

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**  
**MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**



**TITO SOUZA DO AMARAL**

**A natureza da competência disposta no art. 52, X, da  
Constituição Federal e o processo de objetivação do  
controle difuso de constitucionalidade**

**BRASÍLIA**  
**MARÇO 2014**

TITO SOUZA DO AMARAL

**A natureza da competência disposta no art. 52, X, da  
Constituição Federal e o processo de objetivação do  
controle difuso de constitucionalidade**

Dissertação de conclusão de curso apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Constitucional, no curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional – *Constituição e Sociedade*, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho

BRASÍLIA  
MARÇO 2014

Amaral, Tito Souza do.

A natureza da competência disposta no art. 52, X, da Constituição Federal e o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade. / Tito Souza do Amaral. – Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2013. f.

Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito, Área de Concentração “Constituição e Sociedade”, 2013.

1. Natureza da competência 2. Objetivação do controle difuso.

TITO SOUZA DO AMARAL

**A natureza da competência disposta no art. 52, X, da  
Constituição Federal e o processo de objetivação do  
controle difuso de constitucionalidade**

Dissertação de conclusão de curso apresentada  
como requisito parcial para obtenção do título de  
mestre em Direito Constitucional, no curso de  
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional –  
*Constituição e Sociedade*, do Instituto Brasiliense de  
Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção

\_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_)

---

Prof. Dr. Ney de Barros Bello Filho  
Professor Orientador

---

Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Filho  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco  
Membro da Banca Examinadora

## RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo dos pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais da natureza da competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro. Para tanto, será analisada a evolução do instituto do controle da constitucionalidade das leis ao longo das Constituições que regeram o Brasil, desde a primeira, do Império, outorgada em 1824, até a última, promulgada em 1988, mediante apontamentos cronológicos, com foco no controle de constitucionalidade e a maneira com que o instituto foi tratado nas diversas Constituições. O estudo também abordará a amplitude do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, a chamada cláusula do Senado, dispositivo que confere à Câmara Alta do Parlamento a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Proceder-se-á, também, a uma análise das diversas posições doutrinárias com relação ao assunto, bem como da jurisprudência da Suprema Corte, além da recente posição assumida pelo Senado no âmbito do controle difuso. Tudo isso de molde a tentar definir a real natureza da competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

**Palavras chave:** Direito constitucional. Constituição Federal. Cláusula do Senado. Natureza. Competência. Controle difuso de constitucionalidade. Objetivação.

## **ABSTRACT**

The present work aims to study the doctrinal and jurisprudential pronouncements on the nature of the jurisdiction of the Senate in control of constitutionality in Brazil. Therefore, we will analyze the evolution of the institute's control of the constitutionality of laws throughout the Constitutions that governed Brazil, since the first, of the Empire, granted in 1824, to the last, promulgated in 1988, upon chronological notes, focusing on judicial review and the way that the institute was treated in the various Constitutions. The study will also address the scope of article 52, section X of the Constitution of 1988, called the Senate clause, device giving the upper house of parliament the power to suspend the execution of a law declared unconstitutional by the Supreme Court. There will be also an analysis of the various doctrinal positions with respect to the subject matter, and the case law of the Supreme Court, and the recent position taken by the Senate under the general control. All this in order to try to define the real nature of the jurisdiction of the Federal Senate in control of constitutionality.

**Keywords:** Constitutional right. Federal Constitution. Clause Senate. Nature. Competence. Fuzzy control of constitutionality. Objectification.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 Evolução do controle de constitucionalidade das leis nas Constituições do Brasil.....</b>	<b>15</b>
1.1 Constituição de 1824: Controle de Constitucionalidade pelo Poder Legislativo.....	15
1.2 Constituição de 1891: influência norte-americana e implantação do controle incidental de constitucionalidade.....	17
1.3 Constituição de 1934: competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional e início do controle via ação direta.....	19
1.4 Constituição de 1937: retrocesso no instituto do controle de constitucionalidade.....	22
1.5 Constituição de 1946: resgate da tradição do controle judicial.....	24
1.5.1 Emenda Constitucional nº 16, de 1965: consolidação do controle de constitucionalidade abstrato.....	27
1.6 Constituição de 1967/1969 e o controle de constitucionalidade das leis..	28
1.7 Constituição de 1988: tendência de objetivação do controle difuso?.....	29
<b>2 Alterações no sistema normativo constitucional e o aparente esvaziamento do art. 52, X, da Constituição Federal.....</b>	<b>32</b>
2.1 O advento da Constituição de 1988 e radical expansão do sistema concentrado de controle .....	32
2.2 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e os novos instrumentos no controle de constitucionalidade: o sistema de repercussão geral e a súmula vinculante.....	34
2.3 Alterações no sistema processual civil que poderiam importar em expansão dos efeitos das decisões no sistema difuso: o art. 557 do CPC e seu uso pelo STF.....	36

2.4	Decisões do STF aparentemente incompatíveis com a tradicional interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal.....	41
<b>3</b>	<b>O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade no Brasil.....</b>	<b>45</b>
3.1	A interpretação da cláusula do Senado nas diversas Constituições.....	45
3.2	A amplitude do art. 52, X, da Constituição – Considerações.....	47
3.3	O Mandado de Segurança nº 16.652 – <i>leading case</i> no STF.....	50
3.4	A discussão posta na Reclamação nº 4335 – STF.....	53
3.4.1	Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no sentido da mutação constitucional do inc. X do art. 52 da CF.....	61
3.4.2	Os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, rejeitando a tese da mutação constitucional do inc. X do art. 52 da CF.....	61
3.5	O Ofício “S” nº 06, de 2011, e a posição do Senado Federal acerca de sua competência no controle de constitucionalidade.....	65
3.6	Considerações doutrinárias sobre a discussão posta.....	67
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUÇÃO

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como é de amplo conhecimento, não se desenvolveu levando em conta a reprodução de apenas um dos dois modelos teórico-políticos comumente referidos – difuso norte-americano e concentrado europeu — pelo que convivem, nos dias atuais, simultaneamente os dois sistemas de controle. De um lado, o sistema objetivo, que tem na eliminação de uma lei contrária à Constituição seu objetivo principal e, de outro, o sistema focado diretamente na defesa dos direitos fundamentais subjetivos.

Parece algo assente entre os estudiosos que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade não se desenvolveu em atenção mimética a nenhum dos dois modelos teórico-políticos acima referidos – difuso norte-americano e concentrado europeu.

Convivem no Brasil, portanto, os dois sistemas de controle. As duas preocupações se relacionam, pois, o controle objetivo termina sempre, ou quase sempre, mesmo que indiretamente, garantindo a higidez dos direitos fundamentais.

De fato, analisando pelo aspecto orgânico<sup>1</sup>, no sistema difuso o controle pode ser realizado por diversos órgãos do Poder Judiciário, ao passo que o controle concentrado é exercido por um órgão específico, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal.

Melhor detalhando as características do controle difuso, além do fato de poder ser exercido por órgãos distintos do Judiciário, pode-se afirmar que ele se exerce mediante um processo constitucional subjetivo, sendo controle incidental, no qual a constitucionalidade não é o objeto principal da ação, mas um requisito que deve ser encarado e decidido antes de se adentrar no mérito da ação. Ou seja, primeiro se decide o incidente de inconstitucionalidade para depois se decidir o bem jurídico perseguido no processo. Por essa razão é conhecido como controle por via de exceção ou de defesa.

Os efeitos advindos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade da norma no controle difuso, o principal é que a decisão produz efeitos *inter partes*, ou seja, apenas às partes integrantes da lide se aplicam os efeitos, possuindo, também,

<sup>1</sup> ALVES, Marcelo Franca. *A objetivação do controle de constitucionalidade difuso*, disponível em: <http://www.unasp-ec.com/revistas/index.php/actacientifica/article/view/180/156>, acesso em: 10-03-2012, p. 105.

efeitos *ex tunc*, ou seja, a decisão retroage, de modo que age como se a norma nunca houvesse existido no mundo jurídico.

Para que a barreira do efeito *inter partes* do processo subjetivo possa ser, pois, rompida, transformando-se em efeito *erga omnes*, o legislador constituinte concedeu ao Senado Federal a possibilidade, por meio da espécie normativa Resolução, de suspender a execução da norma declarada inconstitucional, em sede de controle difuso, pelo Supremo Tribunal Federal. Na Constituição Federal de 1988, essa competência está positivada no inciso X do artigo 52<sup>2</sup>.

Importante destacar que no momento em que o Senado Federal suspende uma lei declarada inconstitucional, no controle difuso, pelo STF, por meio de Resolução, os efeitos que de regra entre as partes do processo subjetivo, era *ex tunc*, passa a ser *ex nunc*<sup>3</sup>.

Por seu turno, a característica essencial do controle concentrado reside no fato de que a constitucionalidade da lei ou do ato normativo é discutida num processo constitucional objetivo, além, logicamente, da já citada característica de ser exercido por um único órgão específico do Poder Judiciário. Ademais, inexistente nesse sistema de controle um caso concreto no qual a constitucionalidade é deliberada, é dizer, a lei ou ato normativo questionado é o objeto principal da ação, em cujo processo será discutida a validade da norma em tese, ou em abstrato. Logo, é também conhecido como controle por via de ação direta, ou principal.

Os efeitos que sucedem uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado, de fato, são de regra *ex tunc*, ou seja, tem efeito retroativo. Outro efeito próprio desse tipo de controle, em razão justamente de a discussão sobre a constitucionalidade ocorrer em abstrato, é o *erga*

---

<sup>2</sup> Constituição Federal de 1988: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>3</sup> Uma exceção ao efeito *ex nunc* da Resolução do Senado Federal está nos parágrafos 1º e 2º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97, ocasião em que, à administração pública, aplica-se o efeito *ex tunc*.

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

*omnes*, pois ao contrário do que ocorre no sistema de controle difuso, quando os interessados na declaração de inconstitucionalidade são as partes, aqui o maior interessado é o sistema jurídico como um todo que, no caso de confirmada a inconstitucionalidade, deve ficar livre da norma inconstitucional<sup>4</sup>. Ademais, a decisão possui efeito vinculante, de molde que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a administração pública<sup>5</sup>.

No entanto, nem sempre prevaleceu esse sistema eclético de controle de constitucionalidade adotado no país. Desde a primeira Constituição adotada no Brasil Império, outorgada em 1824, até a última, promulgada em 1988, muito aconteceu em matéria de controle de constitucionalidade no Brasil.

De fato, é na chamada cláusula do Senado, representada pelo art. 52, inc. X, da Constituição Federal, que reside o exemplo mais notável dessa complexidade e singularidade da estrutura institucional, mediante a qual esses dois modelos se relacionam dentro do ordenamento brasileiro. Entretanto, também parece ser razoável concluir que a cláusula do Senado representa, em nosso sistema, um elemento que depende da separação estanque entre os mecanismos que compõem os sistemas difuso e concentrado. Tal afirmação se mostra em especial correta quando se observa os efeitos das decisões prolatadas em controle de constitucionalidade.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu um rol demasiado de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado. Não bastasse, as Emendas Constitucionais nºs 3 e 45 tornaram ainda maior a complexidade desse sistema, de modo que coube aos estudiosos buscar a harmônica convivência entre os remanescentes mecanismos difusos de controle e a tendência, cada vez mais

<sup>4</sup> ALVES, Marcelo Franca. *A objetivação do controle de constitucionalidade difuso*, disponível em: <http://www.unasp-ec.com/revistas/index.php/actacientifica/article/view/180/156>, acesso em: 10-03-2012, p. 105.

<sup>5</sup> O Poder Executivo Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal não poderão decidir ou agir contrariamente ao quanto decidido pelo STF, assim como o Poder Judiciário. Não estão sujeitos à vinculação, todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, consoante já decidido pela Suprema Corte na ADI 2675/PE, Rel. Min. Carlos Veloso e na ADI 2777/SP, Rel. Min. Cezar Peluso – Informativo STF nº 331. É a interpretação do § 2º do art. 102 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004:

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

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

forte, de objetivação do sistema de controle brasileiro como um todo.

A questão levantada recentemente, e objeto do presente estudo, é acerca do papel que passa a desempenhar a cláusula do Senado, tendo em vista o grau avançado em que se encontra o processo de objetivação do controle difuso e, logo, a sobreposição entre as duas modalidades de controle. Ademais, faz-se necessário manter o equilíbrio entre os poderes dentro da estrutura institucional do país para que não se instale no Brasil a denominada “juristocracia”<sup>6</sup>, conceito desenvolvido pela doutrina norte-americana.

Nesse contexto, o Capítulo 1 do presente trabalho faz uma análise da evolução do controle de constitucionalidade brasileiro ao longo das diversas Constituições que regeram o país, desde a primeira, do Império, outorgada em 1824, que não contemplou qualquer sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, que era exercido pelo Poder Legislativo, consagrando-se a soberania do Parlamento; passando pela Constituição de 1891 que, em razão da influência norte-americana, implantou o controle incidental de constitucionalidade, com o advento do regime republicano; Constituição de 1934, que instituiu a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional; Constituição de 1937 que, em razão de um golpe de estado, foi outorgada, representando um retrocesso no instituto do controle de constitucionalidade; Constituição de 1946, que resgatou a tradição do controle jurisdicional brasileiro; Emenda Constitucional nº 16, de 1965, conhecida como a “reforma do Judiciário”, que consolidou o controle abstrato de constitucionalidade; Constituição de 1967/1969, promulgada sob o regime militar, que transferiu do Congresso para o Presidente da República a competência para suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF, quando a suspensão fosse suficiente para restabelecer a normalidade; até a atual Carta, promulgada em 1988, cuja tendência é cada vez mais decidida no sentido da objetivação do controle difuso. O objetivo é preparar o terreno como forma de demonstrar o meio mediante o qual foi instituído o novo cenário para o controle difuso de constitucionalidade no Brasil. Essa análise ao

---

<sup>6</sup> A respeito da tese segundo a qual caminha o estado democrático contemporâneo para uma Juristocracia, cf., exemplificativamente, Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004; Carlo Guarnieri, *et al.*, *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2002 e Alec Sweet, *Governing with judges*, Oxford: Oxford UK, 2000. Cf., ainda, Kim Scheppele, *Democracy by judiciary*, disponível em: <http://law.wustl.edu/highs/conferences/ConstitutionalConf/papers/ScheppelePaper.pdf>, acesso em: 31-7-2012, falando em “*courtocracy*”.

longo da história do controle de constitucionalidade contribuirá sobremaneira para a compreensão do leitor a respeito do novo cenário que está se formando no controle de constitucionalidade difuso.

O segundo Capítulo está reservado para o estudo das alterações no sistema normativo constitucional que parece, ou pretende, caminhar para um progressivo esvaziamento da cláusula do Senado (art. 52, X, CF). Com o advento da Constituição Federal de 1988, sob os ventos da democracia reconquistada, houve uma radical expansão do sistema concreto de controle de constitucionalidade, que teve ampliado significativamente o rol de legitimados para propor ações através do controle concentrado, o que reduziu drasticamente a necessidade de se socorrer do controle incidental ou difuso. Busca-se deixar evidenciado, nesse capítulo, que o sistema misto de controle que existe atualmente no Brasil tem se inclinado cada vez mais para o seu lado objetivo, de molde a tornar a participação do Senado progressivamente obsoleta e desconectada do dinamismo da atual realidade institucional do país. Nesse sistema em que se busca dar contornos de objetivação no controle do juízo de constitucionalidade, os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, instituídos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ganham força e concorrem, no entender de respeitadas vozes, para tornar a suspensão da lei ou ato normativo pelo Senado, ou seja, o art. 52, inc. X, da Constituição Federal, incompatível com o atual ordenamento jurídico. Um parêntese se abre no Capítulo 2 para expor algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que podem ser tidas como incompatíveis com a tradicional interpretação do referido dispositivo constitucional, notadamente a ADI 4.071.

No Capítulo 3 busca-se demonstrar o atual papel do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. A explanação das diversas teses acerca da amplitude do art. 52, X, da Constituição, é importante para orientar o leitor com relação à atual posição assumida pelo Senado Federal sobre a sua competência no controle de constitucionalidade que, de fato, radicaliza o caráter discricionário e político da Resolução do Senado - espécie normativa mediante a qual o Senado Federal exerce sua competência e que tem o objetivo específico de emprestar eficácia *erga omnes* à decisão do STF em sede de controle difuso. Ademais, faz-se a análise do Mandado de Segurança 16.652, *leading case* no Supremo Tribunal Federal e também da Reclamação 4.335, pendente de decisão final pelo Plenário em razão do pedido de vista do Ministro Teori Zavasky.

