



# PUC

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

---

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO-DIFUSO:  
UMA REFLEXÃO SOBRE A RECLAMAÇÃO Nº. 4.335**

**Por**

**Fabiana Cuiñas Duna**

**ORIENTADOR: Fábio Carvalho Leite**

**2007.2**

---

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO**

**RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900**

**RIO DE JANEIRO - BRASIL**

**O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO  
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
CONCRETO-DIFUSO:  
UMA REFLEXÃO SOBRE A RECLAMAÇÃO  
Nº. 4.335**

**por**

**Fabiana Cuiñas Duna**

Monografia apresentada ao  
Departamento de Direito da  
Pontifícia Universidade  
Católica do Rio de Janeiro (PUC-  
Rio) como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.

Orientador: Fábio Carvalho Leite

**2007.2**

Aos meus amados pais,  
por estarem sempre presentes  
e pelo amor incondicional.

Agradeço:

Aos meus pais Michel e Vera,  
Pelo exemplo de vida e amor.

Ao meu querido irmão Antonio Fernando,  
Pela presença sempre importante e pela amizade.

Ao meu querido tio Tuninho e minha avó Vera,  
Sempre compreensivos e amigos.

Aos colegas de turma,  
principalmente àquelas presentes nos momentos mais especiais:  
Gabriella, Marcelle, Monyke e Nicole.

Ao professor orientador Fábio Leite,  
Pela atenção e apoio incomensuráveis.

Finalmente, aos professores desta instituição,  
Por todo aprendizado proporcionado ao longo desta jornada.

Muito obrigada!

*“Porém, cada coisa chegará no tempo próprio,  
não é por muito ter madrugada  
que se há de morrer mais cedo”.*

José Saramago,  
Ensaio sobre a cegueira

## **Resumo**

O presente trabalho busca analisar o papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto-difuso a partir da análise da Reclamação nº. 4.335. A princípio, a declaração incidental de inconstitucionalidade possui efeitos limitados às partes que integraram a lide, não sendo, pois, oponível contra todos, até que o Senado Federal suspenda a execução da norma maculada. Tal entendimento, há muito sedimentado em sede doutrinária e jurisprudencial, deve-se ao disposto no artigo 52, X da Constituição Federal. Ocorre que a utilização de tal dispositivo vem sendo contestada atualmente por uma linha de entendimento, emergida quando do julgamento da referida reclamação, que aduz haver ocorrido no mencionado artigo uma “mutação constitucional” de modo que a decisão do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade em um caso concreto teria, por si só, efeito *erga omnes*, independentemente da intervenção daquela Casa do Congresso. Daí a importância do estudo do tema com o intuito de averiguar qual a melhor interpretação a ser conferida ao dispositivo constitucional.

## **Palavras-chave**

Controle de constitucionalidade

Supremacia da Constituição

Senado Federal

Mutação constitucional

Supremo Tribunal Federal

## Sumário

Introdução.....	8
Capítulo 1 – Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: conceito e classificações.....	10
1.1. Conceito e premissas.....	10
1.2. O fenômeno da inconstitucionalidade.....	11
1.3. Natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitu- cionalidade.....	12
1.4. Tipologia da inconstitucionalidade.....	14
1.4.1. Inconstitucionalidade formal e material.....	14
1.4.2. Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	16
1.4.3. Inconstitucionalidade originária e superveniente.....	17
1.4.4. Inconstitucionalidade total e parcial.....	17
1.4.5. Inconstitucionalidade direta e indireta.....	18
1.5. Modalidades de controle de constitucionalidade.....	18
1.5.1. Quanto à natureza do órgão de controle.....	18
1.5.2. Quanto ao momento de exercício do controle.....	20
1.5.3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle.....	22
1.5.4. Quanto à forma de controle judicial.....	23
Capítulo 2 – Abordagem histórica do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil.....	24
2.1. Modelos precedentes à Constituição vigente.....	24
2.2. O sistema de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988.....	34
Capítulo 3 – O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto-difuso.....	38
3.1. Algumas questões prévias acerca do papel do Senado.....	38

3.2. A mudança de paradigma no controle de constitucionalidade operada pela Constituição de 1988 e o agravamento da incoerência do papel desempenhado pelo Senado Federal.....	42
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Capítulo 4 – Reflexo do tema na jurisprudência: análise da Reclamação nº. 4.335.....	48
4.1. Resumo do caso.....	48
4.2. Análise do voto proferido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, relator da reclamação, e do voto-vista proferido pelo Min. Eros Grau, que entenderam pela procedência da reclamação.....	50
4.3. Divergência: análise do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, que julgou a reclamação improcedente, e do voto do Min. Joaquim Barbosa, que não conheceu da reclamação.....	66
Conclusão.....	71
Bibliografia.....	73



## **Introdução**

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto-difuso. Isto porque a intervenção de tal Casa do Congresso na fiscalização de constitucionalidade incidental vem gerando a perplexidade da doutrina e controvérsia na jurisprudência, vez que, como veremos, as alterações trazidas pela Constituição atualmente em vigor fizeram com que o dispositivo constitucional que contempla a participação daquela casa legislativa no controle de constitucionalidade perdesse muito de sua razão de existir, tornando-se um verdadeiro anacronismo.

O trabalho será organizado de forma a tentar facilitar a compreensão do tema proposto. Assim, no primeiro capítulo serão abordados o conceito e as premissas do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, o fenômeno da inconstitucionalidade, a natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitucionalidade, bem como as diversas modalidades de controle. O domínio de tais conceitos basilares é indispensável para o enfrentamento do tema, daí porque essas premissas serão assentadas no capítulo inicial.

O segundo capítulo destina-se a uma abordagem histórica do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário no Brasil, sendo dividido em dois itens: um destinado ao estudo dos modelos de controle que precederam à Constituição vigente e outro destinado ao estudo da fiscalização de constitucionalidade na Constituição de 1988. Tal análise histórica é de suma importância para o real entendimento do tema, pois, como veremos, a introdução do dispositivo que contempla a intervenção do Senado Federal remonta à Constituição de 1934. Sendo assim, importa verificar as diferenças existentes entre o contexto daquela época e a realidade atual, para que possamos perceber como tais mudanças influenciaram na interpretação do papel desempenhado pelo Senado, o que será possível ao realizarmos a mencionada análise histórica do tema.

O terceiro capítulo, por sua vez, será voltado ao estudo da função do Senado Federal no controle de constitucionalidade incidental, analisando questões de complexidade variada acerca do papel desempenhado por aquela Casa do Congresso. Neste capítulo será também abordada a mudança de paradigma operada pela Constituição de 1988 no controle de constitucionalidade, passando a ênfase de tal controle a residir não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. A feitura desta análise se impõe devido às conseqüências de tal alteração que, sem dúvida, influenciaram no papel desempenhado pelo Senado, tornando este ainda mais incoerente e controverso.

O capítulo final será destinado ao estudo da Reclamação nº. 4.335, onde a necessidade de manifestação do Senado Federal foi posta em discussão, gerando controvérsia na mais alta Corte da estrutura do Poder Judiciário do país. A importância do estudo de tal caso, enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal e que ainda não teve seu julgamento finalizado, é notória. De fato, como será visto, se julgada procedente, tal reclamação representará um divisor de águas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, uma vez que, nesse caso, haveria influência direta no modo de encarar a declaração de inconstitucionalidade realizada incidentalmente. Daí porque será, de início, realizado neste capítulo um resumo do caso e, após, uma análise pormenorizada dos votos já proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal.

## **Capítulo 1**

### **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: Conceito e classificações**

#### **1.1. Conceito e premissas**

Controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. É, pois, o juízo de adequação da norma infraconstitucional, denominada de objeto, à norma constitucional, conhecida por parâmetro, através da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com a finalidade de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade, seja material, seja formal, com a Constituição.

A efetividade do controle de constitucionalidade depende de duas premissas, quais sejam, a supremacia formal e a rigidez constitucional. O princípio da supremacia constitucional denota que a Constituição veicula as normas de máxima hierarquia no ordenamento jurídico, figurando como fundamento de validade de todo direito positivo. Ressalte-se que a supremacia é dividida em supremacia formal e supremacia material. De um lado, a supremacia formal, indispensável ao controle de constitucionalidade, conduz à relação de hierarquia entre a Constituição e as demais espécies normativas, vez que a primeira é produzida pelo poder constituinte originário, enquanto as segundas são produzidas pelos poderes constituídos, sendo aquele qualificado como anterior e superior em face destes. De outro lado, a supremacia material indica a maior importância das normas constitucionais, eis que é na Constituição que se encontra delineada a estrutura fundamental do Estado. Por fim, pelo princípio da rigidez constitucional decorre que as normas jurídicas veiculadas pela Constituição somente podem ser alteradas por um processo qualificado de reforma, de modo que o processo de reforma constitucional, na forma do artigo 60, é

mais dificultoso do que o processo legislativo ordinário<sup>1</sup>. Portanto, supremacia e rigidez são princípios correlacionados, sendo certo que a supremacia assegura a rigidez da Constituição, vez que as normas constitucionais somente funcionam como fundamento de validade das normas infraconstitucionais na medida em que haja um procedimento dificultoso de reforma constitucional.

## 1.2. O fenômeno da inconstitucionalidade

A Constituição, entendida como norma fundamental do ordenamento jurídico, regula o modo de produção das normas jurídicas e estabelece limites ao seu conteúdo. A contrariedade a essas determinações deflagra mecanismos de controle de constitucionalidade. Indaga-se, nesse contexto, se o ato inconstitucional é inexistente, inválido ou ineficaz. Portanto, as normas jurídicas podem ser analisadas sob esses três planos distintos, que terão seus contornos a seguir explicados.

A *existência* de uma norma jurídica verifica-se quando nela estão reunidos os elementos constitutivos definidos em lei como causa eficiente de sua incidência. A ausência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma (como agente, objeto e forma) impedem o ingresso do ato no mundo jurídico, tratando-se, portanto, de ato inexistente.

Existente o ato, sujeita-se ele a um segundo plano de análise, qual seja, a verificação de sua *validade*. Trata-se de analisar se os elementos do

---

<sup>1</sup> Segundo o magistério de Alexandre de Moraes, “a idéia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado ordinário estará em mãos do legislador ordinário”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2007, p. 689. Em sentido diverso, manifesta-se Guilherme Peña de Moraes, destacando que “a doutrina moderna evidencia a possibilidade de exercício da jurisdição constitucional, sob o prisma do controle de constitucionalidade, perante Constituição flexível, embora restrito a aspectos formais, sob o fundamento de que, na hipótese de que a legislatura ordinária reforma as normas de conteúdo intrinsecamente constitucional, deve atuar de acordo com o procedimento por elas mesmas prescrito, sob pena de sanção por invalidade formal”. MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2007, p. 121.

ato preenchem os requisitos que a lei impôs para que sejam tidos como atos dotados de perfeição. Assim, devem estar presentes os requisitos de competência, forma adequada e objeto lícito e possível. A ausência de algum desses requisitos gera a invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico comina as sanções de nulidade e anulabilidade, de acordo com a maior ou menor gravidade da violação. Nesse contexto, norma inconstitucional é norma inválida por não atender aos requisitos impostos pela Constituição. Não se pode dizer que tal norma inconstitucional é inexistente, pois ingressou no mundo jurídico, tendo tido, inclusive, em muitos casos, aplicação efetiva.

O último plano de análise, consistente na *eficácia* dos atos jurídicos, trata da aptidão da norma para a produção do efeito que lhe é próprio, qual seja, o de regular as situações na norma albergadas. A inconstitucionalidade, como visto, constitui mácula aferida no plano da validade. Indubitável, no entanto, que, reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano da eficácia e, assim sendo, a norma inconstitucional não deve ser aplicada.

### **1.3. Natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitucionalidade**

A natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitucionalidade suscita controvérsia no campo doutrinário.

Uma corrente doutrinária, com inspiração no direito norte-americano e com ampla acolhida pela doutrina e jurisprudência pátrias, assevera que a natureza do ato inconstitucional é a de ato nulo, de forma que a invalidade da norma implica sua ineficácia *ab initio*, vez que o ato inconstitucional não integrou o ordenamento jurídico, tendo em vista a desconformidade com o regramento superior. É, portanto, a norma inconstitucional nula de pleno direito. A inconstitucionalidade como forma de nulidade do ato coaduna-se com a impossibilidade de convalidação do ato e denuncia o vício desde a origem.

Consequência natural da teoria da nulidade é que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é a de decisão meramente declaratória, vez que se limita a reconhecer uma situação pré-existente. Por conseguinte, seus efeitos se produzem retroativamente. Decorre daí que, em regra, não serão admitidos efeitos válidos à lei inconstitucional, devendo todas as situações jurídicas constituídas com base nela voltar ao *status quo ante*.

Nesse sentido é também o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que possui jurisprudência reiterada onde afirma que a natureza do ato inconstitucional e da decisão de inconstitucionalidade seria a de ato nulo e a de decisão meramente declaratória, *ipsis litteris*:

“a declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica”<sup>2</sup>.

Na prática, no entanto, algumas situações tornam-se irreversíveis, exigindo um tratamento especial, que possui caráter excepcional. Atento a tais situações, o legislador introduziu na Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, em seu art. 27<sup>3</sup>, mecanismos de decisão que mitigam a nulidade do ato inconstitucional, vez que permitem a restrição (excluindo de seu alcance, por exemplo, categoria de pessoas que sofreriam ônus excessivo com a decisão) ou eliminação (fazendo incidir a decisão somente a partir do trânsito em julgado) do efeito retroativo, bem como a obtenção do efeito prospectivo (fixando para algum momento no futuro o início de produção dos efeitos da decisão), de modo que existe a possibilidade de atos nulos, com a produção de efeitos válidos.

A previsão legal de tais mecanismos de decisão, embora atenua a teoria da nulidade do ato inconstitucional, não tem o condão de fazer

---

<sup>2</sup> STF, ADI nº 1434, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22 de novembro de 1996.

