

O DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO PELOS PODERES CONSTITUÍDOS E SEUS REFLEXOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

*Breach of the Constitution by the Federal Powers
and its Institutional Reflections in Brazil*

ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. I.—A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA FORÇA NORMATIVA. II.—REFLEXOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE E TENSÕES ENTRE OS PODERES. III.—A VIOLAÇÃO DE NORMAS DO PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL. IV.—A INCONSTITUCIONALIDADE PRATICADA NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO: O PROGRAMA «MAIS MÉDICOS». V.—O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA SENATORIAL ESTABELECIDADA NO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O QUESTIONAMENTO DE SUA VALIDADE NORMATIVA: CONFLITOS SUSCITADOS PELO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VI.—CONCLUSÕES. VII.—BIBLIOGRAFIA.

RESUMO

A Constituição de 1988, vigente no País, contempla um poderoso instrumental para defesa de sua normatividade, inserido no âmbito da jurisdição constitucional. O principal destinatário para proceder a essa defesa é o Supremo Tribunal Federal nomeado pela Constituição como seu guardião. Não obstante, têm sido frequentes as inconstitucionalidades praticadas pelos poderes estatais, nem sempre passíveis de um controle eficaz, o que gera desrespeito e

* Mestre, Doutora e Livre Docente pela FADUSP. Professora Associada da FADUSP (aposentada). Professora Titular e Coordenadora do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO — UNIFIEO. Osasco/SP. Ex Procuradora-Geral do Estado de São Paulo e Procuradora do Estado de São Paulo (aposentada).

descrença na força normativa da Constituição. Esse texto busca analisar, em alguns poucos exemplos, casos indicadores desse «fenômeno».

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional; inconstitucionalidades; força normativa da Constituição.

ABSTRACT

The 1988 Constitution, in force in the country, has a powerful instrument for the defense of their normativity, inserted under the constitutional jurisdiction. The Supreme Federal Court is indicated as its guardian. Nevertheless, there have been frequent the unconstitutionality practiced by state federal powers, not always under an effective control reason by which breeds contempt and disbelief in the normative force of the Constitution. This text seeks to analyze, in a few instances, cases indicators of this «phenomenon.»

Key words: Constitutional jurisdiction; unconstitutionality; normative force of the Constitution.

INTRODUÇÃO

Registra-se, no Brasil, com frequência alarmante, o descumprimento da Constituição pelos poderes constituídos.

Esse descumprimento vem causando não somente perigosa descrença na força normativa da Constituição de 1988, como e principalmente inevitáveis tensões e conflitos entre os poderes, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional.

Esse texto se propõe analisar os reflexos institucionais decorrentes dessa anormalidade constitucional a partir do exame de alguns casos que se desenrolam no exercício dos poderes estatais.

I. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA FORÇA NORMATIVA

Ensina Karl Loewenstein que uma Constituição escrita e rígida, posta pelo Poder Constituinte Originário¹, constitui a base formal, ética e valorativa da organização de um Estado.

Nela se encontram distribuídos o exercício e as respectivas competências, direitos, obrigações e limites dos poderes estatais e da sociedade em geral.

¹ LOEWENSTEIN, 1970: 223. Sobre o Poder Constituinte consultar, entre outros, FERREIRA FILHO (2014: 73 y ss.) y SARLET (2012: 85-103).

Assim, é a partir de sua observância pelos destinatários do poder que se reconhece, em sua inteireza, a força normativa do Texto Constitucional.

Contrário senso, a violação de seus princípios, normas e regras configura a inconstitucionalidade, ou em outras palavras, desvirtuam a Lei Maior e subestimam sua força normativa e a vontade de Constituição.

Nesse passo lembre-se a lição de Konrad Hesse² quando salienta, com propriedade:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional — não só a *vontade de poder* (*Wille sur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille sur Verfassung*) (grifos do autor).

A Constituição brasileira de 1988 nasceu para instituir um renovado Estado de Direito, restabelecendo uma autêntica ordem democrática no País. Constituem valores fundamentais nela consagrados, entre outros, o Estado democrático de direito e consequentemente a democracia como regime jurídico, político e social, a limitação dos poderes, a supremacia constitucional, a ordem jurídico-constitucional, fundada nos princípios da unidade, da constitucionalidade e da legalidade, a dignidade da pessoa humana e consequentemente o reconhecimento, a positivação e a proteção dos direitos fundamentais próprios da pessoa, fundados nos parâmetros valorativos da liberdade, da igualdade, da fraternidade e da solidariedade.

Assim sendo, conforme acentua LOEWENSTEIN³: «seria de esperar que la constitución, tal como está escrita, fuese aplicada plenamente, com su validez normativa y sin excepción, por los detentadores del poder: gobierno, parlamento y tribunales».

Não obstante a magnitude da Constituição de 1988 que, em tese, respondeu a inúmeros anseios do povo brasileiro, o fato é que, particularmente nos últimos anos, vem se observando, com inusitada frequência, o desrespeito à Constituição, já agora com mais de duas décadas de vigência, mas modificada e atualizada por várias emendas constitucionais (84 emendas pontuais ou abrangentes até dezembro de 2014, além das emendas de revisão constitucional).

² HESSE, 1991: 19.

³ LOEWENSTEIN, 1970: 223.

Assim, observa-se, que em várias circunstâncias, atividades e práticas o desrespeito, o descumprimento e a ignorância das disposições constitucionais têm sido frequentes entre nós.

II. REFLEXOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADES E TENSÕES ENTRE OS PODERES

As práticas apontadas, além de se manifestarem como inconstitucionalidades — vale dizer, violam a Constituição e enfraquecem seu cumprimento — têm como um dos principais reflexos criar tensões entre os poderes, particularmente no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Tais consequências, se não bem equacionadas, abalam as instituições, significam um estágio perigoso à vida institucional do País e conduzem a uma desconfortável descrença em nossa Lei Maior como observado acima.

No Brasil, a guarda da Constituição é conferida ao Supremo Tribunal Federal que tem ao seu dispor um poderoso instrumental por ela criado, qual seja o controle jurisdicional de constitucionalidade difuso e concentrado.

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

Exercida no quadro da separação de poderes, princípio que rege a organização de poder no País (art. 2.º, CF), o Supremo Tribunal Federal tem a função não apenas de guardião da Constituição, mas, como consequência, de guardião de todos os atos dos poderes constituídos, do Estado brasileiro e 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 Judiciário não escapa ou não pode fugir dos limites constitucionais fixados perante a guarda do Supremo Tribunal Federal.

Diante desse quadro institucional parece inevitável a possibilidade de se estabelecerem conflitos ou se suscitarem tensões no exercício de tão complexa e difícil missão constitucional atribuída ao guardião da Lei Maior.

Aliás, convém lembrar que a ocorrência ou interveniência de conflitos e tensões entre os Poderes Políticos é fenômeno percebido também em Estados dotados de Cortes Constitucionais mesmo quando optam pelo regime da colaboração entre poderes⁴.

Para exemplo anote-se que, em Portugal, tratando da matéria, os ex-presidentes do Tribunal Constitucional português, Cardoso da Costa e Moura Ra-

⁴ Nesse caso, os Estados que adotam o parlamentarismo, regime de colaboração entre os poderes.

mos, registram que as tensões entre o Tribunal Constitucional e o poder político são fato «normal, a novidade é a sua duração»⁵.