Ao longo do presente estudo serão apresentadas as conclusões alcançadas a partir das indagações que serviram de guidão para o desenvolvimento do trabalho, de molde a evidenciar o novo cenário, cada vez mais, aparentemente, tendente à objetivação<sup>7</sup>, que se formou para o controle difuso de constitucionalidade no país.

---

<sup>7</sup> Em brevíssima síntese, a teoria da objetivação do controle difuso de constitucionalidade pode ser entendida como a desnecessidade de o Senado Federal editar a Resolução para que a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso adquira efeitos *erga omnes*, ou seja, defende a atribuição de eficácia geral às decisões tomadas em controle difuso, de modo que a Resolução do Senado serviria tão somente para dar publicidade à decisão do STF.

# 1 Evolução do controle de constitucionalidade das leis nas Constituições do Brasil

O Brasil, como sabido, teve sua primeira constituição – outorgada - em 1824, praticamente um ano e meio após a proclamação da independência. Somos, portanto, um país novo e com tradição jurídica recente e que, nos amparando nas doutrinas externas, fortemente sedimentadas, ainda estamos construindo um caminho.

Nosso constitucionalismo tem fortes raízes no sistema romano-germânico, fortemente assentado na Europa Continental, com ênfase na Alemanha e França. Atualmente por aqui, palavras como *Bundesverfassungsgericht* já não causam espécie mesmo nos alunos dos primeiros anos de graduação em Ciências Jurídicas.

Mas experimentamos também forte influência do constitucionalismo anglo-saxão, típico dos Estados Unidos da América e do Reino Unido, que adotam o modelo *Common Law*. Com a promulgação da Constituição de 1891 adotamos a república, a federação e o presidencialismo, além do controle difuso de constitucionalidade, nos moldes norte-americano.

Hoje, pode-se dizer que nosso modelo é misto. Temos virtudes e vícios típicos de cada modelo. É o que será abordado neste Capítulo.

## 1.1 Constituição de 1824: controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo

A Carta Imperial, outorgada em 1824<sup>8</sup>, em seu art. 15, n<sup>os</sup> 8<sup>o</sup> e 9<sup>o</sup>, não contemplou qualquer sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade. A influência francesa de rígida separação entre os poderes deu ensejo a que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como velar na guarda da Constituição. Somando-se a isso o fato de o controle de constitucionalidade das leis estar em sua fase

---

<sup>8</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil, de 1824: art. 15 – É da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII – Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las. IX – Velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da Nação.

primordial, consagrava-se a soberania do Parlamento<sup>9</sup>.

Destaca-se ademais, nesse momento histórico, a existência do Poder Moderador<sup>10</sup>, cuja função era manter a independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos – Legislativo, Executivo e Judicial<sup>11</sup> – e era delegado privativamente ao Imperador.

A respeito do Poder Moderador Celso Ribeiro Bastos afirma:

Afonso Arinos revela que nenhum assunto foi mais bem estudado no Império do que o Poder Moderador. Diz ele: “Em torno da interpretação a ser dada aos artigos que o estabeleceram dividiam-se os melhores juristas imperiais, representantes das tendências liberal e conservadora. Visconde do Uruguai e o Marquês de S. Vicente, conservadores, sustentaram naturalmente a tese da concentração dos poderes arbitrais nas mãos do Imperador, negando a responsabilidade dos Ministros (portanto negando controle político do legislativo) sobre tais atos. Contrariamente, os escritores liberais, como Zacarias de Gois, defendiam a co-responsabilidade dos Ministros nos atos do poder moderador, como única forma de se evitar o poder pessoal do Imperador”<sup>12</sup>.

Portanto, conforme entendimento de Lucio Bittencourt, o fato de existir uma suprema inspeção sobre todos os demais poderes, é evidente que não seria possível um controle jurisdicional dos atos do Congresso, que só poderia ser atribuído, logicamente, ao Poder Moderador<sup>13</sup>.

Por outro lado, não se pode negar a importância e os méritos de nossa primeira Constituição, vez que foi o Texto que mais tempo perdurou em nosso Direito Constitucional, sob o qual vigorou um regime que governou o país durante praticamente quase todo o século XIX, ainda que inexistindo um controle jurisdicional de constitucionalidade de leis.

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Brasília, a. 32, n. 126, p. 87, abr./jun. 1995.

<sup>10</sup> Constituição Política do Império do Brasil, de 1824: art. 98 – O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos.

<sup>11</sup> Constituição Política do Império do Brasil, de 1824: art. 10 – Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

<sup>12</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157.

<sup>13</sup> LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 28.

## 1.2 Constituição de 1891: influência norte-americana e implantação do controle incidental de constitucionalidade

O advento do regime republicano inaugurou e consolidou o modelo difuso de controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, instaurando-se uma nova concepção, tendo em vista a forte influência do direito norte-americano sobre importantes personalidades artífices da Constituição, notadamente Rui Barbosa<sup>14</sup>.

Importante mencionar que o primeiro ato após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi a edição do Decreto nº 1, redigido por Rui Barbosa, que instituiu, provisoriamente, a forma de governo da nação brasileira, qual seja, a República Federativa<sup>15</sup>.

Após, com a promulgação do Texto em 1891, novamente se revela a influência do direito norte-americano, implantando no país de forma definitiva tanto a República quanto a Federação, conferindo autonomia às antigas províncias e, quanto à divisão dos poderes, retorna o clássico Executivo, Legislativo – Câmara dos Deputados e Senado Federal – e Judiciário, não havendo mais, portanto, espaço para o antigo Poder Moderador.

As alíneas *a* e *b* do § 1º do art. 59 da Constituição da República de 1891<sup>16</sup> determinava a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças estaduais, em última instância, quando questionadas a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela, ou quando contestada a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal estadual considerasse válidos esses atos ou essas leis impugnadas.

Em verdade, a Constituição apenas incorporou referidas disposições da Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 e do Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal.

Quanto ao referido Decreto nº 848, de 11/10/1890, Celso Agrícola Barbi afirma que o diploma fixou dois importantes princípios sobre o controle de

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 88.

<sup>15</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 166.

<sup>16</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891: art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válido esses atos, ou essas leis impugnadas.

constitucionalidade, ao dispor no art. 3º que “na guarda e aplicação da Constituição e Leis Federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação das partes”, consagrando, assim o controle por via de exceção mediante provocação dos litigantes. Ademais, em seu art. 9º, § 1º, alíneas *a* e *b*, regulou a competência do Supremo Tribunal Federal nos mesmos moldes da Constituição Provisória e que foi incorporado, também, pela Carta de 1891<sup>17</sup>.

Primorosos foram os ensinamentos de Rui Barbosa a respeito da aplicação do novo sistema. Nos dizeres de Lucio Bittencourt, citando o grande jurista:

“A relação é claríssima” – diz Rui Barbosa. “Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, *como das justiças dos Estados*, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a falar das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão dos tribunais do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões da nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunais*, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério”<sup>18</sup>.

Três anos depois, a Lei nº 221<sup>19</sup>, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal da República, tornou ainda mais evidente o poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade, ao dispor no art. 13, § 10, que “os juízes e Tribunais não aplicarão aos casos ocorrentes as leis e regulamentos manifestamente inconstitucionais”<sup>20</sup>.

Estava solidificada, pois, a técnica da aferição incidental da constitucionalidade das leis pelos órgãos do Poder Judiciário no direito brasileiro. O legislador constituinte estava certo de que o controle de constitucionalidade não deveria ser efetivado por meio do sistema abstrato.

Em 1926 houve uma reforma constitucional que, embora tenha feito algumas alterações, não modificou a substância, melhorando o texto e tornando-o ainda mais

<sup>17</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, in: NEQUETE, Lenine (coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição*, Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977, p. 135.

<sup>18</sup> LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 29.

<sup>19</sup> Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894: art. 13, § 10 – Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occorrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

<sup>20</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 135.

claro, facultando o recurso para o Supremo Tribunal Federal sempre que se questionasse “sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição” e a decisão do Tribunal local lhes negasse aplicação (art. 60, § 1º, a)<sup>21</sup>.

### **1.3 Constituição de 1934: competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional e o início do controle via ação direta**

A Constituição de 1934, por sua vez, introduziu grandes avanços, realizando alterações marcantes no sistema de controle de constitucionalidade das leis, ao fixar, em seu art. 91<sup>22</sup>, inc. IV, a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato jurídico declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, determinou, em seu art. 179<sup>23</sup>, que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos Tribunais dos Estados só poderia ocorrer mediante decisão proferida pela maioria da totalidade dos membros dos Tribunais, de molde a exaltar a segurança jurídica.

No entanto, pode-se considerar certo retrocesso ao regime democrático o papel outorgado, também ao Senado, disposto no art. 88 como órgão de coordenação dos demais poderes, numa espécie de reconstituição do Poder Moderador da época do Império, transformando a Câmara Alta do Parlamento em órgão supremo do Estado<sup>24</sup>.

Isso não obstante, com as inovações, consolidava-se a hoje cláusula do Senado para emprestar efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal e o quórum qualificado através da maioria absoluta na declaração de inconstitucionalidade das leis ou atos do Poder Público. Frise-se, por oportuno, que as disposições contidas na Constituição de 1891 foram todas mantidas (art. 76, III, a e c).

---

<sup>21</sup> LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. Op. cit., p. 29.

<sup>22</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 91 – Compete ao Senado Federal: (...) IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

<sup>23</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 179 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais Declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

<sup>24</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 174.

No tocante ao estabelecimento da cláusula do Senado no Texto Maior, brilhante é a passagem de Celso Agrícola Barbi:

Grande novidade, porém, trouxe o art. 91, item IV, que atribuiu ao Senado competência para suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. Apesar da imprecisão, revelada na expressão “Poder Judiciário”, que levou a dúvidas quanto à hierarquia do órgão do Judiciário que tivesse declarado a inconstitucionalidade, o dispositivo era de grande alcance e correspondia a exigências decorrentes dos costumes da magistratura brasileira. É que, nos Estados Unidos, dada a submissão dos órgãos da Justiça à jurisprudência da Suprema Corte, submissão essa que deriva da formação tradicional dos países do *common law*, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte equivale, na prática, a inutilizá-la definitivamente, pois nenhum outro tribunal ou juiz irá aplicá-la, pela regra dos precedentes judiciais.

Mas a formação individualista do povo brasileiro, que se reflete, naturalmente, em sua magistratura, torna esta infensa à regra dos precedentes. De modo que leis julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal eram aplicadas por juízes não convencidos do acerto da decisão daquela alta Corte. Por outro lado, o sistema de declaração por via de exceção tem, logicamente, a consequência de que a decisão só vale entre as partes e na causa em que foi proferida, o que produzia multiplicação de demandas fundadas na mesma lei, uma vez que, apesar de declarada inconstitucional pela mais alta Corte do país, continuava ela em vigor.

A inovação trazida pelo citado art. 91, item IV, era feliz porque continha forma de dar efeitos *erga omnes* a uma decisão proferida apenas *inter partes*. Politicamente a fórmula encontrada era hábil, porque deixava de violar o princípio da independência dos Poderes, uma vez que a suspensão da execução da lei ficou na competência de um órgão do Legislativo<sup>25</sup>.

Gilmar Mendes aponta, todavia, que a mais inovadora alteração introduzida pelo Texto de 1934 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal<sup>26</sup>, ou seja, a representação interventiva, de competência do Procurador-Geral da República, nos casos de ofensa, por parte dos Estados no ato

---

<sup>25</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 136-137.

<sup>26</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; VI – para reorganizar as finanças do Estado que, sem motivo de força maior, suspender, por mais de dois anos consecutivos, o serviço da sua dívida fundada; (...) § 1º - Na hipótese do nº VI, assim como para assegurar a observância dos princípios constitucionais (art. 7º nº I), a intervenção será decretada por lei federal, que lhe fixará a amplitude e a duração, prorrogável por nova lei. A Câmara dos Deputados poderá eleger o Interventor, ou autorizar o Presidente da República a nomeá-lo. § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento de lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

de decretação de suas Constituições e leis mediante as quais seriam regidos, aos princípios insculpidos no art. °, I, a a h da Lei Maior<sup>27</sup>.

Tratava-se de meio “de composição judicial dos conflitos federativos que condicionava a eficácia da lei interventiva”, cuja iniciativa era do Senado Federal, à declaração de sua constitucionalidade pela Suprema Corte. O Texto vigeu por pouco tempo em razão das vicissitudes políticas que marcaram a época, mas pode ser considerado o marco histórico de enorme importância para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade por meio de ação direta no sistema jurídico pátrio<sup>28</sup>. Oportuno mencionar, também, que a Constituição de 1934 criou, em seu art. 113, n° 33<sup>29</sup>, o instituto do mandado de segurança, remédio constitucional mediante o qual era lícito alegar a inconstitucionalidade de lei. Merece referência, mais uma vez, a posição firmada por Celso Agrícola Barbi:

Essa hipótese, como se percebe, contém um processo de controle de constitucionalidade que difere alguma coisa do sistema de declaração por via de “exceção”, mas sem constituir também, tipicamente, uma declaração por via de “ação”. Não é por via de ação porque lhe faltam algumas características desta: a declaração da Suprema Corte não anula a lei, a ação não tem como objeto anular a lei. Mas difere da declaração por via de exceção, porque não surge no curso de uma demanda judicial qualquer, nem é simples fundamento do pedido: o pedido é a própria declaração de inconstitucionalidade, e não a intervenção, pois esta não compete ao Supremo Tribunal, e nenhuma relação jurídica surge como objeto da demanda, como é o normal nas ações comuns.

Indiretamente, a Constituição de 1934 concorreu grandemente para o desenvolvimento e aplicação do controle, ao criar, no art. 113, n° 33, o mandado de segurança, instituto destinado a facilitar ao cidadão a luta na defesa de direitos lesados por atos ilegais e inconstitucionais do Poder Público. Podendo ser nele alegada, como fundamento, a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a autoridade para praticar o ato acoimado de lesivo ao cidadão, e dada a simplicidade e rapidez do seu processo, multiplicaram-se grandemente, as

---

<sup>27</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 7° - Compete privativamente aos Estados: I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e organização dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões

<sup>28</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 90.

<sup>29</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934: art. 113, n° 33 – Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

demandas em inconstitucionalidade de lei, firmou-se a consciência popular da eficácia das garantias constitucionais, familiarizam-se os juizes com os litígios relativos à inconstitucionalidade de leis<sup>30</sup>.

Lamentavelmente, a Constituição de 1934 subsistiu somente por pouco mais de três anos, impedindo que toda a potencialidade nela contida alcançasse seu pleno desenvolvimento.

#### **1.4 Constituição de 1937: retrocesso no instituto do controle de constitucionalidade**

Em 1937 houve um Golpe de Estado no Brasil, pelo que uma nova Constituição passou a reger o país, desta vez outorgada, assim como a Constituição do Império de 1824.

O motivo que levou ao golpe, basicamente, foi o descompasso entre a Constituição anterior, de 1934, que tinha características bastante liberais em suas disposições, comparadas à realidade pela qual o país atravessava, com dificuldades e crises de toda ordem nos anos subsequentes à sua promulgação, o que resultou numa patente vulnerabilidade que o tornou possível. Foi outorgada, então, a Constituição de 1937, inspirada no modelo fascista e, conseqüentemente, de característica notadamente autoritária<sup>31</sup>.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, embora tenham sido mantidos, no art. 101, III, *a* e *b*<sup>32</sup>, os princípios vigentes na Carta de 1891, com relação ao modelo difuso de controle, bem como a exigência do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade no art. 96, a Carta de 1937 rompe veementemente com a tradição jurídica brasileira ao introduzir no parágrafo único do art. 96<sup>33</sup>, princípio segundo o qual o Presidente da

---

<sup>30</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 137-138.

<sup>31</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 179.

<sup>32</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado.

<sup>33</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937: art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, poderia submetê-la novamente ao Parlamento e, caso dois terços dos integrantes de cada uma das Câmaras – àquela época o Parlamento era composto por duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal, esta última em substituição ao Senado – votassem pela validade da lei, tornava-se sem efeito a decisão do Tribunal. O motivo justificador da reapreciação da lei declarada inconstitucional pelo Parlamento era o juízo positivo feito pelo Chefe do Executivo, de ser a lei “necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”<sup>34</sup>.