<sup>3</sup> Art. 27, *in verbis*: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

prevalecer o entendimento de que o ato inconstitucional é ato anulável, com eficácia *ex nunc*. Tal tese, de inspiração austríaca e com pouca acolhida em sede doutrinária no direito brasileiro<sup>4</sup>, fiel à doutrina de Hans Kelsen, sustenta que a invalidade da lei ou ato normativo não importa na sua ineficácia *ab initio*, posto que o ato inconstitucional integrou o ordenamento jurídico, tendo ocorrido a produção de efeitos jurídicos até o momento de anulação da norma. Por conseguinte, segundo essa tese, a natureza da decisão de inconstitucionalidade é a de decisão constitutiva negativa, vez que anula o ato inconstitucional, que havia sido incorporado ao sistema de direito positivo.

#### **1.4. Tipologia da inconstitucionalidade**

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser verificada em razão de critérios distintos, tendo este item o objetivo de facilitar a compreensão de tal fenômeno.

##### **1.4.1. Inconstitucionalidade formal e material**

Tal classificação da inconstitucionalidade leva em conta a origem do vício. Assim é que ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desrespeito às normas de competência ou ao procedimento estabelecido pela Constituição para a entrada de uma norma no mundo jurídico. Constitui exemplo de inconstitucionalidade formal a inconstitucionalidade por usurpação de iniciativa reservada. A título ilustrativo, uma das hipóteses de iniciativa reservada contemplada no texto constitucional encontra-se no art. 61, §1º. Assim, o projeto de lei que

---

<sup>4</sup> No Brasil, a tese da anulabilidade da norma inconstitucional foi defendida, em sede doutrinária, por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que assim leciona: “A norma constitucional é simplesmente anulável, visto que esta qualidade lhe é imposta por um órgão competente, conforme o ordenamento jurídico, e que opera, eficaz e normalmente, como qualquer disposição normativa válida até a decretação de sua inconstitucionalidade. Em decorrência disso, a sentença que declara a inconstitucionalidade é do tipo constitutiva negativa(...)”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 275.

versar sobre as matérias ali elencadas só poderá ser oferecido pelo chefe do Executivo<sup>5</sup>, sendo certo que se tal iniciativa for usurpada por outrem, ainda que posteriormente receba a sanção presidencial, haverá inconstitucionalidade formal. Isto porque tal vício de iniciativa macula de nulidade toda a formação da lei, o que impede a convalidação, mesmo com a futura sanção do Presidente da República. O entendimento jurisprudencial também se pacificou neste mesmo sentido, tendo sido a Súmula 5 do Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup>, que previa posicionamento diverso, abandonada em 1974, no julgamento da Representação nº. 890-GB<sup>7</sup>, prevalecendo, pois, atualmente, a posição do Supremo pela impossibilidade de convalidação.

A inconstitucionalidade material, por sua vez, ocorre quando há uma incompatibilidade de conteúdo entre a lei ou ato normativo e a Constituição. A contrariedade do ato infraconstitucional pode ocorrer em relação a uma regra constitucional ou em relação a um princípio constitucional. Portanto, o controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direito e programáticas<sup>8</sup>.

Ressalte-se que nada impede a coexistência de inconstitucionalidade formal e material em um mesmo ato legislativo, vez que se trata de vícios distintos, podendo se apresentar cumulativamente. É de se salientar ainda que o reconhecimento de ambos os tipos de inconstitucionalidade gera a mesma consequência, qual seja, a invalidade da norma e, por via de consequência, a perda de eficácia da mesma.

---

<sup>5</sup> Ressalte-se que as matérias cuja discussão legislativa dependam de iniciativa privativa do Presidente da República são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições estaduais, não poderão afastar-se da disciplina constitucional federal. Neste sentido: STF – Pleno – Adin nº 1.1961-1/RO – medida liminar – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 24 mar. 1995, p. 6.804 e STF – Pleno – Adin nº 1.197-9/RO – medida liminar – Rel. Min. Carlos Velloso.

<sup>6</sup> Súmula 5: “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”.

<sup>7</sup> RTJ 69/629 – EMENTA: “A sanção não supre a falta de iniciativa *ex vi* do disposto no art. 57, parágrafo único, da Constituição, que alterou o direito anterior”.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 94.



#### **1.4.2. Inconstitucionalidade por ação e por omissão**

Tal classificação leva em consideração a causa do vício. Na inconstitucionalidade por ação ocorre uma conduta comissiva do Estado no campo do processo legislativo. Em decorrência, há a produção de norma infraconstitucional em desrespeito à norma constitucional que lhe deveria servir de parâmetro. Vale dizer que foi a partir desta situação que se construiu toda a doutrina e jurisprudência do controle de constitucionalidade, desde o seu advento.

Surgiu, no entanto, um fenômeno novo: a inconstitucionalidade por omissão, que vem constantemente desafiando a inventividade da doutrina e da jurisprudência, que buscam soluções para esse vício, vez que já se constatou que os instrumentos idealizados para combater leis inconstitucionais não têm sido suficientes para enfrentar este tipo de contrariedade ao texto constitucional. Tal tipo de inconstitucionalidade é aquele que se refere à inércia na elaboração de normas imprescindíveis à realização do comando constitucional, manifestando-se através de um *non facere* no campo legislativo. O que ocorre, portanto, é a ausência de produção da norma infraconstitucional exigida pela norma constitucional de eficácia limitada.

Nesse contexto, a inconstitucionalidade por omissão tem como pressupostos a violação do dever constitucional de legislar, imposto pela norma constitucional que necessita de regulamentação para se tornar aplicável, bem como a ocorrência da inércia durante intervalo de tempo razoável, o que deve ser aferido de acordo com o princípio da razoabilidade.

É de se ressaltar que não são em todos os casos que a inconstitucionalidade por omissão deriva de uma conduta estatal omissiva no campo do processo legislativo, vez que a omissão inconstitucional pode ser dividida em absoluta ou total, onde inexistente a produção da norma exigida, e relativa ou parcial, onde há a produção da norma reclamada,

todavia em desrespeito ao princípio da isonomia, ou seja, a norma existe, mas não satisfaz integralmente ao mandamento constitucional.

Por fim, saliente-se que a Constituição de 1988 concebeu dois remédios jurídicos com o fito de solucionar o vício, que, como visto, não é satisfatoriamente resolvido pelos instrumentos clássicos de combate às leis inconstitucionais. Tais remédios são o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), relacionado à defesa de direitos subjetivos *in concreto* violados devido à ausência de norma regulamentadora, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), voltada para o controle por via principal e em tese das omissões inconstitucionais.

#### **1.4.3. Inconstitucionalidade originária e superveniente**

Esta classificação leva em conta a ocasião do vício. Assim é que existirá a inconstitucionalidade originária quando expressa no momento de seu ingresso no mundo jurídico, ou seja, neste momento a norma já era incompatível com a Constituição, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material.

A inconstitucionalidade superveniente, por sua vez, exterioriza-se em momento posterior à produção da norma alvo do controle de constitucionalidade, em decorrência de mutação ou reforma constitucional. Assinale-se que inexistente, no direito brasileiro, inconstitucionalidade formal superveniente, vez que a lei anterior permanecerá válida, passando a ostentar o *status* da espécie normativa reservada pela nova Constituição para aquela matéria. Por outro lado, a inconstitucionalidade material superveniente resolve-se em revogação da norma anterior.

#### **1.4.4. Inconstitucionalidade total e parcial**

A classificação ora em comento leva em conta a extensão do vício. A inconstitucionalidade será total quando atingir a norma por completo. Será, por sua vez, parcial quando recair sobre um ou alguns dispositivos ou, inclusive, sobre fração de um deles. Neste caso o alcance da

inconstitucionalidade é mais restrito e atinge apenas parcela da norma impugnada, mas deve ser ressaltada a possibilidade de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma produza efeitos sobre outras, desde que haja relação de dependência entre elas e estas deixem de possuir significação autônoma.

#### **1.4.5. Inconstitucionalidade direta e indireta**

A inconstitucionalidade de diz direta quando a norma impugnada confrontar diretamente com a Constituição. Será indireta quando o ato impugnado contrasta com uma lei e não com a Constituição de forma imediata. Na hipótese de inconstitucionalidade indireta terá antes ocorrido violação à lei, gerando uma ilegalidade previamente a sua inconstitucionalidade. Esse é o motivo pelo qual a jurisprudência não admite o controle de constitucionalidade de atos normativos secundários<sup>9</sup>.

### **1.5. Modalidades de controle de constitucionalidade**

As modalidades de controle podem ser sistematizadas levando-se em conta aspectos subjetivos, objetivos e processuais, que serão analisados na classificação que se segue.

#### **1.5.1. Quanto à natureza do órgão de controle**

Sob o ângulo da natureza do órgão, o controle de constitucionalidade será decomposto em controle político, praticado por órgão excluído da estrutura do Poder Judiciário e controle judicial, praticado por órgão pertencente ao Poder Judiciário.

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade adota o controle judicial como regra geral, cabendo, portanto, aos órgãos do Poder Judiciário a definição do posicionamento definitivo acerca da interpretação da Constituição. Existem, entretanto, hipóteses em que o Poder Executivo e

---

<sup>9</sup> STF, *RDA*, 1991. Estando os atos normativos secundários subordinados à lei, que é o ato normativo primário, não se estabelece o confronto direto entre eles e a Constituição, descabendo ação direta de inconstitucionalidade.

o Poder Legislativo desempenham papel importante na fiscalização de constitucionalidade, tanto em caráter preventivo como repressivo e tanto no plano concreto como no abstrato.

Assim, o Poder Executivo tem a possibilidade de participar do controle de constitucionalidade das normas em três hipóteses distintas: 1) através do exercício do poder de veto ao considerar que o projeto de lei é, no todo ou em parte, inconstitucional (art. 66, § 1º, da CRFB/88); 2) pela possibilidade de descumprimento de lei que se considera inconstitucional. Isto porque o Judiciário apesar de deter a primazia da aplicação da Constituição, não detém seu monopólio, assim, os órgãos do Executivo, destinados a dar aplicação às leis, podem encarar situações onde surge a dúvida concernente a aplicar uma lei que consideram inconstitucional ou deixar de aplicá-la, em razão da supremacia da Constituição; 3) através da propositura de ação direta de inconstitucionalidade, sendo certo que no elenco dos legitimados, constante no art. 103 da Constituição de 1988, figuram, entre outros, o Presidente da República, bem como o Governador do Estado, embora não esteja aí incluído o Prefeito.

Também em sede de controle político existe a possibilidade de participação do Poder Legislativo, que poderá intervir na fiscalização de constitucionalidade nas seguintes hipóteses: 1) através do pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça, em cujo elenco de atribuições está a manifestação acerca das propostas de emenda constitucional e dos projetos de lei apresentados, sob o prisma de sua compatibilidade com o texto constitucional; 2) pela rejeição do veto do Chefe do Executivo, na forma do art. 66, § 4º da Constituição; 3) através da sustação do ato normativo do Poder Executivo, nos termos do art. 49, V, da Constituição, que confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Tais situações dão ensejo ao Legislativo controlar a constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da legalidade, na hipótese de ser vulnerado por conduta do Chefe

do Executivo; 4) através de juízo prévio acerca das medidas provisórias, na forma do art. 62, § 5º, da Constituição Federal; 5) pela aprovação de emenda constitucional que supere interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Isto porque o Legislativo ao discordar da interpretação dada pelo Supremo à determinada norma, poderá emendá-la, exercendo seu poder constituinte derivado, desde que preenchido o *quorum* exigido na Carta Magna; 6) pela possibilidade de propositura de ação direta por órgãos do Legislativo, na forma do art. 103, incs. II, III e IV, da Constituição Federal e, por fim; 7) pela possibilidade de revogação da lei inconstitucional, vez que ao Legislativo é conferida a faculdade de revogar a lei, retirando-a do ordenamento jurídico com efeitos *ex nunc*, sem afetar a validade dos atos praticados com base na norma revogada.

Ressalte-se, por fim, que o controle judicial de constitucionalidade, no sistema brasileiro, teve origem no direito norte-americano (como será visto no capítulo seguinte). Tal espécie de controle tem como princípio maior a supremacia da Constituição, cabendo ao Poder Judiciário a função de seu intérprete final e definitivo. Assim, juízes e Tribunais ante a situação de aplicar a Constituição ou uma lei com ela conflitante, deverão escolher a primeira opção.

#### **1.5.2. Quanto ao momento de exercício do controle**

Sob o prisma do momento de exercício, há a distinção em controle preventivo, realizado sobre proposta de emenda ou projeto de lei, e controle repressivo, realizado sobre emenda ou lei, tendo a norma entrado em vigor.

No caso do controle preventivo, o órgão responsável não declara a nulidade da medida, mas propõe a correção de eventuais inconstitucionalidades. No Brasil o controle preventivo, em regra de natureza política, é desempenhado pelo Poder Legislativo, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça que se manifestam acerca da constitucionalidade da espécie normativa em tramitação e pelo Poder Executivo, que poderá vetar projeto aprovado pela casa legislativa, tendo

por base a inconstitucionalidade do ato e impedindo a sua conversão em lei<sup>10</sup>. Existe, também, hipótese de controle preventivo em sede judicial, que vem sendo admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de mandados de segurança impetrado por parlamentares que invocam o direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo conforme as normas constitucionais e legais, propiciando ao Poder Judiciário a análise difusa de eventuais ilegalidades ou inconstitucionalidades que estiverem ocorrendo durante o trâmite de projetos<sup>11</sup>.

Por outro lado, o controle repressivo é aquele realizado quando a lei já adquiriu vigência e, portanto, destina-se a paralisar-lhe a eficácia. Em regra, esse controle é desempenhado pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos. Há, no entanto, alguns mecanismos de controle repressivo pelo Poder Legislativo, como no caso da atribuição do Congresso Nacional de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Chefe do Executivo, bem

---

<sup>10</sup> O Presidente poderá vetar o projeto de lei com base em dois fundamentos, não necessariamente cumulativos, quais sejam: por entendê-lo inconstitucional, veto que se denomina jurídico, ou por considerá-lo contrário ao interesse público, veto que se denomina político. Saliente-se que, no contexto acima analisado, trata-se do exercício do veto jurídico.