Nessa mesma linha, observa-se que a tensão com o poder político é inerente à «actividade dos juízes», isto 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 Coimbra⁶.

Em Portugal a polêmica envolve alargada tipologia de normas, matérias e julgamentos, pelo que o TC português é sucessivamente confrontado⁷.

Ora, no Brasil, onde a base constitucional normativa é extremamente alargada, vez que a Constituição brasileira é extensa e abriga um sem número de matérias, também a interpretação e concretização das normas constitucionais, tanto as que disciplinam competências privativas dos poderes, como as 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 humanos⁸ — matérias cuja guarda está nas mãos do STF — têm propiciado inegável surgimento de tensões entre a mais alta Corte do País, o Direito Constitucional, a Constituição e a sociedade em geral.

Ora, as tensões mencionadas não raro resultam de práticas inconstitucionais que geram o desprestígio da cláusula constitucional que consagra o princípio da «independência e harmonia entre os poderes» (CF. art. 2º), pelo que o exercício do pêndulo do poder, à revelia do que declara a Constituição, resvala para o fenômeno da «descrença» na Constituição, do «*quebrantamiento*»⁹ ou na sua «desvalorização»¹⁰, tal como apontado pela doutrina¹¹. Isso porque o valor de uma Constituição depende, essencialmente da «maneira pela qual se desenvolvem as funções do Estado e as liberdades cívicas»¹².

Sem a pretensão de exaurir o tema, já que são inúmeros os exemplos que se podem colher nesta seara, este breve estudo busca sinalizar a ocorrência deste

⁵ www.publico.pt/politica/noticia/tensao-entre-tc-e-poder-politico-e-normal-a-novidade-e-a-su... Acesso 30/06/2014. ENRIC VIVES-RUBBIO anota que a tensão entre Governo e juízes do TC de Portugal perdura há três anos e, desde, então, em aparente crescendo. Partilham da mesma opinião, indica o autor, JOAQUIM GOMES CANOTILHO, JORGE MIRANDA, JORGE REIS NOVAIS, entre outros.

⁶ SÃO JOSÉ ALMEIDA, ADRIANO. <http://www.publico.pt/autor/sao-jose-almeida> — Consulta em 17/11/2013.

⁷ *Idem supra*.

⁸ Este tema foi examinado no artigo da CUNHA FERRAZ (2014).

⁹ O termo «*quebrantamiento*» da Constituição é utilizado por vários autores. Por todos ver. VERDÚ (1985: 2015).

¹⁰ O termo «desvalorização da Constituição escrita» é utilizado por LOEWENSTEIN (1970: 222), conforme aponta Cunha Ferraz (1986: 219).

¹¹ Cf. entre outros: LOEWENSTEIN (1970).

¹² Observação feita por Ignácio Tambaro, citado por VERDÚ (1985: 170).

«fenômeno» no Brasil pós-Constituição de 1988, que traz consigo consequências tão perniciosas à sociedade brasileira em geral¹³.

III. A VIOLAÇÃO DE NORMAS DO PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL

A organização e as atribuições e competências do Poder Legislativo Federal vêm reguladas nos artigos 44 a 75 da Constituição de 1988. Nessas se compreendem o exercício da competência para legislar (art. 48), para praticar atos de decisão sobre matérias diversas (art. 49), a prática de atos do processo legislativo (art. 59-69), o exercício da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União (art. 70-75) entre outras.

Selecionou-se para o exame dessa questão no Poder Legislativo o seguinte tema: a não observância de disposição obrigatória constante da disciplina do processo legislativo com relação ao veto.

Caso de reincidência sistemática do Poder Legislativo no descumprimento da Constituição e que chegou às barras do Supremo Tribunal Federal diz respeito às disposições contidas no art. 66, §1.^a, §4.^o e 6.^o que estabelecem, respectivamente:

Art. 66 — A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República que, aquiescendo, o sancionará (EC nº 32/2001).

§1.^o — Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

[...]

§4.^o — O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

[...]

¹³ Outros casos poderiam ser objeto de questionamento: o recente Decreto nº 8.243/14, que parece ter pretendido criar uma organização social paralela, gerenciada pelo Executivo, e com evidente menosprezo ao sistema representativo brasileiro; a aparente modificação, por vontade de presos políticos, do princípio constitucional da individualização da pena, vez que a pena pecuniária passou a ser paga por muitos e publicamente (e não, supostamente, pelo autor do crime); o também recentíssimo Decreto nº 8.367/2014, que condiciona liberação de verbas de emendas parlamentares à votação do PLN 36/2014. Exame de todos esses e outros casos possivelmente detectados na realidade constitucional brasileira ultrapassariam os limites desse trabalho forçosamente limitado.

§6.º — Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4.º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (n.g.).

A omissão do controle das atividades parlamentares legislativas e regulamentares pelas Casas Parlamentares, expressamente disciplinada no art. 49, XI da Constituição¹⁴ e a inequívoca e suprema vontade adotada pela Mesa Diretiva do Congresso Nacional permitiram surpreendente aberração: as disposições expressas no texto constitucional acima, que não suscitam qualquer dúvida de interpretação e que são imperativas, vinham sendo descumpridas ou ignoradas sistematicamente pelo Congresso Nacional, em flagrante desrespeito à Constituição.

Esse assunto é ventilado no MS 31.816 MC-gR / DF — Distrito Federal¹⁵.

Na verdade, em Mandado de Segurança anterior (23.443 / DF — Distrito Federal) impetrado pelo Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, essa questão havia sido exposta, já que nesse feito foi questionada a não observância, pelo Congresso Nacional no pautar vetos apostos em 2005, ficando devidamente evidenciada, segundo despacho da Presidência do STF, a existência de vetos sem deliberação referentes aos anos de 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004¹⁶. Não obstante, os trabalhos legislativos continuaram sendo exercidos em total desconformidade com a norma contida no parágrafo acima grifado. O pedido de liminar em agravo regimental foi denegado por despacho da Presidência. No mérito dessa arguição, alegou o impetrante ofensa ao direito líquido e certo de os parlamentares verem sobrestadas votações de matérias e proposições legislativas em razão da não apreciação de vetos (CF, art. 57, IV), nos termos exigidos constitucionalmente. O autor solicitou, ao final, a necessária votação dos vetos apostos em 2005 antes de qualquer outra decisão parlamentar apresentada nesse mesmo ano e após o prazo de 30 dias (CF, art. 66, §4.º). No voto proferido pelo Ministro Relator Cesar Peluso, embora reconhecida a relevância da questão, à vista de aspectos processuais (elementos processuais exigíveis em apelo do MS e não existentes no caso), e considerando que «no sítio eletrônico do Senado Federal todos os vetos referentes ao ano de 2005 haviam sido devidamente votados», foi o mandado de segurança, em razão da

¹⁴ Dispõe referido inciso, estabelecido entre o rol de competências exclusivas do Congresso Nacional: «zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa de outros poderes».

¹⁵ Em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575> acesso 19/06/2014. Ver tb. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000016067&base=basePresidencia>.

¹⁶ Em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1 Em Despacho da Presidência de 05/07/2005. Acesso em 18 junho de 2014.

perda do seu objeto, julgado prejudicado, nos termos do artigo 21, IX do RIS-TF, decisão proferida em 20 de novembro de 2009. Não há indicação, na decisão, sobre quando e como foram os vetos de 2005 decididos no Congresso Nacional.

