



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO – FD

IGOR DE ARAÚJO VILELLA

O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

BRASÍLIA

2015

IGOR DE ARAÚJO VILELLA

O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

BRASÍLIA

2015

IGOR DE ARAÚJO VILELLA

O PAPEL DO SENADO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB

Brasília, ____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora:

Professor Doutor João Costa Ribeiro Neto (Orientador)

Professor Doutor Jorge Octavio Lavocat Galvão

Professor Mestre João Trindade Cavalcante Filho

Agradecimentos

A Deus.

À Ana Luize. Seu amor mudou tudo. Como uma epifania de Joyce, revelou a beleza escondida no cotidiano e o porquê da vida.

A minha mãe, meu maior exemplo. Sem sua doçura e tolerância não teria chegado até aqui.

À Isabella, a maior dançarina de tango que já conheci. Nunca esquecerei sua belíssima interpretação das Estaciones Porteñas. Sem ela, o mundo teria menos graça.

Ao meu pai, por seu amor incondicional, ainda que escondido em reticências.

Ao Daniel, pela amizade de muitos anos e paciente correção dessa monografia.

Ao Professor João Costa Neto pelos ensinamentos, orientações e pela solicitude que demonstrou durante o período de elaboração deste trabalho.

Ao Professor Jorge Octávio Lavocat Galvão e ao Professor João Trindade Cavalcante Filho por, gentilmente, terem aceitado participar da banca avaliadora desta monografia.

RESUMO

O julgamento da Reclamação 4335-5/AC despertou intenso debate no meio jurídico brasileiro. Isso não sem razão, uma vez que a matéria ali discutida repercute em diversas áreas do direito constitucional. Com efeito, a decisão proferida acerca da mutação constitucional do art. 52, X da Carta Máxima é um importante marco jurisprudencial para que se possa compreender a posição do Supremo a respeito dos limites interpretativos do juiz constitucional, das diferenças entre os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, bem como da separação entre os poderes legislativo e judiciário. O presente texto busca empreender uma avaliação dos argumentos usados pela Corte para rejeitar a tese de mutação. Para tanto, divide-se a presente monografia em duas partes principais. Na primeira delas, que abrange o primeiro e o segundo capítulos, se precisará os contornos do papel do Senado no controle de constitucionalidade. Com esse propósito, determinar-se-á as origens da competência senatorial, bem como seu desenvolvimento histórico, situando-o no seio da evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Na segunda parte desse trabalho, que compreende o terceiro capítulo, abordar-se-á a possibilidade teórica da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição e qual o papel, atualmente, deve ser atribuído ao Senado no controle difuso de constitucionalidade .

Palavras-chave: mutação constitucional; Senado Federal; controle difuso de constitucionalidade; história do controle de constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 ORIGEM DA COMPETÊNCIA SENATORIAL	12
1.1 O controle de constitucionalidade brasileiro antes da competência senatorial	13
1.2 A criação da competência senatorial	20
CAPÍTULO 2 A COMPETÊNCIA SENATORIAL NA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	34
2.1 A competência senatorial antes da promulgação da Constituição de 1988.....	34
2.2 A evolução do controle de constitucionalidade após a Constituição de 1988 e a competência senatorial	39
CAPÍTULO 3 LIMITES DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E A COMPETÊNCIA SENATORIAL	52
3.1 Limites interpretativos das mutações constitucionais e a competência senatorial	52
3.2 A coerência do sistema de controle de constitucionalidade como limite à mutação da competência senatorial	62
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS	73

INTRODUÇÃO

O julgamento da Reclamação 4335-5/AC despertou intenso debate no meio jurídico brasileiro. Isso não sem razão, uma vez que a matéria ali discutida repercute em diversas áreas do direito constitucional. Com efeito, a decisão proferida acerca da mutação constitucional do art. 52, X da Carta Máxima é um importante marco jurisprudencial para que se possa compreender a posição do Supremo a respeito dos limites interpretativos do juiz constitucional, das diferenças entre os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil, bem como da separação entre os poderes legislativo e judiciário¹.

O julgamento dessa Reclamação começou em 2007 e só teve fim em março de 2014. O fato de o julgamento ter se prolongado por tanto tempo tem importância para seu deslinde, uma vez que, nesse período, o Supremo fez editar o enunciado de número 26 de sua súmula vinculante, que trata justamente da matéria versada na reclamação. Dessa forma, a questão acerca do cabimento da reclamação e até mesmo a discussão sobre a amplitude subjetiva dos efeitos das decisões anteriores do STF, proferidas em sede de controle difuso, restou prejudicada. Com a Súmula, tornou-se evidente que cabia a reclamação e que a posição do Supremo a respeito daquele tema é vinculante e possui efeitos *erga omnes*.

É certo que a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição não foi aceita pelo Supremo, uma vez que apenas dois ministros – Gilmar Mendes e Eros Grau – votaram no sentido de reconhecer a mutação constitucional. No entanto, a edição da já referida súmula vinculante desviou um pouco o foco inicial do julgamento. Isso talvez tenha impedido a questão acerca da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição de ser tão bem assentada quanto poderia ter sido. De qualquer forma, o Supremo acabou julgando a reclamação procedente, e o fundamento preponderante para isso é o de que a decisão reclamada estava em contradição com o enunciado nº 26 da Súmula Vinculante do Supremo e por isso deveria ser rejeitada.

Feitas essas considerações acerca das nuances tratadas na reclamação, cabe esclarecer que não interessam à presente monografia, exceto marginalmente, as minúcias do caso concreto. A reclamação 4335-5/AC serve aqui como ponto de partida para que se aborde os

¹Para eles: “ao final dos debates entre os ministros daquela corte, poder-se-á chegar, de acordo com o rumo que a votação tem prometido até o momento, a uma nova concepção, não somente do controle de constitutucionalidade no Brasil, mas também de poder constituinte, de equilíbrio entre os Poderes da República e de sistema federativo” (STRECK et al, 2007, p. 46).

verdadeiros temas do trabalho que são a competência do Senado² para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo e a tese de mutação constitucional da referida competência. Com efeito, os objetivos gerais da presente monografia são estudar a competência senatorial e investigar a tese de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição, examinando seus fundamentos e sua compatibilidade com os princípios e regras que conformam a ordem constitucional brasileira.

O objetivo geral desdobra-se, naturalmente, em objetivos específicos que são os seguintes: a) determinar o contexto da criação da competência senatorial; b) examinar o processo de criação legislativa da competência do Senado em controle difuso; c) verificar se a interpretação histórica oferecida pelos que defendem a mutação constitucional é consistente; d) analisar a relação entre a mutação constitucional do art. 52, X e os limites da interpretação constitucional; e) pesquisar a compatibilidade entre a democracia e a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição.

O primeiro objetivo específico será abordado no primeiro capítulo, no qual tratar-se-á das origens da competência senatorial. Dividir-se-á esse capítulo em dois subcapítulos. O primeiro deles diz respeito ao controle de constitucionalidade brasileiro no período imediatamente anterior a origem da competência, na Constituição de 1934. Será abordada a aparente incompatibilidade entre o sistema de controle de constitucionalidade então vigente e a teoria da inconstitucionalidade das leis, bem como os desdobramentos advindos dessa incompatibilidade.

No subcapítulo seguinte se explorará a criação propriamente dita da competência senatorial. Abordar-se-ão, com esse propósito, os debates na subcomissão responsável pela elaboração do anteprojeto de Constituição de 1934, bem como as discussões nas Assembleias constituintes de 1934 e 1946. Essa pesquisa não é realizada com propósitos originalistas, tampouco para efeitos decorativos, o que se quer é apenas determinar quais entendimentos acerca da competência existiam no período de sua criação, além de ajudar a se determinar quais justificativas e propósitos possuíam os responsáveis pela criação do instituto. Com esse objetivo, os debates das duas constituintes se mostram extremamente ricos, porque ali diversas perspectivas acerca da competência senatorial são debatidas.