Era uma enorme perda para o Poder Judiciário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade que, como bem asseverou Celso Ribeiro Bastos, foi reduzido a quase nada. Essa particular forma de revisão da decisão judicial que declara a inconstitucionalidade, dizia o constitucionalista, resultava na alteração da própria Constituição, numa espécie de – na hipótese de confirmação pelo Parlamento o caso submetido pelo Presidente, tornando sem efeito a decisão do Tribunal – ter a lei força de emenda constitucional<sup>35</sup>.

Do mesmo modo, melhor sorte não teve o mandado de segurança, que na Constituição passada se traduzia em eficaz meio processual para o controle de constitucionalidade, foi ele retirado da Carta de 1937 e rebaixado à legislação ordinária. Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 319<sup>36</sup>, excluiu da apreciação judicial, por meio do mandado de segurança, os atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Governadores e dos Interventores de Estados, o que contribuiu sobremaneira para a redução da atividade do controle de constitucionalidade<sup>37</sup>.

A Constituição de 1937, portanto, nas palavras de Lúcio Bittencourt, “regredindo ao sistema de freios e contrafreios, procurou atenuar os inconvenientes da supremacia do Judiciário”<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 91.

<sup>35</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 182.

<sup>36</sup> Código de Processo Civil, de 1939: art. 319 – Dar-se-á mandado de segurança para defesa e direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade, salvo do Presidente da República, dos Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

<sup>37</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 138-139.

<sup>38</sup> LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. Op. cit., p. 30.

## 1.5 Constituição de 1946: resgate da tradição do controle judicial

A Constituição de 1946, de outra sorte, ressuscitou toda a potencialidade contida nas disposições da Carta de 1934 que, conforme já mencionado, não teve tempo para se desenvolver plenamente, mantendo, com modificações pontuais, todos os seus princípios, restaurando a tradição do controle jurisdicional brasileiro.

Em seu art. 101, inc. III, alíneas *a*, *b*, *c* e *d*<sup>39</sup>, disciplinou a apreciação, pelo Supremo Tribunal Federal, de recursos extraordinários – com relação às alíneas *b* e *c*, manteve as disposições existentes desde a Carta de 1891. Já no art. 200<sup>40</sup>, foi mantida a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade.

Com relação à competência do Senado Federal para suspender lei declarada inconstitucional, a disposição foi mantida no art. 64<sup>41</sup>, porém, aprimorando-se a técnica legislativa com uma melhora de redação com relação ao Texto de 1934 – que falava em lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário –, especificando-se que seria nos casos de declaração pelo Supremo Tribunal Federal.

Dúvidas surgiram acerca da possibilidade de o Senado também suspender leis estaduais e municipais, ou se somente poderia o fazer com relação às leis federais. Sedimentou-se a orientação de que poderia a Câmara Alta do Parlamento suspender todas as espécies legislativas, desde que declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte<sup>42</sup>. A propósito, a simples leitura do dispositivo indica que a única exigência seria a declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer especificação sobre se a lei seria federal, estadual ou municipal.

---

<sup>39</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou de ato de governo local em face desta Constituição, ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe seja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

<sup>40</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 200 – Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

<sup>41</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 64 – Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>42</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 140-141.

A Carta de 1946 também deu nova roupagem à declaração de inconstitucionalidade por via da ação direta, originalmente lançado na Constituição de 1934. Nos termos do art. 8º, parágrafo único<sup>43</sup>, a matéria deveria ser submetida pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para efeitos de intervenção federal, que se subordinava à declaração de inconstitucionalidade do ato pela Suprema Corte. No art. 7º, inc. VII<sup>44</sup>, manteve-se a possibilidade de intervenção federal nos estados para assegurar a observância de determinados princípios elencados nas alíneas *a* a *g*, da Carta, assim como no Texto de 1934. Por fim, no art. 13<sup>45</sup>, foi estabelecida a competência do Congresso Nacional, que se limitava a suspender a execução do ato declarado inconstitucional, caso essa medida fosse bastante para o restabelecimento da normalidade no estado.

Em 22 de julho de 1954 foi publicada a Lei nº 2.271<sup>46</sup>, que disciplinava esse caso de declaração de inconstitucionalidade, denominando-o de arguição de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade. A primeira fase era processada na Procuradoria-Geral da República. Submetida a ação ao Supremo Tribunal Federal, tomava o rito do mandado de segurança. Posteriormente, em 01 de junho de 1964, a Lei nº 4.337<sup>47</sup> a revogou, modificando o procedimento então

<sup>43</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nºs VI e VII do artigo anterior. Parágrafo único – No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.

<sup>44</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 7º - O Governo Federal não intervirá nos Estados salvo para: (...) VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas às funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia Municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário.

<sup>45</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946: art. 13 – Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado.

<sup>46</sup> Lei nº 2.271, de 1954: art. 1º - Cabe ao Procurador Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7º, inciso VII, da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único – Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em 2 (duas) vias, o ato arguido de inconstitucionalidade será, submetido pelo Procurador Geral da República ao Supremo Tribunal Federal dentro de 90 (noventa) dias, a partir de seu recebimento. Art. 2º - Nesse prazo, por 45 (quarenta e cinco) dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, o Procurador-Geral da República ouvirá, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tiverem elaborado, ou expedido. (...) art. 4º Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberá embargos caso não haja unanimidade.

<sup>47</sup> Lei nº 4.337, de 1954: art. Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal. Art. 3º O relator que for designado ouvirá, em 30 (trinta) dias, os órgãos que hajam elaborado ou praticado o ato arguido e, findo esse termo, terá prazo igual para apresentar

adotado, determinando que, após a arguição – cujo prazo para o PGR apresentá-la perante o STF era de trinta dias, no caso de representação que lhe fosse dirigida –, o relator ouvisse sobre as razões de impugnação do ato, no prazo de trinta dias, os órgãos que o tivessem elaborado ou expedido. A oitiva da parte, que antes era processada na PGR, passou, portanto, a ser processada no STF. Era admitido, também, o julgamento imediato do feito, em caso de urgência e relevância de interesse de ordem pública.

Importante ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta (arguição de inconstitucionalidade) ao Procurador-Geral da República, que teve ampla utilização no regime constitucional de 1946, a disciplina da representação interventiva já figurava na Carta de 1934, uma particular modalidade de composição de conflito entre Estado e União e deve ser considerada uma mera representação processual, ao passo que a Suprema Corte exercia a função de árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade<sup>48</sup>.

Ademais, a Constituição não manteve a disposição contida no art. 96 da Carta de 1937, que permitia ao Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei, submetê-la novamente ao Parlamento. Estava consagrado, portanto, o retorno da influência da doutrina norte-americana no direito brasileiro.

Por tais razões relacionadas ao controle de constitucionalidade e também por diversas outras dispostas no Texto – Constituição manifestamente republicana, federativa e democrática, que mais prestigiou o municipalismo, enaltecadora dos três poderes e dos direitos individuais –, alguns juristas consideram a Constituição promulgada em 1946 como a melhor que o país já teve. Lê-se, por exemplo, em Bastos:

A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934.

---

o relatório. (...) art. 5º - Se, ao receber os autos, ou no curso do Processo, o Ministro Relator entender que a decisão de espécie é urgente em face de relevante interesse de ordem pública, poderá requerer, com prévia ciência das partes, a imediata convocação do Tribunal, e este, sentindo-se esclarecido, poderá suprimir os prazos do artigo 3º desta lei e proferir seu pronunciamento, com as cautelas do artigo 200 da Constituição Federal.

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 92-94.

Com isto, o Brasil procurava definir o seu futuro em termos condizentes com os regimes democráticos vigentes no Ocidente, da mesma forma que dava continuidade à linha de evolução democrática iniciada durante a primeira República. Era, portanto, um reencontro do País com suas origens pretéritas, saltando-se o obscuro período de Estado Novo<sup>49</sup>.

### *1.5.1 Emenda Constitucional nº 16, de 1965: consolidação do controle de constitucionalidade abstrato*

Desde a promulgação da Constituição em 1946, até o ano de 1961, ela tinha sofrido apenas três emendas, tendo uma vida bem calma, mas, a partir desta data, 1961, tem início uma série de crises na vida institucional do país, o que resultou em diversas emendas à Constituição. Para demonstrar o momento conturbado no país, cita-se as Emendas nº 4, de 02 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo e a nº 06, de 23 de janeiro de 1963, revoga a de nº 4 e restaura o sistema presidencialista. Diante do quadro político-institucional deveras deteriorado, as Forças Armadas intervêm e tomam o poder em 31 de março de 1964<sup>50</sup>.

É nesse contexto que foi aprovada a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. Dentre as diversas mudanças, como a institucionalização da Justiça Federal, criou, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais.

A alteração mais considerável foi com relação à alínea *k*<sup>51</sup> do inc. I do art. 101, que facultou à Procuradoria-Geral da República a proposição de representação de inconstitucionalidade também em face de lei federal e de lei estadual, ampliando a faculdade disposta no parágrafo único do art. 8º, de molde a consagrar de vez o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípua de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes e defender diretamente o sistema jurídico objetivo<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 188.

<sup>50</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 195-196.

<sup>51</sup> Alínea *k* – a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 97.

Ampliou ainda mais o controle ao prever – no art. 19, que acrescentou o inciso nº XIII<sup>53</sup>, ao art. 124 da Constituição – a instituição, em lei, de processos de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para fins de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato de municípios, contrários à Constituição dos Estados. Contudo, esta inovação não chegou a ser posta em prática, vez que não foi elaborada qualquer legislação neste sentido<sup>54</sup>.

## **1.6 Constituição de 1967/1969 e o controle de constitucionalidade das leis**

A Constituição de 1967, promulgada já sob o regime ditatorial, reproduziu todos os dispositivos da de 1946, no que diz respeito ao instituto do controle de constitucionalidade, e também manteve parte das disposições da Emenda Constitucional de 1965, deixando de reproduzir apenas a inovação que permitia a criação de processos de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato de municípios, contrários à Constituição dos Estados. Outra mudança foi a transferência do Congresso para o Presidente da República relativa ao poder de suspender o ato ou lei declarado inconstitucional pelo STF, quando a suspensão fosse suficiente para restabelecer a normalidade<sup>55</sup>. Era exigido, numa ditadura, o fortalecimento do Poder Executivo. Mas, não obstante essa exceção, manteve-se praticamente intocado o controle difuso e o mesmo se pode dizer a respeito do controle via ação direta de inconstitucionalidade.

Entre as disposições contidas no Texto, destaca-se o art. 114, inc. I, alínea I<sup>56</sup>, que determina a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, dispositivo que

---

<sup>53</sup> Inciso XIII – a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado.

<sup>54</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 144.

<sup>55</sup> BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., p. 144.

<sup>56</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967: art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar, originariamente: (...) I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

refletiu inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. De fato, foi um grande avanço no desenvolvimento do modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

Merecem referência também as seguintes Emendas Constitucionais: i) a de nº 1, de 1969, que regulou o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d<sup>57</sup>); e ii) a de nº 7, de 1977, que deu legitimidade ao Procurador-Geral da República para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal no caso de representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, I, e<sup>58</sup>), de molde a evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta interpretação da lei. Esta Emenda também encerrou a discussão que havia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência da Suprema Corte para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (art. 119, I, p)<sup>59</sup>.

### **1.7 Constituição de 1988: tendência à objetivação do controle difuso?**

De acordo com Gilmar Mendes, tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre trataram a representação interventiva – antecessora do controle abstrato de leis no direito brasileiro – como sendo um típico processo de controle abstrato de normas, ainda que ela configurasse uma peculiar forma de composição de conflitos federativos. Tanto é que em uma de suas primeiras decisões, a Suprema Corte firmou o entendimento que aquele novel instituto tinha como objetivo a apreciação abstrata da constitucionalidade de uma lei estadual<sup>60</sup>.

Como visto, ao lado da representação interventiva, a Emenda nº 16, de 1965,

---

<sup>57</sup> Art. 15, § 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, somente podendo ocorrer quando: (...) d) o Tribunal de Justiça do Estado der provimento a representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição estadual, bem como para prover à execução de lei ou de ordem ou decisão judiciária, limitando-se o decreto do Governador a suspender o ato impugnado se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

<sup>58</sup> Art. 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente; (...) e) os conflitos de jurisdição entre quaisquer Tribunais e entre Tribunal e juiz de primeira instância a ele não subordinado.

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 97.

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

criou o controle abstrato de normas, ao possibilitar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República, limitada, pois, em sua iniciativa.

Existia um grande debate em torno do monopólio por parte do Procurador-Geral da República em propor a representação de inconstitucionalidade, o que, entretanto, não gerou qualquer mudança na orientação jurisprudencial que era consolidada sobre o assunto. Ocorre que a discussão foi essencial para a alteração introduzida na Constituinte de 1988, vez que, ao lado do PGR que teve assegurado o seu direito de propor a ação de inconstitucionalidade, houve uma significativa ampliação do direito de propositura da ação direta<sup>61</sup>.

Parece que com essa ampla legitimação, notadamente a diferentes órgãos da sociedade, para propor o controle abstrato de leis (art. 103, CF<sup>62</sup>), quis o constituinte reforçar esse meio de controle no ordenamento jurídico brasileiro, de molde a corrigir o sistema geral incidente, mesmo que com isso tenha se concretizado uma mudança substancial – não se pode dizer que foi desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no país. Isso porque a Constituição de 1988, ao permitir que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente ao Supremo Tribunal mediante processo de controle abstrato, aliado à ampliação do rol de legitimados para a sua propositura, acabou reduzindo o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, restringindo sobremaneira sua amplitude<sup>63</sup>.

O fato é que o modelo de controle abstrato de leis, com seu amplo rol de legitimados, permite uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, isso sem mencionar a possibilidade de suspensão imediata do ato normativo questionado mediante pedido cautelar. Assim, não causa espanto o fato de as questões mais relevantes serem discutidas, quase na totalidade das vezes, através da ação direta.

Além do mais, no art. 103, § 2º<sup>64</sup>, tem-se a possibilidade de controle abstrato

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 97.

<sup>62</sup> Constituição de República Federativa do Brasil, de 1988: art. 103 – Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governo de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>63</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 98.

<sup>64</sup> Constituição de República Federativa do Brasil, de 1988: art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão

da omissão legislativa inconstitucional – ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, bem como, através da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, foi determinada a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com o mesmo amplo rol de legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, processo cuja decisão definitiva de mérito, que afirma com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, de molde a impedir a sua inobservância sob o argumento de inconstitucionalidade por quem quer que seja, inclusive por órgãos do Judiciário e do Executivo.

Quanto a este ponto, esclarecedora é a passagem do constitucionalista Gilmar Mendes:

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

(...) A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado<sup>65</sup>.

Fato é que a Constituição da República de 1988 estabeleceu um rol demasiado de legitimados para a propositura das ações do controle concentrado. Ademais, as Emendas Constitucionais nºs 3 e 45 tornaram ainda maior a complexidade desse sistema, de modo que coube aos estudiosos tornar harmônica a convivência entre os remanescentes mecanismos difusos de controle e a tendência, cada vez mais forte, de objetivação do sistema de controle brasileiro como um todo.

---

administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>65</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 98.

## **2 Alterações no sistema normativo constitucional e o aparente esvaziamento do art. 52, X, da Constituição Federal**

Com as fartas mudanças no sistema normativo constitucional brasileiro, seja com a nossa costumeira dificuldade em ter uma Carta Política longeva - talvez fruto da nossa busca de amadurecimento democrático -, seja pela falta de rigidez nos nossos sucessivos textos - representados pela avidez com que os emendamos -, um olhar desatento pode enxergar progressivo esvaziamento do art. 52, X, da Constituição Federal, chamado de Cláusula do Senado. Nada disso.

A edição, pelo STF, de súmulas vinculantes, introduzidas em nosso Direito pela EC 45/2004, pode, de fato, dar ares de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, vez que seus efeitos têm alcance geral, ou eficácia *erga omnes*, o que, obviamente, dispensa a chancela do Senado. Mas elas são fruto de reiteradas decisões do STF e aprovadas por maioria qualificada da Corte. As demais situações – repercussão geral e alterações no CPC, por exemplo – passam ao longe de desprestigiar o art. 52, X da Constituição, como se verá.

### **2.1 O advento da Constituição de 1988 e a radical expansão do sistema concentrado de controle**

Conforme visto no item 1.7, a Carta Constitucional de 1988 ampliou significativamente o sistema de controle de constitucionalidade das leis, assim como os legitimados para propor ações através do controle concentrado. Consequência lógica foi a expansão do sistema abstrato de controle constitucionalidade.