Em 2012, volta novamente a questão para o exame do STF, ainda em AgR, interposto na Medida Cautelar no MS nº 31816, acima referido. No caso, o que se pretendia na impetração era a inibição do Congresso Nacional de apreciar o Veto Parcial nº 38/2012, aposto 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 treze anos¹⁷. Como se vê pela impetração em exame, o Congresso Nacional continuava agindo de modo inconstitucional no que respeitava à apreciação de vetos, tal como imposta pela Constituição. Em ementa relativa ao julgamento do AgR — MC nesse Mandado de Segurança foi concedida liminar pelo Relator Ministro Luiz FUX que, reconhecendo a inconstitucionalidade apontada, sufragou a pretensão do impetrante. Registre-se que essa decisão em Agravo foi proferida tendo em vista a concessão de liminar, no Mandado de Segurança original, e relatada pelo Min. Luiz Fux¹⁸, 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, §§ 4.º E 6.º, 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 VIOLAÇÃO A NORMAS REGIMENTAIS. CONHECIMENTO. DELIBERAÇÃO ACERCA DE MATÉRIA NÃO CONSTANTE DA ORDEM DO DIA. OFENSA À PREVISIBILIDADE E À CONFIANÇA RECÍPROCA NO

¹⁷ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3779575>

¹⁸ 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 nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA 191/200; MS nº 21.303, Min. Octávio Galloti; MS nº 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 13/02/2003, DJ 12.09.2003; e MS nº 24.642, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 18/02/2004, DJ 18/06/2004.

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* CONFIGURADOS. LIMINAR DEFERIDA.

Conforme se conclui dessa decisão paradigmática, proferida nesse Mandado de Segurança, confirma-se o respeito ao direito adquirido que tem o parlamentar e as minorias parlamentares de verem observado o mandamento constitucional que disciplina o processo legislativo (no caso, as disposições contidas no art. 66, §§ 4.º e 6.º, 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 expresso dispositivo constitucional, questões que podem configurar ato ou omissão do Legislativo ante a Constituição em vigor.

Ora, essa liminar foi cassada por decisão relatada pelo Min. Teori Zavascki e apoiada pela maioria do STF, sob o argumento principal no sentido de que tal decisão dificilmente «seria 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 apreciação de vetos presidenciais (ADI nº 4.029/F, Rel. Luiz Fux, DJF 27.06.2012)», pelo que foi dado provimento ao Agravo interposto pelo Congresso Nacional, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Contempla a ementa elaborada pelo Ministro Zavascki, quanto segue exposto:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PROCESSO LEGISLATIVO. APRECIÇÃO DE VETOS PRESIDENCIAIS (CF., art. 66, §§ 4.º e 6.º). 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

juízo 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.

Registre-se que, ao menos nessa fase preliminar, tal decisão tornou letra morta o direito de parlamentar ou de as minorias impugnarem inconstitucionalidades por ação ou por omissão do Congresso Nacional, em questões que envolvam a observância do processo legislativo constitucional ou da letra expressa da Constituição. Em outras palavras, em seu inteiro teor, a cassação da decisão do Min. Luiz Fux, em seus termos expressos, não obistou ou sequer pretendeu obstaculizar práticas inconstitucionais do Presidente do Congresso, prática que vinha sendo exercida há anos. Embora inconstitucional essa prática não teve a inconstitucionalidade que a envolvia reflexo algum nessa fase do julgamento — agravo — interposto no MS.

Vê-se, portanto, que a decisão prolatada pelo Min. Teori Zavaski tende a possibilitar alteração da remansosa jurisprudência do STF e talvez, reduzir a competência do STF para examinar questão de inconstitucionalidade que envolva 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 S. 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 a Corte Constitucional brasileira adentrar no mérito de inconstitucionalidades praticadas no âmbito do Poder Legislativo, mesmo quando firmam direitos dos parlamentares e/ou violem a Constituição.

Tal decisão suscita graves problemas, a saber: a) no caso de o STF entender ter competência para examinar questões derivadas do uso inconstitucional do processo legislativo pelo Congresso Nacional estaria implantado um conflito entre os poderes? b) Quem o solucionará? Haverá possíveis sanções para tal inconstitucionalidade? c) Quando o Legislativo, por não colocar em pauta vetos presidenciais provocar, além da ofensa Constituição e de direitos dos parlamentares, também a possível violação de direitos fundamentais em geral (decorrentes ou previstos nos textos vetados¹⁹) qual a solução cabível? d) Por outro lado,

¹⁹ 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 presiden-

a manutenção da posição adotada neste Mandado de Segurança não é medida que, fugindo à questão jurídico-constitucional, leva a privilegiar uma realidade inconstitucional que acaba por consagrar a hegemonia do Poder Executivo na decisão sobre atos normativos: em outras palavras, o temor das consequências de tão insustentável inconstitucionalidade praticada pelo Legislativo não favorece um pretenso «presidencialismo de cooptação» propiciado pela maioria parlamentar situacionista?

Assim, sem entrar em outras discussões possíveis, colhe-se, para o que se pretende demonstrar, que a sistemática desobediência do Congresso Nacional às disposições constitucionais e sua atuação evidentemente inconstitucional, reconhecida pelo STF, não acarretou a consequência óbvia — declaração da inconstitucionalidade congressual com os consequentes efeitos (mesmo em se admitindo a modulação desses efeitos²⁰) — e parece não ter provocado nenhum constrangimento ao Congresso Nacional pela prática de tão grave inconstitucionalidade. Em outras palavras, é possível vislumbrar-se afronta à força normativa da Constituição?

Já no plano da realidade constitucional restou evidente a prática sistemática dessa inconstitucionalidade pelo Legislativo. Ora, a renúncia inconstitucional do Poder Legislativo para defender o uso de suas prerrogativas constitucionais (conforme dispõe o art. 40, XI) e a consequente hipertrofia normativa do Poder Executivo, já que a não discussão de vetos conduzem, obviamente à manutenção deles — ou seja, à prevalência da vontade do Poder Executivo no exercício da atividade normativa patrocinada pela maioria de turno — causam evidente ofensa ao princípio da separação de poderes, entre outras inconstitucionalidades.

Tal procedimento, diga-se de passagem, é uma nefasta consequência do chamado presidencialismo de coesão. O Presidencialismo de coesão tem, em princípio, vocação para permitir a governabilidade, em sistemas constitucionais como o brasileiro, no qual o regime de partidos políticos excede número razoável de agremiações partidárias. No entanto, o que se vê no Brasil é um presidencialismo de cooptação, suportado por interpretação abusiva e inadequada das

cialismo 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?

²⁰ A «modulação de efeitos» de uma decisão de inconstitucionalidade foi admitida no Brasil por via legal — na Lei nº 9.868, de 10/11/1999 (art. 20, §1.º) e na Lei 9.882, de 3/12/1999 (art. 11) — e tem sido utilizada com frequência pela Corte Constitucional, com elogios e críticas da doutrina. Ver, entre outros, SILVA RAMOS (2010). Essa prática é adotada, entre outras, na Constituição Portuguesa, art. 282.

regras constitucionais sobre o exercício do poder político e que leva ao predomínio sistemático da vontade do Executivo.