² Ao longo do trabalho, sempre que se mencionar a “competência do Senado”, a “competência senatorial” ou o “papel do Senado” está referindo-se à competência estampada no art. 52, X da Constituição Federal que autoriza o Senado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Toda essa análise inicial justifica-se, ademais, em razão da tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição defendida por Gilmar Mendes pautar-se em determinada interpretação da evolução histórica do controle de constitucionalidade brasileiro. É, portanto, fundamental estudar as origens dessa competência para que se possa entender e criticar a tese de mutação constitucional da competência senatorial.

No segundo capítulo, em sua primeira parte, se investigará as principais manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da competência senatorial que tiveram lugar antes de promulgada a Constituição de 1988 e que conformaram o instituto. Esse exame mostra-se necessário para que se entenda o sentido atribuído, inicialmente, à essa competência pela comunidade de intérpretes. Entre as várias controvérsias que tiveram lugar a respeito dessa competência, esmiuçar-se-á, especialmente, a que diz respeito à discricionariedade do Senado para editar as resoluções suspensivas, porque esse ponto é o de maior interesse para esta monografia.

Já no segundo subcapítulo, analisar-se-á a evolução do controle de constitucionalidade no período posterior à promulgação da Constituição de 1988 e a influência das reformas legislativas na clássica distinção entre controle difuso e concentrado. Mais especificamente, abordar-se-á a relação entre as transformações no sistema de controle de constitucionalidade ocorridos no período e a competência senatorial para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

O terceiro capítulo divide-se em dois subcapítulos. No primeiro deles prescrutar-se-á algumas aproximações clássicas desenvolvidas acerca do conceito de mutação constitucional. Aproveitar-se-á o ensejo para tratar das relações que essas construções teóricas possam ter com a tese da mutação da competência senatorial. Inclusive, buscar-se-á determinar se as hipóteses de mutação previstas pelos autores podem ser admitidas pelo direito brasileiro atualmente. Ademais, será discutido se a tese de mutação do art. 52, X da Constituição está, de fato, abrigada por alguma das hipóteses de legítima mutação constitucional.

No último subcapítulo, se dará prosseguimento a análise de algumas das teorias acerca da mutação constitucional. Mais especificamente, estudar-se-á a adequação entre a tese de mutação constitucional da competência senatorial e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Essa análise mostra-se relevante porque uma das hipóteses de mutação constitucional admitida doutrinariamente fundamenta-se no propósito de conferir maior harmonia ao Direito. Examinar-se-á, portanto, se, caso aceita a mutação constitucional,

o novo sentido do art. 52, X se compatibiliza melhor com a Constituição em seu sentido total. Analisar-se-á, ademais, a proposta do Ministro Teori Zavascki para compatibilizar a competência senatorial com as mudanças constitucionais e legislativas que conferem efeitos amplos às decisões em controle difuso.

Antes de iniciar o tratamento do tema da presente monografia, contudo, é oportuno que se faça mais algumas considerações iniciais acerca do problema a ser estudado, sua relevância e o plano geral do trabalho.

O objeto do presente trabalho, como já mencionado, é uma análise pormenorizada da tese de mutação constitucional da competência do Senado para suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo, prevista no artigo 52, X da Constituição de 1988. Em linhas gerais, o que buscar-se-á é determinar se essa mutação pode ou não ser admitida pelo direito brasileiro.

Como é de amplo conhecimento, o Supremo decidiu, em 2014, que a tese de mutação constitucional do referido inciso não pode ser admitida. Nada obstante, acredita-se que o presente trabalho continua relevante. É necessário que se analise o julgado e se empreenda uma avaliação dos argumentos usados pela Corte para rejeitar a referida tese de mutação. É papel da academia jurídica acompanhar e criticar o trabalho desenvolvido pela Suprema Corte, mormente nos tempos atuais, quando ela assume importância cada vez maior. Não pode a academia assumir um papel passivo, de mera propagadora das opiniões da corte. Além disso, nomes importantes do meio jurídico são favoráveis à mutação constitucional³ e nada obstante tenham perdido judicialmente não necessariamente devem perder na academia, uma vez que suas posições teóricas são relevantes. Além do mais, é plenamente possível que as Cortes cometam erros ao julgar determinada matéria.

Sem prejuízo da postura crítica adotada, a presente monografia apresenta conclusão igual à do Tribunal. Com efeito, também se entende que a tese de mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição é inadmissível. Nem por isso, no entanto, se concorda com todos os argumentos utilizados pela Corte. Não se busca aqui entronizar a jurisprudência do Supremo, prática infelizmente comum na literatura jurídica brasileira⁴.

³ Entre outros, Ministros Gilmar Mendes e Dias Tofoli, bem como o ex-ministro Eros Grau.

⁴ “In a degree more prominent than in Germany, which also suffers from the loss of the critique of the BVG’s decisions, Brazilian constitutional scholarship basically conducts itself as mere observer and worshiper of STF’s decisions” BENVINDO, 2010. p. 85.

Exatamente o contrário, o que se quer é discutir os fundamentos da decisão de forma crítica e teoricamente embasada.

Exatamente em razão disso, a presente monografia rejeitará alguns dos argumentos contrários à tese de mutação constitucional, mas que são incapazes de resistir a uma análise mais detida. Nesse mesmo sentido, se aceitará alguns dos argumentos favoráveis à mutação constitucional. Não se está aqui desenvolvendo uma petição judicial. Tentou-se, o máximo possível, manter a imparcialidade e avaliar os argumentos pelo que valem, não forçá-los para que se adequem a uma conclusão previamente estabelecida. Na verdade, a hipótese inicial de pesquisa era de que o Supremo havia errado ao não reconhecer a mutação constitucional. Foi durante o desenvolvimento do trabalho que notou-se que os argumentos contrários à mutação são mais fortes que os favoráveis.

O plano de exposição do presente trabalho já foi apresentado nessa introdução, mas faz-se necessário mais alguns comentários. É possível dividir a monografia em dois grandes eixos. No primeiro deles, far-se-á uma incursão para determinar as origens da competência senatorial, bem como seu desenvolvimento histórico, situando-o no seio da evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Essa análise mostra-se relevante uma vez que um dos principais argumentos usados a favor da mutação é justamente um argumento histórico, que busca provar que o sistema de controle de constitucionalidade evoluiu de tal forma a tornar a competência do Senado obsoleta. Mostra-se-á que esse argumento histórico é procedente em parte. De fato, a competência do Senado teve, ao longo do tempo, seu sentido esvaziado. No entanto, não é possível dizer que a evolução do controle de constitucionalidade tornou a competência senatorial completamente inútil. Ela ainda possui conteúdo substancial.

No segundo dos grandes eixos desse trabalho, abordar-se-á a possibilidade teórica da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição. Buscar-se-á apresentar as principais concepções acerca da mutação constitucional e se estabelecerá correlações dessas teorias com a hipótese de mutação objeto do trabalho. Como se verá, a mutação constitucional da competência senatorial não encontra embasamento teórico. Ademais, estudar-se-á as consequências que adviriam da admissão da referida tese de mutação constitucional. Nesse passo, se estudará essencialmente o déficit democrático que uma decisão dessa natureza causaria.

CAPÍTULO 1 ORIGEM DA COMPETÊNCIA SENATORIAL

O argumento do Ministro Gilmar Mendes, relator da causa e principal defensor da mutação do art. 52, X, baseia-se, em larga medida, em uma narrativa histórica desenvolvida por ele em seu voto na referida Reclamação. Em essência, o Ministro defende que as circunstâncias históricas que levaram à criação da competência do Senado foram drasticamente alteradas, desde a criação do instituto em 1934. As alterações são de tal ordem que o caráter substancial de tal competência já não tem mais razão de ser. Na argumentação do Ministro Gilmar Mendes, portanto, o sentido por ele atribuído à evolução histórica do controle de constitucionalidade funciona como uma das principais justificativas para a mutação constitucional do art. 52, X.

A importância da narrativa histórica para o voto do Ministro Gilmar Mendes não foi tratada diretamente por boa parte daqueles que se dedicaram ao problema abordado na Reclamação 4335-5/AC. Apesar disso, é praticamente impossível àqueles que se dedicaram à questão não se ocupar, mesmo sem perceber, da história da competência senatorial, dado a centralidade desse argumento no voto do ministro Gilmar Mendes. A mutação constitucional, tal como se infere do referido voto, consiste em um descompasso entre a norma posta e as circunstâncias fáticas. Para a existência de uma mutação, portanto, é necessário que as circunstâncias, tais como a cultura jurídica ou as práticas institucionais, tenham evoluído de forma tal a se tornarem incompatíveis com o texto constitucional. Sendo assim, os juristas que se posicionaram contra a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes tiveram que atacar as bases da sua visão histórica, defendendo interpretação diversa das mudanças constatadas na legislação infraconstitucional e na doutrina constitucional brasileira.