<sup>11</sup> Alexandre de Moraes, no que diz respeito a este ponto, entende que “o flagrante desrespeito às normas regimentais, durante o processo legislativo, caracteriza clara ilegalidade, uma vez que os regimentos internos das Casas legislativas são resoluções, ou seja, espécies normativas primárias previstas diretamente na Constituição Federal (CF, art. 59, inc. VII). Entendemos que essa ilegalidade também será passível de controle jurisdicional, com base no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, pois a apreciação de lesão ou ameaça a direito jamais poderá ser afastada do Poder Judiciário”. O mesmo autor cita posicionamento diverso: “Manoel Gonçalves Ferreira Filho adota posição mais restrita em relação à possibilidade de controle jurisdicional em relação às normas regimentais, afirmando que ‘se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentais não o é, a violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita’”. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 711. Tal discussão, referente à amplitude da atuação do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade durante o processo de elaboração legislativa, suscitou também a formação de duas posições no Supremo Tribunal Federal. De acordo com a posição majoritária, compete ao Poder Judiciário analisar, em sede de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, a regularidade na observância pelo Congresso Nacional de normas constitucionais referentes ao processo legislativo, vez que os congressistas têm direito líquido e certo a não participarem de processo legislativo vedado pela Constituição Federal. Também conforme esta primeira corrente entendeu-se que a interpretação de normas regimentais são insuscetíveis de apreciação judicial, por se tratarem de assunto *interna corporis*. A segunda corrente formada sobre o tema consagrou também a existência de direito líquido e certo dos parlamentares a participarem do devido processo legislativo, porém entendeu ser o Poder Judiciário competente para fazer uma análise mais ampla desse devido processo legislativo, tanto em relação às normas constitucionais referentes ao processo legislativo, quanto em relação às normas do regimento interno da Casa Legislativa.

como pelo Poder Executivo, como no caso da recusa direta de aplicar regra considerada inconstitucional. Ressalte-se que em todos os casos a decisão final, existindo controvérsia acerca da interpretação da norma da Constituição, cabe ao Poder Judiciário.

### **1.5.3. Quanto ao órgão judicial que exerce o controle**

Do ponto de vista subjetivo, o controle de constitucionalidade poderá ser difuso, quando exercido por todos os juízes ou Tribunais, e concentrado, quando exercido por um órgão judicial ou por número limitado de órgãos criados com este objetivo.

O controle é difuso quando se permite a todo e qualquer juiz ou Tribunal a fiscalização da constitucionalidade de uma norma, sendo-lhes autorizado, conseqüentemente, a não-aplicação ao caso concreto das normas tidas por inconstitucionais. Portanto, na modalidade de controle difuso, também denominado sistema americano, todos os órgãos judiciários, estaduais ou federais, inferiores ou superiores, possuem o poder e o dever de não aplicar leis inconstitucionais aos casos em julgamento. No caso brasileiro, o controle difuso teve início com a primeira Constituição e permanece até os dias atuais.

No controle concentrado, a fiscalização de constitucionalidade é exercida por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados para essa finalidade específica. Vale mencionar que o controle concentrado, exercido por cortes constitucionais, se compatibilizava com as convicções de Hans Kelsen.

No Brasil, a Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por único legitimado o Procurador-Geral da República, que deveria atuar mediante representação, também denominada ação genérica (conforme se verá adiante).

#### 1.5.4. Quanto à forma de controle judicial

No que pertine à forma do controle judicial, há diferenciação entre controle incidental, instaurado pela via de exceção, onde a questão constitucional é suscitada como causa de pedir, devendo a inconstitucionalidade ser declarada na parte destinada à fundamentação da decisão, não produzindo, portanto, coisa julgada material, e controle principal, instaurado pela via de ação direta, na qual a questão constitucional é suscitada como pedido, devendo a inconstitucionalidade ser declarada na parte dispositiva da decisão, fazendo, pois, coisa julgada material.

Com base nisso, trata-se o controle incidental, também denominado *incidenter tantum*, de forma de fiscalização de constitucionalidade desempenhada por juízes e Tribunais na apreciação de casos concretos que se submetem ao seu julgamento. Tal controle é exercido quando o exame da questão de constitucionalidade integra um processo de raciocínio jurídico a ser desenvolvido pelo magistrado. Daí porque a questão constitucional assume a forma de questão prejudicial, que deve ser decidida como premissa para a solução do litígio. Portanto, a declaração de inconstitucionalidade é feita no exercício da função jurisdicional com o intuito de subtrair determinado caso concreto da incidência da norma tida por inconstitucional. É de se ressaltar que, no Brasil, o controle incidental e o controle difuso, não obstante não se confundirem conceitualmente, apresentam-se superpostos, vez que desde a primeira Constituição republicana o controle incidental é exercido de forma difusa.

O controle por via principal, por sua vez, é forma de controle exercido independentemente de um caso concreto ou de um litígio entre partes, tendo por objetivo a aferição, em tese, da constitucionalidade da norma cuja compatibilidade com o texto constitucional é controversa. Como se vê, não cuida da tutela de direitos subjetivos, mas busca preservar a harmonia do ordenamento jurídico, o qual não deverá conter qualquer norma incompatível com a Constituição.



## Capítulo 2

### Abordagem histórica do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil

#### 2.1. Modelos precedentes à Constituição vigente

Inexistente no regime da Constituição de 1824, o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário no Brasil foi introduzido com a República, quando do advento da Constituição de 1891<sup>12</sup>, que trouxe a doutrina do *judicial review*, de inspiração norte-americana, atribuindo ao Poder Judiciário a competência para negar aplicação às leis e atos normativos que contrariassem o texto constitucional. Nada obstante a proximidade entre o modelo brasileiro e o norte-americano daí resultante, existia uma importante diferença entre ambos, sendo esta responsável por um considerável afastamento entre tais modelos. Isto porque, nos Estados Unidos, em razão do princípio do *stare decisis*, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei pela Suprema Corte, ainda que tomada num dado caso concreto, nenhum outro órgão do Poder Judiciário poderia aplicar a referida norma, reconhecendo-se, pois, uma eficácia *erga omnes* a esta decisão. Portanto, o juízo de inconstitucionalidade formulado pela Suprema Corte, apesar de referir-se a um caso concreto, produzia efeitos gerais. De modo diferente, no entanto, no caso brasileiro, onde a tradição romano-germânica vigorante<sup>13</sup> não atribui eficácia vinculante às decisões judiciais, ainda que emanadas do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto compreende-se o motivo pelo qual as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização de

---

<sup>12</sup> Assim dispunha a Constituição de 1891: “Art. 59, §1º. Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação 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 válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

<sup>13</sup> Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 110.

constitucionalidade possuíam um alcance tão limitado. Assim, este modelo criado pela Constituição de 1891 gerou visíveis transtornos ao longo do período de vigência deste texto constitucional. Isto porque, se os efeitos da declaração de inconstitucionalidade restringem-se às partes do processo, é natural que os demais afetados pela norma ingressem com ações individuais com o fito de atingirem, pela via recursal, o Supremo Tribunal, cujo entendimento a respeito da constitucionalidade da norma seria de antemão conhecido. Apesar de tal fato ser mais visível no campo das leis tributárias<sup>14</sup>, por sempre afetarem um número de contribuintes significativo, certo é que em todos os ramos do direito o mesmo quadro caótico se desenhou, com o conseqüente ajuizamento de inúmeras ações semelhantes, em decorrência do modelo adotado pela Constituição de 1891.

Resta claro, pois, que a ausência de eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal, bem como a falta de um mecanismo de fiscalização abstrata de constitucionalidade foram sentidas ao longo do desenvolvimento do modelo de controle de constitucionalidade e, portanto, ecoaram no processo de elaboração da Constituição de 1934. À subcomissão do Itamaraty, responsável pela elaboração de um anteprojeto de Constituição, foram apresentadas propostas que tinham por finalidade aperfeiçoar o mecanismo de controle de constitucionalidade, tentando solucionar os problemas apontados na vigência do modelo adotado pela Constituição de 1891. As propostas apresentadas causaram polêmicas nos trabalhos da subcomissão<sup>15</sup>, gerando forte temor de se estar “subvertendo a organização dos poderes perante o país”, como defendeu Antunes Maciel, à época Presidente da subcomissão e Ministro da Justiça, ou, ainda, de se estar “criando uma ditadura do Poder Judiciário”, como asseverou Oswaldo Aranha.

---

<sup>14</sup> Tal idéia foi explorada por LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta*. p. 10.

<sup>15</sup> *Elaborando a Constituição Nacional – Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. (21ª. Sessão da Subcomissão Constitucional). Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, Brasília, 1993, p. 402. *Apud*. LEITE, Fábio Carvalho. *Ibid.* p. 11.

Por fim, a solução encontrada pela Constituição de 1934, cedendo à necessidade de se conceder eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, foi atribuir competência ao Senado Federal para, discricionariamente, suspender a execução de lei declarada inconstitucional por aquela Corte. Vê-se, assim, que tal mandamento, insculpido no art. 91, inc. IV, da Constituição de 1934<sup>16</sup>, encontrou fórmula para conceder eficácia geral, em face de todos, à decisão proferida no caso concreto pelo Supremo, cujos efeitos se irradiam ordinariamente apenas em relação às partes do processo, sem, contudo, conferir aquele poder ao Judiciário.

A Carta de 1934 também estabeleceu, em seu art. 179<sup>17</sup>, que apenas por maioria absoluta um tribunal poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei, reforçando com isso o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e introduzindo o princípio da reserva do plenário no direito brasileiro, que espelha aquele princípio primeiramente citado ao exigir um *quorum* qualificado do tribunal para afastar a constitucionalidade de uma norma. Vale mencionar que este dispositivo, instituído pela primeira vez na Constituição de 1934, e reproduzido nas Cartas subseqüentes, aplicava-se por força de sua origem apenas ao controle concreto-difuso. No entanto, com a criação do controle abstrato-concentrado (sob a égide da Constituição de 1946, como veremos adiante), estendeu-se também a ele a aplicação de tal princípio, vez que inexistia qualquer distinção na norma positivada no art. 97 da Constituição em vigor<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Assim dispunha a Constituição 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”. E também o art. 96: “Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal, para os fins do art. 91, IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva de que tenha emanado a lei ou o ato”.

<sup>17</sup> Desse modo estabelecia a Constituição de 1934: “Art. 179. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”.

<sup>18</sup> v. STF, *RF*, 349:230, 2000, rel. Min. Sepúlveda Pertence: “O art. 97 da Constituição de 1988 aplica-se não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências”.

Com essas alterações pontuais, a Constituição de 1934 definiu um modelo de controle concreto-difuso que se manteve, exceto no período do Estado Novo, até a Constituição vigente (v. arts. 52, X e 97, CRFB/88).

Cabe ainda destacar outra inovação trazida pela Constituição de 1934 em sede de controle de constitucionalidade. Trata-se da representação interventiva. De acordo com este texto constitucional, para que o Congresso Nacional decretasse intervenção federal em um Estado-membro como consequência da violação a um princípio constitucional sensível, seria necessário que o Supremo Tribunal Federal antes julgasse a constitucionalidade da lei que instituía aquela medida interventiva. Assim, a rigor, o STF julgava a lei que decretava tal medida, mas por óbvio a decisão a respeito da legitimidade do ato do Congresso implicava a apreciação da constitucionalidade do ato estadual apontado como maculado, conforme salientado por Clèmerson Merlin Clève<sup>19</sup>. A Constituição de 1934 estabelecia, portanto, uma nova modalidade de controle de constitucionalidade.

Foi, no entanto, com a Constituição de 1946 que a representação interventiva firmou-se como efetivo mecanismo de controle de constitucionalidade, sobretudo pelo fato de que a partir desta Carta aquela ação passou a ter por objeto não a lei que decretava a intervenção, mas o pronunciamento a respeito do próprio ato estadual que ensejava a medida e ainda pelo fato de que esta ação desempenhou papel de relevo para a concretização dos princípios constitucionais sensíveis, sob a égide desta Constituição<sup>20</sup>. Entretanto, mesmo com as modificações trazidas pela Constituição de 1946, a representação interventiva continuava a ser caso de controle concreto, mesmo que pela via da ação direta. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

---

<sup>19</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 99.

<sup>20</sup> Luís Roberto Barroso nesse sentido leciona “Em levantamento retrospectivo sumário e sem pretensão de ser exaustivo, contabilizam-se, sob a Constituição de 1946, intervenções nos Estados de Alagoas (1957), Goiás (1964) e de novo Alagoas (1966)”. *O controle de constitucionalidade... op. cit.*, p. 283.

“na representação interventiva embora seja formulado um juízo de certa forma abstrato acerca da constitucionalidade do ato normativo estadual – nas hipóteses em que o ato impugnado tenha essa natureza –, não se trata de um processo objetivo, sem partes ou sem um caso concreto subjacente. Cuida-se, sim, de um litígio constitucional, de uma relação processual contraditória, contrapondo União e Estado-membro, cujo desfecho pode resultar em intervenção federal”<sup>21</sup>.

A Constituição de 1946, vale dizer, contemplou também o instituto da suspensão de execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo STF em seu art. 64<sup>22</sup>.

Este modelo de controle de constitucionalidade tal como firmado pela Constituição de 1946, em que havia, de um lado, o controle concreto-difuso (conforme fora definido pela Constituição de 1934) e, de outro, a representação interventiva, caracterizada como caso de controle concreto, mas pela via de ação direta, permaneceu sem sofrer alterações até 1965, quando a representação de inconstitucionalidade foi criada, destinando-se à preservação do texto constitucional através da fiscalização em tese da constitucionalidade das normas federais e estaduais. Portanto, no Brasil, a Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade<sup>23</sup>, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República (PGR), também denominada de ação genérica (vez que, como visto, já existia a representação interventiva no direito brasileiro). O objetivo da criação da representação de inconstitucionalidade neste momento, já sob o regime militar, relacionava-se diretamente à questão de economia processual, a fim de reduzir a sobrecarga de trabalho dos tribunais inferiores.

---

<sup>21</sup> *O controle de constitucionalidade... op. cit.* p. 283.