Inegável, pois, os reflexos desse descumprimento de normas constitucionais no correto andamento das instituições cujo equilíbrio a Constituição estabelece.

IV. A INCONSTITUCIONALIDADE PRATICADA NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO: O PROGRAMA «MAIS MÉDICOS»

A Constituição de 1988 permite ao Presidente da República o exercício de duas modalidades de legislar: a lei delegada (art. 59, IV) e a Medida Provisória (art. 59, V).

O constituinte pátrio, na esteira das inovações que ocorrem no mundo ocidental, em especial nos regimes parlamentaristas, entendeu necessário permitir, dependendo da matéria e da urgência e relevância, que o próprio Presidente da República ou solicite ao Congresso Nacional autorização para legislar (lei delegada) ou fixe, de imediato e mediante norma por ele elaborada e já produzindo efeitos (medida provisória), os parâmetros para o exercício dessa normatividade.

Assim, o Poder Legislativo, em certas circunstâncias, abre mão de iniciar, primariamente, a legislação — função que lhe é própria — compartilhando-a com o Poder Executivo, de um lado, exercendo um controle prévio sobre a matéria a ser legislada (no caso da lei delegada) e de outro exercendo um controle «*a posteriori*» da legislação governamental expedida (no caso da medida provisória). Registre-se que a lei delegada e a medida provisória têm campos materiais que lhe são vedados (art. 68, itens e §§ e art. 62, itens e §§) .

Todavia, o que vem ocorrendo com frequência é a função primária do Poder Legislativo ir se transformando quase em um adorno, predominando no cenário normativo do País a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, medidas essas que, em geral, contemplam, ao contrário do que recomenda a boa técnica legislativa prevista em lei, miscelânea de matérias, muitas delas não apresentando os requisitos essenciais para uso dessa medida extrema: relevância e urgência.

Exemplo desse indisfarçável desvio de poder é o caso da Medida Provisória a seguir examinada.

Em 2013, a Presidente da República expediu a Medida Provisória nº 621, datada de 07/07/2013, que «Institui o Programa Mais Médicos e dá outras providências», contendo 27 artigos modificando, inclusive leis sobre formação de médicos etc.

Várias inconstitucionalidades podem ser apontadas nessa Medida Provisória.

- Em primeiro lugar, a inconstitucionalidade material e formal da utilização de MP para disciplinar Programa de Governo, atividade que constitui o comum das funções de um governante, que supostamente fazem parte de um Programa de Governo anual ou quadrienal, e que obviamente não justificam o uso de medida de relevância e urgência disciplinada no art. 62 da Constituição de 1988, até porquanto exigem demorados e pertinentes estudos para sua elaboração²¹, o que não é, obviamente, o caso desta MP que²² desenvolve uma miscelânea de assuntos;
- De outro lado, essa Medida Provisória fere a concepção de direitos fundamentais dos trabalhadores determinada na Constituição de 1998, tão ciosa nessa matéria, cometendo, entre outras, ofensa ao princípio da igualdade — art. 7.º, XX, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de cor, aí se podendo incluir motivo de raça ou origem; a ofensa ao princípio geral de que à relação de emprego corresponde o direito ao salário — direito social ao trabalho, art. 6.º e outros parâmetros constitucionais: proibição de regime de trabalho escravo, afronta à liberdade de contratar e de ser contratado etc.)²³.

Não obstante a relevância do exame dessas inconstitucionalidades que violam o texto constitucional no âmbito normativo do Poder Executivo, esse artigo se dispõe a examinar outra modalidade de ofensa à Constituição, também produzida pela mesma Medida Provisória e que vem sendo sistematicamente utilizada pelos poderes constituídos e que pode ser resumida no tópico: «O uso irregular ou o abuso de competências constitucionais pelo Executivo».

Vejamos:

O art. 17, das Disposições Transitórias dessa MP estabelece:

Art. 17. Para execução das ações previstas nesta Medida Provisória, os Ministérios da Educação e da Saúde poderão firmar acordos e outros instrumentos de cooperação com organismos internacionais, instituições de educação superior nacionais e estrangeiras, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municí-

²¹ Cf., a propósito, o sentido e o necessário encaminhamento de plano de governo ao CN, indicado como competência privativa do Presidente da República no artigo 84, XI, que determina a remessa, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa (anual) de mensagem e plano de governo in PINTO FERREIRA (1990: 572-573).

²² Essa MP, como se sabe, foi uma tentativa de resposta governamental às manifestações que surgiram em 2013 contra a omissão governamental na prestação da saúde, da educação entre outros programas de governo.

²³ Essas inconstitucionalidades são indicadas com acuidade pelo ilustre homenageado nessa obra (SILVA MARTINS, 2013: 2).

pios, consórcios públicos e entidades privadas, inclusive com transferência de recursos. (n.g.).

Como se sabe, segundo determina o art. 62 da Constituição, «em caso de relevância e urgência, poderá o Presidente da República expedir medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.» Assim, para o que interessa ressaltar, a medida provisória deve ser utilizada em casos de urgência e relevância, tem força de lei, entra imediatamente em vigor, somente perdendo sua eficácia se não convertida em lei no prazo constitucional, observadas as demais condições fixadas nos § 3º a §12 do mesmo artigo.

Ora, a Constituição da República dispõe, em seu art. 49, ser da competência exclusiva do Congresso Nacional, entre outras:

I — resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. (n.g.)²⁴.

Trata-se, conforme aponta FERREIRA FILHO²⁵, de inovação relativamente à aprovação, pelo Congresso Nacional, de acordos estrangeiros, independentemente da autoridade que os assine, desde que envolvam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Acentua o Mestre da São Francisco:

Nítido é o intento desta norma: sujeitar à aprovação do Congresso Nacional todo ato internacional que acarrete encargo ou gravame para o patrimônio nacional. Ou seja, que tragam ônus para o País. E sem que se leve em conta a autoridade que celebrou tal ato. [...]. (n.g.).

Acrescente-se, ainda, para possibilitar raciocínio lógico sobre o tema, que a competência para celebrar atos internacionais é atribuída ao Presidente da República nos seguintes termos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII — celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. (n.g.).

Três pontos (entre outros) merecem exame minucioso a partir dessas disposições constitucionais:

²⁴ Vejam-se os comentários sobre esse inciso por OLIVEIRA MAZZUOLI (2013).

²⁵ FERREIRA FILHO, 1992: 20-21.

- Os efeitos da competência exclusiva atribuída ao Congresso Nacional e a possibilidade de atos do Executivo serem expedidos sem observância dessa disposição expressa:
- A delegação, pelo Executivo, de competência privativa para assinatura de atos internacionais ou com organismos internacionais;
- A delegação, pelo Executivo, de competência privativa, com força de lei, para assinatura de atos internacionais com organismos internacionais que envolvam ônus para o erário público, vale dizer, atos que já iniciam sua vigência sem a aprovação do Congresso Nacional.

Analise-se o primeiro tópico.

PINTO FERREIRA²⁶ examinando o tema «competência exclusiva e competência privativa», lembra que Rui Barbosa apontava a sinonímia entre os termos, enquanto outros autores entendem que os mesmos têm significados diferentes. Mas, em qualquer caso, registra o autor, a competência exclusiva é absolutamente indelegável.