Criou-se, por exemplo, o processo de controle abstrato da omissão, no art. 103, § 2º, que ao lado do mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI, c/c art. 102, I, *q*, destina-se à defesa de direitos subjetivos afetados pela omissão legislativa ou administrativa, prevendo-se o mesmo rol de legitimados para a sua propositura do constante no controle abstrato de normas<sup>66</sup>.

Ademais, criou-se a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato

---

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1103.

normativo estadual ou federal (CF, art. 102, I, a, c/c art. 103), certamente a mais relevante arma do sistema de controle de constitucionalidade de normas. Do mesmo modo, surgiu a ação declaratória de constitucionalidade<sup>67</sup>, cujo objeto é mais restrito, limitando-se ao direito federal<sup>68</sup>.

Não se pode deixar de citar, outrossim, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no art. 102, § 1º, da CF, que trouxe significantes mudanças no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, como ensina Gilmar Mendes:

Em primeiro lugar porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arripio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário.

Em terceiro porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais.

Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle da omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal<sup>69</sup>.

A Carta de 88, portanto, ao expandir consideravelmente a legitimação para a propositura das ações típicas do controle abstrato, bem como ao implementar no sistema a ADI, a ADC, a ADO e a ADPF, limitou sobremaneira o controle de constitucionalidade incidental ou difuso, pois, agora, praticamente todas as controvérsias relevantes que envolvam constitucionalidade de lei, são passíveis de análise pela Suprema Corte mediante o processo de controle abstrato de normas.

---

<sup>67</sup> Vale destacar que, inicialmente, quando do surgimento do instituto, eram legitimados para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade somente o Presidente da República, a Mesa da Câmara, a Mesa do Senado e o Procurador-Geral da República, o que foi ampliado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, estabelecendo os mesmos legitimados para a ADI.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1103-1106.

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1110.

Reforçou-se o controle concentrado em detrimento do difuso<sup>70</sup>.

Assim, todas essas mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro modificaram extremamente a relação que existia entre os controles difuso e concentrado.

De fato, defendem alguns juristas – com os quais concordamos só em parte - que o sistema concentrado de controle tornou a ideia de uma decisão plenária da Corte destituída de eficácia *erga omnes*, mesmo que tomada em um processo de natureza individual – como são por exemplo o mandado de segurança e o *habeas corpus* –, sem sentido algum. Dizem que o sistema misto brasileiro, que nasceu com a Emenda nº 16, de 1965, agora se inclinou decididamente para o seu lado objetivo, tornando a tradicional operação do sistema difuso, com a participação do Senado, uma reminiscência que não parece atender às necessidades e ao dinamismo da atual realidade institucional do país.

## **2.2 A Emenda Constitucional nº 45/2004 e os novos instrumentos no controle de constitucionalidade: o sistema de repercussão geral e a súmula vinculante**

Não bastassem os avanços trazidos pela Constituição de 1988 em sua redação original, é preciso ressaltar que aquelas implementadas no texto constitucional, por força da aprovação da EC 45, de 2004, concorrem sobremaneira para o processo de objetivação do juízo de constitucionalidade levado a efeito no controle difuso. Contudo, não suficientes para tornar a suspensão da lei pelo Senado incompatível com o quadro geral do ordenamento jurídico hoje em operação entre nós. Ainda que estejamos a experimentar a obsolescência do controle concreto ou incidental, nos casos específicos há que se aplicar a chamada cláusula do Senado. Ela não sofreu, como se verá adiante, mutação constitucional.

Segundo o sistema instituído pela EC referida, uma vez que uma questão constitucional tenha sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal, ainda que ligada a um processo subjetivo que se desdobrou em um recurso extraordinário, todos os outros recursos que discuta a mesma tese ficarão sobrestados nas instâncias recorridas.

---

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 1103-1104.

Uma vez decidido aquele recurso paradigma, a decisão será expandida para alcançar todos os recursos antes sobrestados, mediante a aplicação universal da decisão plenária por parte dos órgãos responsáveis por seu processamento.

Ora, é óbvio que está implícito no sistema da repercussão geral a tese segundo a qual a questão constitucional não poderá ser decidida de uma forma para um recurso e de outra para outro recurso.

Mas há que se alertar que ainda que o recurso paradigma julgado pelo STF seja aplicado a todos os casos sobrestados, e estes devam ser julgados nos mesmos termos que aqueles, ainda assim não se perdeu o caráter subjetivo da demanda. A eficácia da decisão do STF se limitará àquelas partes. É óbvio que os juízes e tribunais terão que aplicar o mesmo entendimento. Assim, mesmo nos casos de repercussão geral, em que vários processos individuais tenham sido julgados da mesma forma, a decisão não terá efeito *erga omnes*.

Mas não faltam defensores da ideia de que o que se busca colocar em destaque é o fato de o regime de repercussão geral, tal como colocado em operação entre nós, reforça a ideia segundo a qual a decisão em controle de constitucionalidade, quando produzida pelo Tribunal Constitucional, é incompatível com a eficácia limitada que caracterizaria o recurso extraordinário. E, não raro, indagam: se não se deve decidir uma questão constitucional no âmbito do recurso extraordinário que não resolva outros recursos interpostos, como admitir que juízes de primeiro grau ou turmas de tribunal possam decidir a mesma questão de forma distinta a menos que o Senado suspenda a execução da lei declarada inconstitucional?

Ora, o regime da repercussão geral, ao agrupar um número imenso de recursos extraordinários a partir da questão constitucional comumente aduzida, não o torna, só por isso, substancialmente um processo coletivo.

A contenda continua quando se discute a introdução no sistema constitucional da súmula vinculante, que também consubstanciaria uma forma alternativa de contornar a até então necessária suspensão da norma por parte do Senado.

Basta lembrar que a Súmula poderá ser editada sempre que decisões reiteradas do Tribunal derem pela inconstitucionalidade de determinada orientação. Ao vincular os órgãos do judiciário e da administração federal, estadual e municipal, a Súmula, eventualmente editada, termina na prática por suspender a execução da norma. E, então, não existiria espaço para enxergar qualquer utilidade prática para

uma posterior decisão do Senado no sentido da retirada da norma do ordenamento. Não concordamos.

A decisão *inter partes* que reclama a suspensão da norma julgada inconstitucional pelo Senado foi tomada pela maioria simples do STF ao passo que a súmula vinculante exige para a sua aprovação, nos termos do art. 103-A, da Constituição, quórum qualificado de dois terços e reiteradas decisões.

Assim, a repercussão geral, ainda que atinja um sem número de interessados, não tem dá ao julgado a eficácia *erga omnis*. Se restringe às individualidades que integraram as respectivas lides. Por outro lado, a súmula vinculante, ainda que originada do controle difuso, é dotada de eficácia geral mas por expressa exceção constitucional.

Entendemos que não vingam os argumentos no sentido de que o desenvolvimento do sistema, também oriundo de emendas à Constituição, terminou por esvaziar, mais e mais, a substancialidade de utilidade institucional da decisão parlamentar e que a manutenção da cláusula do Senado tem servido para justificar a posição recalcitrante de alguns juízes diante de decisões da Suprema Corte com as quais não concordam, sempre que tais decisões não tenha sido tomadas no âmbito de um processo objetivo de controle de constitucionalidade.

### **2.3 Alterações no sistema processual civil que poderiam importar em expansão dos efeitos das decisões no sistema difuso: o art. 557 do CPC e seu uso pelo STF**

A forma como o STF opera, em sua dinâmica interna, o art. 557 do Código de Processo Civil, poderia servir para mostrar o avanço do processo de objetivação do controle de constitucionalidade no Brasil. Isso numa análise apressada, advertimos. Não se pode confundir o fato de a Suprema Corte observar e seguir sua jurisprudência com atribuição de eficácia *erga omnis* aos seus julgados. São situações distintas.

É frequente, por exemplo, o tribunal estender uma decisão plenária anterior para alcançar recursos capitaneados por partes distintas daquelas envolvidas no recurso paradigma.

O mais interessante, como se poderá ver mais adiante com clareza, é que

essa transição de uma determinada conclusão do tribunal acerca da constitucionalidade de uma norma se faz, ora de uma ADI para recursos que são decididos monocraticamente pelos relatores, ora no sentido contrário, como por exemplo, quando o tribunal nega seguimento a uma ADI por considerar que a matéria já foi definitivamente decidida em recuso extraordinário anteriormente julgado<sup>71</sup>.

Há de fato, em processo, uma espécie de fungibilidade entre as ações constitucionais objetivas e subjetivas, que se pode observar quando se dá atenção ao cotidiano de operação do complexo e aparentemente incoerente sistema que nos restou após as transformações constitucionais já referidas.

A primeira hipótese, qual seja, aquela em que o relator, no âmbito de seu gabinete, aplica decisão tomada anteriormente pelo plenário no bojo de outro recurso, que não raro veiculava impugnação à lei distinta, mas com conteúdo análogo. Aqui, de fato, a evidência empírica colhida na jurisprudência pode ser considerada acachapante.

São, de fato, numerosos os casos em que o STF estende a partir do art. 557, *caput*, e § 1º-A, do Código de Processo Civil, a decisão plenária acerca de inconstitucionalidade ou constitucionalidade da legislação municipal a hipóteses normativas análogas, da lavra de outros municípios, mesmo quando a decisão é lavrada no bojo do julgamento de um recurso extraordinário<sup>72</sup>. Mas isso, há que se repetir, não se confunde com eficácia geral. Diz apenas que, provavelmente, todas as causas com igual teor que chegarem na Corte terão julgamento igual. Ou não, já que o relator “poderá” e não “deverá” estender decisão plenária anterior a recursos manejados por partes diversas das do recurso sob julgamento.

Isso é dinâmica processual da Corte, e ainda que se queira, não há por trás de tal dinâmica obliteração do significado que, tradicionalmente, se dá ao art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Não está implícita nem explícita que nessas decisões está a denominada transcendência dos fundamentos determinantes da decisão e controle de constitucionalidade, na hipótese, manifestada no controle de

---

<sup>71</sup> Cf. nesse sentido, a ADI 4.071, o Relator, Min. Menezes Direito

<sup>72</sup> Ver, a esse respeito, os seguintes precedentes: RE 228.844/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 16-6-1999; RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 16-11-2000; RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 7-2-2003; AI 423.252, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 15-4-2003; RE 345.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 8-4-2003; RE 384.521, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 30-5-2003.

atos normativos municipais oriundos do conhecido processo de mimetismo normativo que marca nossa vida federativa desde sempre.

Reafirmando, assim fazendo, mediante o uso do art. 557, do CPC, o Supremo Tribunal não está conferindo efeito vinculante nem à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, nem aos fundamentos que a sustentam. Está sim, solidificando sua jurisprudência, o que é salutar.

As seguintes decisões confirmam a dinâmica da Corte e excluem a eficácia geral que pretendem dar aos julgados paradigmas.

O RE 228.844, oriundo de São Paulo e que discutia a legitimidade da cobrança de IPTU progressivo pelo Município de São José do Rio Preto, por exemplo, foi decidido pelo Ministro Maurício Corrêa com a evocação de precedente plenário que havia julgado a constitucionalidade de lei que versava sobre a mesma matéria editada pelo Município de Belo Horizonte.

Nestes termos foi lavrada a decisão de Sua Excelência:

DECISÃO: O Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de São José do Rio Preto e à remessa ex officio, em acórdão assim ementado, verbis: "IMPOSTO - Predial e Territorial Urbano - Municipalidade de São José do Rio Preto - Exercício de 1.993 - Progressividade - Admissibilidade - Art. 156, parágrafo 1º, da C.F. - Confisco - Inocorrência - Progressividade tem a ver com o imóvel e não com o proprietário - Capacidade contributiva resguardada - Legalidade da cobrança - Ação anulatória improcedente - Recursos providos para esse fim." (Fls. 261). 2. Inconformada, a autora interpõe o presente recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, alínea a, da Constituição Federal, sustentando estar a decisão recorrida em confronto com os artigos 156, § 1º, e 182, da mesma Carta. 3. Prossequindo em suas razões, a recorrente aduz ser inexigível o pagamento do IPTU com base em alíquota progressiva, considerando-se a capacidade contributiva do contribuinte. 4. É o breve relatório. 5. Decido. 6. O Tribunal Pleno, na Sessão de 20.11.96, ao julgar o RE nº 153.771-0/MG (Relator para o acórdão o Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 05.09.97), que cuidava do IPTU progressivo exigido pelo Município de Belo Horizonte, pacificou exegese segundo a qual a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face do disposto no artigo 182, § 2º, da Constituição Federal, para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos no § 4º do referido artigo. Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil,

alterado pela Lei nº 9.756/98, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento. Invertidos os ônus da sucumbência.

Intime-se Brasília, 20 de maio de 1999. Ministro Maurício Corrêa – Relator<sup>73</sup>.

Outros membros do Tribunal procederam da mesma forma, mas isso não revela que a eficácia daquele precedente plenário, mesmo que tenha tramitado muito antes de estar em operação o regime da repercussão geral, tenha tido eficácia geral. É bem verdade que o precedente jurisprudencial, sem eficácia *erga omnes*, em muito ultrapassou as situações subjetivas concretamente envolvidas naquela lide recursal. Mas tal eficácia no recurso extraordinário, a toda evidência, não se antagoniza com a leitura ortodoxa do quanto disposto no art. 52, inciso X, da Constituição<sup>74</sup>.

Outro tema enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal em que se verificou a mesma dinâmica processual foi aquele em que se definiu a legitimidade constitucional da cobrança de taxa de iluminação pública. O paradigma plenário, que passou a ser aplicado pelos relatores de outros tantos processos, era oriundo do Município de Niterói e, não obstante, serviu para resolver demandas que tiveram início em quase todos os estados da federação. Apenas a título de exemplo pode ser referido o RE 364.160<sup>75</sup>, decidido monocraticamente pela Ministra Ellen Gracie.

1.Trata-se de recurso extraordinário, alínea “a”, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que decidiu pela legitimidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, por entender que ela remunera serviço divisível e específico, atendendo, desta forma, aos requisitos previstos no art. 145, II, da Constituição Federal. 2. Em diversas ocasiões, este Supremo Tribunal já afirmou que a iluminação pública é serviço de caráter indivisível e inespecífico, devendo, assim, ser custeado pelo produto da arrecadação geral dos impostos. Neste sentido, cito, a título de exemplo, o RE 233.332, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ de 14/05/99: "EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE NITERÓI. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 176 E 179 DA LEI MUNICIPAL Nº 480, DE 24.11.83, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 1.244, DE 20.12.93. Tributo de exação inviável, posto ter por fato gerador serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, a ser custeado por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais. Recurso não conhecido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob epígrafe, que instituíram a taxa no município." 3.Tendo o

<sup>73</sup> RE 228.844, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16-06-1999.

<sup>74</sup> Ver, nesse sentido, RE 221.795, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 16-11-2000.

<sup>75</sup> RE 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-2-2003.

acórdão recorrido divergido dessa orientação, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar procedentes os pedidos formulados na inicial (art. 557, § 1º-A, do CPC). Publique-se. Brasília, 6 de dezembro de 2002. Ministra Ellen Gracie – Relatora.

O mesmo ocorreu no âmbito da discussão que envolveu a legitimidade da cobrança de taxa de coleta e limpeza pública. Precedente oriundo Estado de São Paulo, por exemplo, serviu para fundamentar a decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso no AI 423.252<sup>76</sup>, em que se discutia a inconstitucionalidade de taxa cobrada pelo Município do Rio de Janeiro. O agravo foi convertido em recurso extraordinário (art. 544, §§ 3º e 4º, do CPC) e a ele foi dado provimento. Nestes termos a decisão do Relator:

DECISÃO: - Vistos. Autos conclusos em 21.11.2002. O acórdão recorrido, em sede de embargos à execução, decidiu pela inconstitucionalidade da Taxa de Iluminação Pública, em razão da indivisibilidade e inespecificidade de seus serviços, bem como pela constitucionalidade das Taxas de Coleta e Limpeza Pública. Daí o recurso extraordinário, interposto pela FUNDAÇÃO LEÃO XIII, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 145, II e § 2º, da mesma Carta, o qual foi inadmitido. Sustenta a agravante, em síntese, a inconstitucionalidade das Taxas de Coleta e Limpeza Pública. A decisão é de ser reformada. É que o Supremo Tribunal Federal, julgando o RE 206.777/SP, relator o Sr. Ministro Ilmar Galvão ("D.J." de 30.4.1999), decidiu que a cobrança das Taxas de Coleta de Lixo e de Limpeza Pública (T.C.L.L.P.), quando destinada não somente ao custeio da coleta de lixo domiciliar, mas também à da limpeza pública de maneira global, sem possibilidade de qualquer distinção entre as duas destinações, como ocorre no presente caso, é ilegítima, porquanto direcionada à remuneração de atividade estatal indivisível e inespecífica, que deve, portanto, ser custeada pelo produto da arrecadação dos impostos gerais. Ante o exposto, nos termos do art. 544, §§ 3º e 4º, do C.P.C., com a redação da Lei 9.758/98, dou provimento ao agravo e, desde logo, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento. Publique-se. Brasília, 20 de março de 2003. Ministro CARLOS VELLOSO – Relator.