<sup>22</sup> O art. 64 da Constituição de 1946 apresentava a seguinte redação: “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>23</sup> Esta forma de controle foi introduzida na norma prevista no art. 101, I, *k*, da Constituição reformada, que assim estabelecia: “Art. 101, I, *k*. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originariamente: *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”. Ainda a EC n. 16/65 autorizou os Estados-membros a instituir o controle de constitucionalidade, em via principal e concentrada, das leis municipais, de acordo com o estabelecido no art. 124, XIII: “a lei poderá estabelecer o 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”.

Assim é certo que uma solução inédita para o problema referente às repetidas decisões sobre questões já resolvidas pelo STF fora encontrada através da introdução de uma nova forma de controle de constitucionalidade. Esta nova forma de controle diferia radicalmente da representação interventiva, nada obstante a existência de certas semelhanças. Nesse contexto, destacam-se como pontos de contato entre a representação interventiva e a representação de inconstitucionalidade o fato de ambas serem ajuizadas pelo Procurador-Geral da República e julgadas pelo STF, bem como envolverem um problema de incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição. As distinções, no entanto, são mais significativas e dizem respeito não só ao alargamento do objeto (leis e atos normativos estaduais e federais) e do parâmetro (todo o texto constitucional e não apenas os denominados princípios constitucionais sensíveis), mas sobretudo a própria questão de compatibilidade ou não de uma norma diante do texto constitucional levada a julgamento no Supremo que, agora, constituía o próprio objeto da ação; e não, como na representação interventiva, apenas uma prejudicial à solução de um conflito concreto.

O fato de a representação de inconstitucionalidade poder ser ajuizada privativamente pelo Procurador-Geral da República gerou dois questionamentos importantes para definir os contornos da fiscalização abstrata no direito brasileiro. Tais questões podem ser nesses termos colocadas: 1- Estaria o PGR obrigado a ajuizar a representação de inconstitucionalidade, caso fosse a ele encaminhado um pedido nesse sentido?; 2- Poderia o PGR ajuizar a representação de inconstitucionalidade e, em momento posterior, oferecer parecer defendendo a constitucionalidade da norma?<sup>24</sup>

A atribuição de legitimidade para o deflagramento da fiscalização abstrata de inconstitucionalidade a um único órgão é passível de críticas,

---

<sup>24</sup>Tais questionamentos foram nestes termos formulados por LEITE, Fábio Carvalho. *op. cit.*, p. 15.

tendo em vista o caráter democrático<sup>25</sup> desta espécie de controle. Em contrapartida, admitir que o PGR estaria obrigado a ajuizar a representação de inconstitucionalidade sempre que lhe fosse solicitado tornaria sem sentido a escolha do legislador constituinte por aquele órgão como legitimado e transformaria o PGR em mero “despachante”, o que não era o propósito da Emenda Constitucional nº. 16/65.

Após longas discussões, o entendimento do STF pacificou-se no sentido de que o PGR poderia ajuizar a representação de inconstitucionalidade e posteriormente oferecer parecer pela constitucionalidade da norma, a despeito da ausência de regra expressa. Este entendimento se justifica por ser o PGR o único legitimado a propositura da representação, e, assim sendo, o desencadeamento da fiscalização abstrata dependeria do seu entendimento pela inconstitucionalidade da norma. Com o intuito de evitar que o prévio juízo do PGR sobre a questão da compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição impedisse que o STF se manifestasse sobre o assunto, permitiu-se que o parecer por ele oferecido fosse em sentido diverso, atendendo-se, portanto, em última análise, a um interesse público, pois de nenhum outro modo poderia a norma ser afastada do ordenamento jurídico, vez que, como visto, o monopólio para ajuizamento da representação estava concentrado nas mãos do Procurador-Geral da República.

---

<sup>25</sup>Ressaltando a importância desta natureza democrática da legitimação da jurisdição constitucional, assim leciona Luís Roberto Barroso: “Na quadra atual, onde é clara a insuficiência da teoria da separação dos Poderes, assim como inelutável a superação do modelo de democracia puramente representativa, multiplicam-se os argumentos de legitimação da jurisdição constitucional. Alguns deles: - o acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno; - a jurisdição constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo; - juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia; - a jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório”. *O controle de constitucionalidade... op. cit.*, p. 57.

A Constituição de 1967/69 não trouxe modificações de relevo ao sistema de controle de constitucionalidade. Vale mencionar, porém, que a Emenda Constitucional nº. 7, de 13.04.1977 pôs fim à controvérsia sobre o cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo de forma expressa<sup>26</sup> a competência do Supremo para deferi-la. Também por meio desta Emenda foi instituída a representação interpretativa<sup>27</sup> e a advocatória<sup>28</sup>, que não permaneceram no texto constitucional de 1988.

Assim é que o controle abstrato-concentrado nos moldes anteriormente definidos permaneceu sem alterações nas Constituições de 1967/69, e, ao lado do controle concreto-difuso, caracterizou o modelo misto de controle de constitucionalidade brasileiro. Tal modelo funcionava da seguinte maneira: qualquer juiz ou tribunal (inclusive o STF) no julgamento de um caso concreto poderia negar aplicação a uma norma por considerá-la inconstitucional, sendo que, no caso dos tribunais, a inconstitucionalidade só poderia ser declarada se a maioria absoluta de seus membros assim entendesse; não sendo este *quorum* atingido a norma deveria ser aplicada, vez que considerada constitucional. Na hipótese de a decisão de não aplicar a norma ter sido tomada pelo STF no exame de um dado caso concreto (seja em casos de sua competência originária ou ao

---

<sup>26</sup> Tal competência estava definida no art. 119, I, *p*, da Constituição de 1969, que assim estabelecia: “Art. 119, I, *p*. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente: p) o pedido de medida cautelar nas representações oferecidas pelo Procurador-Geral da República”.

<sup>27</sup> Conforme Luís Roberto Barroso: “Tanto a representação interpretativa quanto a advocatória foram introduzidas pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, que, juntamente com a EC n. 8, integrou o denominado *Pacote de Abril*. O apelido pejorativo identificava a reforma do Judiciário e a reforma política outorgadas por Geisel, com base no ato institucional n. 5, de 1968, após haver decretado o recesso do Congresso Nacional. A representação interpretativa consistia em uma ação direta destinada à fixação, em tese, do sentido de determinada norma. A iniciativa era reservada privativamente ao Procurador-Geral da República, e a decisão era dotada de efeito vinculante, nos termos do art. 187 do então Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disso decorria o efeito de fixar um sentido único para a norma que lhe servia de objeto, ao contrário do que ocorre na ação declaratória de constitucionalidade, cuja procedência apenas veda que outro órgão jurisdicional deixe de aplicar a norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, mas não impõe determinada interpretação”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade... op. cit.*, p. 201.

<sup>28</sup> Através da advocatória permitia-se ao STF suspender decisões judiciais proferidas em qualquer instância, a requerimento do Procurador-Geral da República, desde que estivessem presentes os requisitos de “perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, para que então a matéria fosse integralmente submetida à apreciação do Supremo Tribunal.



julgar um recurso ordinário ou, ainda, na apreciação de um recurso extraordinário), deveria aquele tribunal encaminhar a decisão ao Senado Federal, que, discricionariamente, suspenderia a execução da referida norma. Em paralelo, o Procurador-Geral da República poderia ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal uma representação de inconstitucionalidade em face de uma lei ou ato normativo estadual ou federal. Nesta hipótese, se o Supremo julgasse procedente a representação, declarando inconstitucional a norma, esta não mais deveria ser aplicada, tendo tal decisão eficácia *erga omnes*, independentemente de qualquer manifestação do Senado Federal<sup>29</sup>. Se, no entanto, o STF julgasse improcedente a ação, entendendo que a norma é constitucional, esta decisão não iria de forma alguma interferir no controle difuso, de modo que juízes e tribunais poderiam negar aplicação à referida norma nos casos sob seu julgamento caso entendessem que se trata de norma inconstitucional, a despeito do posicionamento do Supremo pela constitucionalidade da regra.

---

<sup>29</sup> No que diz respeito ao papel do Senado Federal em sede de controle abstrato-concentrado, deve ser ressaltado que: “Àquela época já tramitava no Supremo Tribunal Federal consulta formulada pelo Senado com vistas a esclarecer o papel que haveria de desempenhar no controle de constitucionalidade, mormente se haveria de suspender todos os atos declarados inconstitucionais ou se a atribuição estava adstrita à suspensão de execução de leis e decretos, tal como expresso no art. 42, VII, da Constituição (Cf. Parecer da Comissão de Constituição e Justiça – Relator Senador Accioly Filho, in: Alencar, cit., p. 260 (297)). Submetida a questão à Mesa de Matéria Constitucional do Supremo Tribunal, sustentou Moreira Alves, em parecer datado de 11 de novembro de 1975, que: “10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativo a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente à declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão – repito – e circunscrevendo-me ao objeto da consulta, sou de parecer que só se deverá fazer a comunicação a que alude a parte final do art. 180, do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no art. 46 da Emenda nº 1/69) ou de decreto e, não de quaisquer outros atos normativos” (Parecer do Ministro Moreira Alves de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Cf., também Alencar cit. p. 260 (303-304)). A maioria da Mesa de Matéria Constitucional optou, porém, por considerar que os demais atos normativos declarados inconstitucionais, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal deveriam ter igualmente, a suspensão de sua execução declarada pelo Senado Federal. Em 18 de junho de 1977, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Thompson Flores, determinou que as comunicações ao Senado Federal, para os fins do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, se restringissem às declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum* (Parecer do Ministro Moreira Alves de 11.11.1975, DJ 16.05.1977, p. 3123; Cf., também Alencar, Ana Valdez Ayres Neves de. A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos inconstitucionais, Revista de Informação Legislativa nº. 57, 1978, p. 260 (303-304)). Reconheceu-se, portanto, que a decisão proferida no processo objetivo de controle abstrato de normas tinha eficácia *erga omnes*, independente da intervenção do Senado Federal”. LEITE, Fábio Carvalho. *op.cit.* p. 3.

Daí decorre que o único posicionamento do STF capaz de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário seria aquele pela inconstitucionalidade da norma, tomado em sede de controle abstrato-concentrado.

Ressalte-se que tanto a EC nº. 16/65, como a Constituição de 1967/69 mantiveram a competência do Senado Federal para suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo em sede de controle concreto-difuso. O receio de se atribuir um poder excessivo ao Judiciário combinado com o fato de a tradição romano-germânica vigente não atribuir eficácia vinculante às decisões judiciais, ainda que emanadas do Supremo Tribunal Federal, como visto, motivou o legislador constituinte de 1934 a criar e o de 1946 a manter tal atribuição àquela casa de representação federativa, garantindo desse modo a possibilidade de se conferir eficácia contra todos à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, sem o “risco”<sup>30</sup> de se estar conferindo poder excessivo ao Judiciário.

Entretanto, com a introdução do controle de constitucionalidade abstrato, tal justificativa perdeu seu fundamento de existência. Isto porque não havia mais sentido a partir de então a alegação de qualquer risco em se conferir poder ao STF de invalidar leis inconstitucionais. Há a formação, portanto, de um cenário de notória incoerência, que pode ser nestes termos desenhado: se o Supremo declarasse a inconstitucionalidade de uma lei em um caso concreto, tal declaração só teria eficácia *inter partes*, salvo no caso de haver manifestação do Senado e quando esta ocorresse, hipótese em que passaria a decisão a ter eficácia *erga omnes*. No entanto, se aquela mesma Corte (STF) declarasse a mesma lei inconstitucional, porém em sede de

---

<sup>30</sup> Analisando as razões que levaram os constituintes a entenderem como sendo um risco a atribuição deste poder ao Judiciário, assim leciona Fábio Carvalho Leite: “Entendem-se as razões que levaram à adoção do modelo americano com tal reserva. Havia uma certa – e compreensível – resistência em se atribuir tamanho poder ao STF. Embora um órgão de cúpula do Poder Judiciário não figurasse como novidade na organização constitucional do País, já que a Constituição do Império abrigava o Supremo Tribunal de Justiça (art. 164), o STF assumiria, nos termos definidos pela Constituição de 1891, atribuições desconhecidas até então pelo Poder Judiciário brasileiro e, nada obstante a sua composição inicial ter sido, em maior parte, originária dos ministros do Supremo Tribunal de Justiça, pode-se afirmar que o STF surgiu como ‘um novo ator’ na ordem constitucional que se inaugurava”. *op. cit.*, p. 9.

controle abstrato de normas, a inconstitucionalidade teria eficácia contra todos, independentemente de qualquer manifestação do Senado Federal. Certo é que uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle incidental, seja em sede de controle abstrato, deveria possuir o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos.

A notória contradição presente neste sistema vem suscitando larga celeuma em sede doutrinária e jurisprudencial, levando, muitas vezes, a conclusões precipitadas e soluções irrefletidas, visando rechaçar a incoerência apontada. No que se refere ao presente estudo, cabe analisar as ponderações trazidas pela doutrina e verificar como a questão vem sendo abordada pelo Supremo Tribunal Federal, buscando, por fim, apontar um caminho possível para se atingir a harmonia do sistema em sede de controle de constitucionalidade.

Analisaremos adiante (no item a seguir e também nos próximos capítulos), portanto, como uma série de alterações na fiscalização abstrata de constitucionalidade (como o significativo aumento do número de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a introdução da ação declaratória de constitucionalidade), introduzidas na vigência da Constituição de 1988, acabou por agravar ainda mais esta contradição, que – reprise-se – já era facilmente identificada sob a égide da Constituição de 1967/69.

## **2.2. O sistema de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988**

A Constituição em vigor manteve o sistema híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, combinando o controle concreto-difuso (que vem desde o início da República), com o controle abstrato-concentrado (introduzido pela EC n. 16/65). A Constituição de 1988 contemplou também, nos termos do art. 52, inc. X, disposição análoga àquelas trazidas pelas Cartas que a precederam, prevendo a participação do Senado Federal no sistema de controle concreto-difuso de constitucionalidade.