De outro lado, cuidando da interpretação do artigo 84, VIII, que estabelece competências privativas do Presidente da República, ensina o mesmo autor que, por atos internacionais se deve entender o gênero, no qual se compreendem as declarações, notas diplomáticas, protocolo, convênio, ajuste, concordatas etc.»²⁷, estendendo o autor seu raciocínio aos chamados «*executive agreements*» e outros tipos de atos internacionais firmados pelo Executivo no direito comparado.

No mesmo sentido e de modo claro e transparente, FERREIRA FILHO²⁸ sublinha, interpretando o art. 84, VIII (competência privativa do Presidente da República) que a disposição «atos internacionais» inserida neste inciso nos seguintes termos: «VIII — celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional» abrange «muito mais do que tratados e convenções. É um gênero [...]».

Acentua, ainda, o Mestre que a interpretação literal poderia ir à frente da intenção do Constituinte, mas, sem dúvida, a disposição pretende «evitar que atos onerosos para o erário fujam ao controle do Legislativo».

Em suma, ante o exposto, fica claro que não pode o Poder Executivo aprovar, em Medida Provisória, de vigência imediata, a realização de acordos ou atos internacionais que envolvam organismos internacionais e acarrem ônus para o erário, tal como dispõe o art. 17, transcrito, e ora em comento, sem prévia autorização do Congresso Nacional.

²⁶ PINTO FERREIRA, 1990: 556 y ss.

²⁷ PINTO FERREIRA, 1990: 559.

²⁸ FERREIRA FILHO, 1992: 156-157.

Ora, em 22 de agosto de 2013 o Ministério da Saúde assinou²⁹ antes da conversão da medida provisória citada, «termo de cooperação com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), organismo de representação da Organização Mundial da Saúde (OMS) para as Américas. Pelo «acordo fica definida a vinda de 4 mil profissionais de Cuba para as vagas que não forem escolhidas por brasileiros e estrangeiros na seleção individual»³⁰.

A OPAS é um organismo internacional especializado em saúde. Criada em 1902, é a mais antiga agência internacional de saúde do mundo, atuando como representante da OMS; faz parte dos sistemas da OEA — Organização dos Estados Americanos e da ONU (Organização das Nações Unidas)³¹. O Brasil é um dos integrantes desse organismo internacional.

O Acordo firmado pelo Ministro da Saúde, entre outros pontos, envolve o repasse do Ministério da Saúde para a OPAS de R\$311 milhões de reais até fevereiro de 2014, para o pagamento de médicos cubanos, no valor de R\$ 10.000,00 para cada médico. O repasse do numerário, todavia, é feito diretamente para o Governo de Cuba. Singularmente, o Governo cubano pagava US 1.000 (um) mil de dólares ao médico, ficando com a disponibilidade do restante, orçada em R\$ 713 milhões por ano, no caixa da ilha³². A matéria foi amplamente divulgada e questionada pelos jornais e em diversos artigos doutrinários.

Em resumo, para o que interessa ao aspecto do tema em exame, a Presidente da República, mediante Medida Provisória, delegou ao Ministro da Saúde competência para assinar acordo internacional oneroso com um organismo internacional — a OPAS — , e por via intermediária, esse acordo beneficiou não apenas os médicos cubanos contratados para trabalhar no Brasil, mas e principalmente beneficiou um Estado estrangeiro. A natureza desse acordo, é evidente, a de um acordo oneroso com Estado estrangeiro por intermédio de um organismo internacional.

Trata-se, pois, de um acordo que jamais poderia ser autorizado em Medida Provisória.

²⁹ Observe-se que a MP citada somente foi convertida em Lei (Lei 12.871, de 22 de outubro de 2013). Assim sendo o acordo mencionado foi assinado pelo Ministro da Saúde na vigência da MP e antes de sua conversão em Lei, na qual a matéria está regulada no art. 23 das Disposições Finais, com a mesma redação. Em consequência, os encargos financeiros gerados pelo acordo foram permitidos antes da autorização do Legislativo. .

³⁰ Cf. www.viomundo.com.br/politica/como-e-e-acordo-do-brasil-com-a-organizacao-pan-america..., p. 6, acesso em 04/07/2014.

³¹ [HTTP://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Pan-Americana_da_Sa%C3%BA](http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Pan-Americana_da_Sa%C3%BA) Acesso em 04/07/2014.

³² [HTTP://oglobo.globo.com/brasil/cuba-podera-ganhar-anualmente-713-milhoes-com-mais-medicos](http://oglobo.globo.com/brasil/cuba-podera-ganhar-anualmente-713-milhoes-com-mais-medicos), p. 3 — acesso em 04/07/2014.

(2) O segundo ponto questionado envolve a possibilidade de o Executivo delegar competência que lhe é privativa, para o fim de assinar «acordos ou atos internacionais».

O artigo 84³³, ao dispor sobre as competências privativas do Presidente da República estabelece:

Parágrafo único: O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

A possibilidade de delegação de competência privativa do Presidente a Ministros de Estado enfatiza FERREIRA FILHO³⁴, ressurge³⁵ na Constituição de 1988, no dispositivo acima transcrito, porém restrita a determinadas matérias estabelecidas no art. 84.

A delegação significa a transferência do poder de dispor sobre determinada matéria e tem como consequências ficar o outorgante (Presidente da República) impedido de exercer a competência até se extinguiem os efeitos do ato de delegação³⁶.

Ante o exposto impõe-se registrar que a delegação admitida no parágrafo único é *numerus clausus*. Em outras palavras, somente nas matérias indicadas no parágrafo tal delegação poderá ocorrer.

Isso explica o disposto no art. 87, inciso IV, da Constituição que estabelece as atribuições dos Ministros de Estado e que prevê a possibilidade de o Ministro «praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República».

Criticando, embora, a inépcia da redação, pontifica FERREIRA FILHO o que parece óbvio: a delegação somente poderá ocorrer se observados os limites constitucionais para tal outorga ou delegação, exatamente os previstos no parágrafo único do art. 84.

Ora, os atos compreendidos pelos incisos VII (relativo à manutenção de relação com Estados estrangeiros) e VIII (celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional), do artigo 84, CF, em exame, não são objeto da delegação permissiva.

³³ Vejam-se os comentários ao parágrafo único do art. 84 por FRANCISCO (2013).

³⁴ FERREIRA FILHO, 1992: 154-156.

³⁵ Nos textos constitucionais de 1967 e 1969 registra o autor que o dispositivo relativo à delegação de competências aos Ministros, no primeiro era mais restritivo, estando tal delegação condicionada à lei, e em 1969 tal delegação se tornou competência discricionária.

³⁶ FERREIRA FILHO, 1992: 165.

Assim, também sob esse ângulo, a Medida Provisória, em seu art. 17, é inconstitucional, porquanto autoriza Ministros a firmarem acordos com organismos internacionais, prática indelegável.

(3) O terceiro tópico apontado acima é meramente a junção dos dois primeiros examinados. Na verdade registrem-se, novamente, as três inconstitucionalidades apontadas: a primeira, a inconstitucionalidade formal e material da Medida Provisória, a segunda, a delegação, pelo Executivo, de competência privativa sem respaldo constitucional, e a terceira, a agravante de tal delegação estar inserida em Medida Provisória que autoriza a celebração de atos internacionais onerosos ao patrimônio público sem a prévia autorização do Congresso Nacional.