Houve também quem tratou do componente histórico do argumento diretamente. Esse o caso, por exemplo, de Clara Santos que, em dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Brasília, gizou a importância que a versão da história oferecida pelo Ministro possui para o sustento da tese por ele defendida⁵. Consciente da centralidade desse argumento, ela debruçou-se sobre a questão e apresentou interpretação bastante distinta a respeito da história do Senado no controle de constitucionalidade. Essa divergência revela, com mais clareza, a existência de uma controvérsia acerca da forma como se deu a evolução histórica da competência senatorial.

⁵SANTOS, 2011, p. 36 ss.

Nada obstante não tenha sido sempre tratado diretamente, não se pode colocar em dúvida a importância do argumento de cunho histórico para o deslinde da questão. Partindo dessa consideração, buscar-se-á, no presente capítulo, avaliar a consistência dos argumentos históricos de que se valeram os protagonistas do debate em torno da mutação constitucional da competência senatorial e criticá-los quando pertinente.

1.1 O controle de constitucionalidade brasileiro antes da competência senatorial

O controle de constitucionalidade no Brasil foi instituído no final do século XIX, com a Constituição provisória de 22 de junho de 1890 que, em seu art. 58, § 1º, previa a possibilidade dos juízes negarem a validade dos atos inquinados de inconstitucionalidade. A Constituição promulgada em 1891, no artigo 59, §1º, repetiu o já disposto na Constituição provisória, atribuindo ao Supremo competência para, em grau recursal, deixar de aplicar ao caso, por vício de inconstitucionalidade, tratados ou leis federais. Essa instituição é, em grande parte, a importação da experiência americana em controle de constitucionalidade, que, naquela época, já contava com quase oitenta anos. Essa importação, entretanto, como sói ocorrer nesses processos, deixou de considerar algumas das particularidades do sistema jurídico brasileiro, o que, como se podia esperar, tornou o sistema estrangeiro menos efetivo aqui do que ele era alhures. No presente subcapítulo, esboçar-se-á uma breve descrição das diferenças entre o controle de constitucionalidade brasileiro e o americano no período que vai até a promulgação da Constituição Brasileira de 1934. Além disso, apontar-se-á como essas diferenças tornaram problemáticos os primeiros anos de controle de constitucionalidade no Brasil e demandaram a realização de mudanças.

O constitucionalismo americano é, em certa medida, a continuidade da tradição constitucional britânica⁶, nada obstante a presença de algumas diferenças essenciais, dentre as quais a de que naquele é possível o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos legislativos⁷. Essa competência tem raiz histórica nas conturbadas relações entre o parlamento inglês e as colônias americanas. Os colonos americanos tinham grande desconfiança da atividade dos parlamentares. Tendo, por séculos, sofrido opressão advinda da atividade legiferante do Parlamento inglês, natural que existisse, na própria Constituição Americana,

⁶PEREIRA JUNIOR, 2010, p. 297.

⁷ Davis apud BARBOSA, 1933, p. 177.

limites à atividade dos deputados e senadores⁸. Daí porque se diz que, a despeito de ter sido criado por meio da atividade jurisprudencial⁹, e de inexistir previsão expressa na Constituição, o controle de constitucionalidade assenta-se na própria ordem valorativa da Constituição¹⁰, que impõe restrições a todos os poderes, bem como nas ideias dos *founding fathers*^{11, 12, 13}. Isso porque faz parte da essência do constitucionalismo americano a distribuição dos poderes do Estado para três órgãos distintos, cada um possuindo-os em quantidade e qualidade suficiente para conter os abusos dos outros dois.

O constitucionalismo brasileiro, por outro lado, no período em que teve vigência a Constituição Imperial, possuía profundas raízes francesas. A rigor, em diversos trechos da Carta de 1824 se nota que a constituição imperial é quase uma cópia direta da Constituição francesa¹⁴. Na França, em oposição ao que se dava nos Estados Unidos, a desconfiança existia em relação ao rei e aos membros do poder judiciário, tradicionalmente vistos como partidários do *ancien regime*¹⁵. Em razão disso, dispunha expressamente a constituição francesa que os juízes não podiam decidir matérias atinentes à atividade do poder legislativo¹⁶. Seguindo esse modelo, a Constituição Brasileira de 1824 não atribuía ao judiciário brasileiro nenhuma competência que, remotamente, desse a entender que os juízes poderiam decidir acerca da constitucionalidade das leis criadas pelo Legislativo. Muito pelo contrário, o art. 15, VIII, da Carta de 1824 conferia ao próprio legislativo a competência para interpretar a legislação por ele mesmo criada. Como se vê, seguindo a tradição francesa de estrita separação de poderes, não existia jurisdição constitucional no Brasil no período anterior à proclamação da república.

⁸Ver, a propósito, o Number 48 do The Federalist, no qual se descreve como, facilmente, em uma democracia, o parlamento pode assumir poderes ditatoriais: “the legislative department derives a superiority in our governments from other circumstances. Its constitutional powers being at once more extensive, and less susceptible of precise limits, it can, with the greater facility, mask, under complicated and indirect measures, the encroachment which it makes on the co-ordinate departments”. MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. 1952. p. 157

⁹Notadamente, o caso *Mardbury versus Madison*.

¹⁰Artigo III, seção II e IV da Constituição Americana.

¹¹PEREIRA JUNIOR, 2010, p.298.

¹²Desde muito tempo, os juristas americanos entendem que o controle de constitucionalidade americano tem por fundamento “the general intention of the framers and adopters of the constitution, so far as this intention must be deduced from the general nature of the government sought to be established, from the records preserved of the conventions in which the instrument was framed and adopted, and from the precedents from colonial practice, if any such are to be found”. WILLOGHBY, 1910, p. 5.

¹³Virgílio Afonso da Silva defende que a necessidade de um controle semelhante ao controle jurisdicional de constitucionalidade já era defendido por Hamilton, no Número 78 do Federalista. SILVA, 2009, p. 200.

¹⁴PEREIRA JUNIOR, 2010, p.300.

¹⁵“Nessa forma de governo é contra os reis que as nações de premonem, assim como nas democracias é contra as assembléas representativas” BARBOSA, 1933, p. 81.

¹⁶Ver Constituição Francesa de 1791, Título III, Cap. V, art. 3.

Como já se indicou, o controle de constitucionalidade no Brasil surgiu por meio da atividade do constituinte originário, que importou o sistema de controle de constitucionalidade americano. Isso se deu, em parte, por causa da impossibilidade de, considerando o sistema político escolhido pelos republicanos, buscar-se inspiração nas tradições monárquicas europeias, tais como a francesa ou a inglesa¹⁷. Além disso, também contribuiu para essa adoção a forma de estado acolhida - o federalismo - que, conforme a opinião da época, apenas podia existir com alguma forma de controle jurisdicional de constitucionalidade¹⁸. Desta feita, as bases do constitucionalismo brasileiro foram modificadas, em 1891, para afastá-lo da tradição francesa e aproximá-lo da norte-americana.

O controle de constitucionalidade no Brasil, no entanto, tornou-se possível porque, para além das alterações formais da constituição, duas premissas básicas, igualmente importadas dos Estados Unidos, e defendidas, no Brasil, principalmente por Ruy Barbosa¹⁹, passaram a ser amplamente aceitas pela comunidade jurídica. A primeira, a de que a constituição está em um nível superior ao das leis comuns e representa, aquela, a vontade do povo, ao passo que essa é somente a expressão da vontade dos representantes do povo. De maneira que, todas as vezes, que uma norma legal entrar em contradição com norma constitucional, a de nível superior, a constitucional, deve prevalecer sobre a de nível inferior que, necessariamente, será declarada nula. E a segunda, de que ao judiciário cabe a última palavra a respeito da interpretação da Constituição. Para Ruy Barbosa, o poder judiciário deveria ser tido “como orgam supremo da hermeneutica constitucional”²⁰, cabendo-lhe proteger a constituição contra os legisladores que, em sua atividade legiferante, desrespeitem o texto constitucional²¹.