Como se depreende facilmente, grande parte de toda a demanda do STF que gira em torno do controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais em face do texto da Constituição federal vem sendo, há muito, solucionada a partir de uma dinâmica processual que revela que o Tribunal reconhece às decisões em recurso extraordinário eficácia absolutamente compatível com a manutenção da interpretação tradicional do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, já que os seus efeitos não têm, automaticamente, eficácia *erga omnis*.

<sup>76</sup> AI 432.252, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15-04-2003.

Carecem ser demandados para ser reconhecidos, embora o resultado seja previsível, como em qualquer juízo.

## **2.4 Decisões do STF aparentemente incompatíveis com a tradicional interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal**

Talvez a decisão do STF que melhor revele a dicotomia, estabelecida e mantida pela continuidade do sistema estabelecido pelo art. 52, X, da Constituição, entre as eficácias das decisões oriundas dos sistemas difuso e concentrado de controle presentes em nosso ordenamento, seja a decisão de indeferimento liminar da inicial na ADI 4.071, relatada pelo saudoso Ministro Menezes Direito.

A ADI foi proposta buscando a declaração da inconstitucionalidade do art. 56, da Lei nº 9.430, de 1996, cuja a constitucionalidade havia sido assentada pelo plenário do STF, em sede de recurso extraordinário, fazia pouco tempo.

De acordo com o Relator, uma ação direta de inconstitucionalidade que se insurja contra dispositivo declarado constitucional pelo Tribunal, mesmo que em sede de recurso extraordinário, só poderia ser considerada manifestamente improcedente, razão pela qual aplicou o art. 4º da Lei nº 9.868, de 1999, negando-lhe seguimento. Nestes termos a posição expressa na monocrática, posteriormente atacada por agravo regimental:

A questão objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade foi recentemente decidida pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em 17/9/2008, no julgamento dos recursos extraordinários de nºs 377.457 e 381.964, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Claro, portanto, que a matéria objeto desta ação de inconstitucionalidade já foi inteiramente julgada pelo Plenário, contrariamente à pretensão do requerente, o que revela a manifesta improcedência da demanda. Ante o exposto, com fulcro no art. 4º da Lei nº 9.868/99, indefiro a petição inicial.

Inconformado com a decisão, o partido autor interpôs agravo regimental em que aduzia, contra a posição do relator, que no Brasil, havia uma “prevalência do controle concentrado”, o que exigiria “o julgamento da ação direta”, inclusive por esta “conferir mais estabilidade à decisão” da Corte, por ser composta de um “número maior de argumentos que devem ser havidos, ao mínimo, como razoáveis”, além do que tal decisão se revestiria “de efeito vinculante e *erga omnes*”.

O Relator, inflexível diante das razões do agravante, voltou a carga, note-se,

fazendo tábua rasa da distinção entre as eficácias das deliberações do tribunal diante da variedade de classes processuais, da qual depende qualquer possível utilidade do art. 52, inciso X, da Constituição. Nestes termos a posição do Relator:

O claro e recente posicionamento do Plenário me parece suficiente para considerar a ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente, não tanto por convicções pessoais, até porque fiquei vencido em parte naquele julgamento, mas por respeito à jurisprudência formada pela maioria dos membros da Corte.

Com efeito, na minha compreensão, a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que em recurso extraordinário, somente pode ser considerada manifestamente improcedente.

Não nego, evidentemente, que a jurisprudência do Tribunal possa ser alterada. No entanto, a mudança da jurisprudência pressupõe que tenha ocorrido significativas alterações de ordem jurídica, social ou econômica, o que evidentemente não é o que acontece neste caso. A estabilidade das decisões da Suprema Corte constitui uma inequívoca exigência de segurança jurídica, não havendo supor, a não ser excepcionalmente, que uma orientação firmada com declaração de constitucionalidade pudesse ser alterada pouco tempo depois.

A posição do Relator, embora tenha ao final prevalecido, não foi acompanhada por todos os membros da Corte.

Para o Ministro Marco Aurélio, por exemplo, apontando o fato de a ação direta de inconstitucionalidade ser dotada da chamada causa de pedir aberta, enquanto o recurso extraordinário está preso aos limites do pré-questionamento, considerou a tese do Relator inadmissível. A posição referida, dando provimento ao agravo, foi esposada também pelos Ministros Eros Grau e Carlos Britto. Por fim, a decisão do agravo recebeu a seguinte ementa, que bem revela a posição majoritária do Tribunal:

ADI 4071 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG. REG. NA AÇÃO  
DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
Relator(a): Min. MENEZES DIREITO  
Julgamento: 22/04/2009 PUBLIC 16-10-2009

EMENTA Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99. 1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal

Federal, mesmo que em recurso extraordinário. 2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual "a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator". 3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevaletes, o que não se verifica no caso. 4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

Por qualquer ângulo que encare esse precedente, parece certo afirmar que, ao menos para a condução de seus trabalhos, a Corte não mais estava a diferenciar a eficácia do juízo plenário sobre a constitucionalidade das normas de acordo com as classes processuais que até ele chegam.

Tudo isso, aparentemente não é compatível com a leitura tradicional do art. 52, inciso X, da Constituição, e poderia reforçar a tese da mutação constitucional. Ressalte-se, todavia, que o resultado não foi unânime.

Aqui se faz referência à lição do Ministro Eros Grau, extraída de seu voto na Reclamação 4335 que, com sua excelência, assim discorre sobre a mutação constitucional:

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto a uma norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

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

(...) A mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

(...) O que se há de indagar, neste ponto, é se o texto resultante da mutação mantém-se adequado à tradição [= à coerência] do contexto, reproduzindo-a, de modo a ele se amoldar com exatidão. A

mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Eros Grau na Rcl 4335.

### **3 O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade no Brasil**

Como visto no Capítulo 1, deste trabalho, a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro veio a lume com a Constituição de 1934. O objetivo era, e continua sendo, dar eficácia geral às decisões do STF em sede de controle difuso ou abstrato. Não custa lembrar que o controle direto ou concentrado, nos moldes do direito romano-germânico, somente surgiu entre nós com a EC 16, de 1965. À partir daí, passamos a conviver com o sistema misto de controle de constitucionalidade.

A atual Constituição, de 1988, com seus sopros democráticos, aumentou significativamente os legitimados para a ADI. Em consequência, reduziu-se a necessidade e ocorrência de as disputas interpartes chegarem à mais alta Corte. Muitos já viram aí redução, ou mesmo obsolescência, no papel do Senado Federal nos casos de controle concreto. Sem razão.

#### **3.1 A interpretação da cláusula do Senado nas diversas Constituições**

É sabido que desde a Constituição de 1934 o constituinte, para emprestar eficácia geral às decisões definitivas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, elegeu a suspensão da execução pelo Senado do ato normativo declarado inconstitucional, o que, de acordo com Gilmar Mendes<sup>78</sup>, gerou dificuldades para o seu enquadramento dogmático.

De fato, a expressão utilizada pelos legisladores constituintes de 1934 (art. 91, inc. IV), de 1946 (art. 64), de 1967/1969 (art. 42, inc. VII) e de 1988 (art. 52, inc. X) – suspender a execução de lei ou decreto – gera dúvidas quanto ao seu alcance e real significado<sup>79</sup>.

O Ministro Gilmar Mendes menciona em seu voto na Reclamação 4335 que, nas discussões da Constituinte, pelo fato de o Senado Federal ter papel de coordenador dos Poderes, preponderou o texto da suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>78</sup> Entendimento consignado na Rcl 4335.

<sup>79</sup> Importante mencionar que a Constituição de 1937 não contemplou o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal.

Houve proposta, todavia, no sentido de que reconhecer a inexistência jurídica da lei, desde que fosse declarada a sua inconstitucionalidade em mais de um aresto da Suprema Corte. No substitutivo da Comissão Constitucional, que reproduziu o modelo da Carta de 1934, foi proposta a redação “revogação ou suspensão da lei ou ato”, o que foi rechaçado, pois a própria razão do dispositivo não permitia a equiparação do ato do Senado a uma declaração de ineficácia de caráter prospectivo. Talvez tenha sido essa a gênese da súmula vinculante, qual seja, o reconhecimento da inexistência da lei após reiteradas decisões do STF a entendendo em desconformidade com a Constituição Federal.

Na Constituinte de 1946 o debate novamente veio à tona, com discursos pela defesa do instituto, bem como atacando-o. De acordo com Gilmar Mendes:

Parecia evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional<sup>80</sup>.

Mais uma vez a seguinte passagem do Ministro Gilmar Mendes evidencia a natureza singular da atribuição deferida ao Parlamento na Constituição de 1967/1969.

A suspensão constituía ato político de retirar a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos. É o que ressaltava, igualmente, o Supremo Tribunal Federal ao enfatizar que a “suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”<sup>81</sup>.

Assim, logo se formou a atual conjuntura do papel desenvolvido pelo Senado Federal no Controle de Constitucionalidade, mormente após o julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512<sup>82</sup>, considerado, como já dito, o *leading case*.

A respeito das conclusões que o Plenário da Corte chegou naquele julgamento, esclarecedoras são as palavras do Ministro Gilmar Mendes.

Vê-se, pois, que, tal como assentado no preclaro acórdão do Supremo Tribunal Federal, o ato do Senado tem o condão de

---

<sup>80</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335.

<sup>81</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335.

<sup>82</sup> O julgamento do MS 16512 será melhor detalhado no item 3.3.

outorgar eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes.

Ressalte-se que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não se podendo vislumbrar qualquer violação constitucional na eventual recusa à pretendida extensão dos efeitos. Evidentemente, se pretendesse outorgar efeito genérico à decisão do Supremo Tribunal, não precisaria o constituinte valer-se dessa fórmula complexa.

As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. As conclusões assentadas acima parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal<sup>83</sup>.

Já sob a égide da Constituição de 1988, a discussão sobre o alcance do art. 52, X, da Constituição e competência conferida ao Senado Federal no controle de constitucionalidade vem sendo feita na Reclamação nº 4335, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que será melhor detalhada no item 3.4.

### **3.2 A amplitude do art. 52, X, da Constituição Federal – considerações**

Como visto, a Constituição Federal prevê, no inciso X do seu art. 52, que compete ao Senado Federal “suspender a execução no todo ou em parte, de Lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Como também já visto, essa disposição não foi novidade trazida pela Carta Magna de 1988 e sim pela de 1934 que previu o instituto pela primeira vez, com o objetivo de corrigir uma deficiência do sistema brasileiro, herdeiro da tradição da *civil Law*, desprovido do princípio do *stare decisis*, característico do sistema de *common law*.

A espécie normativa mediante a qual o Senado exerce essa competência é a Resolução, e tem o objetivo específico de emprestar eficácia *erga omnes* à decisão judicial. Ou seja, ao suspender a execução da lei questionada, o Senado faz valer para todos o que era restrito às partes envolvidas no litígio específico em que a

---

<sup>83</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335.

constitucionalidade da norma foi questionada.

Vale ressaltar que expressão “no todo ou em parte” contida no inc. X do art. 52 é interpretada, pela maior parte da doutrina, como sendo impossível de o Senado Federal ampliar, restringir ou tampouco interpretar a extensão da decisão da Suprema Corte.

Assim, ainda que o Senado não seja obrigado a suspender a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, tendo em vista tratar-se de discricionariedade política, inerente ao princípio da separação de Poderes, na visão da maior parte da doutrina, não pode o Senado Federal exercer juízo político sobre a conveniência da extensão dos efeitos da decisão exarada.

Ou seja, se o STF declarou inconstitucional a lei “no todo”, não pode o Senado suspender a execução dela apenas “em parte”. Da mesma maneira, não pode suspender a execução total de um ato que só em parte foi declarado inconstitucional. A Casa Legislativa deve ater-se à extensão da declaração de inconstitucionalidade proferida.

Pontes de Miranda já lecionava que a Câmara Alta do Parlamento apenas suspende a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo que o foi, mas nunca o todo porque uma parte o foi<sup>84</sup>.

Do mesmo modo, ensina José Afonso da Silva:

Entenda-se: se toda a lei foi declarada inconstitucional, a suspensão há de ser dela toda; o Senado não pode decidir fazê-lo apenas em parte. Portanto, quando o texto fala em suspender “em parte”, significa que também só dita parte foi declarada inconstitucional. (...) Em suma, o ato de suspensão emitido pelo Senado tem que ser conforme o julgamento. Não tem ele poder para modificar a decisão do STF<sup>85</sup>.

Já na visão de Gilmar Mendes, o art. 52, X, da Constituição, já sofreu uma mutação constitucional em razão da interpretação que o STF vem dando ao dispositivo, de tal forma que não é mais a decisão do Senado Federal que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo, mas a própria decisão da Corte contém essa força normativa. Logo, o Senado não mais teria a faculdade de suspender ou não a norma tida como inconstitucional, mas tão somente o dever de publicá-la<sup>86</sup>. A tese, como sabido, encontra resistências tanto no STF quanto no Senado Federal.

<sup>84</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968, p. 88.

<sup>85</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 421.

<sup>86</sup> Ver mais a respeito no capítulo 2.

De outra sorte, existe também o entendimento de que o Senado Federal pode sim ficar aquém da decisão do Supremo Tribunal que declara uma lei inconstitucional “no todo”, de molde a suspender apenas uma parte da norma inteiramente declarada inconstitucional pelo STF<sup>87</sup>. É a visão de Michel Temer.

O art. 52, X, autoriza o Senado a “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Terá o Senado autorização constitucional para negar a retirada da eficácia do ato normativo após a declaração efetivada pelo Supremo Tribunal Federal? Terá ele a possibilidade de retirar parcialmente a eficácia de uma lei se o STF a declarou, no seu todo, inconstitucional?

A nosso perceber, pode. O Senado não está obrigado a suspender a execução da lei na mesma extensão da declaração efetivada pelo STF. A expressão “no todo ou em parte”, que se encontra no art. 52, X, não significa que o Senado suspenderá parcial ou totalmente a execução da lei ou decreto de acordo com a declaração de inconstitucionalidade, parcial ou total, efetivada pelo STF.

O Senado Federal não é mero órgão chancelador das decisões da Corte Suprema. Qual é exatamente o papel do Senado no controle da constitucionalidade?

A nosso ver, existe discricção do Senado ao exercitar essa competência. Suspenderá, ou não, a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, de acordo com o seu entendimento. O simples fato de o art. 52, X, possibilitar a suspensão *parcial* ou *total* da lei revela a discricionariade. Seja: se o STF declarar a inconstitucionalidade de lei, por inteiro, faculta-se ao Senado a possibilidade de suspendê-la em parte. De fato, haverá hipótese em que a Corte Suprema terá declarado a inconstitucionalidade por maioria de um ou dois votos, remanescendo, portanto, fundada dúvida sobre a provável constitucionalidade. Se em dado instante mudar a composição do Supremo ou a convicção de alguns de seus Ministros relativamente ao tema, a declaração, em nova ação, será de constitucionalidade.

As expressões “no todo” ou “em parte” são utilizadas em outros dispositivos constitucionais. Por exemplo, no art. 66, § 1º. Tratando-se da possibilidade de veto, por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, concede ao Presidente da República a possibilidade de veto total ou parcial. Significa, no caso deste preceito, que a Constituição deixa à discricção do Chefe do

---

<sup>87</sup> Com relação ao entendimento segundo o qual o Senado, ao exercitar a sua competência constitucional, pode, à sua discricção, suspender ou não a lei declarada inconstitucional pelo STF, total ou parcialmente, de molde a se descaracterizar como órgão chancelador das decisões da Corte Suprema, ver item 3.4.

Executivo a dimensão do veto. Assemelha-se à competência conferida ao Senado Federal no art. 52, X<sup>88</sup>.