Assim, ao examinar esses aspectos — âmbito normativo da medida provisória e delegação de competência a ministros para assinarem atos internacionais onerosos que envolvam organismos internacionais — resta inevitável concluir pela inconstitucionalidade do artigo 17, transcrito, na parte que diz respeito a esses pontos; por decorrência, o acordo assinado pelo Ministrado da Saúde com a OPAS é inconstitucional.

Nem se diga que a posterior aprovação da MP e sua conversão em lei pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, poderiam ter superado tal inconstitucionalidade³⁷.

A MP nasceu inconstitucional, porquanto a aprovação do Congresso Nacional, no que respeita a acordos com organismos internacionais é necessariamente prévia. Não há como sanar a inconstitucionalidade pela aprovação da lei de conversão da MP. Tal inconstitucionalidade é na verdade insanável e determina a anulação *ex tunc* de todos os atos praticados na sua vigência. Outro não poderá ser o entendimento do assunto.

De outro lado, como sanar vício de competência privativa cometido pelo Presidente da República? Competências privativas são constitucionalmente indelegáveis. Somente mudando-se a Constituição se poderia admitir «*a posteriori*» atos que contenham tal delegação, inconstitucionais perante a Constituição em vigor.

Outro aspecto reforça a inviabilidade de sanar o vício contido nessa MP. É que não pode o Congresso Nacional suprir tal inconstitucionalidade abrindo mão de uma competência que, também constitucionalmente, lhe é exclusiva e indelegável, disposta no art. 49, inciso I, examinado («resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional»); e também, não pode abrir mão de outras duas competências exclusivas e indelegáveis contidas no mesmo artigo: a que vem disposta no inciso X («fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração

³⁷ A Medida Provisória foi convertida em Lei promulgada em 22 de outubro de 2013

indireta) e no inciso XI («zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes»)³⁸. Veja-se «*ex abundantia*» que cabe também ao Congresso Nacional o exercício do controle externo dos gastos do Poder Executivo da União, previsto como função do Congresso Nacional (art. 70, *caput*).

Aliás, como reforço à argumentação, leia-se o art. 68, da CF, relacionado às leis delegadas e que no parágrafo §1.^a estabelece:

§1.^o Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar nem a legislação sobre [...] II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais.

Resta ainda a ponderar outro aspecto, envolvendo essa problemática.

Celebrar ajustes com governos ditatoriais, (diretamente ou por intermediários) que não preservam os direitos humanos, certamente ofende a dignidade democrática do Estado brasileiro por ferir um dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil estabelecidos no art. 4.^o do Texto Constitucional, inciso II (prevalência dos direitos humanos).

Como relatado, o acordo firmado pelo Ministro da Saúde com a OPAS fere, sem dúvidas, a dignidade da Nação brasileira e fere, igualmente o dispositivo constitucional que determina regras para celebração de acordos com organismos internacionais.

Por intermédio desse acordo celebrado com organismo internacional se permitiu uma contratação ofensiva à dignidade humana e a direitos fundamentais em vários pontos: (a) o contrato de trabalho, que deve ser individualizado, pois o pagamento deve ser feito pelo trabalho prestado, no caso é aperfeiçoado por via de um agenciador, que é o próprio Governo cubano; (b) de outro lado, o pagamento, conforme inicialmente proposto seria de 10.000 (dez mil dólares) para cada médico e é essa a importância que o Governo brasileiro disponibiliza à OPAS para cumprimento do contrato; todavia, pelo acordo, o montante a ser percebido pelo trabalhador cubano, inicialmente seria de «1.000 — mil dólares», ou seja, 10% dos dez mil dólares, restando para o Governo cubano (mais valia?) o referente a mais ou menos 90% (noventa por cento) do valor constante no termo de acordo e da Medida Provisória, destinado ao médico; (c) ademais, fica patente tratar-se de trabalho escravo, porquanto envolve empregado que não dispõe de liberdade para contratar já que não tem liberdade sequer para deixar a ilha e para assinar pessoalmente o contrato, além de não perceber pelo trabalho todo o numerá-

³⁸ Vejam-se comentários aos dois incisos constitucionais X e XII por CUNHA FERRAZ (2013).

rio que lhe seria destinado, como o é para os demais médicos contratados pelo mesmo Programa.

Repita-se, a Nação brasileira foi, sim, fortemente afetada em sua dignidade.

Difícil entender a posição desse organismo internacional — a OPAS³⁹ nesse negócio, já que se trata de um Organismo Internacional ligado à ONU, à OMS, e à OEA, voltado à proteção da saúde e, é óbvio, dos que a praticam. Caberia indagar o que diz a OIT, também Organismo Internacional ligado à ONU sobre essa modalidade de contrato de trabalho⁴⁰.

Não se está a dizer que o País não pode prestar ajuda humanitária no contexto internacional em que vivemos. Pode sim, quando se trata efetivamente de ajuda diretamente a pessoas ou situações emergenciais, desde que observadas as normas constitucionais.

Em suma, o que se colhe até o momento é que a Medida Provisória em causa, de julho de 2013 foi transformada em lei e está em plena aplicação. Não há pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade desta MP⁴¹ e, por outro lado, a Lei de conversão, no que respeita ao ângulo examinado, não foi objeto, pelo menos, até o momen-

³⁹ O representante da OPAS no Brasil, JOAQUIN MOLINA, «ressalta que na negociação com Cuba a organização buscou um perfil profissional direcionado às necessidades do programa Mais Médicos». Evidente que se esqueceu de proteger os médicos cuja contratação propunha. Conferir o endereço eletrônico: www.viomondo.com.br/politica/como-e-o-acordo-do-brasil-com-a-organizacao-pan-americana...

⁴⁰ Cf. art. 85 da Constituição, inciso I combinado com a Lei 1079/50, art. 5º, nº 6, que estabelece, entre os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República «celebrar tratados, convenções ou ajustes que comprometam a dignidade da Nação». Observe-se que vários tem sido os ajustes do Presidente da República que vem sendo taxados como ofensivo a esses preceitos constitucional e legal.

⁴¹ Há várias decisões monocráticas, entre outras, proferidas no STF sobre o assunto (MS 32224 MC /Distrito Federal, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, despacho de 24/08/2013), MS 32669 / DF/ Distrito Federal, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, julgamento em 13/12/2013), HC 121354 / DF — Distrito Federal, Relator Ministro GILMAR MENDES, julgamento em 22/04/2014), AC 3576 /AM / Amazonas, Relator Ministro LUIZ FUX, julgamento em 05/05/2014), MS 32238, DF/ MC / Distrito Federal, Relator Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento em 28/07/2013, e Decisão proferida pelo Vice-Presidente RICARDO LEWANDOWSKI. Entre essas algumas cuidam de aspectos de inconstitucionalidades citadas neste artigo. Mas até o momento nenhuma dessas ações teve decisão de mérito ou prosseguimento, sendo que algumas foram indeferidas em virtude de a MP já ter sido transformada em Lei. Também foram propostas duas ADIs, as de nº 5035 / DF — Distrito Federal, pela Associação Médica Brasileira e outros, e nº 5037 / DF / Distrito Federal, impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Liberais Universitários Regulamentados — CNTU, ambas relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, com audiência pública designada para o dia 25 e 25 de novembro de 2013. Os temas envolvidos diziam respeito, entre outros, às alterações na formação acadêmica e no funcionamento dos cursos de graduação em medicina, bem como à contratação de médicos no âmbito da saúde pública, com questionamentos da violação de direitos trabalhistas no Brasil. No site do Supremo Tribunal Federal referidas ADIs se encontram, ainda, com despacho

to, de arguição de inconstitucionalidade no STF, o que leva a supor que qualquer decisão a respeito desse assunto não deverá ser proferida antes de pelo menos dois anos da edição da Medida Provisória 621/2013. Assim, os efeitos dessa MP serão continuados. Será possível desfazê-los se declarada a inconstitucionalidade do art. 17? Ou terá o STF de se valer, novamente, da modulação de efeitos da decisão e com isto tornar impune a inconstitucionalidade?