No entanto, esta mesma ordem constitucional trouxe uma série de inovações, com importantes conseqüências, dentre as quais algumas merecem destaque, quais sejam: 1) a ampliação do rol de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); 2) a criação da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº. 3/93; 3) o advento da lei nº. 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade; 4) a previsão de um mecanismo de argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º), bem como sua regulamentação pela Lei nº. 9.882/99.

De acordo com a primeira inovação apontada, responsável por ampliar significativamente o exercício da jurisdição constitucional no país, foi colocado fim ao monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República no que se refere ao deflagramento da fiscalização abstrata de constitucionalidade, situação que gerou variados debates, como foi visto. Assim é que, com o advento da Constituição de 1988, a agora chamada ação direta de inconstitucionalidade poderia ser proposta por diversos órgãos e entidades, a saber: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal<sup>31</sup>, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, bem como confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Esta mudança, portanto, conferiu competência a uma série de órgãos e entidades para que pudessem instaurar o controle abstrato de constitucionalidade. A jurisprudência do Supremo, no entanto, acabou por restringir o alcance da inovação ao fazer uma distinção entre os legitimados, não obstante a ausência de previsão constitucional, dividindo-os em universais, de um lado e especiais, de outro. Os

---

<sup>31</sup> Saliente-se que a Emenda Constitucional nº. 45/04 alterou a redação do art. 103, fazendo constar expressamente no dispositivo constitucional alterado a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e também o Governador do DF, tal como já previa a Lei nº. 9.868/99.

legitimados universais<sup>32</sup> seriam aqueles cuja importância institucional permite a defesa do texto constitucional em qualquer caso, enquanto os especiais seriam aqueles órgãos e entidades cuja atuação se restringe às questões de repercussão direta sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados.

No que se refere ao objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a Constituição vigente manteve a previsão de que apenas leis e atos normativos federais ou estaduais poderiam ter sua constitucionalidade questionada através desta ação. No entanto, como salienta Luís Roberto Barroso, a jurisprudência do STF fixou orientação no sentido de que se excluem da apreciação por ADI os casos de: atos normativos secundários, leis e atos de efeitos concretos, leis anteriores à Constituição em vigor, leis que tenham sido revogadas e lei municipal em face da Constituição Federal<sup>33</sup>.

O cenário existente foi consideravelmente remodelado com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) pelo legislador constituinte derivado, através da Emenda Constitucional n. 3, de 18 de março de 1993. Tal ação, que pode ser intentada pelos mesmos legitimados da ADI, por força do art. 103, da Constituição (com redação dada pela EC n. 45/04), é também de competência do Supremo Tribunal Federal, tendo, entretanto, objeto mais restrito do que o da ação direta de inconstitucionalidade, qual seja, leis e atos normativos federais apenas.

A Lei nº. 9.868/99 regulou o processo e julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da ação direta de inconstitucionalidade, bem como da ação declaratória de constitucionalidade. A Lei nº. 9.882/99, por sua vez, disciplinou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, na forma do art. 102, § 1º da Constituição, que, não obstante as perplexidades que gera, dá ensejo a um controle concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>32</sup> São legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Por óbvio, os demais legitimados do art. 103 são identificados como legitimados especiais.

<sup>33</sup> *op. cit.* p. 157.

Por fim, ressalte-se que a ação direta interventiva foi mantida como forma de controle concreto de constitucionalidade, embora em sede de ação direta.

Assim, no Brasil, convivem o controle concreto, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o controle abstrato, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal, através das seguintes ações diretas: a) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*); d) ação direta interventiva (art. 36, III); e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º).

## **Capítulo 3**

### **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto-difuso**

#### **3.1. Algumas questões prévias acerca do papel do Senado**

Como visto, a suspensão da execução pelo Senado Federal de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a maneira estabelecida pelo constituinte para emprestar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade quando proferidas em sede de controle concreto-difuso de constitucionalidade.

A originalidade da fórmula encontrada tem dificultado o seu enquadramento dogmático. Assim, surgiram questões de complexidade variada acerca do papel a ser desempenhado pelo Senado Federal e que têm sido enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse contexto, discute-se sobre a natureza da competência do Senado Federal, ou seja, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato a ser praticado por aquela casa legislativa. Questiona-se, igualmente, sobre a pertinência da suspensão apenas ao pronunciamento de inconstitucionalidade incidental ou sobre a sua aplicação às decisões proferidas em ação direta. Indaga-se, por fim, sobre os efeitos e a natureza da resolução do Senado Federal que declare suspensa a execução da lei ou ato normativo.

No que diz respeito à natureza da competência do Senado Federal, a doutrina não é uniforme quanto à possibilidade de o Senado deixar de suspender a execução da lei ou ato normativo cuja inconstitucionalidade tenha sido incidentalmente declarada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Surgiram dessa forma três correntes distintas.

Pela primeira corrente, de acordo com Lúcio Bittencourt<sup>34</sup>, o Senado Federal possui competência de natureza vinculada, estando obrigado a suspender a execução do ato declarado inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A segunda corrente, conforme Alfredo Buzaid, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos<sup>35</sup>, entende que a competência do Senado Federal assenta-se na obrigatoriedade mitigada, ou seja, o Senado Federal estaria obrigado a suspender a execução do ato declarado inconstitucional *incidenter tantum* pelo STF, “desde que estivessem presentes os requisitos formais da declaração de inconstitucionalidade”<sup>36</sup>.

A última corrente, em consonância com Paulo Napoleão Nogueira da Silva, Clèmerson Merlin Clève, Gilmar Ferreira Mendes<sup>37</sup>, bem como Guilherme Peña de Moraes<sup>38</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>39</sup>, entende que o Senado Federal dispõe de competência de natureza discricionária, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa, não estando, assim, o Senado obrigado a suspender a execução do ato declarado inconstitucional no controle incidental por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Nesse mesmo sentido fincou-se a jurisprudência do STF, *in verbis*:

“a função institucional do Senado da República não o reduz à mera condição de órgão parlamentar exercente, em caráter compulsório, de uma atividade juridicamente vinculada. Pelo contrário, o Senado da República não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal Federal. Esse ato do Senado submete-se, quanto à sua prática, sempre facultativa, a um regime de estrita discricionariedade legislativa”.<sup>40</sup>

Quanto à pertinência da suspensão apenas ao pronunciamento da inconstitucionalidade incidental ou sobre a sua aplicação também às

<sup>34</sup> Apud. MORAES, Guilherme Peña de. *op.cit.*, p. 162.

<sup>35</sup> Conforme levantamento feito por Guilherme Peña de Mores. *Ibid.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 163.

<sup>37</sup> Também de acordo com levantamento feito por Guilherme Peña de Moraes. *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *O controle de constitucionalidade... op. cit.*, p. 110.

<sup>40</sup> STF, MI nº. 460, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 16.06.1994.



decisões proferidas em ação direta, o STF posicionou-se pela dispensabilidade da intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Tal posicionamento firmou-se naquela Corte ainda sob o regime constitucional anterior, no julgamento do processo administrativo n. 4.477/72<sup>41</sup>, que estabeleceu o entendimento de que a comunicação ao Senado somente é cabível na hipótese de declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*. Portanto, no controle abstrato-concentrado, a simples decisão definitiva da Corte, por maioria absoluta, já importa na perda de eficácia da lei ou ato normativo.

No que se refere à indagação acerca dos efeitos da resolução do Senado, a doutrina também não é uníssona. Assim é que duas correntes contraditórias se formaram em relação à eficácia temporal da suspensão de execução: uma a defender a eficácia retroativa (*ex tunc*), e outra a defender a eficácia prospectiva (*ex nunc*) da resolução suspensiva do Senado.

Uma das correntes, capitaneada por Themístocles Brandão Cavalcanti, José Afonso da Silva e Guilherme Peña de Moraes<sup>42</sup>, entende que a eficácia da suspensão de execução é *ex nunc*. Assim, a resolução suspensiva do Senado Federal operaria efeitos prospectivos após sua edição, não alcançando os atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos na vigência do ato declarado inconstitucional pelo STF.

Nada obstante a autoridade de seus defensores, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes<sup>43</sup>, “essa doutrina parecia confrontar com as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro”. Isto porque se afirma no direito pátrio, quase de forma unânime, que a pronúncia de inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. Nesse contexto, afigura-se inconcebível cogitar de “atos jurídicos perfeitos” ou de “efeitos futuros de direitos adquiridos”, com fulcro em lei inconstitucional.

---

<sup>41</sup> Conforme salientado por BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade... op. cit.* p. 110

<sup>42</sup> Conforme levantamento feito por Guilherme Peña de Moraes. *op. cit.*, p. 162.

<sup>43</sup> Observação realizada quando do voto proferido na Reclamação n°. 4.335.

Ressalte-se que a expressão utilizada pelo constituinte de 1934 (art. 91, IV) e reiterada nos textos de 1946 (art. 64), de 1967/69 (art. 42, VII) e de 1988 (art. 52, X) <sup>44</sup> – suspender a execução de lei ou decreto – não é isenta de dúvida, mas, apesar disso, a própria *ratio* do dispositivo não autoriza a equiparação do ato do Senado a uma declaração de ineficácia de caráter prospectivo, conforme também ressalta Gilmar Ferreira Mendes.

Assim, de acordo com Luís Roberto Barroso<sup>45</sup>, Gilmar Ferreira Mendes entre outros, a eficácia da suspensão de execução deve ser *ex tunc*. Por tal entendimento, a resolução suspensiva do Senado Federal operaria efeitos retroativos a partir da produção do ato declarado inconstitucional, ou seja, a generalização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* decorrente da suspensão de execução pelo Senado Federal retroage à formação da norma submetida ao controle de constitucionalidade concreto-difuso, não havendo direitos adquiridos ou atos jurídicos perfeitos com fulcro nesta.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é fixada neste mesmo sentido, *in verbis*:

“a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional”<sup>46</sup>.

As conclusões acima colocadas apontam na direção da natureza do instituto. Trata-se de ato político que confere eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade e que retira a lei, de forma definitiva e com efeitos

---

<sup>44</sup> A Constituição de 1937 não contemplou o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal.

<sup>45</sup> *O controle de constitucionalidade... op. cit.*, p. 111.

<sup>46</sup> STF, MS nº. 17.976, Rel. Min. Moacyr Amaral dos Santos, DJU 24.09.1969. No entanto, conforme salienta Gilmar Ferreira Mendes, quando do voto proferido no julgamento da Reclamação nº. 4.335: “Evidentemente, esta eficácia ampla deve ser entendida com temperamentos. A pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base na lei inconstitucional, criando apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas situações. Tanto a coisa julgada como outras fórmulas de preclusão podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. Assim, operada a decadência ou a prescrição, ou decorrido *in albis* o prazo para a propositura da ação rescisória, não há mais que se cogitar da revisão do ato viciado”.

retroativos, do ordenamento jurídico. Assim, é de se ressaltar que a inércia do Senado não afeta a relação entre os Poderes, não sendo possível vislumbrar qualquer violação à Constituição em caso de recusa à pretendida extensão dos efeitos.

Há ainda outra questão que deve ser destacada. No que se refere à extensão da suspensão de execução a doutrina diverge quanto à possibilidade de o Senado restringir os efeitos da decisão do STF sobre a inconstitucionalidade do ato submetido ao controle difuso de constitucionalidade. Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o ato do Senado haveria de se ater à extensão do julgado do Supremo Tribunal Federal, não tendo competência aquela casa do Congresso para analisar o mérito da decisão, para interpretá-la, ampliá-la ou restringi-la. Em sentido diverso posiciona-se Clèmerson Merlin Clève<sup>47</sup>, que afirma ser possível suspender a execução de apenas parcela do ato declarado inconstitucional pelo STF ao argumento de que a extensão da suspensão de execução não necessariamente é a mesma da declaração incidental de inconstitucionalidade.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, no entanto, firmou-se no sentido de que não pode o Senado Federal restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo, conforme se depreende da ementa a seguir transcrita:

“Resolução do Senado Federal, suspensiva da execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão legislativo, por interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos. Pedido de segurança conhecido como representação, que se julga procedente”<sup>48</sup>.

### **3.2. A mudança de paradigma no controle de constitucionalidade operada pela Constituição de 1988 e o agravamento da incoerência do papel desempenhado pelo Senado Federal**

---

<sup>47</sup> *op.cit.*, p. 121.

<sup>48</sup> STF, MS nº. 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro

O controle de constitucionalidade brasileiro, embora classificado como híbrido ou misto, apresentava-se, até o advento da Constituição de 1988, com o foco voltado para o controle exercido pela via difusa, vez que juízes e tribunais possuíam independência absoluta para declarar ou não a inconstitucionalidade de uma norma, somente estando tal comportamento vedado no caso de o STF ter julgado procedente uma ADI, que tinha o condão de afastar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Portanto, juízes e tribunais podiam manifestar posicionamentos distintos acerca da constitucionalidade de uma mesma norma pela via do controle concreto-difuso ainda que o STF já tivesse manifestado entendimento pela constitucionalidade da norma, seja incidentalmente (ao julgar um caso concreto), seja na decisão de improcedência de uma ADI.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC), introduzida na Constituição de 1988 pela Emenda Constitucional nº. 3/93, foi criada com o intuito de afastar a incerteza acerca da validade de uma lei ou ato normativo federal que poderia resultar do cenário acima exposto. Vale ressaltar que muito se fala em sede doutrinária que a função da ADC seria o afastamento da insegurança jurídica ou a transformação da presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta. Não obstante a correção dessas afirmações, há de se atentar para um importante detalhe: por essa explicação poderia estar legitimado o ajuizamento de uma ADC logo após a entrada em vigor de uma norma. Tal medida afastaria a insegurança jurídica em torno de uma regra jurídica, mas não estaria compatível com a natureza daquela ação constitucional, uma vez que a utilização da ADC pressupõe o exercício do controle difuso de constitucionalidade<sup>49</sup>. Tem-se aí, pois, um aspecto fundamental para a compreensão daquela ação: o exercício prévio do controle difuso e a divergência judicial que pode daí resultar são os pressupostos inafastáveis para o exercício do controle abstrato através da ADC. Ressalte-se que este entendimento foi acolhido pela Lei 9.868/99, que determinou expressamente:

---

<sup>49</sup> Esta observação foi realizada por LEITE. Fábio Carvalho. *op.cit.*, p. 25

“Art.14 – A petição inicial indicará:

(...)