Parece ser este o entendimento mais coerente. Ora, se sabidamente o Senado pode deixar de suspender no todo a lei ou ato normativo, segundo a sua conveniência, por que não poderia igualmente suspender somente parte? Não se aplicaria aqui a máxima que diz que quem pode o mais pode o menos? Parece claro, todavia, que o Senado não pode ir além do que julgou o STF. É que a Resolução suspensiva, embora praticada por uma das Casas do Poder Legislativo, não é um ato legislativo estrito senso. Não tem capacidade jurídica para, por si só, para criar ou revogar lei.

Verifica-se, pois, posições distintas, opostas e excludentes quanto à natureza da competência do Senado Federal e quanto à amplitude do disposto no inc. X do art. 52.

### **3.3 O Mandado de Segurança nº 16.652 – *leading case* no STF**

O reflexo sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade impõe a atenção à conformação que recebeu durante a história de nosso constitucionalismo.

É importante destacar, nesse sentido, que a natureza dessa competência não se alterou dentro de um sistema de controle que sofreu severas transformações, notadamente desde a introdução no sistema da representação de inconstitucionalidade, através da Emenda Constitucional nº 26, de 1965, mas sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que submeteu a admissibilidade do recurso extraordinário à presença de um requisito de caráter marcadamente objetivo: a repercussão geral da matéria constitucional em discussão no recurso<sup>89</sup>.

De fato, nunca foi pacífico o entendimento acerca da natureza da competência do Senado no controle de constitucionalidade, se ato administrativo ou de caráter normativo, se ato vinculado ou discricionário e, mais recentemente, se ato dispensável ou não, conforme visto anteriormente.

Podemos considerar o MS 16.512, julgado em 1966, o *leading case* e marco

---

<sup>88</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 48-49.

<sup>89</sup> Ver item 2.2, do Capítulo 2.

discursivo que emprestará balizas iniciais à reflexão que pretendemos com a presente comunicação, visto que tal dissenso acompanha a cláusula do Senado desde o julgamento do referido Mandado de Segurança.

Na oportunidade, o julgamento foi marcado pela robusta divergência entre os ministros que compunham o Supremo Tribunal Federal acerca da natureza do ato mediante o qual o Senado suspende a execução de uma lei declarada inconstitucional pela Corte.

O Procurador-Geral da República à época, Alcino Salazar, suscitou preliminar defendendo o não cabimento de mandado de segurança contra “ato de carácter geral e, portanto, ato de natureza legislativa”<sup>90</sup>. O Chefe do *Parquet* ofereceu, oralmente, representação de inconstitucionalidade como proposta para que o Supremo superasse a preliminar e enfrentasse a matéria de fundo. Pode-se observar, pois, que tal questão, já no primeiro momento, apresentou-se como elemento condicionante da admissibilidade do *mandamus*.

A proposta do Procurador-Geral acabou sendo acolhida pela ampla maioria da Corte, o que, no entanto, não significa que tenha ficado assentada a inadmissibilidade do mandado de segurança e, conseqüentemente, a natureza normativa da resolução mediante a qual o Senado suspende a execução da lei declarada inconstitucional.

O que aconteceu, na verdade, foi que antes que a discussão sobre a admissibilidade do mandado de segurança fosse interrompida para que, então, se iniciasse a votação do conhecimento da ação como representação de inconstitucionalidade, o resultado parcial era 2 votos pela inadmissibilidade do mandado de segurança<sup>91</sup> (assentada a natureza normativa do ato e a aplicação do enunciado nº 266 da Súmula do Supremo Tribunal Federal) e 5 votos por sua admissibilidade.

Mais importante, talvez, seja notar que em todos os cinco votos que seguiram a trilha da admissibilidade do *mandamus*, ficou expressa a opinião sobre a natureza não normativa da resolução senatorial. Nesse sentido votaram os ministros Pedro Chaves, Prado Kely, Adalício Nogueira, Lins e Silva e Luiz Gallotti<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *DJ* de 31-08-1966, p. 159.

<sup>91</sup> Embora não votando expressamente quanto ao ponto, o ministro Victor Nunes Leal parecia inclinado a reconhecer a natureza normativa da resolução do Senado.

<sup>92</sup> Ao contrário, é preciso registrar que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de reconhecer a natureza normativa da resolução em discussão (vide ADI 871-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* de 18.06.1993 e ADI 1.222, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 11.04.2003).

Do mesmo modo, não se encontrou na Suprema Corte entendimento majoritário sólido a apoiar, com relação à possível discricionariedade que possuiria ou não o Senado, tanto para editar ou não a resolução, quanto para editá-la parcialmente.

Quando do julgamento do MS 16.512, a seguinte pergunta deveria conduzir a decisão da matéria de fundo: “pode o Senado, após editar resolução suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, editar nova resolução revogando a primeira e, logo, restabelecendo a higidez normativa da norma declarada inconstitucional”? Por isso as questões acerca da obrigatoriedade e amplitude da edição da resolução não foram submetidas a voto, ficando confinadas às manifestações espontâneas dos ministros presentes no Tribunal.

Inúmeros foram os entendimentos acerca desses pontos. Da leitura do precedente, pode-se observar que os ministros Oswaldo Trigueiro, Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Luiz Gallotti manifestaram-se afirmando que o Senado tem discricionariedade quanto à edição ou não da resolução. Já os ministros Pedro Chaves e Adalício Nogueira, de outra sorte, negaram qualquer discricionariedade ao Senado, considerando a resolução ato administrativo vinculado e de natureza executória, ao passo que o ministro Aliomar Baleeiro defendeu a discricionariedade política absoluta. Os ministros Lins e Silva e Cândido Mota Filho apenas se manifestaram contrariamente à possibilidade de o Senado editar duas resoluções sobre a mesma lei declarada inconstitucional.

Como se pode observar, nesse precedente do Supremo Tribunal Federal, de certo modo, não se encontram as balizas definitivas para sua compreensão. Frise-se que o mandado de segurança em questão é o julgado no qual a análise da competência hoje presente no inciso X do art. 52 foi feita de forma mais ampla. Destaque-se, ademais, que a ementa do precedente não traduz perfeitamente a posição majoritária dos votos proferidos na ocasião.

Um último elemento complicador passou a atuar sobre o entendimento da questão aqui discutida. É que principalmente após a edição da EC nº 45, de 2004, posições doutrinárias surgiram, encabeçadas por Gilmar Mendes, no sentido de a competência prevista na cláusula do Senado ter sofrido uma mutação constitucional que lhe teria alterado fundamentalmente o âmbito normativo.

A mais significativa manifestação nesse sentido, do ponto de vista institucional, encontra-se presente no voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes por

ocasião do julgamento da Rcl. 4.335.

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema<sup>93</sup>.

O julgamento da Reclamação nº 4.335 ainda não foi finalizado no Supremo Tribunal Federal, interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Teori Zavasky. Entretanto, do quanto já foi deliberado pelos ministros do colegiado que já proferiram voto, pode-se identificar as teses antagônicas que rodeiam o art. 52, X, da Constituição Federal, o que será exposto a seguir. Pena que, muito provavelmente, o STF uma vez mais, como ocorreu no MS 16.512, não enfrentará definitivamente a questão. É que o Relator, Ministro Gilmar Mendes, junto com o pedido de vista de Zavasky, manifestou-se pela prejudicialidade da matéria. É quase certo que os autos sejam devolvidos sem o voto-vista e arquivada a matéria.

### **3.4 A discussão posta na Reclamação nº 4335 – STF**

No mês de maio de 2006 foi protocolada no Supremo Tribunal Federal a Reclamação nº 4.335, tendo como reclamante a Defensoria Pública da União, representada pelo Defensor Público-Geral Federal, e como reclamado o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco.

A Rcl 4.335 foi ajuizada contra decisões do mencionado juiz, que haviam indeferido pedidos de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos.

A alegação do reclamante teve como fundamento a suposta ofensa à

---

<sup>93</sup> Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo do STF nº 454, de 1 a 2 de fevereiro de 2007.

autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959/SP<sup>94</sup>. Ao decidir requerimento de concessão de progressão de regime a reeducandos condenados pela prática de crimes hediondos, o juiz de Direito reclamado indeferiu o pedido sob o argumento de que, ainda que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, em maioria apertada de seis votos favoráveis contra cinco votos contrários, após dezesseis anos afirmando a constitucionalidade da norma, a decisão proferida no controle de constitucionalidade difuso produz efeitos somente entre as partes, devendo o STF comunicar a decisão ao Senado Federal para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional.

Asseverou o magistrado que entender de maneira diversa seria o mesmo que negar vigência ao quanto disposto no art. 52, X, da Constituição, ferindo o sistema constitucional de freios e contrapesos, de modo que, diante da inércia dos Poderes de fazer valer o referido dispositivo constitucional, o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos continua válido, sendo vedada a progressão de regime para estes crimes.

O parecer da Procuradoria-Geral da República, de singeleza franciscana, como era esperado na espécie, seguiu o entendimento do magistrado acriano e concluiu que inexistia decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deveria ser preservada, sendo, portanto, descabida a Reclamação, opinando pelo não conhecimento do pedido.

Pois bem!

Para melhor compreensão, este item 3.4 será dividido em dois subitens (3.4.1 e 3.4.2). O primeiro expando a tese que advoga pela mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, consubstanciado nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. O segundo mostrando o entendimento contrário, segundo o qual deve ser mantida a exegese do referido dispositivo constitucional, negando, portanto, a tese da mutação constitucional, defendido nos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.

A Reclamação 4.335, ainda que não tenha tido finalizado o seu julgamento pelo Plenário da Corte, é o julgado do STF que contém o melhor debate acerca do

---

<sup>94</sup> Despiciendo lembrar que a Suprema Corte, na oportunidade do julgamento do HC nº 82.959/SP (DJU de 01/09/2006), declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, o qual vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

alcance da competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade e da obsolescência do art. 52, X, da Constituição Federal. Destaca-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, que afirma categoricamente a ocorrência de mutação constitucional da cláusula do Senado.

### *3.4.1 Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau no sentido da mutação constitucional do inc. X do art. 52 da CF*

Na apreciação da concessão de medida liminar pleiteada na Rcl 4.335, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, afastou a vedação legal de progressão de regime até o julgamento final da Reclamação, ressaltando, todavia, a competência do juízo de primeiro grau para avaliar se, no caso concreto, os pacientes atendem ou não aos requisitos subjetivos e objetivos para gozar do benefício.

Considerou o Relator que o Tribunal, ao analisar a matéria da progressão, nos autos do HC 82.959/SP, entendeu que a sua vedação prevista na Lei de Crimes Hediondos fere o direito à individualização da pena previsto no art. 5º, LXVI, da Constituição, na medida em que não permite que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, o que esvaziaria a garantia constitucional.

Salientou também que o dispositivo impugnado na mencionada lei é incoerente, na medida em que impede a progressividade, porém admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena. Ou seja, o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 exclui qualquer possibilidade de garantia do caráter substancial da individualização da pena.

A Suprema Corte, naquela oportunidade, considerou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do multicitado dispositivo não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas à data do julgamento, tendo em vista que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento da proibição contida na norma declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos outros requisitos afetos ao reconhecimento da possibilidade de progressão. A decisão do Plenário, portanto, procurou apenas conferir máxima efetividade à individualização das penas.

Referindo-se à decisão da 1ª Turma, na sessão do dia 07/03/2006, ao

apreciar a Questão de Ordem no HC nº 86.224/DF, bem como à decisão da 2ª Turma, na sessão do dia 21/03/2006, ao apreciar a Questão de Ordem no HC nº 85.677/SP, que admitiram a possibilidade de julgamento monocrático de todos os *habeas corpus* que versem exclusivamente sobre o tema da progressão de regime em crimes hediondos, o Relator da Rcl 4.335, Ministro Gilmar Mendes, concedeu a medida liminar para afastar a proibição da progressão de regime.

Aqui reside a certeza de que, mesmo no Supremo Tribunal Federal, permanece o entendimento de que a cláusula do Senado permanece hígida. O raciocínio é simples, pensamos. Se a aquela decisão que julgou inconstitucional parte da Lei 8.072/90 tivesse efeitos *erga omnes*, a classe processual aplicada contra quem não a seguisse seria a *Reclamação* e não o *Habeas Corpus*. E o STF entendendo ser o remédio cabível o HC disse, portanto, que a decisão, embora passasse a fazer parte da sua jurisprudência, não era dotada de eficácia geral contra todos. E na *Reclamação* em análise vários Ministros não a conheceram como tal mas concederam, de ofício, o *Habeas Corpus*.

Quando da apreciação do mérito pelo Plenário, o Relator julgou a reclamação procedente, no sentido de cassar as decisões impugnadas, determinando caber ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar, no caso concreto, se os interessados atendem ou não aos requisitos para gozar do benefício da progressão de regime.

Asseverou o Ministro Gilmar Mendes que a jurisprudência da Suprema Corte evoluiu com relação à utilização da *Reclamação* em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis. Afirmou o seu cabimento para todos os que comprovarem qualquer prejuízo advindo de decisões contrárias às suas teses, reconhecendo a eficácia vinculante com efeitos *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle difuso, de modo a reconhecer a obrigatoriedade de preservação da autoridade da decisão do STF na espécie.

Aduziu o Ministro Relator – após consignar a correta utilização da *Reclamação*, nos exatos termos de sua destinação constitucional, qual seja, a de garantir a autoridade das decisões do STF – o seu entendimento acerca do art. 52, X, da Constituição e o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, tendo em vista a argumentação sustentada pelo juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão do HC 82.959/SP dependeria da expedição de Resolução pelo Senado, suspendendo a execução da lei.

Gilmar Mendes sustentou que a suspensão da execução pelo Senado Federal da lei ou ato declarado inconstitucional pelo STF, de acordo com a doutrina tradicional, seria ato político que empresta eficácia *erga omnes* às decisões sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto, ou seja, no controle difuso. Por outro lado, acrescentou que a amplitude conferida ao controle concentrado de constitucionalidade, que antevê a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis e atos normativos, com eficácia geral, no contexto da Constituição da República de 1988, concorreram para eliminar a crença na *ratio* do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, pois sua inspiração decorreria de uma concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada.

Merece destaque a seguinte passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl 4335:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, porque haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, de valer tão-somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica<sup>95</sup>.

Outrossim, o rol demasiado de legitimados a ingressar no Supremo Tribunal Federal, alargado sobremaneira pela Carta de 88, no processo de controle abstrato de normas, conseqüentemente restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Ora, a restrição gradativa do número de casos em que o controle difuso está sendo feito pelo STF não tem interesse na discussão da pretendida mutação constitucional. São institutos estanques e de origem e aplicação distintas.

O Relator destacou ainda o fato de a promulgação da Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição da República, bem

<sup>95</sup> Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo do STF nº 454, de 1 a 2 de fevereiro de 2007.

como a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, terem alterado de forma radical a ideia que predominava sobre a separação de Poderes, tornando comum no sistema de controle difuso a decisão com eficácia geral, que, sob a égide da Emenda Constitucional nº 16/65 e da Constituição de 1967, era excepcional.

Interessante crítica à tese defendida pela doutrina, no sentido de defender que a lei inconstitucional é nula, foi feita pelo Ministro Gilmar Mendes.

Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a ideia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.

Assinale-se que se a doutrina e a jurisprudência entendiam que a lei inconstitucional era *ipso jure nula*, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF<sup>96</sup>.

Ressaltou, além disso, o processo natural de reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de constitucionalidade, em especial o da exigência da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal. Avaliou ser legítimo concluir que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Parlamento possui mero efeito de publicidade. Em outras palavras, se, em sede de controle incidental, a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, essa decisão terá efeitos *erga omnes*, fazendo-se a comunicação à Câmara Alta do Parlamento para que apenas publique a decisão no Diário do Congresso Nacional.

Como forma de demonstrar a inutilidade do art. 52, inc. X, da Constituição, o Relator tece considerações acerca do controle de constitucionalidade nas ações coletivas.

Um outro argumento, igualmente relevante, diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Aqui, somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia interpartes.

---

<sup>96</sup> Trecho extraído do voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl 4335.

Como sustentar que uma decisão proferida numa ação coletiva, numa ação civil pública, ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma lei determinada, terá eficácia apenas entre as partes?

Nesses casos, a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se, para dizer o mínimo, completamente inútil, caso se entenda que ela tem uma outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade<sup>97</sup>.

Logo, o Ministro Gilmar Mendes concluiu seu voto no sentido de que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram, manifestamente, a eficácia geral que dever ser atribuída à decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959/SP.