V. O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA SENATORIAL ESTABELECIDADA NO ART. 52, X, CF, E O QUESTIONAMENTO DE SUA VALIDADE NORMATIVA: CONFLITOS SUSCITADOS PELO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por outro lado, o próprio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição nos termos do art. 102 da CF, tem por vezes adotado posições que se mostram conflitantes com o texto constitucional, importando, não raro, verdadeira mutação inconstitucional do texto da Lei Maior.

Veja-se, para exemplo, a questão da aplicação e da interpretação do inciso X do art. 52, da Constituição de 1988, discussão que vem sendo ressuscitada recentemente no STF.

A posição adotada pelo Ministro Relator e sufragada por outros ministros em vários casos pode revelar, além de um conflito entre poderes, uma evidente tensão na atuação do Supremo Tribunal Federal que, se sufragada pela maioria da Corte, significaria o exercício de um poder que ultrapassa os limites constitucionais das competências do próprio Supremo Tribunal Federal, numa tentativa evidente de reescrever norma constitucional expressa. Vejamos:

Ventilado em outros casos, esse questionamento se coloca com maior evidência na Reclamação 4.335-5/AC⁴², proposta em 2006, em que se discutiu o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal 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 Fede-

ao Ministro Relator, sem decisão. (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência...>), conforme consulta em 10 de janeiro de 2015.

⁴² www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988; (acesso 20/09/2014). Ver Tb.

www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M. Decisão de 20/03/14 — Ver tb. <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>.

ral 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». 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 histórico⁴³ 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 1891⁴⁴:

[...] 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.

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 inconstitucionalidade⁴⁵.

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

⁴³ CUNHA FERRAZ, 2013.

⁴⁴ CUNHA FERRAZ, 2013.

⁴⁵ Ver, sobre o «judicial review» o excelente artigo de FERNÁNDEZ SEGADO (2012).

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.

Já tive oportunidade de apontar⁴⁶ que a busca de soluções para tal impasse motivou discussões⁴⁷ na doutrina constitucional brasileira, ao registrar que:

Na Constituinte de 1934, 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 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 suspensão senatorial, a vinculação dos poderes Judicial e Político ao comando constitucional, a natureza do ato inconstitucional, entre 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 Supremo Tribunal Federal foram férteis em discussões sobre a natureza e o alcance dessa

⁴⁶ CUNHA FERRAZ, 2013.

⁴⁷ Ver, também, entre outros: BITTENCOURT (1997: 145-146), FERREIRA FILHO (1992), SILVA (2007) y SENADO FEDERAL (1975).

competência senatorial. Vários pontos acabaram sendo firmados, particularmente pela jurisdição constitucional. Recordem-se alguns: (1) a reiteração, ante a disposição constitucional, da exclusiva competência do STF de dizer a última palavra sobre a inconstitucionalidade de atos ou normas (2) a afirmação da natureza do ato inconstitucional, considerado, conforme a doutrina clássica, «nulo e irritado», com efeitos *ex tunc*. (3) o entendimento consequente 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, no que diz respeito 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 (ver RMS 16.965. MS 16.519/DF). 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, então 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 nesta 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 no tocante 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 fosse julgada inconstitucional, nem de suspender toda a lei, quando apenas parte dela fosse declarada inconstitucional pelo STF. Não poderia ampliar ou restringir o conteúdo da decisão jurisprudencial que lhe é encaminhada para os fins do art. 52, X⁴⁸.

Ora, a Constituição de 1988, restringindo embora a modalidade de ato normativo suscetível de suspensão pelo Senado — ao referir-se apenas à

⁴⁸ CUNHA FERRAZ, 2013: 1066.

lei⁴⁹ — 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 em controle difuso, contida nas Constituições anteriores, apenas restringindo o objeto da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

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

Isto 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 que 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. Essa a interpretação sistemática que se pode extrair do texto constitucional⁵⁰.

Registre-se, por necessário, que mais precisamente na década seguinte (1990-2000) e na subsequente (2001-2010) foram introduzidas por Emenda Constitucional 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, § 3.º), 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, por via de emenda constitucional ou de lei ordinária, modificaram a letra ou o espírito dessa norma que permanece escrita e intacta no texto constitucional?

Na Reclamação 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 acima, o Min. Relator Gilmar Mendes levantou a tese da equiparação da extensão dos efeitos da 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 da CF, 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

⁴⁹ Correntes divergentes se estabeleceram para definir o termo «lei», contido no art. 52, X. Veja-se, por todos, exemplos in CUNHA FERRAZ, 2013: 1066.

⁵⁰ Cr. CUNHA FERRAZ, 2009.

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, o 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 inconstitucional. Não obstante, admitindo que a modificação do entendimento anterior seria a opção adequada, o Min. Eros Grau votou a favor da tese do Relator. Vê-se, nessa hipótese, que embora reconhecendo estivesse o STF a reescrever norma constitucional expressa não concluiu o Ministro pela impossibilidade desse entendimento. Em outras palavras não se curvou à tese da mutação inconstitucional no texto constitucional⁵¹.

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 Supremo Tribunal Federal 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 KONRAD HESSE (1991, p. 23):

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. (n.g.).

Convém também transcrever, resumidamente, em sua parte final, o lúcido pensamento de Lenio Luiz STRECK, Marcelo Andrade Cattoni de OLIVEIRA e Martonio Mont'Alverne Barreto LIMA⁵², (2007), ainda antes de outros encami-

⁵¹ O Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em seu voto-vista na Reclamação 4.335 em exame, entendeu, de modo expresso, tratar-se de mutação inconstitucional.

⁵² «A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional». www.mundojuridico.adv.br.

nhamentos da Reclamação em exame e que, após trazer à lume importante argumentação, se encaminha na direção oposta a 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?

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.

Assim, 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 constitucional inconstitucional⁵³, 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 Supremo Tribunal Federal e a Constituição, além provocar possível conflito com o Senado Federal, cuja competência privativa seria evidentemente anulada.

⁵³ A mutação inconstitucional pode assumir fórmulas diferentes. CUNHA FERRAZ (1986: 243-251), menciona o que considera «processos anômalos de mutação inconstitucional», inserindo nestes o «desuso», a «mudança tácita», e os processos manifestamente inconstitucionais. A inconstitucionalidade ora apontada poderia se inserir nessas modalidades indicadas. Ver também, sobre o tema, MORAES (2013).