A influência norte-americana, no entanto, não terminou no momento em que foi criado o controle de constitucionalidade no Brasil. Pelo contrário, os principais constitucionalistas brasileiros do período da primeira República, dentre os quais se destaca Ruy Barbosa e Carlos Maximiliano, valiam-se principalmente de juristas norte-americanos e da experiência de seus tribunais para entender a natureza do controle de constitucionalidade e conformá-lo ao direito brasileiro.

¹⁷PEREIRA JUNIOR, 2010, p.300.

¹⁸“A ideia prima das federações é a limitação do poder legislativo pela Constituição e a expansão do poder judiciário como órgão supremo da hermeneutica constitucional.” BARBOSA, 1933, p. 149.

¹⁹BARBOSA, 1933, p. 72 ss.

²⁰BARBOSA, 1933, p.83.

²¹BARBOSA, 1933, p. 90

A influência sentiu-se igualmente na jurisprudência pátria. Lembre-se, como exemplo, a questão acerca da possibilidade do Supremo responder perguntas, em tese, acerca da constitucionalidade de lei. Assim como a corte americana que, logo nos seus primeiros anos de existência, decidiu que não era órgão consultivo, estando, portanto, impedida de pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade em abstrato das leis, o Supremo firmou, já no Acórdão n. 3 de 1893, a sua incompetência para conhecer originariamente de consultas e mesmo de ações diretas, cabendo-lhe apenas conhecer das causas julgadas originariamente por tribunais ou juízes singulares, mormente nas quais tenha sido contestada a constitucionalidade de lei federal ou tratado²². Essa restrição, por óbvio, era inteiramente compatível com a concepção de repartição de poderes então vigente, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil²³.

Nem todas as características do controle de constitucionalidade americano, no entanto, eram compatíveis ou mesmo adaptáveis ao direito brasileiro. Nos Estados Unidos, firmou-se, desde o século XIX, que a lei declarada inconstitucional, não é, para todos os fins jurídicos, lei. Não pode ser base para que se forme contratos válidos, não obriga ninguém, nem cria direitos²⁴. Cabe, no direito americano, exclusivamente, aos tribunais declarar a incompatibilidade da constituição com a lei e, dessa forma, torná-la inválida naquilo que contraria o texto constitucional²⁵. De tal forma que antes de ser declarada a inconstitucionalidade pelo judiciário, o descumprimento da lei que se considera inconstitucional pode causar a responsabilidade daquele que a descumpre, caso, mais tarde, a lei seja tida como constitucional pelas cortes. O que não quer dizer, no entanto, que, antes de declarada inconstitucional, a lei já não o seja. Pelo contrário, a doutrina americana insistia que o próprio termo lei inconstitucional é contraditório, uma vez que se é inconstitucional, não pode ser uma lei²⁶. Esse entendimento foi consagrado ainda em 1886 pelo Justice Field no caso *Norton v. Shelby County*²⁷. Mario Capelletti, tratando desse tema, afirma que “uma vez

²²MAXIMILIANO, p. 597, 2005.

²³BARBOSA, 1933, p. 171 e 172.

²⁴Esse princípio encontra-se nos manuais de direito constitucional americano do fim de século, que tanto influenciaram os juristas da primeira república. Ver, entre outros, COOLEY, Thomas M. *The General Principles of Constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1898, p. 173.

²⁵COOLEY, 1898, p. 164.

²⁶WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. New York: Baker, Voorhisand Company, 1910. p. 10.

²⁷“An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed”.Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/118/425.html>>. Acesso em <15 jun 2015>

não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade uma lei americana, embora permanecendo *on the books*, é tornada a *dead law*, uma lei morta²⁸.

No Brasil, buscou-se, seguindo-se, uma vez mais, o modelo americano, defender a nulidade absoluta da lei inconstitucional. Mas tal transposição revelou-se problemática. O direito norte-americano possui, como é cediço, raízes distintas das do brasileiro, aquele faz parte da *common law*, na qual os precedentes judiciais das cortes superiores possuem um *binding effect* sobre os juízes e tribunais inferiores²⁹. Com efeito, especificamente sobre a declaração de inconstitucionalidade, firmou-se logo nas cortes norte-americanas que, em nenhuma hipótese, juízes ou tribunais estariam autorizados a contrariar a decisão de tribunais superiores a respeito da constitucionalidade de decreto ou lei³⁰.

A distinção, muitas vezes traçada, entre a família jurídica romano-germânica e a *common law*, no que diz respeito a força dos precedentes em cada uma dessas famílias, é duramente criticada pelos estudiosos do direito comparado, por ser excessivamente simplificadora³¹. Com efeito, também em sistemas de direito no qual, formalmente, os juízes estejam apenas adstritos ao direito, a jurisprudência exerce importante papel como fonte de direito e não como mera auxiliar no convencimento do juiz³². No entanto, em sistemas jurídicos que, como o brasileiro, descendem da família romano-germânica as regras de direito que podem ser criadas pela jurisprudência são muito mais frágeis que as instituídas pelo próprio legislador, aquelas são facilmente rejeitadas ou modificadas quando da avaliação de um novo caso, sem exigir maior justificação e sem ameaçar os princípios do direito³³. As limitações que as regras de direito criadas pelo juízes possuem na França ou na Alemanha, por exemplo, são muito maiores que as verificadas nos Estados Unidos ou na Inglaterra. Nisso reside a diferença entre a *common law* e a *civil law*, no que toca a função da jurisprudência em cada um desses sistemas³⁴. Para Rene David, a afirmação segundo a qual a jurisprudência não é fonte de direito nos países cujo direito é herdeiro da tradição romano-germânica é falsa, mas pode ser corrigida para expressar algo verdadeiro, caso se afirme que a jurisprudência é

²⁸CAPPELETTI, 1984, p. 86.

²⁹No direito dos Estados Unidos aplica-se, ainda que com alguns temperamentos, o instituto da *stare decisis*, segundo o qual as regras de direito que decorram de julgamentos pretéritos devem ser aplicadas pelos juízes. Ver DAVID, 2002, p. 489.

³⁰WILLOUGHBY, 1910, p. 12. “Inferior courts hold themselves bound by the prior decision of superior courts as to the validity of an act, even though new reasons, *pro* or *contra* are raised. The presumption is that all possible arguments were, in fact, considered by the superior court”.

³¹DAVID, 2002, p. 147.

³²DAVID, 2002, p. 147.

³³DAVID, 2002, p. 150.

³⁴DAVID, 2002, p.151.

fonte de direito, mas não de regras de direito³⁵. Portanto, nesses sistemas, a jurisprudência não cria regras, mas pode sim ser fonte de direito, desde que os juízes concordem que os precedentes continuam a ser bons e válidos.

A diferença entre o direito americano e brasileiro, no que diz respeito ao valor atribuído à jurisprudência, revela-se fundamental para o sistema de controle de constitucionalidade. Isso porque, durante a vigência da Constituição de 1891, o acórdão do Supremo que decidia pela inconstitucionalidade de determinada lei não vinculava os juízes de primeira instância. Esses poderiam, perfeitamente, contrariá-la, decidindo pela constitucionalidade da lei já tida como inconstitucional pelo órgão de cúpula do judiciário. Essa possibilidade é, aparentemente, incompatível com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, adotado no Brasil. Como é possível que o Supremo declare que a lei não existe, nem nunca existiu e, depois disso, um juiz de primeira instância aplicá-la normalmente?

Como aponta Gilmar Mendes³⁶, não se deu uma má assimilação dos ensinamentos dos constitucionalistas americanos pelos juristas brasileiros. Naquela época, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, não se podia admitir, em razão da concepção que então se possuía de divisão entre os poderes, que o judiciário, de fato, extirpasse do mundo a lei inconstitucional. Havia, claramente, uma diferença entre a nulidade absoluta da lei e a declaração proferida pelo judiciário³⁷. Nos Estados Unidos, essa distinção não criava tantos problemas, devido ao instituto da *stare decisis*, que, como já indicado, impede os tribunais inferiores de contrariar a decisão dos superiores.

