituinte democrática e à força normativa da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, São José. Tensão entre o Tribunal Constitucional e o poder político é normal, a novidade é a sua duração. *Público*, 17 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/politica/noticia/tensao-entre-tc-e-poder-politico-e-normal-a-novidade-e-a-sua-duracao-1612697>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Atualização José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na medida cautelar em Mandado de Segurança: MS 31.816 DF. Relator: Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 27 fev. 2013. *JusBrasil*, 13 maio 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 32.889*. Instalação de comissão parlamentar de inquérito. Liminar indeferida. CPI encerrada. Término da legislatura. Perda superveniente do objeto. Prejudicialidade. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 29 out. 2014a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 32.885*. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 2014b.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 8, n. 50, abr./jun. 1976.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Colisão de Direitos: Comissão Parlamentar de Inquérito e Direitos Fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: FERRAZ, Anna Candida da Cunha; BITTAR, Eduardo; LEISTER, Margareth (Org.). *Direitos Humanos Fundamentais – doutrina prática, jurisprudência*. Osasco: EDIFIEO, 2009. v. 2.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Comentários ao Inciso X do art. 52 da Constituição de 1988. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEVI, José. Jurisprudência sobre perda de mandato tem de ser clara. *Consultor Jurídico*, 30 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-30/observatorio-constitucional-jurisprudencia-perda-mandato-clara>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 1, n. 2, abr./jun. 1964.

MARINONI, Luiz Guilherme. A função do Senado Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Representação Interventiva”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org.). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

MORAES, Carlos Blanco de. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. *JURISMAT*, n. 3, p. 55-90, 2013.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1972.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *Do Inquérito Parlamentar*. Rio de Janeiro: FGV, 1964.

SENADO FEDERAL. Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão da execução pelo Senado Federal. Extensão da Competência. Efeitos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 12, n. 48, out./dez. 1975. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180920/000355524.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

SENADO FEDERAL. *Requerimento n. 302*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116797>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SPROESSER, Andyrara Klostock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo – Secretaria Geral Parlamentar, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso. *Consultor Jurídico*, 03 ago. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso>. Acesso em: 25 jul. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Plenário conclui julgamento sobre decisão que impediu progressão de regime*. Notícias STF. 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

TELLES FILHO, Eliardo. Mandado de segurança contra ato do Congresso e equilíbrio entre os poderes. *Consultor jurídico*, 28 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-28/mandado-seguranca-ato-congresso-equilibrio-entre-poderes>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

Data da Submissão: 25 de agosto de 2014
Avaliado em: 05 de junho de 2015 (Avaliador A)
Avaliado em: 12 de junho de 2015 (Avaliador B)
Aceito em: 08 de dezembro de 2015