Se a disposição normativa contida no inciso X perdeu sua utilidade, considerada tão relevante desde 1934 (embora nem sempre utilizada), e, se nos dias atuais, o Supremo Tribunal Federal 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 acima citado: «Não tem o Poder Judiciário — poder constituído — atribuição de modificar letra expressa da Constituição nem fazer às 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 Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal desde 2006.

É certo que, desde que se instituiu no Brasil a súmula vinculante, existe uma situação paradoxal com 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 (tal como previsto no art. 103-A, inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004), decidindo, em definitivo, a questão e, por óbvio, os efeitos a serem produzidos pela norma julgada inconstitucional⁵⁴. Assim, por via transversa, acabaria o próprio Supremo Tribunal Federal a determinar a produção de efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida em controle difuso. De outro lado, vale enfatizar que parece incoerente, produzir o STF decisões distintas em matéria de constitucionalidade, por levar em consideração a modalidade de controle enfrentada. Em princípio, seria lógico que toda decisão do STF — como última instância e como guardião da Constituição — produzisse 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.

Parece, portanto, impor-se, com urgência, reforma constitucional que solucione tais questões, de modo a evitar que o Supremo Tribunal Federal assumia 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 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 teria condições de

⁵⁴ Sobre Súmula Vinculante ver CUNHA FERRAZ (2012) y SILVA RAMOS (2010).

vingar. A modificação do Supremo Tribunal Federal na interpretação do inciso X, do artigo 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», 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 obsoleta⁵⁵ 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, o Min. Teori Zavascki⁵⁶, sem adentrar no exame da validade normativa do inciso X, do art. 52, na forma discutida pelo Ministro Relator, 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.

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

⁵⁵ Cf. CUNHA FERRAZ (1986: 234-237), em que a autora cuida do «desuso» no plano constitucional, sua caracterização e consequências

⁵⁶ Cf. Notícias STF, quinta-feira, 20 de março de 2014, p. 1.

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 52, inciso X — não ficou aclarada⁵⁷.

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 interpretação⁵⁸. 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. 2.º, CF — e, por consequência, ofensa ao art. 60, §4.º, 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 artigo 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.

VI. CONCLUSÕES

Neste texto procurou-se, por intermédio de alguns poucos casos, demonstrar inconstitucionalidades praticadas no âmbito dos poderes estatais e que não sofreram controles efetivos no sentido de saná-las.

⁵⁷ www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262988. Consultado em junho 2014.

⁵⁸ Nesse sentido o voto-vista do Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Como fica a força normativa da Constituição e a vontade da Constituição, cujos pressupostos são seu efetivo cumprimento pelos destinatários do Poder estatal? Como fica a supremacia constitucional?

Nos casos em que a superação da inconstitucionalidade pode ser feita mediante reforma, urge adotar a medida, como lembram CANOTILHO E VITAL MOREIRA⁵⁹ ao anotarem que a força normativa da Constituição não pode ser trocada pela «força normativa dos factos» e que «as alterações formais através de leis de revisão são o instrumento adequado para adaptar novos condicionamentos políticos e sociais». E, acrescentam ainda: «... a força normativa da Constituição impede o reconhecimento de factos inconstitucionais como realidade constitucional».

Mas no tocante aos reflexos indesejáveis de inconstitucionalidades convém citar KONRAD HESSE⁶⁰, em sua obra magistral «*A Força Normativa da Constituição*» cujas lições já reproduzidas merecem ser reiteradas:

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional — não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas: Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.

A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale. Ela não se afigura “impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder”, tal como ensinado por Georg Jellinek e, como, hodiernamente divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*), que mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões

⁵⁹ CANOTILHO y MOREIRA, 1991: 46-47.

⁶⁰ HESSE, 1991: 25-26.

jurídicas (*Rechtsfragen*) em questões de poder (*Machtfragen*). Essa constatação não justifica que se negue o significado da Constituição Jurídica.

VII. BIBLIOGRAFIA

- BITTENCOURT, C. A. LÚCIO (1997). *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça.
- CANOTILHO, J. J. GOMES y MOREIRA, V. (1991). *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA FERRAZ, A. DA (1986). *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad.
- (2009). 20 anos da Constituição de 1988: a evolução da jurisdição constitucional no Brasil. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 13, 137-180.
- (2009). Colisão de Direitos: Comissão Parlamentar de Inquérito e Direitos Fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. En A. DA CUNHA FERRAZ, E. BITTAR, y M. LEISTER (org.). *Direitos Humanos Fundamentais – doutrina prática, jurisprudência*. Osasco: Edifício.
- (2012). Inovações na jurisdição constitucional. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 16, 106-163.
- (2013). *Comentários à Constituição do Brasil*. En J. J. GOMES CANOTILHO, G. F. MENDES, I. W. SARLET, L. L. STRECK (coordenação científica) y L. F. LEONCY (coordenação executiva) (pp. 1034-1042). São Paulo: Saraiva/Almedina.
- (2014). Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional Decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, 28, 125-152.
- FERREIRA FILHO, M.G. (1992). *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 2.
- (2014). *O Poder Constituinte*. São Paulo: Editora Saraiva.
- FERREIRA, P. (1992). *Comentários à Constituição Brasileira*. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva.
- FRANCISCO, J. C. (2013) *Comentários à Constituição do Brasil*. En J. J. GOMES CANOTILHO, G. F. MENDES, I. W. SARLET, L. L. STRECK (coordenação científica) y L. F. LEONCY (coordenação executiva) (pp. 1277- 1285). São Paulo: Saraiva/Almedina.
- HESSE, K. (1991) *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- LOEWENSTEIN, K. (1970). *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- OLIVEIRA MAZZUOLI, V. DE (2013). *Comentários à Constituição do Brasil*. En J. J. GOMES CANOTILHO, G. F. MENDES, I. W. SARLET, L. L. STRECK (coordenação científica) y L. F. LEONCY (coordenação executiva) (pp. 1018-1022). São Paulo: Saraiva/Almedina.
- MORAES, C. B. de (2013). As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso. *JURISMAT, Portimão*, 3, 5-90.
- MARINHO, J. (1964). O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, 1 (2).

- SARLET, I. W. (2012). Do Poder Constituinte. En I. W. SARLET, L. G. MARINONI y D. MITIDIERO (ed.). *Curso de Direito Constitucional* (pp. 85-103). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2012). La judicial review em la pré-Marshall Court (1790-1901). *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, 12 (1).
- SENADO FEDERAL (1975). Declaração de inconstitucionalidade de lei ou decreto. Suspensão da execução pelo Senado Federal. Extensão da Competência. Efeitos (Pareceres da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal). *Revista de Informação Legislativa*, 48.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA (2007). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31.^a edição (até a Emenda Constitucional nº 56, de 20/12/2007).
- SILVA MARTINS, I. G. DA (2013). Médicos Cubanos. *O Estado de São Paulo*, 06/09/2013, p. 2.
- SILVA RAMOS, E. DA (2010). *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva.
- SOUZA SAMPAIO, N. DE (1964). *Do inquérito Parlamentar*. Rio de Janeiro: FGV.
- SPROESSER, A. K. (2008). *A Comissão Parlamentar de Inquérito. CPI no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, Secretaria Geral Parlamentar.
- VERDÚ, P. L. (1985). *Curso de Derecho Político* (vol. IV: *Constitución de 1978 y transformación políotico-social espanhola*). Madrid: Tecnos.