Ruy Barbosa³⁸ esmiúça a diferença entre a nulidade da lei e a declaração de nulidade proferida pelo poder judiciário. Para ele, o judiciário não possui o poder de anular a

³⁵ DAVID, 2002, p. 151.

³⁶ MENDES, Gilmar, 2004, p. 160.

³⁷ Para Lucio Bittencourt: “Nos Estados que adotam a orientação americana, a declaração de inconstitucionalidade não tem esse efeito revogatório. O tribunal não anula, recinde, cassa, destrói ou revoga a lei, senão apenas lhe recusa força formal, o caráter obrigatório e irrefragável que lhe é inerente, negando-lhe aplicação a um dado caso concreto” (BITTENCOURT, 1965, p. 135).

³⁸ “uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, *annullar*. Declarar a nulidade, isso fazem os tribunales, legitimamente, a respeito de leis ordinarias, quando inconciliaveis com a lei fundamental. Em taes casos *declarar nulla* uma lei é simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, lei primaria e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hypothese nenhuma, como conclusão da sentença e objecto do julgado. Se o fizessem, se o dispositivo da sentença pudesse consistir na annullação formal da lei, o acto do juiz então *rescindiria, cassaria, revogaria* o acto do legislador. (...) Cancelar, abrogar, rescindir, cassar, destruir uma lei, é, rigorosamente, *legislar*. As leis, logo, não se *annullam*, technicamente, senão por outras lei” (BARBOSA, Ruy, 1910, p. 103).

lei³⁹, porque retirar uma lei do mundo jurídico é o mesmo que legislar, uma vez que, por simetria, apenas uma lei pode retirar outra do mundo jurídico. Portanto, a despeito da lei ser inconstitucional e, portanto, nula e sem capacidade nenhuma para produzir efeitos jurídicos, o judiciário não pode anulá-la, retirá-la do mundo jurídico. A sentença que declara a inconstitucionalidade da lei, por declará-la apenas de forma incidental, na preliminar do mérito, não vincula outras partes, tendo efeito apenas para os envolvidos no caso sob análise. Como decorrência disso, todas as vezes que, no curso de uma ação, se desejar que determinada lei não seja aplicada é necessário pedir ao juízo que ela seja declarada inconstitucional, não importando se ela já foi objeto da mesma declaração pelo judiciário anteriormente.

Nos Estados Unidos, a necessidade de arguir a inconstitucionalidade em cada caso não cria maiores prejuízos, porque, se o Supremo americano decidir em um sentido, todas as outras cortes estão vinculadas ao seu entendimento⁴⁰. Já no Brasil, a inexistência de vinculatividade da decisão do Supremo e a resistência em aceitar a extensão dos efeitos do julgamento a partes que não façam parte da lide fez com que proliferassem decisões contraditórias e ameaçou a própria integridade da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Com efeito, durante a vigência da Constituição de 1891, a nulidade da lei inconstitucional, já que a declaração de constitucionalidade possuía somente efeitos *intra partes*. Declarada a inconstitucionalidade, a lei ficava ferida gravemente, mas não chegava a ser extinta, continuando a produzir efeitos para as pessoas não abrangidas pela autoridade da coisa julgada.

Essa peculiaridade – a possibilidade da lei declarada inconstitucional continuar a produzir efeitos – despertou profunda discussão teórica entre os juristas. E, na prática, foi causa de perplexidades. Não apenas no Brasil, mas em todos os países cujo direito tenha origens romanísticas e, concomitante a isso, se tenha implantado o modelo americano de controle de constitucionalidade por exceção⁴¹.

³⁹Nesse mesmo sentido, temos Carlos Maximiliano: “[Os tribunais] não anulam a lei de modo que deva a mesma ser excluída do repositório oficial respectivo; declaram-na sem efeito, como se nunca tivesse existido em relação ao caso especial sujeito a julgamento.” (MAXIMILIANO, 2002, p. 101).

⁴⁰Rene David, tratando do direito americano, diz que o instituto da *stare decisis*, de origem inglesa, aplicá-se à antiga colônia, com a diferença que o Supremo Federal pode superar os precedentes no que diz respeito à Constituição federal e demais legislações federais, ao passo que os supremos estaduais podem superar precedentes relativos a direito e constituição estaduais. Ver DAVID, 2005, p.490

⁴¹CAPPELLETTI, p.76, 1984.

No Brasil, juristas, como o próprio Ruy Barbosa, chegaram a propor que a decisão acerca da nulidade de determinada lei, quando proferida pelo Supremo, passasse a ser de observância obrigatória para as cortes inferiores⁴². No entanto, essa vinculação nunca foi posta em prática. No direito brasileiro, a vinculação só poderia dar-se por meio de atividade legislativa, devido, mais propriamente, a um traço da cultura jurídica brasileira e não em razão de princípios ou regras jurídicas. Como aponta Rene David⁴³, o instituto da *stare decisis* nos Estados Unidos têm raízes mais psicológicas que jurídicas. A dificuldade, no Brasil, para a implementação de decisões mais coerentes e uniformes é justamente a recorrente indeferência e desrespeito dos juízes e tribunais inferiores em relação às decisões dos tribunais superiores⁴⁴.

Dadas essas circunstâncias, nenhum momento seria mais propício para que soluções às incongruências fossem apresentadas do que em uma nova assembleia constituinte, na qual o controle de constitucionalidade brasileiro, cujas linhas mestras estão contidas na Constituição, pudesse ser redesenhado.

1.2 A criação da competência senatorial

Em 11 de maio 1932, por meio do Decreto nº 21.402, foi criada uma comissão de juristas para elaborar o anteprojeto de uma nova Constituição Federal. Os membros da “Comissão Itamaraty”, como ela ficou conhecida, tentaram, em longos debates, encontrar uma solução que conciliasse a teoria da inconstitucionalidade das leis com o conceito de separação entre os poderes então vigente.

É significativo notar que as discussões travadas entre os membros da Subcomissão Itamaraty acerca do controle de constitucionalidade não distam, em suas linhas principais, das

⁴² Entre eles, Ruy Barbosa: “ante a sentença nulificativa, o ato legislativo, imediatamente, perde a sua sanção moral e expira em virtude da lei anterior com que colidia. E se o julgamento foi pronunciado pelo mais alto tribunal de recurso, ‘a todos os cidadãos se estende, imperativo e sem apelo, no tocante aos princípios constitucionais sobre que versa’. Nem a legislação tentará contrariá-lo, porquanto a regra *stare decisis* exige que todos os tribunais daí em diante o respeitem como *res judicata*; e enquanto a Constituição não sofrer nenhuma reforma, que lhe altere os fundamentos, nenhuma autoridade judiciária o infringe. O papel dessa autoridade é de suprema vantagem para a ordem constitucional (...). Que ruinosas e destruidoras consequências não resultariam para logo, se ficasse praticamente entendido que os vários poderes julgam e *decidem cada qual independentemente a extensão da competência que a Constituição lhes atribui*” BARBOSA, 1933, p. 268.

⁴³ DAVID, 2005, p. 495.

⁴⁴ Cumpre salientar que a falta de vontade dos juízes brasileiros em submeter-se à jurisprudência persiste até os dias de hoje. Em seu voto na Reclamação 4335, o Ministro Joaquim Barbosa defende que a autoridade reclamada no caso não encontra-se em desacordo com a Constituição ou com as leis, uma vez que as decisões do Supremo em sede de controle difuso não são vinculantes. No entanto, para o ministro, a decisão do juízo de execuções penais de Rio Branco mostra-se recalcitrante e desaforada.

que ainda hoje continuam a dividir os que se ocupam desse ramo do Direito Constitucional. Ao analisar-se as atas da reunião, percebe-se que havia vários posicionamentos divergentes acerca do controle de constitucionalidade de leis. Entre os principais problemas a serem solucionados estava, como já indicamos, a possibilidade da lei declarada inconstitucional pelo Supremo continuar a produzir efeitos regularmente para todos que não foram parte na ação onde a lei foi declarada inconstitucional. Na 26ª sessão esse problema foi levantado, tendo sido bem apreendido pelos membros da subcomissão:

O sr. Goes Monteiro observa que, realmente, essa é uma das coisas que sempre lhe pareceram inconvenientes, no systema constitucional de 1891, pois não se pode comprehender que, depois de ter o Supremo Tribunal julgado em espécie uma lei inconstitucional, ella continue em vigor. Entende que deve haver um meio de evitar esse inconveniente

(...)