III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.”

Portanto, estando presentes os requisitos expostos e ajuizada a ADC pertinente, se o STF, por maioria, julgasse procedente a ação, declarando a norma constitucional, os juízes e tribunais estariam obrigados a aplicar aquela lei ou ato normativo, em razão do caráter vinculante da decisão proferida em sede de ADC (art. 28, parágrafo único, da Lei nº. 9.868/99).

Percebe-se, dessa forma, que a ação declaratória de constitucionalidade possui uma ligação bastante peculiar com o controle concreto-difuso<sup>50</sup>, uma vez que é justificada por este e a sua procedência o afeta de forma direta, impedindo que a norma seja declarada inconstitucional por juízes e tribunais após a decisão pela procedência da referida ação. Ocorre, portanto, com a introdução da ADC, um maior esvaziamento do controle exercido de modo difuso, que, paulatinamente, vai deixando de ser o foco do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Outro fator que, sem dúvida, contribuiu para essa alteração de paradigma foi a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADI e que, mais tarde (com a Emenda Constitucional nº. 45/04), atingiu também a ADC.

Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso:

“constata-se uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada (...). Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental”<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibid*, p. 28

<sup>51</sup> *O controle de constitucionalidade...op. cit.*, p. 67.

Nesse contexto, merece destaque também o papel desempenhado pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que, ao ser regulamentada pela Lei nº. 9.882/99, permitiu a discussão de questões não contempladas pelo modelo concentrado – ADI e ADC. A decisão do caso concreto proferida em ADPF, por se tratar de processo objetivo, será dotada de eficácia *erga omnes*, enquanto isso, a mesma questão resolvida no processo de controle incidental, terá eficácia *inter partes*.

Assim, a ampliação do sistema concentrado de constitucionalidade, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia *erga omnes*, acabou por modificar, de forma decisiva, a concepção dominante acerca da fiscalização de constitucionalidade. A decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional nº. 16/65 e sob a Constituição de 1967/69, tornou-se comum no sistema da Carta de 1988.

Tal quadro, gerado pelas modificações introduzidas pela Constituição de 1988, foi destacado por Gilmar Ferreira Mendes ao proferir seu voto enquanto Ministro Relator da Reclamação nº. 4.335 (que será analisada em seguida pela importância no estudo do tema proposto no presente trabalho), *verbis*:

“Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou uma alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Esse continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas ‘difusos’ ou ‘incidentes’ de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade”.

Vê-se, pois, que, não obstante continuarmos a ter um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, o destaque passou a residir não mais no sistema difuso, mas no perfil abstrato-concentrado, passando a dominar a eficácia geral das decisões proferidas nesta última espécie de controle.

Esta situação gerou um quadro de incoerência pode ser assim definido: se o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei em um caso concreto tal declaração só terá eficácia *erga omnes* se e quando o Senado se manifestar nesse sentido. No entanto, se o STF declarar a mesma lei inconstitucional, porém em sede de controle abstrato, a inconstitucionalidade terá eficácia *erga omnes*, independentemente de qualquer manifestação daquela alta Casa do Congresso<sup>52</sup>. Portanto, a notória incoerência desse sistema que já existia sob a égide da Constituição de 1967/69, apenas agravou-se com o quadro de alargamento da jurisdição constitucional abstrata.

O papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade é visto, portanto, por grande parte da doutrina<sup>53</sup>, como um verdadeiro anacronismo, vez que a disposição contida no art. 52, X, da Constituição Federal, como visto, veio com a Constituição de 1934 e, atualmente, sua existência não mais se coaduna com o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, o que não significa, de modo algum, que essa disposição possa simplesmente ser desconsiderada no sistema vigente.

O tema proposto vem sendo enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, através da Reclamação nº. 4.335, que, por sua importância, merece

---

<sup>52</sup> LEITE, Fábio Carvalho. *op. cit.*, p. 20.

<sup>53</sup> A título de exemplo, cite-se, nesse sentido, Luís Roberto Barroso: “A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC nº. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo”. *O controle de constitucionalidade... op. cit.*, p. 111.

ser analisada em capítulo próprio. De fato, o julgamento da referida reclamação, que ainda não foi finalizado, poderá representar, caso se decida pela procedência do pedido, um divisor de águas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pois, nesse caso, haveria uma mudança expressiva no modo de encarar a declaração de inconstitucionalidade realizada incidentalmente, passando esta declaração a gerar efeitos contra todos independentemente da intervenção do Senado Federal no sentido de suspender a execução da norma. Impõe-se, portanto, a feitura de uma análise pormenorizada dos argumentos trazidos nos votos já proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da referida reclamação, o que será realizado no capítulo a seguir. Tal capítulo conterà, em sua parte inicial, um resumo do caso, de modo a fornecer informações gerais sobre a matéria, e, nos itens seguintes, será realizado um exame detido dos votos proferidos.



## Capítulo 4

### Reflexo do tema na jurisprudência: análise da Reclamação n.º 4.335

#### 4.1. Resumo do caso

Faremos, neste momento, o estudo da Reclamação n.º 4.335, onde o Supremo Tribunal Federal analisa os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concreto-difuso, tendo sido a necessidade de manifestação do Senado Federal (art. 52, X, CF/88) posta em discussão, gerando debate na mais alta Corte do Poder Judiciário brasileiro.

A referida reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor dos réus.

A reclamante alegou o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959-SP<sup>54</sup>, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – “Lei dos Crimes Hediondos”.

Com fulcro no referido julgamento, onde a inconstitucionalidade da norma foi declarada em sede de controle concreto-difuso, solicitou a reclamante que a progressão de regime fosse concedida aos apenados. Tal pedido foi indeferido pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, sob a alegação de existência de vedação legal em admiti-la e do argumento a seguir, *in verbis*:

“(...) conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos X 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do *Habeas Corpus* n. 82.959,

---

<sup>54</sup> HC 82.959-SP, julgado em sessão plenária de 23.02.2006, DJ de 1º. 9. 2006.

isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos *inter partes*. Para que se estenda os seus efeitos *erga omnes*, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso (conforme, aliás, o próprio STF informou em seu site na internet, em notícia publicada no dia 23/02/2006, que é do seguinte teor: “...Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional...”).

O Supremo Tribunal Federal ainda não finalizou o julgamento da reclamação ora em análise, mas, dos onze ministros da Corte, quatro já se posicionaram sobre a matéria. O ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator, julgou procedente a reclamação, para cassar as decisões impugnadas, assentando que caberá ao juízo reclamado proferir nova decisão para avaliar se, no caso concreto, os interessados atendem ou não os requisitos para gozar do benefício da progressão de regime.

Preliminarmente, quanto ao cabimento, o relator ressaltou não se tratar na espécie de reclamação incabível, afastando a alegação de inexistência de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade devesse ser preservada. Salientou, neste sentido, que a jurisprudência do STF “deu sinais de grande evolução no que se refere à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas”. Entendeu, pois, o relator que o instrumento da reclamação foi utilizado de acordo com sua destinação constitucional: a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, 1, da CRFB/88), no caso, a do HC 82.959/SP de relatoria do Min. Marco Aurélio. Em seguida, passou ao exame do argumento do juízo reclamado no sentido de que a eficácia *erga omnes* da decisão no HC 82.959/SP dependeria da expedição de resolução do Senado suspendendo a execução da lei. Para apreciar a dimensão constitucional do tema, discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso (art. 52, X, CF/88), aduzindo a ocorrência de mutação constitucional desse instituto e concluindo que a decisão proferida pelo juízo reclamado desrespeitou a

eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82.959/SP.

O Min. Eros Grau, em voto-vista, julgou procedente a reclamação, acompanhando o voto do relator, entendendo que a decisão definitiva do STF teria força normativa bastante para suspender a execução da lei e, assim, a competência do Senado Federal se resumiria a dar publicidade à suspensão da lei declarada inconstitucional.

Em divergência, o Min. Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu de ofício o *habeas corpus* para que o juiz examinasse os demais requisitos para deferimento da progressão. Asseverou que não se poderia reduzir o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade incidental, que quase todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934 mantiveram.

O Min. Joaquim Barbosa, por sua vez, não conheceu da reclamação, conhecendo do pedido como *habeas corpus* e concedendo a ordem de ofício. Entendeu que deve ser mantida a leitura tradicional do art. 52, X, da Constituição Federal, afastando a ocorrência da alegada mutação constitucional.

O Min. Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos e ainda não proferiu seu voto.

Feito esse breve resumo do caso, vê-se que a questão suscita controvérsia, o que demanda uma análise pormenorizada dos argumentos trazidos por cada um dos julgadores nos votos por eles proferidos, com o intuito de averiguar a melhor solução a ser empregada na interpretação do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade concreto-difuso.

#### **4.2. Análise do voto proferido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, relator da Reclamação, e do voto-vista proferido pelo Min. Eros Grau, que entenderam pela procedência da reclamação**

O relator, ao analisar a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF na Constituição de 1988, destaca a amplitude conferida ao controle abstrato de normas que, segundo ele, contribuiu “para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada”. Conclui que a única motivação para a suspensão pelo Senado assenta-se “em razão de índole exclusivamente histórica” ao estabelecer uma comparação entre as competências do Supremo Tribunal, que pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender liminarmente a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, enquanto que no controle incidental a declaração de inconstitucionalidade valeria tão-somente para as partes.

Outro ponto destacado refere-se à inadequação do instituto da suspensão da execução de lei pelo Senado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal que não declaram a inconstitucionalidade de determinada norma, restringindo-se a fixar a orientação adequada do ponto de vista constitucional. Tal situação ocorre quando o Supremo entende que determinada norma deva ser interpretada do modo especificado pela Corte, superando o entendimento muitas vezes adotado pelos tribunais ordinários ou pela Administração. Nesta hipótese, a decisão do STF valerá apenas nos limites da relação processual subjetiva (eficácia *inter partes*) e, por outro lado, não caberá a intervenção do Senado Federal, vez que não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei, ficando a matéria aberta para diversas controvérsias.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo adota uma interpretação conforme a Constituição ou ainda nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. No primeiro caso, o intérprete concede ou exclui da norma impugnada determinada interpretação a fim de compatibilizá-la com o texto da Constituição, enquanto na segunda hipótese há a explicitação de que determinado

significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nesses casos, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado revela-se incompatível, “porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos”. Assim, todos esses casos não podem ter sua eficácia ampliada com base no recurso ao instituto da suspensão pelo Senado Federal.

Do mesmo modo, a suspensão da execução pelo Senado não tem qualquer aplicação nos casos de declaração de não-recepção da lei pré-constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, pois, que o referido instituto da suspensão de execução pela Alta Casa do Congresso tem aplicação limitada aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

De se destacar também que a admissão da declaração de inconstitucionalidade com efeito limitado no controle concreto-difuso, ou seja, a pronúncia de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*, cuja necessidade já vem sendo reconhecida no âmbito da Corte Suprema, parece, segundo Gilmar Mendes, debilitar fortemente a intervenção do Senado Federal. Isto porque, nas palavras do referido ministro:

“a ‘decisão de calibragem’ tomada pelo Tribunal parece avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso. Pelo menos, não resta dúvida de que o Tribunal assume aqui uma posição que parte da doutrina atribuíra, anteriormente, ao Senado Federal.

(...)

Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão”.

Ressalta, nesse sentido, que as decisões do STF com efeitos limitados, de que é exemplo o julgamento do próprio caso da progressão de regime (HC 82.959/SP), demonstram que a Corte, ao prolatar suas decisões, já estava atribuindo a estas decisões eficácia *erga omnes*. Vale aqui a

transcrição do acórdão de julgamento do HC 82.959/SP, que confere efeitos limitados à decisão:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas em relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão”. (grifos nossos)

Tal observação demonstra, segundo o ministro relator, que a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de outro princípio que justifique a não-aplicação do princípio da nulidade – parece indicar que, sendo aplicável a declaração de inconstitucionalidade restrita, revele-se esta abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo.

Vale ponderar, neste caso, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, explicitando que a declaração incidental não gerará consequências jurídicas em relação às penas já extintas, demonstra apenas que a própria Corte está consciente da função por ela desempenhada de intérprete final da Constituição Federal. A orientação fixada pelo Supremo Tribunal indubitavelmente influenciará as decisões a serem tomadas pelos juízes e tribunais, mesmo não se cogitando de efeito vinculante da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual este argumento deve ser relativizado.

Outra questão trazida no voto de Gilmar Ferreira Mendes e enfrentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito à necessidade de se utilizar ou não o procedimento previsto no art. 97 da

Constituição Federal na hipótese de já existir pronunciamento do STF que afirme ser a lei ou ato normativo inconstitucional.

Em decisão proferida no RE 190.728<sup>55</sup>, teve a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal a chance de afirmar a dispensabilidade de se encaminhar a matéria constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que a Suprema Corte já tivesse se pronunciado acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada.

Igual posicionamento foi também adotado pela 2ª Turma do STF, como pode ser depreendido da ementa do acórdão proferido pelo ministro Marco Aurélio no AI-AgR 168.149<sup>56</sup>, a seguir transcrita:

“Versando a controvérsia sobre o ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República – o Supremo Tribunal Federal –, descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade argüida em relação a um certo ato normativo”.

Analisando esse posicionamento do STF, o ministro relator da Reclamação ora em exame assim conclui:

“Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*”.

E prossegue:

“O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão

---

<sup>55</sup> STF, RE nº. 190.728, Relator para acórdão Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 30.5.1997.

<sup>56</sup> STF, AI-AgR 168.149, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 4.8.1995.

especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado”.

Ressalte-se que esse entendimento jurisprudencial está atualmente consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, com redação dada pela Lei nº. 9.756, de 17.12.1998).