Mas estaria o juiz acriano, naquele caso, obrigado a homenagear o decidido no HC 82.959 em manifesto desprezo pelo estabelecido na Súmula 698<sup>98</sup>, editada pelo próprio STF? O que valia mais naquele momento, uma decisão por quórum apertadíssimo de 6 x 5, em um HC ou a remansosa e sumulada jurisprudência da Corte Maior? Se fosse para objetivar o controle difuso de constitucionalidade que se fez sobre a Lei 8.072/90, certamente não seria o HC 82.259 o julgamento paradigma, que embora mais recente, tinha pouca significância em relação aos que o precederem e tiveram resultado diverso e por quórum bem mais elástico (HC 76.371 - Plenário; HC 76.894 - 1.ª Turma; HC 76.936 - 1.ª Turma; HC 76.617 - 2.ª Turma).

O STF vinha de um retrospecto de 16 anos entendendo ser constitucional a Lei 8072/90, chegando, inclusive, como dito, a sumular a matéria. De repente, o que é perfeitamente possível no controle difuso, resolve mudar o entendimento. Nada mais natural. Mas querer dar efeito *erga omnes* às suas guinadas hermenêuticas operadas em controle concreto de constitucionalidade não seria muita pretensão? Seria o céu o limite do STF mesmo no controle incidental? Parece-nos que não.

Não restou claro, ao nosso entendimento, a razão pela qual o Relator, Ministro Gilmar Mendes, optou por não observar o disposto no art. 21, § 1º, do RISTF, que o autorizava a negar seguimento à Reclamação vez que ela era inadmissível – conforme parecer da PGR – e versava sobre matéria contrária à

---

<sup>97</sup> Trecho extraído do voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl 4335.

<sup>98</sup>Súmula 698 – Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.

Súmula 698.<sup>99</sup>

Não conseguimos compreender também a regra adotada para a distribuição do feito ao Ministro Gilmar Mendes. Certamente pelo nosso desconhecimento sobre o procedimento lá adotado. Mas quer parecer-nos que a relatoria da Reclamação deveria ser a mesma do HC 82.959, qual seja, o Ministro Marco Aurélio. Pelo menos, ao nosso juízo, seria essa a melhor forma de contemplar o previsto no art. 70, do RISTF.<sup>100</sup> É que a Reclamação apresentada não se referia a súmula vinculante, tampouco a decisão do HC 82.959 era dotada de efeito *erga omnes*. Pelo menos a discussão sobre isso ainda não havia sido posta. Daí porque o relator preventivo seria o do feito principal, do qual se reclamava o descumprimento.

Fato é que logo após finalizado o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro Eros Grau.

O pedido de vista foi antecipado aos votos da Ministra Carmen Lúcia e Ministro Ricardo Lewandowski pelo fato de antever uma proximidade entre a espécie em apreciação pelo Plenário e a Reclamação 4219, no qual havia proferido um voto-vista e julgou oportuno o pedido de vista antecipada.

Ao apresentar o seu voto-vista, o Ministro Eros Grau acompanhou o voto do Relator, julgando procedente a demanda, exaltando o voto do Ministro Gilmar Mendes.

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

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

<sup>99</sup>Art. 21 - §1º Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.

<sup>100</sup>Art. 70 RISTF - Será distribuída ao Relator do feito principal a reclamação que tenha como causa de pedir o descumprimento de decisão cujos efeitos sejam restritos às partes.

§ 1º. Será objeto de livre distribuição a reclamação que tenha como causa de pedir o descumprimento de súmula vinculante ou de decisão dotada de efeito *erga omnes*.

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

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

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

(...) Ao Senado Federal, no quadro da mutação constitucional declarada em seu voto – voto dele, Relator – e neste meu voto reafirmada, está atribuída competência apenas para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional<sup>101</sup>.

Note-se que, alinhavando-se ao voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Eros Grau deixa consignado que a exegese do art. 52, X, da Constituição seria a de que ao Senado está atribuída a competência apenas de dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do STF. Isso porque, na visão do Ministro essa decisão possui força normativa bastante para suspender a execução da lei, configurando-se um quadro de verdadeira mutação constitucional.

### *3.4.2 Os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, rejeitando a tese da mutação constitucional do inc. X do art. 52 da CF*

Em seguida proferiu voto o Ministro Sepúlveda Pertence, divergindo do entendimento do Relator, para julgar improcedente a reclamação, concedendo,

---

<sup>101</sup> Trecho Extraído do voto do Ministro Eros Grau na Rcl. 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes.

todavia, *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para o deferimento da progressão. Para tanto, reportou-se aos fundamentos de seu voto lançado no Recurso Extraordinário 191.896/PR (DJU de 29.08.97), no qual afirmou ser dispensável a reserva de plenário nos outros tribunais quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo, mesmo que na via incidente de controle. Logo, não se poderia reduzir, a partir daí, o papel do Senado Federal, mantido intacto por quase todos os textos constitucionais após 1934.

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

O instituto – desaparecido na Carta do Estado Novo – reaparece na Constituição de 1946, que, entretanto, tornou explícita a limitação de seu alcance, como se impunha, à decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal (art. 64), mantendo, de resto, a exigência originária do texto de 1937 (art. 96), do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 200).

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

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

A essa eficácia relativa da decisão – restrita ao âmbito objetivo e subjetivo do processo em que tomada –, soma-se, no entanto, como visto, a de constituir o pressuposto necessário e suficiente a que o Senado Federal lhe empreste alcance *erga omnes*<sup>102</sup>.

Salientou o Ministro Sepúlveda que a convivência simultânea dos dois sistemas de controle tem levado a uma prevalência do controle concentrado, mas sem incidir em objetivação do controle difuso, cujo mecanismo de outorga ao

---

<sup>102</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Rcl 4335.

Senado da competência para a suspensão da execução da lei tem realmente caído cada vez mais em desuso, porém afirmou a desnecessidade de combatê-lo pela via que denominou “projeto de decreto de mutação constitucional”, visto que a EC 45/04 conferiu ao STF um poder que efetivamente dispensaria essa intervenção, sem, no entanto, reduzir o Senado Federal a um mero órgão de publicidade de suas decisões, a saber, o instituto da súmula vinculante.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, decidiu por não conhecer da reclamação, conhecendo do pedido, porém, como *habeas corpus* e o concedeu também de ofício. Na visão do Ministro, a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal não representa obstáculo à ampla efetividade das decisões da Suprema Corte, mas, sim, um complemento. Buscando apoio nas próprias circunstâncias do caso que, segundo ele seriam esclarecedoras, argumenta que o que suscitaria o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em dar eficácia geral à decisão do STF, mas sim a desobediência de um juiz de primeiro grau à orientação da Corte enquanto o Senado não suspende o ato.

Alinhando-se ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o Ministro Joaquim Barbosa elegeu a súmula vinculante como solução para o caso, de molde que o art. 52, X, da Constituição permaneceria com sua tradicional leitura, afastando a ocorrência da mutação constitucional. Isso porque, no entendimento do Ministro, o dispositivo em comento trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, defendeu o Ministro Joaquim Barbosa a inoportunidade de mutação constitucional, pois, mesmo admitindo-se a hipótese de que o art. 52, inc. X, da Constituição se tornou obsoleto, consagrar-se-ia a usurpação da competência constitucional do Senado Federal pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com ele, somente seria válido esse entendimento caso o Congresso promulgasse uma Emenda Constitucional, revogando o multicitado dispositivo, excluindo-se, assim, legitimamente, a competência constitucional destinada ao Parlamento.

Exemplificativa dessa afirmação é a seguinte passagem do voto do Ministro Joaquim Barbosa na Rcl 4335.

(...) [H]averia de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma

faculdade de cercear a autoridade do STF (...) essa proposta, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição<sup>103</sup>.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de não conhecer da reclamação e conceder, de ofício, o *habeas corpus* para que fossem analisados os requisitos para a progressão do regime em favor dos interessados. Consignou que o sistema de freios e contrapesos, típico da separação de Poderes, não seria suficiente para eliminar a competência constitucional expressamente atribuída ao Parlamento, sob pena de colocar em risco a própria lógica desse sistema, uma vez que, ainda que a Carta de 88 tenha fortalecido sobremaneira o papel do Supremo Tribunal Federal, ao conferir eficácia geral a algumas de suas decisões, bem como efeito vinculante, isso não tem o condão de esvaziar a competência própria dos demais Poderes.

Sustentou inexistir incúria da Alta Casa do Parlamento na expedição de resoluções suspendendo a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso.

Após bem refletir sobre tal proposição, ousou divergir de Sua Excelência quanto à ocorrência da aludida mutação constitucional, por não entender tratar-se o instituto de mera reminiscência histórica.

É que, primeiro, constato que a Câmara Alta, não tem descuidado do cumprimento dessa relevante competência que os constituintes brasileiros têm-lhe atribuído, de forma reiterada, desde o advento da Carta de 1934.

Nesse sentido, assinalo que, entre 07 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projetos de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso<sup>104</sup>.

Na inteligência do Ministro Lewandowski, no presente caso não há que se falar em mutação constitucional, diante dos limites formais e materiais fixados pela Constituição acerca do tema. Forte no art. 60, § 4º, inc. III, da CF/88, que confere força de cláusula pétrea à separação de Poderes, sublinhou a impossibilidade de alteração desse sistema mediante emenda constitucional, que sequer tem possibilidade de deliberação pelas Casas do Congresso Nacional.

Divergiu da fundamentação adotada pelo Ministro Eros Grau nos seguintes

<sup>103</sup> Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo do STF nº 463.

<sup>104</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl 4.335.

termos:

Tal interpretação, contudo, a meu ver, levaria a um significativo aviltamento da tradicional competência daquela Casa Legislativa no tocante ao Controle de Constitucionalidade, reduzindo o seu papel a mero órgão de divulgação das decisões do Supremo Tribunal Federal nesse campo. Com efeito, a prevalecer tal entendimento, a Câmara Alta sofreria verdadeira *capitis diminutio* no tocante a uma competência que os constituintes de 1988 lhe outorgaram de forma expressa<sup>105</sup>.

Ao comparar o caso à modificação reconhecida quanto ao art. 97 da Constituição Federal, Lewandowski asseverou que as situações não se assemelham, porquanto naquela oportunidade a Suprema Corte adotou praxis processual no sentido de dispensar a rígida observância do que contido na norma constitucional quando se tratar da análise de casos cujas teses já tenham sido debatidas e decididas pelo Plenário do STF. Já a regra inscrita no art. 52, X, da Constituição, de outra sorte, consubstanciaria norma taxativa, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que ainda que reconhecida a relevância das questões decididas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, tal fato não teria força para conferir novos contornos ao referido dispositivo constitucional.

Finalizou sua exposição considerando que a via escurrita para o Supremo Tribunal Federal emprestar maior alcance às suas decisões é a súmula vinculante. Referido instituto, sim, teria força para ampliar o alcance das decisões da Corte em sede de controle difuso sem, todavia, mitigar a competência do Senado Federal que lhe foi atribuída pela Constituição, de caráter eminentemente político.

É com o pensamento de Lewandowski que nos alinhamos.

Os autos encontram-se no gabinete do Ministro Teori Albino Zavascky, que pediu vista após o voto proferido pelo Ministro Lewandowsky.

### **3.5 O Ofício “S”, nº 06, de 2011, e a posição do Senado Federal acerca de sua competência no controle de constitucionalidade**

Em razão desse contexto de verdadeira instabilidade na compreensão do significado normativo e institucional da competência do Senado Federal que, no final de 2011, foi apresentado relatório com voto pela suspensão de legislação declarada inconstitucional, em atendimento parcial à comunicação encaminhada pelo STF ao

<sup>105</sup> Trecho extraído do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Rcl 4335.

Senado Federal.

No referido relatório, aprovado à unanimidade na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal, a competência do Senado foi reafirmada, em sua natureza e extensão, mediante uma leitura na qual foi radicalizado o caráter discricionário e político da Resolução a cargo da Casa.

Através de um Ofício “S”, o STF informou ao Senado Federal, para fins do disposto no inciso X do artigo 52 da Constituição, que, por ocasião do julgamento do HC 97.256, a Corte declarou a inconstitucionalidade dos arts. 33, § 4º e 44 da Lei nº 11.343, de 2006 (Lei Antidrogas).

Ocorre que no voto aprovado naquela sessão da referida Comissão do Senado Federal, apenas foi suspensa a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” constante do art. 33, § 4º da Lei 11.343 em extensão, portanto, menor que a definida na decisão do STF.

A justificação que apoiava o voto do então senador Demóstenes Torres, Relator do Projeto de Resolução, foi lavrada nos seguintes termos:

Cumprir referir que a competência fixada no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988 não se consubstancia em procedimento meramente ordinatório.

Cabe ao Senado Federal, segundo penso, o juízo político sobre a conveniência da extensão dos efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte no bojo do sistema difuso de controle de constitucionalidade.

O que faz o art. 52, inciso X, da Constituição, em outras palavras, é facultar ao Senado a possibilidade de emprestar à declaração incidental de inconstitucionalidade eficácia objetiva, com a suspensão da execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional.

Ocorre que o Senado Federal não está vinculado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, podendo, portanto, decidir pela não edição do decreto legislativo ou por sua edição com alcance apenas parcial da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, a possibilidade de o decreto legislativo abranger apenas parte do objeto da declaração de inconstitucionalidade advém do próprio texto constitucional que, no inciso X, do art. 52, define como competência do Senado Federal a suspensão da execução, “no todo ou em parte”, de lei declarada inconstitucional.

Devo lembrar a esta Comissão, além disso, que a decisão da Suprema Corte foi tomada por maioria extremamente apertada, de seis votos, o que indica a instabilidade do entendimento do Tribunal e, logo, a possibilidade de sua alteração em um curto espaço de

tempo, principalmente se levada em conta a alta taxa de renovação na composição da Corte.

Apoiado nas considerações acima expendidas penso que o decreto legislativo a ser editado pelo Senado Federal deve abranger, tão somente, a declaração de inconstitucionalidade que atinge o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 2006.

Deixando permanecer plenamente eficaz o trecho que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, presente no art. 44 da referida Lei, já que destinado aos traficantes de drogas que não tenham o perfil definido de baixa periculosidade delineado no § 4º do art. 33.

É que no § 4º do art. 33 da Lei 11.343, de 2006, existe uma incongruência grave. Pois, ao mesmo tempo em que a lei reconhece o menor potencial ofensivo do crime de tráfico cometido por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades nem integre organização criminosa, com isso prevendo a redução da pena de 1/6 a 2/3, impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aqui, de fato, a restrição carece de sistematicidade. Nessa hipótese se justifica a edição do decreto legislativo, com vistas suspender a execução do trecho, presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343, de 2006, “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”<sup>106</sup>.

Verifica-se que essa posição foi firmada, entre outras razões, em face do processo - que pode ser verificado tanto no Brasil quanto em outros países – de hipertrofia pelo qual atravessam os tribunais constitucionais.

E não era de se esperar outra atitude do Senado Federal que não essa. Ora, ainda que se tivesse como certo o processo de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, nos moldes defendidos por Gilmar Mendes e Eros Grau, o Poder Legislativo não iria se curvar pacificamente ao ativismo do STF.

### **3.6 Considerações doutrinárias sobre a discussão posta**

Após iniciadas as discussões sobre a Reclamação 4.335 no STF não demorou para que abalizadas vozes da doutrina constitucional brasileira viessem falar sobre o tema. Pode-se dizer que nenhum doutrinador de renome encampou a tese esposada por Gilmar Mendes e Eros Grau. O repúdio à pretendida objetivação das decisões tomadas pela Suprema Corte nos processos de controle difuso foi contundente.

---

<sup>106</sup> Relatório aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/101007.pdf>, acesso em: 1º-02-2012.

Em tais manifestações resta evidente que competência prevista no art. 52, X, da Constituição Federal é tida como um elemento fundamental da tripartição constitucional dos poderes e da operação cotidiana do sistema de freios e contrapesos. Um exemplo interessante a seguir:

A teoria da objetivação do controle difuso, em poucas palavras, defende a atribuição do efeito *erga omnes* às decisões tomadas em controle difuso, tornando ineficaz a edição da resolução pelo Senado Federal, que serviria tão-só à publicação da decisão da Suprema Corte nacional (...) Com a devida vênia, não vemos como adequada essa doutrina (...) Além de ferir flagrantemente a Carta Magna, tal argumentação afronta o princípio constitucional da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, dando poderes ao STF que ultrapassam aos desejados pelo legislador constituinte, qual seja, representar a vontade soberana do povo ao “legislar”, alterando dispositivo constitucional no qual o legislador não deixou dúvidas quanto à sua vontade. No ponto, não se pode olvidar que a competência do STF é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos, portanto, de enumeração taxativa na Lei Maior, sendo que tão-só a Emenda Constitucional poderia ampliá-la (...) Não há, por conseguinte, de se falar em mutação constitucional. Ao revés, aceitando-se a argumentação de que o art. 52, X da Constituição não é mais aplicável, estaremos falando de usurpação de competência constitucional do Senado Federal pelo STF<sup>107</sup>.