O sr. Osvaldo Aranha entende que, efectivamente, precisamos de estabelecer na Constituição uma norma que venha corrigir a anomalia actual, decorrente do Supremo Tribunal julgar inconstitucional uma lei, no apreciar determinado fato, e continuar essa lei em vigor. É, portanto, uma lei julgada inconstitucional pelo Poder Judiciário, que continua a produzir innumerous outros casos para julgamentos futuros.(AZEVEDO, 1993, p.536).

Para solucionar esse problema, Themístocles Cavalcante propôs a criação de uma ação declaratória, na qual o Supremo julgaria em tese a constitucionalidade da lei e para a qual teria legitimidade, além das câmaras legislativas, qualquer cidadão brasileiro:

O sr. Themístocles Cavalcante tem duas emendas a apresentar, emendas que, ao seu vêr, se encaixam perfeitamente no dispositivo. A primeira é quanto à competência do Supremo Tribunal para declarar em these a inconstitucionalidade das leis por meio de acção declaratória, em virtude de provocação das camaras legislativas ou de qualquer interessado (AZEVEDO, 1993, p. 532).

É de se notar a modernidade da proposta de Themístocles Cavalcante. A proposta, como se poderia esperar, não foi bem recebida, uma vez que ofendia a concepção de separação entre os poderes então aceita pelos juristas. Com efeito, somente mais de 30 anos depois, com a Emenda Constitucional nº 16 de 26 de novembro de 1965, foi criada, no Brasil, a ação direta. Quanto à legitimação para a propositura da ação, nada obstante as mudanças promovidas pela Constituição de 1988, ainda se está longe de transformar a Ação Direta de Inconstitucionalidade em uma ação popular, como o queria Themístocles Cavalcante. De fato, ainda era muito cedo para que se criasse instrumento processual por meio do qual fosse possível avaliar, em tese, a constitucionalidade da lei. Segundo os membros da subcomissão a aprovação do proposto por Themístocles Cavalcante teria efeitos terríveis para a política brasileira:

O sr. Oswaldo Aranha faz notar que seria a instituição da República Judiciária no Brasil.

(...)

O sr. João Mangabeira entende que se deve ponderar bastante sobre a emenda, porque a declaração de inconstitucionalidade de uma lei por parte do Supremo Tribunal pôde levar um paiz ate à guerra. Imagine o que não teria acontecido se a Côrte de Leipzig tivesse declarado inconstitucional o tratado de Versailles. Mais ainda, uma lei declarada inconstitucional pôde determinar um abalo tal no paiz que é capaz de arrastar o povo a uma guerra civil.

(...)

É [Carlos Maximiliano] radicalmente contra ella [a emenda] por achar que ella traz uma subversão completa da organização dos poderes perante o paiz (AZEVEDO, 1993, p. 536-537).

Naquele contexto, era necessário, pelo menos, conceber uma maneira de controlar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo. Goes Monteiro apresenta um caminho do meio, por meio de uma emenda à proposta feita por Themístocles Cavalcante:

Por isso o orador [João Mangabeira] redigiu a seguinte emenda:

Art. Uma lei da Assembléa Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem nêste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal.

Verificado este caso, o Presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada.

Se nisso não acquiescer, comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembléa Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausencia. E se uma, ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença o dissidio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes será resolvido por um plebiscito.

Se a assembléa ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará “ipso-facto” revogada (AZEVEDO, 1993, p. 536-537).

A proposta de João Mangabeira estabelece condições para que o Supremo declare, com efeitos gerais, a inconstitucionalidade das leis. A primeira estabelece que para a lei ser declarada inconstitucional é necessário que ao menos 10 ministros votem nesse sentido, o que representaria dois terços do tribunal. Essa restrição tem o propósito, precípua, de diminuir a ocorrência das mudanças de entendimento do Supremo. Quer, principalmente, dificultar que a lei declarada inconstitucional seja, em outra assentada, declarada constitucional ou vice-versa. Essa parte da emenda de João Mangabeira foi aprovada pela subcomissão na 26ª sessão⁴⁵.

Na alteração de João Mangabeira também se vê um primeiro protótipo do que seria, mais tarde, o artigo sobre a resolução suspensiva do Senado Federal. Nesse estágio inicial, havia a previsão de um processo muito mais detalhado do que o previsto no texto aprovado pela assembleia constituinte de 1934. João Mangabeira visava, com essa proposta, dotar o julgado da Suprema Corte de efeitos gerais, que, no entanto, poderiam ser retirados, caso do Supremo divergissem os dois outros poderes e o povo. Esse procedimento protegia mais a

⁴⁵AZEVEDO, 1993, p. 541.

autoridade do Supremo que o texto de fato aprovado, porque a lógica da proposta, destaque-se, é contrária à consagrada na Constituição de 1937. No texto constitucional, a decisão do Supremo ganha efeitos *erga omnes* com a manifestação do Senado, ao passo que, na proposta de João Mangabeira, os outros poderes podem retirar a eficácia *erga omnes* da decisão do Supremo. De qualquer forma, a proposta permite que se conceda eficácia vinculante às decisões de constitucionalidade do Supremo, mas, ao mesmo tempo, facultou aos outros poderes controlarem, em alguma medida, essas decisões. Essa parte da emenda não foi votada na 26^a sessão, tendo João Mangabeira ficado responsável por trazê-la na próxima sessão.

Já na 27^a sessão, João Mangabeira apresenta outra condição para que se argua a inconstitucionalidade da lei, nos seguintes termos: “a arguição de inconstitucionalidade não pode ser levantada contra uma lei aplicada, sem reclamação do Judiciário, por dez anos.”⁴⁶ Essa outra condição proposta por João Mangabeira, assim como as outras por ele propostas quanto a esse tema, tem por fim conferir ao sistema jurídico coerência e estabilidade:

Por que se não [caso não haja essa condição temporal] os direitos individuais se tornarão incertos na vida civil e na execução das leis, à sombra das quaresceceram muitas séries de interesses, que não podem ficar ao arbítrio de uma decisão do Supremo Tribunal, declarando-as inconstitucionais, após tão longo tempo. Isso traria, como consequência, a desorganização de todo o mundo jurídico (AZEVEDO, 1993, p.542).

Esse é, afinal, o grande problema de controle de constitucionalidade a ser enfrentado pelos membros dessa subcomissão. Como garantir que o poder do Supremo para declarar a inconstitucionalidade de leis federais não cause incongruências no mundo jurídico? Essas condições – quórum mínimo e prazo decadencial – são importantes, mas não podem resolver o problema central, que é a impossibilidade, então existente, da decisão em controle difuso adquirir efeitos gerais.

Na 27^a sessão, o tema também não pode ser votado em razão da ausência de alguns dos membros. Na subsequente, João Mangabeira trouxe sua proposta que divergia apenas marginalmente da apresentada na 26^a sessão e já transcrita acima. Posta a emenda em discussão, Antônio Carlos é o primeiro a discordar da emenda. Considera que é absurdo atribuir a um órgão político, seja a assembleia ou a presidência da república, a competência para interpretar a constituição. Segundo ele, nesse campo, segundo a prática política de todos

⁴⁶AZEVEDO, 1993, p.542.

os países, só pode decidir o judiciário⁴⁷. Mais absurdo ainda seria dar à massa popular o poder para tomar essa decisão. Antônio Carlos defende que tendo o Supremo declarado uma lei inconstitucional cabe ao presidente apenas suspendê-la.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano propõe, para evitar qualquer efeito político indesejado, que a decisão de inconstitucionalidade do Supremo tivesse efeitos gerais somente dentro do judiciário. Isso se daria por meio de um recurso acelerado, próximo ao Habeas Corpus, que garantiria a todos prejudicados pela lei inconstitucional alcançar a rápida tutela do seu direito. Essa proposta tem a vantagem de impedir que as decisões do Supremo tenham nefasta repercussão política, porque só vinculariam o judiciário, ao mesmo tempo em que não submetem as decisões do Supremo à validação dos outros poderes.