Cabe ponderar a esse respeito que o argumento trazido por Gilmar Mendes parece um pouco tendencioso. Isto porque podemos identificar claramente que a dispensabilidade de se encaminhar a questão de constitucionalidade ao pleno do Tribunal (ou ao órgão especial, conforme o caso) possui fundamento em razões de economia processual, bem como na quebra da presunção de constitucionalidade que reveste a norma. De fato, havendo uma decisão pela inconstitucionalidade da norma em sede de controle concreto-difuso, a presunção de constitucionalidade que reveste a norma jurídica resta abalada, daí porque o encaminhamento da questão constitucional ao plenário ou ao órgão especial do Tribunal é prescindível, estando tal entendimento em perfeita consonância com o princípio da economia processual.

Não se trata de conferir “efeito jurídico transcendente” à decisão do Supremo Tribunal Federal, até porque a declaração de inconstitucionalidade anterior realizada pelo plenário ou órgão especial do próprio Tribunal já seria suficiente para que fosse dispensável um novo deslocamento da questão constitucional. Nesse contexto, merece transcrição o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil:

“Art. 481. (...)

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.



Vê-se, assim, que não é somente a decisão pela inconstitucionalidade anteriormente proferida pelo STF que tem o condão de afastar a necessidade de deslocamento prevista no artigo 97, da Constituição. Também o pronunciamento pela inconstitucionalidade realizado pelo próprio Tribunal possui esse mesmo efeito, sem que se cogite de “efeito jurídico transcendente” da decisão por ele – Tribunal – proferida. Portanto, a *ratio* do disposto no artigo 481, parágrafo único do CPC relaciona-se à economia processual, buscando-se a racionalização da instituição judiciária, não havendo necessária relação com efeitos transcendentais da decisão do Supremo Tribunal, como defendeu o ministro Ferreira Mendes.

Gilmar Mendes, seguindo sua linha de entendimento, aduz que essas práticas por ele destacadas parecem recomendar uma reinterpretação do papel desempenhado pelo Senado Federal no controle de constitucionalidade. Assim é que a exigência de que a eficácia contra todos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF fique a depender de uma decisão do Senado Federal (instituto introduzido no Brasil pela Constituição de 1934 e preservado na Constituição de 1988) perdeu grande parte do seu significado com a introdução e, após, com a ampliação do controle abstrato de normas.

Assim, como visto, se se cogitava, antes de 1988, de um modelo híbrido ou misto de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia ainda no amplo e dominante sistema concreto-difuso de controle. A Constituição de 1988 alterou, radicalmente, essa situação conferindo ênfase ao modelo abstrato-concentrado de constitucionalidade, vez que as questões constitucionais passaram a ser fundamentalmente veiculadas através de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que, de fato, a situação apontada parece incoerente, mas cabe ponderar aqui a existência de limites à atividade interpretativa realizada pelo julgador. Reconhecer tais limites é de fundamental

importância, sob pena do papel de intérprete e julgador se confundir com a função de legislador.

Ferreira Mendes salienta também na fundamentação de seu voto que a interpretação que se deu ao instituto da suspensão de execução pela doutrina majoritária e também pela jurisprudência do STF contribuiu de forma decisiva para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional restasse sem concretização entre nós. Explica-se: o direito brasileiro, mesmo sem dispor de um mecanismo que conferisse efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal (tal como o *stare decisis* americano), evidenciava, de forma quase uníssona, a nulidade da lei inconstitucional. O instituto da suspensão da execução pelo Senado não se mostrou apto a superar essa incongruência, especialmente porque se atribuiu à competência do Senado um sentido substantivo, amplamente aceito, segundo o qual era o ato do Senado Federal que conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade incidental.

Segundo o ministro relator, ainda que se admita que a suspensão da execução da lei pelo Senado retire a lei inconstitucional 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. Isto porque a não-aplicação geral da lei depende unicamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação do direito. Tal fato corrobora a idéia de que, embora acolhêssemos a teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.

Nesse contexto, conclui o eminente relator:

“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.

(...)

Não foi o que se viu inicialmente. Como apontado, a jurisprudência e a doutrina acabaram por conferir significado substancial à decisão do Senado, entendendo que somente o ato de suspensão do Senado mostrava-se apto a conferir efeitos

gerais à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia estaria limitada às partes envolvidas no processo”.

Outro argumento trazido no voto do ministro relator destaca as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, onde o Supremo tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. Isto porque são quantitativamente expressivos os casos em que o STF tem estendido a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade da norma municipal a outras situações idênticas, provenientes de municípios distintos. Assim, tem-se considerado dispensável a submissão da questão ao Pleno do Tribunal no caso de modelos legais idênticos.

Seguindo tal orientação, Maurício Corrêa, quando do julgamento do RE 228.844/SP<sup>57</sup>, no qual se discutia a legitimidade do IPTU progressivo cobrado pelo Município de São José do Rio Preto, no Estado de São Paulo, valeu-se de fundamento fixado pelo plenário do STF, em precedente oriundo do Estado de Minas Gerais, no sentido da inconstitucionalidade da lei do Município de Belo Horizonte, que havia instituído alíquota progressiva do ITPU.

Também a ministra Ellen Gracie utilizou-se de precedente oriundo do Município de Niterói, Estado do Rio de Janeiro, para dar provimento a recurso extraordinário<sup>58</sup> no qual se discutia a ilegitimidade da taxa de iluminação pública instituída pelo Município de Cabo Verde, no Estado de Minas Gerais.

De acordo com Gilmar Mendes, tal orientação evidenciaria o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo STF no controle de constitucionalidade do direito municipal. Segundo o relator, “semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão

---

<sup>57</sup> STF, RE nº. 228.844, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 16.6.1999.

<sup>58</sup> STF, RE nº. 364.160, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 7.2.2003.

tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal”.

Contudo, tal questão merece ser problematizada. Segundo o ministro relator, as decisões da Corte no mesmo sentido das anteriormente proferidas adviriam do “efeito vinculante dos fundamentos determinantes”. Porém, pode-se entender que tais decisões funcionaram apenas como meros precedentes, tendo a Corte seguido o mesmo entendimento no momento de julgar casos semelhantes, o que se mostra bastante razoável e até desejável, tendo em vista o princípio da segurança jurídica. Daí não decorre, no entanto, a admissão de efeito vinculante às decisões proferidas no controle de constitucionalidade difuso e menos ainda o reconhecimento de tal efeito aos motivos que determinaram a decisão, o que se mostraria bastante arriscado.

De fato, tal entendimento (de reconhecer efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão), como até mesmo reconheceu o referido ministro, é bastante ousado e a adoção de tal fórmula, um tanto abrangente, pode acarretar graves consequências. É que, levada ao extremo, teríamos de admitir também uma vinculação do legislador à decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Certo é que o Poder Legislativo não se submete a decisão do STF, conforme se depreende do disposto no artigo 102, §2º da Constituição Federal, que determina que a eficácia contra todos e o efeito vinculante serão produzidos “relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Como se vê, o referido dispositivo excluiu o Poder Legislativo do efeito vinculante das decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade e, se assim o fez, não foi por acaso. Se estas decisões vinculassem também o Poder Legislativo estaríamos diante de um grave risco de engessamento da ordem jurídica objetiva, daí porque o entendimento do ministro deve ser analisado com temperamentos e cautela. De fato, se entendêssemos que os motivos que

determinaram a decisão do STF possuem efeito vinculante, poderíamos chegar à conclusão de que a atividade legislativa com vistas a produzir norma de teor idêntico àquela declarada inconstitucional também estaria impedida, cabendo até mesmo o ajuizamento de reclamação em face do órgão legislativo que houvesse “contrariado” a decisão do Supremo. Isto não é possível, não estando o legislador impedido de produzir norma com teor idêntico àquela declarada inconstitucional, sendo esta norma passível de ser atacada apenas por ação autônoma.

Outro argumento destacado diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas. Isto porque o controle exercido numa ação coletiva, numa ação pública coletiva ou em um mandado de segurança coletivo, que declare a inconstitucionalidade de uma determinada lei certamente não terá sua eficácia restrita somente às partes do processo. Em tais casos, ressalta o relator que “a suspensão de execução da lei pelo Senado, tal como vinha sendo entendida até aqui, revela-se completamente inútil, caso se entenda que ela tem outra função que não a de atribuir publicidade à decisão declaratória de ilegitimidade”. Entende, assim, que a aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a distinção entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo.

Cabe, nesse ponto, uma análise mais detida do argumento exposto. Assim é que se deve atentar para o fato de que o efeito resultante das decisões em ações coletivas, não se restringindo a decisão apenas às partes do processo, é característica inerente à própria natureza deste tipo de ação. O papel exercido pelo Senado, conforme o caso, pode ser, de fato, dispensável, mas se isto ocorrer a situação seria a mesma ainda quando do advento do disposto no artigo 52, X da Constituição. Além disso, não há qualquer espécie de impedimento à intervenção da referida Casa do Congresso nestes casos, mas sua atuação poderia ser aí uma mera formalidade apenas. Também é de se ressaltar, por oportuno, conforme

leciona Alexandre de Moraes<sup>59</sup>, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>60</sup> tem se manifestado no sentido de que:

“se a decisão do juiz ou tribunal declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em face da Constituição Federal gerar efeitos *erga omnes* haverá usurpação de competência do STF, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a interpretação concentrada da Constituição Federal. Nesses casos, não se permitirá a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo”.

O que se vê, portanto, em verdade, é uma vedação por parte da Corte Suprema em se utilizar a ação civil pública (e demais ações coletivas) como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, impedindo a utilização de tais ações quando seus efeitos forem *erga omnes* e, portanto, idênticos aos da declaração concentrada de inconstitucionalidade.

Tal posicionamento demonstra que o Supremo Tribunal não deseja, como diz Gilmar Mendes, relativizar a distinção entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo, mas sim manter a distinção atinente ao controle exercido de modo difuso e aquele exercido de maneira concentrada. Assim é que a vedação da utilização da ação civil pública ocorrerá quando os efeitos da decisão aí proferida forem contra todos, de modo a retirar do STF o controle concentrado da constitucionalidade das normas em face da Constituição Federal. Por outro lado, não haverá qualquer impedimento à declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação coletiva quando, conforme

---

<sup>59</sup> *op. cit.*, p. 707

<sup>60</sup> Conferir a esse respeito o Informativo nº. 407, cujo trecho relevante ao tema se transcreve a seguir: “O Tribunal, por maioria, julgou procedente reclamação ajuizada contra tutela antecipada concedida por juiz federal de seção judiciária de São Paulo, que suspendera a aplicação do art. 1º da Medida Provisória 14/2001, convertida na Lei 10.438/2002. Salientou-se, inicialmente, a existência de ação direta em que se objetiva a declaração da inconstitucionalidade da citada lei e de que a ação civil pública em questão - em que se impugna a validade de encargo tarifário (seguro anti-apagão) - fora proposta antes da conversão e do ajuizamento dessa ADI. Entendeu-se que a decisão impugnada usurpou a competência privativa do Supremo para julgar ação direta de inconstitucionalidade que tenha como parâmetro a Constituição Federal, uma vez que, no caso, a ação civil é proposta contra a União e a ANEEL e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* é posta como o próprio objeto do pedido e não como causa de pedir. Vencido o Min. Marco Aurélio que não reconhecia a usurpação da competência da Corte por considerar que o pronunciamento, afastando a incidência da lei, seria restrito e indispensável à acolhida da medida acauteladora. Reclamação julgada procedente para cassar a medida liminar concedida, declarar a incompetência do reclamado e determinar o arquivamento da ação civil pública”.

salientado pelo STF, “tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo”<sup>61</sup>.

Na linha de entendimento exposta pelo ministro relator, aduz ele a ocorrência 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”. (grifos nossos)

Nesse contexto, conclui Gilmar Mendes que parece legítimo entender atualmente que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter “simples efeito de publicidade”. Assim, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, concluir, de modo definitivo, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá eficácia contra todos, realizando-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. De acordo com tal posicionamento, não seria (mais) a decisão do Senado que iria conferir eficácia geral ao julgamento do Supremo, uma vez que a própria decisão proferida pela Corte conteria essa “força normativa”. Segundo o ministro, é esta a orientação que parece estar implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima destacadas. Portanto, “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”. (grifo no original)

Diante do exposto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não teria o condão de impedir que a decisão do Supremo assumira sua “real eficácia jurídica”.

---

<sup>61</sup> STF – Pleno – Reclamação nº. 602-6/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 3-9-1997. *Apud* MORAES, Alexandre de. p. 709.

Posto isso, decidiu pela procedência da reclamação tendo em vista que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco em conceder o benefício da progressão de regime nos casos de crimes hediondos desrespeitou a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF, no HC 82.959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei nº. 8.072/90.

Não obstante os numerosos argumentos trazidos pelo eminente ministro para chegar à conclusão de que a decisão do Supremo Tribunal conteria por si só “força normativa” suficiente para dispensar a atuação do Senado Federal, a verdade é que a Constituição vigente contempla o instituto da suspensão de execução por aquela Casa do Congresso no artigo 52, X do texto constitucional. Assim, a proposta de Gilmar Ferreira Mendes torna-se de difícil aceitação se levarmos em conta a literalidade do dispositivo mencionado.

O ministro Eros Grau, por sua vez, em seu voto-vista, seguiu o entendimento defendido pelo ministro relator.

Eros Grau se propôs a verificar se no caso houve ou não a alteração de sentido do texto do inciso X do artigo 52 no quadro de uma autêntica mutação constitucional, segundo a qual ao Senado Federal estaria atribuída competência privativa para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ressalta que o ministro relator não se limitou a interpretar um texto, mas avançou ao ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro, razão pela qual se faz menção à mutação da Constituição.

Eros Grau define mutação constitucional como sendo a transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, ou seja, 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”. Portanto, ocorre mais do que interpretação, entendida esta



como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminha-se de um texto a outro texto, que substitui o primeiro; nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.

Destaca que neste caso há a passagem de um texto:

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

a outro texto

“compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”.

Assevera, pois, que o relator não estaria apenas conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição, mas afirma uma verdadeira mutação do texto referido.