Como se pode observar, para esse seguimento da doutrina, a aceitação da tese da objetivação do controle difuso seccionaria o sistema brasileiro de controle, atribuindo competência ao STF não prevista na Constituição, desafiando o princípio democrático e interferindo no equilíbrio da separação de poderes tradicional da vida republicana do país.

Nessa formulação, a competência disposta na Cláusula do Senado teria substituído, em um sistema de *civil law*, o *stare decisis* típico dos sistemas de *common law*. O Senado julgaria, de forma discricionária, o grau de estabilidade das decisões em controle difuso. Representativa dessa leitura, pode ser referida a seguinte passagem:

Um direito de feitio romanístico, como o brasileiro, mais valoriza a livre convicção do juiz na sua prudente aplicação da lei. Não condiz espontaneamente com a rigidez jurisprudencial, mesmo no topo constitucional. Esse fator impediu o *stare decisis* entre nós. Desse modo, a distribuição democrática do poder de controlar, feita pela própria Constituição federativa, conflui com outros fatores para inibir

<sup>107</sup> ALVES, Marcelo Franca; PRETTO, Renato Siqueira de, *A objetivação do controle de constitucionalidade difuso*, disponível em: <http://www.unasp-ec.com/revistas/index.php/actacientifica/article/view/180/156>, acesso em: 02-02-2014, p. 110-111.

na federação brasileira o despontar de uma jurisprudência constitucional tão vinculante como a norte-americana. A essa inibição corroborada pelo feitiço romanístico acresceu a necessidade de preservar a separação de poderes. No fim, todos esses fatores, somando-se, levaram a afastar da corte constitucional brasileira o poder de generalizar *erga omnes* a inconstitucionalidade verificada *inter partes*. Esse poder veio a ser outorgado ao Senado Federal pela Constituição de 1934 (...) Nos termos do controle difuso brasileiro, portanto, o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é senhor da generalidade (...) Foi para obter um contrapeso de moderação no âmbito da federação que a Constituição outorgou ao Senado, e não à Corte constitucional, a função de suspender a execução da lei. Por isso, a Constituição fez do Senado senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional (...) o Senado não está obrigado a generalizar, pois pode muito bem achar oportuno e conveniente que a inconstitucionalidade continue a ser decretada apenas *inter partes*. Está aí a sua função moderadora, exercida em nome dos estados-membros<sup>108</sup>.

Lênio Streck, em bem fundamentado trabalho, escrito a seis mãos com Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima<sup>109</sup> refuta com veemência todos os argumentos trazidos nos votos de Gilmar e Eros. Chegam a afirmar que caso tivesse sido sepultada a cláusula do Senado e vigendo aqui o efeito *erga omnes* das decisões em processos de controle incidental, desnecessária seriam a edição das súmulas vinculantes. E vão adiante:

O modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou lhe conferir apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intralegislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo do controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade, *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República),

<sup>108</sup> BARROS, Sérgio Resende de, Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?, disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14840-14841-1-PB.pdf>, acesso em: 10-01-2013, p. 234-236.

<sup>109</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 2 mar. 2014.

pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada de decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios (...) Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253>>. Acesso em: 2 mar. 2014 p. 6-7.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, foi exposto que no Brasil, de fato, convivem o sistema objetivo de controle, que tem como finalidade principal a eliminação de uma lei contrastante com a Constituição e, logo, a depuração do ordenamento jurídico e aquele outro, centrado diretamente na defesa dos direitos fundamentais subjetivos.

Logicamente, nem sempre foi assim, desde a primeira Constituição adotada no Brasil Império, outorgada em 1824, cujo sistema de controle de constitucionalidade não era realizado pelo Poder Judiciário, mas pelo Legislativo, a quem cabia a guarda da Constituição, até a última, promulgada em 1988, o que se nota é que, em razão da influência norte-americana, o controle jurisdicional das leis no Brasil iniciou por meio do controle difuso.

O controle abstrato consolidou-se, efetivamente, na Carta de 1946, após a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, conhecida como a “Reforma do Judiciário”, cuja iniciativa para a proposição da arguição de inconstitucionalidade era prerrogativa do Procurador-Geral da República. Porém, o instituto ganhou força a tal ponto de atualmente constatar-se a tendência cada vez maior à adoção deste sistema com o aumento expressivo do rol dos legitimados pela Carta de 1988.

Diante desse quadro, o que se verifica é que o Supremo Tribunal Federal tem buscado assentar entendimento no sentido de que a competência descrita hoje no art. 52, inc. X, da Constituição de 1988, supostamente vem perdendo o seu significado institucional e sistemático chegando ao ponto de os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau sustentarem que não mais se justifica a sua manutenção. A cláusula, pelo menos para os dois, tornou-se perempta em face das alterações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, em particular, em face da jurisprudência que vem sendo construída pelo próprio STF em torno dos elementos que compõem o sistema difuso de controle.

Mas ainda que se vislumbre um desenvolvimento de um processo de objetivação do controle difuso e, logo, a sobreposição entre as duas modalidades de controle, entendemos ser imprescindível manter o equilíbrio entre os poderes dentro da estrutura institucional do país para que não se instale no Brasil a denominada

“juristocracia”<sup>111</sup>, conceito desenvolvido pela doutrina norte-americana.

Com efeito, a natureza da competência do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade não nos conduz a orientações pacíficas. No quanto pode ser resumido os escritos doutrinários e jurisprudenciais sobre a cláusula do Senado, é lícito afirmar que as propostas interpretativas da competência hoje presente no inciso X do art. 52 da Constituição terminam por criar dois polos, opostos e excludentes.

De um lado estão os que consideram que, mesmo essa competência tendo sido estabelecida com o objetivo de estender a eficácia da decisão da Suprema Corte proferida em sede de controle difuso, ela também revela um elemento essencial da tripartição de poderes estabelecida nas constituições republicanas brasileiras.

De outro, estão os que reconhecem que o controle brasileiro de constitucionalidade foi, de fato, submetido a muitas e profundas alterações, tanto no âmbito legislativo quanto jurisprudencial, o que acabou minando a normatividade original que se extraía da competência ora em discussão.

Em razão de tais alterações e seguindo a opção hermenêutica de muitos julgados do Supremo Tribunal Federal, os partidários dessa segunda corrente postulam uma mutação no âmbito normativo extraível da competência hoje estampada no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Importante destacar que Lúcio Bittencourt já se posicionava, quanto ao art. 45, IV, da Constituição de 1967 (cláusula do Senado), que a competência do Senado Federal consistia apenas em “tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos”<sup>112</sup>.

Note-se que a posição de Bittencourt está em harmonia com o entendimento segundo o qual a decisão em controle de constitucionalidade tem natureza declaratória. Daí a afirmação do autor no sentido de “que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez

---

<sup>111</sup> A respeito da tese segundo a qual caminha o estado democrático contemporâneo para uma Juristocracia, cf., exemplificativamente, Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004; Carlo Guarnieri, *et al.*, *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2002 e Alec Sweet, *Governing with judges*, Oxford: Oxford UK, 2000. Cf., ainda, Kim Scheppele, *Democracy by judiciary*, disponível em: <http://law.wustl.edu/higls/conferences/ConstitutionalConf/papers/ScheppelePaper.pdf>, acesso em: 31-7-2012, falando em “*courtocracy*”.

<sup>112</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Série “Arquivos do Ministério da Justiça”. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 145.

que o ato, sendo 'inexistente' ou 'ineficaz', não pode ter suspensão a sua execução"<sup>113</sup>.

É exatamente nesse mesmo sentido a proposta do ministro Gilmar Mendes em vários escritos doutrinários<sup>114</sup> (e que foi acolhida pelo voto do ministro Eros Grau na já multicitada Rcl 4.335<sup>115</sup>) e em votos proferidos na Suprema Corte. Nestes termos o ministro expôs seu entendimento:

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Em verdade, a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, da CF indica que o referido instituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988.

A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, "apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos".

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim,

---

<sup>113</sup> BITTENCOURT. *O controle jurisdicional constitucionalidade das leis*, cit. p. 145-6.

<sup>114</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade*. Caderno de Direito Constitucional. Porto Alegre. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006 e MENDES, Gilmar Ferreira, *O Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

<sup>115</sup> Nestes termos se manifestou o ministro Eros Grau naquela ocasião: "O sentido atribuído pelo eminente Relator ao inciso X do artigo 52 da Constituição não é inusitado. Há alguns anos foi afirmado por Lúcio Bittencourt. De resto, inúmeras circunstâncias esmiuçadas no voto do Relator – circunstância que não me parece necessário aqui reproduzir ou reiterar – indicam a efetivação da mutação". Em sentido contrário se manifestou o ministro Joaquim Barbosa: "haveria de ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da CF, que trata de uma autorização ao Senado de determinar a suspensão de execução do dispositivo tido por inconstitucional e não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF (...) essa postura, além de estar impedida pela literalidade do art. 52, X, da CF, iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição".

o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art.31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, § 31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o § 31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê<sup>116</sup>.

Do confronto das duas opções interpretativas que prevalecem sobre o significado do inciso X do art. 52 da Constituição de 1988, constata-se a configuração, dentre nós, daquilo que a doutrina norte-americana define como “contestação constitucional” (*Constitutional Contestation*). Tal contestação se revela quando “os juízes são confrontados com o persistente e razoável desacordo sobre o significado da Constituição”<sup>117</sup>.

Da análise das teses expostas no presente trabalho, a tese que mais nos parece em sintonia com o controle de constitucionalidade no Brasil, mormente com o estado atual do sistema de controle difuso, não é a que postula a mutação constitucional do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. Efetivamente, os conceitos doutrinários e jurisprudenciais de “mutação constitucional” não cabem na espécie aqui estudada.

Mesmo se levando em conta que o controle de constitucionalidade difuso experimentou significativas modificações, traduzidas, por exemplo, na adoção pela Suprema Corte da técnica de prevalência dos precedentes, bem como nas diversas alterações constitucionais e infraconstitucionais ocorridas, notadamente, após o advento da Carta de 1988, não se pode falar em obsolescência do papel destinado ao Senado Federal.

Por último, e como corolário do presente estudo e expressão das conclusões a que chegamos, vale a pena destacar um trecho do magistério de Lênio Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima.<sup>118</sup>

<sup>116</sup> Excerto do voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes na Rcl 4.335.

<sup>117</sup> WHITTINGTON, Keith. *Constitutional Constraints in Politics*, in: KAUTZ, Steven (et al.), *The Supreme Court and The Idea of Constitutionalism*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009, p. 231.

<sup>118</sup> STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da

A decisão do Supremo Tribunal Federal, *por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica*, pode (e, certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação das demandas. Se o Supremo Tribunal Federal pode fazer mutação constitucional, *em breve essa "mutação" começará a gerar* – como se já não existissem à saciedade [23] - *os mais diversos frutos de cariz discricionário (portanto, positivista*, no sentido em que Dworkin critica as teses de Hart). Exatamente porque no Brasil cada um interpreta como quer, decide como quer e recorre como quer (e isso parece recorrente na cotidianidade dos fóruns e tribunais da República), é que faz com que cresçam dia-a-dia as teses instrumentalistas do processo, como que a mostrar, a todo instante, que as teses de Oscar Von Büllow não foram (ainda) superadas. A solução tem sido essa: corte-se o acesso à justiça. 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.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo Franca. *A objetivação do controle de constitucionalidade difuso*. Disponível em: < <http://www.unasp-ec.com/revistas/index.php/actacientifica/article/view/180/156> >. Acesso em: 10 jan 2012.

BARBI, Celso Agrícola. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, in: NEQUETE, Lenine (coord.). *O Poder Judiciário e a Constituição*, Porto Alegre: Coleção AJURIS 4, 1977, p. 127-183.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de Processo, São Paulo, v. 27, n. 27, p. 180-190, jan./mar. 2002.

BARROS, Sérgio Resende de, *Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade?* Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14840-14841-1-PB.pdf> >. Acesso em: 10 jan 2012.

BARROS, Sérgio Resende de, *O Senado e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: < <http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino/O%20senado%20e%20o%20controle%20de%20constitucionalidade.doc>. Acesso em: 10 jan 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Série "Arquivos do Ministério da Justiça". Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, 13(50): 61.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CARVALHO, Patrícia Cunha B. de. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade brasileiro*. Disponível em: < <http://www.amase.com.br/v3/conteudo.ler.php?cat=267&id=30844> >. Acesso em: 11 jan 2012.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DANTAS, Miguel Calmon. *Competência do Senado Federal no controle de constitucionalidade*. Disponível em: < [http://www.pge.ba.gov.br/Images/upload/File/Artigos/2010/Miguel\\_Calmon/competenciasenadofederal.pdf](http://www.pge.ba.gov.br/Images/upload/File/Artigos/2010/Miguel_Calmon/competenciasenadofederal.pdf) >. Acesso em: 10 jan 2012.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira (et al.). *A objetivação do controle difuso na ordem jurídica brasileira*. Disponível em: < <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/212/208> >. Acesso em: 10 jan 2012.

FAUSTINO, Antônio Carlos. *O art. 52, X, da Constituição Federal: eficácia e efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso e o papel do Senado Federal*. Disponível em: < [http://rbdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-155-Antonio\\_Faustino\\_e\\_Marcelo\\_Bastos\\_\(52\\_X\).pdf](http://rbdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-155-Antonio_Faustino_e_Marcelo_Bastos_(52_X).pdf) >. Acesso em: 10 jan 2012.

GUARNIERI, Carlo, et al., *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

HIRSCHL, Ran, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KAUTZ, Steven (et al.), *The Supreme Court and The Idea of Constitutionalism*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2009.

LEMOS, Tayara Talita. *Mutação constitucional e democracia: uma (des)construção hermenêutica do problema da intervenção do Senado em sede de controle difuso da constitucionalidade*. Disponível em: < <http://www.abdconst.com.br/revista3/franca.pdf> >. Acesso em: 10 jan 2012.

LÚCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de Informação Legislativa*, 1(2).

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2. ed. São Paulo: J. Bushasky Editor, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. Kelsen e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Brasília, a. 31, n. 121, p. 185-188, jan./mar. 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informa o Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. A evolu o do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Brasília, a. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdi o constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade*. Caderno de Direito Constitucional. Porto Alegre. Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários   Constitui o de 1967*. São Paulo: RT, 1968.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legisla o extravagante: atualizado até 1<sup>o</sup> de março de 2006*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. *Novas tendências acerca do controle difuso de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3718.pdf> >. Acesso em: 10 jan 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. Del control político al control jurisdiccional: evolución y aportes a la justicia constitucional en América Latina. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, v. 12, p. 301-352, 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 4, p. 143-208. Jul./Dez. 2006.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional: uma visão de direito comparado*. Madrid: Dykinson Constitucional, 2009.

SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de la Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Direito Público – Doutrina Estrangeira*, Brasília, n. 2, p. 55-82. Out-Nov-Dez/2003.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Ler e produzir textos jurídicos. *Instituto Brasiliense de Direito Público*. Disponível em: < <http://moodle3idp.edu.br/course/view.php?id=196> >. Acesso em: 02 nov. 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em direito. *Instituto Brasiliense de Direito Público*. Disponível em: < <http://moodle3idp.edu.br/course/view.php?id=196> >. Acesso em: 02 nov. 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Curso avançado de metodologia da pesquisa jurídica – Metodologia da pesquisa em direito. *IDP On Line*, Brasília, 2009, 1. ed. ago/2009, p. 21-22. Disponível em: < <http://moodle3idp.edu.br/course/view.php?id=196> >. Acesso em: 02 nov. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10253> >. Acesso em: 2 mar. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, Rcl 4535/AC. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, Distrito Federal, 21/08/2006. DJ 25.08.2006. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: 05.11.2012.

SWEET, Alec, *Governing with judges*, Oxford: Oxford UK, 2000. Cf., ainda, Kim Scheppele, *Democracy by judiciary*. Disponível em: < <http://law.wustl.edu/highs/conferences/ConstitutionalConf/papers/ScheppelePaper.pdf> >. Acesso em: 3 jul 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.