Há de se destacar, no entanto, que ela não confere, propriamente, eficácia geral às decisões do Supremo, sendo necessário que os prejudicados ingressem com ações próprias. Não põe um fim, portanto, ao inconveniente de leis declaradas inconstitucionais continuarem em vigor. O que haveria era uma extensão dos efeitos da declaração a todos que se encontrarem na mesma situação, cabendo à lei ordinária regular esse procedimento.

Além disso, como aponta João Mangabeira⁴⁸ há a possibilidade de o Tribunal mudar a orientação, de maneira que passariam a conviver decisões incompatíveis entre si, umas declarando a constitucionalidade, outras a inconstitucionalidade. Carlos Maximiliano propõe que esse problema será reduzido caso se mande registrar a sentença do Supremo, tornando-a vinculativa⁴⁹. Góes Monteiro diz que, por vias transversas, se faz o mesmo que revogar, uma vez que não pode mais a referida lei ser aplicada pelo judiciário, o que também pode levar à “ditadura do judiciário”⁵⁰. Apesar dessa ressalva, Góes Monteiro vota a favor dessa emenda por entender que, entre as alternativas é a melhor, mas consigna que ainda não se encontrou uma solução superior para o problema do controle constitucional das leis no Brasil⁵¹.

O Presidente da subcomissão, Mello Franco, propõe⁵² que os efeitos que se quer atribuir ao julgado do Supremo não tenham início já depois do primeiro julgamento, seria, segundo ele, mais adequado que se esperasse a matéria consolidar-se, por meio de dois ou três julgamentos no mesmo sentido, antes que se registre a decisão e se conceda àqueles na mesma

⁴⁷ AZEVEDO, 1993, p.573.

⁴⁸ AZEVEDO, 1993, p.574.

⁴⁹ AZEVEDO, 1993, p.574.

⁵⁰ AZEVEDO, 1993, p.574.

⁵¹ AZEVEDO, 1993, p.577.

⁵² AZEVEDO, 1993, p.580.

situação a tutela do seu direito. Essa proposta é aceita pela maioria, que concorda em ser necessárias pelo menos duas ou três manifestações no mesmo sentido antes da decisão ser registrada, mas isso já vai implícito no conceito de jurisprudência que, por definição, envolve mais de um julgado.

A proposta de Carlos Maximiliano é a que prevaleceu na votação da subcomissão. Assegura-se, por meio dela, aos prejudicados o acesso rápido a uma decisão que deverá levar em conta a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo, que criará, sempre que manifestar-se pela inconstitucionalidade da Lei, uma norma a ser seguida pelos juízes e tribunais inferiores. Dessa maneira diminui-se o inconveniente das leis declaradas inconstitucionais que continuam a ter efeito, mas, como já se observou, não se extinguiu esse problema, uma vez que ainda seria necessário que os prejudicados pela lei inconstitucional, que continuaria vigente, ajuizassem ação perante o judiciário.

Mais tarde, já na 44ª sessão da subcomissão, Castro Nunes propõe⁵³ nova emenda ao anteprojeto, segundo a qual a decisão do Supremo que declare a lei ou ato do executivo inconstitucional será enviada ao Conselho Nacional (que exercia nos termos do anteprojeto as funções de um coordenador entre os poderes) para que esse forme projeto a ser enviado ao Presidente que baixará decreto revogando o ato do executivo ou então suspendendo a execução da lei, até que a Assembleia Nacional a revogue ou modifique.

Segundo Castro Nunes, a emenda não colide com o texto já aprovado sobre o controle de constitucionalidade, que estabelece remédios individuais. Seria possível às duas formas coexistirem de forma harmônica. A proposta de Carlos Maximiliano direcionada à proteção individual e a proposta de Castro Nunes estabelecendo uma forma de expurgar, de uma vez por todas, a lei inconstitucional do ordenamento jurídico. Nas palavras que a ata atribui a Castro Nunes, esse mecanismo seria:

Meio termo entre a declaração individual de inconstitucionalidade, que não acarreta a revogação da lei, não impedindo conseqüentemente que continue a ser aplicada – e a declaração de inconstitucionalidade em these, hoje tão preconizada e já recebida por algumas constituições, mas que ao seu ver, é desaconselhável, por isso que a inconstitucionalidade terá de revelar-se na aplicação da lei, e só dali, dessas aplicações, é que poderá resultar uma conclusão normativa, que sirva de base à revogação parcial ou total do acto impugnado (AZEVEDO, 1993, p.894) .

João Mangabeira consignou, a respeito dessa emenda, que era impróprio atribuir ao Presidente e ao Conselho a competência para suspender a eficácia da lei, já que essa

⁵³AZEVEDO, 1993, p.893.

suspensão tem efeitos similares à revogação e isso só pode ser feito pela própria Assembleia, que foi o órgão responsável por sua criação. Em razão disso, arremata João Mangabeira, tal mecanismo é incompatível com o regime democrático⁵⁴. Essa crítica revela uma das principais dificuldades teóricas enfrentadas pelos defensores do controle de constitucionalidade, naquela época e ainda hoje. É legítimo que, em uma democracia, outro poder que não o dos representantes do povo tenha competência para legislar, ainda que negativamente? Naquela época, tal possibilidade foi amplamente rejeitada, como já se viu, por ferir o princípio democrático e de separação entre os poderes. Atualmente, pelo menos institucionalmente, essa possibilidade é amplamente assegurada, em diversos países do mundo, mas ainda há aqueles que oponham-se ao controle de constitucionalidade por ele ser contrário à democracia⁵⁵.

Além disso, segundo João Mangabeira, a proposta de Castro Nunes poderia causar conflito entre os três poderes, já que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo e com a eficácia suspensa pelo Presidente poderia não ser revogada pela Assembleia, provocando um dissenso inconciliável entre os poderes. Themístocles Cavalcante considerou que, segundo essa emenda, as decisões do Supremo poderiam ser revistas pelos outros poderes⁵⁶, o que não pode ser aceito, já que a última palavra, a respeito da constitucionalidade das leis, deve ser dada pelo judiciário.

Ante esses argumentos, a emenda de Castro Nunes foi rejeitada pela maioria e no anteprojeto enviado à Assembleia Constituinte prevaleceu a proposta por Carlos Maximiliano, segundo a qual se asseguraria a todos prejudicados por norma declarada inconstitucional pelo Supremo remédio judicial célere capaz de tutelar seu direito, esse foi o texto final:

Art. 57, §3º Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável (ALENCAR, 1978, p.234) .

Conforme já expusemos, não foi possível eliminar completamente, no anteprojeto, o inconveniente das leis declaradas inconstitucionais continuarem a ter efeito, porque entre os integrantes da subcomissão prevaleceu entendimento muito estrito do que seria a separação entre os poderes. Com efeito, para os membros da subcomissão, esse princípio restaria ofendido caso se desse ao Supremo o poder para revogar ou anular a lei, mas também seria

⁵⁴AZEVEDO, 1993, p.894.

⁵⁵Ver WALDRON, Jeremy. *The Dignity of Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

⁵⁶AZEVEDO, 1993, p.896.

desrespeitado caso se concedesse aos outros poderes a competência para avaliar o mérito da decisão do Tribunal. De forma que a melhor solução encontrada pela subcomissão para os problemas enfrentados foi tornar o Supremo espécie de Corte de Cassação, competente para criar uma norma que vincule as outras instâncias judiciais, ao mesmo tempo se criou mecanismo judicial do qual se possa valer, rapidamente, os prejudicados pela lei declarada inconstitucional.

Durante a assembleia constituinte de 1934, os diversos argumentos dos membros da subcomissão voltaram a ser considerados, e o texto do anteprojeto, nesse particular, foi inteiramente rejeitado. Os constituintes consagraram uma fórmula muito similar à proposta por Castro Nunes, conferindo ao Senado – que, no texto final da Constituição, assumiu a posição que cabia ao Conselho no anteprojeto – o papel de, sozinho, suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais.