Acerca da mutação constitucional, afirma o ministro que:

“decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema”.

Neste ponto, há que se indagar se o texto, resultante da mutação, adequa-se à coerência do contexto, de modo a ele se amoldar com exatidão. A resposta, segundo ele, é afirmativa; o novo texto é “plenamente adequado ao espaço semântico constitucional”. A mutação seria, portanto, uma manifestação de sanidade do ordenamento.

O ministro coloca ainda que variadas circunstâncias foram destacadas no voto do relator a indicar a efetividade da mutação e conclui ser o texto do artigo 52, X da Constituição obsoleto, *in verbis*:

“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 há de se 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”.

Portanto, de acordo com o ministro Eros Grau, na linha de entendimento exposta pelo ministro Gilmar Mendes, ao Senado Federal, no quadro de uma verdadeira mutação constitucional, está atribuída competência para apenas dar publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Nesse contexto, a própria decisão definitiva do Supremo contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, ainda que tal declaração tenha se dado em sede de controle incidental.

Conclui, nesse contexto, pela procedência da reclamação.

Vale ressaltar que, não obstante o esforço argumentativo realizado pelo ministro Eros Grau, parece que sua tese jurídica está apta mais a afastar a ocorrência da mutação do que propriamente a corroborá-la. Isto porque reconhece o referido ministro que a interpretação preconizada por Ferreira Mendes extrapola os limites da interpretação constitucional, operando-se em verdade uma modificação do texto do dispositivo comentado (artigo 52, X, CF). Conforme ele salienta, existem diferentes formas de eliminar a incompatibilidade entre normas constitucionais e a realidade constitucional, dentre as quais se destacam a interpretação, a mutação constitucional e a reforma constitucional. No entanto, para o fim objetivado pelo ministro relator e igualmente pelo ministro Eros Grau, qual seja, alterar a redação do artigo 52, X da Constituição, a via adequada seria a reforma constitucional, sob pena de se conferir demasiado poder ao Judiciário, correndo-se o risco até mesmo de usurpação de competência do Poder Legislativo.

#### **4.3. Divergência: análise do voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, que julgou a reclamação improcedente, e do voto do Min. Joaquim Barbosa, que não conheceu da reclamação<sup>62</sup>**

Em divergência, o ministro Sepúlveda Pertence julgou a reclamação improcedente, não obstante ter concedido de ofício *habeas corpus* para que o juiz examinasse os demais requisitos para deferimento da progressão de regime. Vejamos os argumentos por ele utilizados.

De início, reportou-se o ministro aos fundamentos de seu voto no RE 191.896/PR<sup>63</sup>, em que declarou dispensável a reserva de plenário (art. 97, da Constituição) quando já houvesse declaração de inconstitucionalidade de determinada norma legal pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em via de controle incidental. Asseverou, no entanto, que não se poderia, a partir daí, reduzir o papel do Senado, que quase todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934 mantiveram. Isto porque a desnecessidade do deslocamento, previsto no art. 97 da Constituição Federal, estaria baseada na quebra da presunção de constitucionalidade que reveste qualquer lei ou ato normativo, não havendo, como afirma o relator, uma equiparação de efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto ou ainda efeito vinculante independentemente da intervenção do Senado.

Observe-se, nesse ponto, que o que foi dito anteriormente, quando da análise do voto de Gilmar Mendes, a respeito da desnecessidade do deslocamento previsto no artigo 97 da Constituição Federal decorrer da quebra da presunção de constitucionalidade que reveste a norma, foi também evidenciado pelo ministro Sepúlveda Pertence.

Portanto, havendo uma decisão pela inconstitucionalidade da norma em sede de controle concreto-difuso, a presunção de constitucionalidade inerente à regra jurídica fica mitigada, daí porque o deslocamento da

---

<sup>62</sup> Apesar dos esforços feitos com o intuito de ter acesso ao inteiro teor desses votos, tal não foi possível, vez que ainda não foram disponibilizados no *site* do Supremo Tribunal Federal. O informativo n°. 463 daquela Corte, no entanto, foi esclarecedor acerca do conteúdo dos votos proferidos pelos ministros referidos.

<sup>63</sup> STF, RE n°. 191.896/PR. *DJU* de 29.8.97.

questão constitucional ao plenário ou ao órgão especial do Tribunal é prescindível. O STF ressalta, reiteradamente, que a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, *in verbis*:

“a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade da norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário”<sup>64</sup>.

Sepúlveda Pertence salientou, ainda, que a convivência paralela, desde a Emenda Constitucional 16/65, de dois sistemas de controle de constitucionalidade tem levado a uma prevalência do controle abstrato-concentrado. Ressaltou, também, que, embora o mecanismo de outorga ao Senado Federal da competência para a suspensão da execução da lei inconstitucional esteja cada vez mais obsoleto, combatê-lo, por meio do que chamou de “projeto de decreto de mutação constitucional”, já não seria mais necessário. Isto porque o instituto da súmula vinculante é meio capaz de solucionar a questão, sem reduzir o Senado a um órgão de publicidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

De fato, o argumento trazido pelo ministro Sepúlveda Pertence parece interessante, vez que leva em conta uma interpretação sistemática do texto constitucional. Com efeito, a Emenda Constitucional nº. 45/04, que introduziu o instituto da súmula vinculante no ordenamento pátrio (art. 103-A, CRFB/88), dotou o Supremo Tribunal Federal de um poder que, praticamente, dispensaria a intervenção do Senado Federal, sem, contudo, reduzir o papel daquela Casa do Congresso a um mero órgão de publicidade das decisões proferidas pela Corte Suprema.

Assim é que a partir da EC nº. 45/04, o Supremo Tribunal Federal, analisando incidentalmente a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, poderá, respeitados os requisitos do art. 103-A da

---

<sup>64</sup> STF, Ag. Reg. AI nº. 167.444, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 15.9.1995.

Constituição Federal, editar súmula vinculante. Nesse contexto, não mais será imprescindível a aplicação do artigo 52, X da Constituição, uma vez que, como salienta Alexandre de Moraes<sup>65</sup>:

“declarando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, o próprio Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula sobre a validade, a interpretação e a eficácia dessas normas, evitando que a questão controvertida continue a acarretar insegurança jurídica e multiplicidade de processos sobre questão idêntica”.

Cumprido, neste momento, mencionar os requisitos necessários à edição de uma súmula vinculante, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o art. 103-A podem ser vislumbrados os seguintes requisitos: a) a existência de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional; b) controvérsia atual entre órgãos judiciários ou controvérsia atual entre esses e a Administração Pública; c) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; d) ter como objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas que envolvam matéria constitucional; e e) aprovação por dois terços dos Ministros do STF.

Ressalte-se que, como se vê a partir dos requisitos acima elencados, não bastaria, para a edição de uma súmula vinculante, uma posição isolada do Supremo Tribunal, sendo necessário, além dos outros elementos, a adoção reiterada de um posicionamento específico que envolva a matéria constitucional. Vale salientar, portanto, que a existência de apenas uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma não seria suficiente para preencher o requisito atinente à existência de reiteradas decisões. No entanto, havendo o Supremo decidido determinada questão constitucional de forma reiterada (não necessariamente unânime) tal exigência estaria satisfeita, sendo possível a edição da súmula.

Por sua vez, Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, não conheceu da reclamação, mas conheceu do pedido como *habeas corpus* e também concedeu a ordem de ofício.

---

<sup>65</sup> *op.cit.* p. 705.

Considerou o referido ministro que a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal não representaria obstáculo à ampla efetividade das decisões do Supremo, mas complemento. Afirmou que as próprias circunstâncias do caso seriam esclarecedoras, uma vez que o que suscita o interesse da reclamante não seria a omissão do Senado em conferir ampla eficácia à decisão do Supremo Tribunal Federal, mas a insistência de um juiz em divergir da orientação da Corte enquanto não suspenso o ato pelo Senado. Por este fato, entendeu que a questão se resolveria com a simples concessão liminar da ordem de *habeas corpus* pelo relator.

Afirmou ainda, na linha do que fora exposto pelo ministro Sepúlveda Pertence, a possibilidade de edição de súmula vinculante como forma de tornar prescindível a participação do Senado, sem reduzi-lo a órgão de publicidade das decisões do STF.

Nesse sentido, a leitura tradicional do art. 52, X, da Constituição Federal deve ser mantida, sendo afastada a ocorrência da alegada mutação constitucional. Isto porque, segundo ele, caso se aceitasse a tese da mutação, seriam necessários ainda dois fatores adicionais não presentes, quais sejam, o decurso de um espaço de tempo maior para a verificação da mutação e o conseqüente e definitivo desuso do dispositivo. Salientou, por fim, que tal proposta está impedida pela literalidade do art. 52, X, da Constituição, bem como enfatizou que tal interpretação iria contra as conhecidas regras de auto-restrição<sup>66</sup>.

De fato, a literalidade do artigo em comento torna a proposta preconizada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes de difícil aceitação. Isto porque, como foi dito, o constituinte derivado teve oportunidade de alterar o dispositivo analisado, inclusive quando do advento da Emenda Constitucional nº. 45/04, responsável pela reforma do Poder Judiciário, que

---

<sup>66</sup> Acerca da discussão de qual a postura deve ser adotada pelos magistrados em sua atividade hermenêutica, se uma postura ativista ou auto-restritiva, leciona Jane Reis Gonçalves Pereira que a concepção auto-restritiva identifica-se com as teses que preconizam que o Judiciário deve atuar de forma deferente ao princípio da separação de poderes, enquanto que a concepção ativista relaciona-se à idéia de que os juízes devem ir além da mera aplicação da lei, interpretando-a de forma criativa. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

trouxe inovações em sede de controle de constitucionalidade, como, por exemplo, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de constitucionalidade, conferindo nova redação ao artigo 103 da Constituição Federal. Se o legislador, no entanto, não fez o mesmo no que se refere ao disposto no artigo 52, X, significa que tal disposição deve permanecer em vigor, estando o intérprete a ela vinculado, uma vez que é certo que a proposta do ministro relator extrapola a mera interpretação do texto constitucional. Se assim não fosse, estar-se-ia conferindo poder demasiado ao Judiciário. Não se trata, nem de longe, como pode parecer, de simples receio de que as decisões do Supremo tenham eficácia *erga omnes*, como já ocorre com as decisões proferidas na via do controle principal, mas receio de verdadeira usurpação de competência do Poder Legislativo. Se é certo que uma realidade de rígida separação de Poderes pode ser nociva, não menos certo é que a flexibilidade sem freios de tal separação pode comprometer a solidez do Estado Democrático de Direito.

## **Conclusão**

Vimos que a suspensão de execução pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal é instituto cuja origem remonta à Constituição de 1934, sendo sua criação motivada por um receio de se conferir eficácia contra todos às decisões do Supremo Tribunal Federal. Não obstante este quadro atualmente não mais subsistir, a verdade é que o artigo 52, X da Constituição, que prevê a participação daquela Casa do Congresso no controle de constitucionalidade, permanece no texto constitucional em vigor.

Nesse contexto, a proposta preconizada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da Reclamação nº. 4.335, no sentido de haver ocorrido uma verdadeira mutação constitucional no texto do artigo referido, é de difícil sustentação, apesar dos variados argumentos por ele trazidos no sentido da ocorrência de tal fenômeno.

Com efeito, certo é que o papel desempenhado pelo Senado Federal tornou-se um anacronismo, mormente com as alterações advindas a partir da Constituição de 1988, dentre as quais se destaca a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a introdução de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Porém, não menos certo é o fato de que o intérprete da norma não deve se imiscuir no papel de legislador, alterando a redação de dispositivo constitucional em vigor, ainda que tal alteração fosse desejável.

De fato, a referida disposição que prevê a intervenção do Senado Federal permanece na Constituição vigente e o legislador constituinte derivado, mesmo tendo a chance de retirá-la do texto constitucional (reforma do Poder Judiciário, *v.g.*), não o fez, restando, portanto, a norma íntegra na Carta de 1988. Assim, não se mostraria pertinente que tal alteração fosse arbitrariamente realizada pelo intérprete da norma, sobretudo se considerarmos que existe, no próprio sistema constitucional,



uma solução apropriada e, além disso, menos gravosa à integridade da Constituição Federal, qual seja, a súmula vinculante.

Com efeito, a Emenda Constitucional nº. 45/04, que introduziu o instituto da súmula vinculante no ordenamento pátrio (art. 103-A, CRFB/88), concedeu ao Supremo Tribunal Federal um poder que, praticamente, dispensaria a intervenção do Senado Federal, sem, contudo, reduzir o papel daquela Casa do Congresso a um mero órgão de publicidade das decisões proferidas pela Corte Suprema.

Nesse sentido, a edição da súmula vinculante a respeito da norma declarada inconstitucional no controle incidental, alternativa apontada pelo ministro Sepúlveda Pertence, parece de fato a mais adequada, vez que leva em conta uma interpretação sistemática do texto constitucional, esforço este que não foi realizado pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes. De fato, a leitura conferida pelo ministro relator ao disposto no artigo 52, X da Constituição, extrapolou em muito os limites da interpretação. Conforme salientou o ministro Eros Grau, ocorreu a passagem de um texto constitucional a outro texto de conteúdo diverso, o que visivelmente vai além da mera interpretação e, portanto, vai igualmente além da competência do Supremo. Assim é que deve ser mantida a leitura tradicional do disposto no artigo em comento, sob pena de, em última análise, estar se concedendo ao Supremo Tribunal Federal o monopólio de interpretação da Constituição Federal, o que não é cabível, nem tampouco desejado.

## Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1401 p.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 333 p.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2001. 363 p.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 282 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. 142 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 356 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 286p.

LEITE, Fábio Carvalho. *1891 – A Matriz Político-Institucional da República no Brasil*. Tese PUC-Rio, 2002.

\_\_\_\_\_. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta*. 39 p.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 8ª ed.. São Paulo: Editora Método, 2005. 654 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 799 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 446 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. 918 p.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 330 p.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 546 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 878 p.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.*. *Reforma do Poder Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional nº. 45/04*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 848 p.

***Sites***

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)