Apesar da Assembleia Constituinte de 1934 ter rejeitado esse trecho do anteprojeto, sem dúvida os debates da subcomissão repercutiram nas discussões travadas na Assembleia, tanto que o texto aprovado, como já dito, assemelha-se bastante a uma das propostas rejeitadas pela subcomissão. Não poderia ser de outro modo, já que faziam parte da subcomissão vários dos principais juristas brasileiros daquele período, fortes influências de todo o pensamento jurídico. De forma que essas discussões travadas no Itamaraty jogam luz sobre o entendimento que, acerca do controle de constitucionalidade, possuíam os juristas mais representativos daquele período, permitindo que se tenha uma boa ideia sobre o estado em que se encontrava, no Brasil daquela época, as discussões acerca desse tema. Além de, mais especificamente, esclarecer as razões teóricas e políticas que justificaram a criação desse instituto tão *sui generis* que é a resolução senatorial suspensiva.

O anteprojeto enviado para discussão na assembleia constituinte de 1934 dotava a decisão do Supremo de efeitos gerais, nos seguintes termos:

Art. 57, §3º Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável. (ALENCAR, 1978, p.234)

Desde o começo das votações foram várias as propostas para modificar esse texto. O Deputado Godofredo Viana foi um dos primeiros a propor uma redação distinta ao parágrafo. Segundo essa emenda, a lei ou ato declarado, em mais de um aresto, inconstitucional pelo Supremo teria sua validade suspensa. Cabendo ao Procurador Geral da República apenas

providenciar a publicação no órgão oficial da União e do Estado. Na justificativa da emenda, o Deputado esclareceu que essa alteração seria uma forma de conferir real eficácia à Constituição e impedir que leis inconstitucionais continuem a produzir efeitos normalmente, porque, segundo seu juízo, a fórmula trazida pelo anteprojeto não retirava, de uma vez, a validade da lei declarada inconstitucional. O deputado constituinte apresentou, portanto, mais uma alternativa na busca por impedir os atos normativos declarados inconstitucionais de continuarem a produzir efeitos regularmente⁵⁷. Essa proposta, assim como as propostas semelhantes discutidas no seio da subcomissão que elaborou o anteprojeto, seria rejeitada, porque, naquela altura da história, conferir tal poder ao judiciário implicava em ferir a independência harmônica dos poderes.

Nesse mesmo propósito, mas apresentando emenda diversa temos a proposta do Deputado Nilo Alvarenga, segundo a qual se instituiria uma típica Corte Constitucional, nos moldes da austríaca e alemã, composta por juízes com mandato certo e indicados por diversos órgãos (entre os quais, a presidência da república, o Supremo Tribunal Federal e a Ordem dos Advogados) e independentes dos três outros poderes⁵⁸. Segundo o deputado constituinte, a criação da corte constitucional teria a vantagem de não interferir na divisão entre os poderes porque não seria órgão vinculado a nenhum dos poderes, o que, nas palavras do deputado, ainda acabaria “com os inconvenientes do judiciarismo, da ditadura do Judiciário ou da sua supremacia sobre os demais poderes”⁵⁹.

A existência desse órgão não vinculado a nenhum dos poderes tradicionais não foi bem entendida pelos demais constituintes, que a consideraram demasiadamente ofensiva à harmonia entre os poderes. Essa corte teria competência exclusiva para julgar as questões constitucionais que incidam nas causas julgadas por qualquer juiz ou tribunal, além de julgar ação declaratória de inconstitucionalidade, a ser proposta por qualquer pessoa de direito público ou privado diretamente diante da Corte Constitucional. Advogando em favor de sua emenda, o Deputado afirma que ela traria celeridade na resolução dos conflitos, além de garantir a segurança jurídica, pondo um fim à existência de leis declaradas inconstitucionais

⁵⁷ALENCAR, 1978, p. 237.

⁵⁸BRASIL. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte de 1933*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. p. 713.

⁵⁹ALENCAR, 1978, p. 242-43.

diversas vezes pelos tribunais pátrios, mas que continuam a ter plena vigência para os particulares não abrangidos pela coisa julgada.⁶⁰

Sem dúvida, Nilo de Alvarenga bem percebeu as dificuldades do controle de constitucionalidade brasileiro, tendo insistido em seus discursos na necessidade das decisões sobre constitucionalidade das leis serem dotadas de efeito *erga omnes*. A criação do Tribunal Constitucional, no entanto, não foi aceita, tendo sido retirada no substitutivo relativo ao poder judiciário apresentado por Levi Carneiro⁶¹, que apresentou, em síntese, as justificativas já conhecidas – em suma, um tribunal constitucional quebraria a harmonia entre os poderes. Como se vê, também na assembleia constituinte se buscava uma solução para o problema do sistema de controle de constitucionalidade das leis brasileiro que, por um lado, não agredisse a divisão entre os poderes e, pelo outro, garantisse segurança jurídica e eficácia às normas e direitos constitucionais e às decisões sobre a inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo.

O substitutivo apresentado por Levi Carneiro, mantinha a tradição da declaração de inconstitucionalidade por exceção, tal como já adotada desde 1891. Como inovação, trazia apenas a competência do Procurador Geral da República para notificar a autoridade que tenha promulgado o ato inconstitucional, podendo ser essa autoridade, dentre outras, a Assembleia Legislativa, o Presidente da República, o Governador de Estado. Tratava-se de mera advertência, a autoridade, portanto, poderia revogar o ato inconstitucional por espontânea vontade ou permanecer inerte, note-se que não se cominava sanção nenhuma à inércia da autoridade advertida⁶².

A emenda 1.949⁶³ substituiu o texto da proposta de Levi Carneiro de forma que, independentemente da autoridade responsável pela edição do ato, o Conselho Federal passaria a ser o órgão responsável por receber a notificação do Procurador-Geral da República e, portanto, deliberar pela suspensão ou não do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo. Consigne-se que tal competência para suspender atos emanados das mais distintas autoridades só coube ao Conselho Federal, mais tarde, por meio da emenda nº 711, renomeado Senado, porque, na sistemática original a Constituição de 1934 previa o Conselho Federal como um coordenador dos poderes. Dessa forma, o Conselho Federal não seria órgão vinculado a um dos poderes. Portanto, só em razão do caráter bastante peculiar desse órgão, a

⁶⁰ALENCAR, 1978, p. 244.

⁶¹ALENCAR, 1978, P. 245.

⁶²ALENCAR, 1978, p. 245.

⁶³ALENCAR, 1978, p. 247.

competência a ele concedida não ofenderia, para os deputados Constituintes, a harmonia entre os três poderes.

Como se depreende do discurso proferido por Prado Kelly em 23 de março de 1934⁶⁴, a solução encontrada pela emenda 1.949 foi acolhida porque respeitou a tradição americana, que, naquela altura, também já era a nossa, de limitar a competência do judiciário de forma que só lhe seja permitido julgar a constitucionalidade das leis no âmbito das demandas individuais que lhe sejam apresentados, ao mesmo tempo em que atendeu ao interesse coletivo, na medida em que permitiu ao Conselho Federal, o poder coordenador, suspender os atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo. Conforme aponta Stefano Cunha Araújo⁶⁵, em dissertação de mestrado sobre o tema, a intenção do legislador ao criar a competência do Senado não foi, em nenhum momento, estabelecer o controle concentrado no país, até porque tal proposta foi feita pelo deputado Nilo Alvarenga e, no entanto, acabou rejeitada. A criação do mecanismo, portanto, foi uma solução que prosperou porque não divergiu da tradição, mas também não deixou de solucionar o problema do controle de constitucionalidade brasileiro no período anterior à Constituição de 1934. Venceu o meio termo⁶⁶. Nesse sentido, Stefano Araújo defende⁶⁷ que a criação dessa engenhosa competência do Senado foi uma forma de valorizar o controle difuso, sem abrir mão dele, uma vez que, ao mesmo tempo em que solucionou os problemas diagnosticados no controle de constitucionalidade brasileiro, não abriu a porta para a ditadura do judiciário.

Ainda na assembleia constituinte, surgiram já as primeiras dúvidas a respeito da discricionariedade do Senado para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo. De acordo com os deputados constituintes⁶⁸, ao Senado caberia deliberar acerca da suspensão da lei, não podendo tal suspensão se dar de maneira automática, porque se assim fosse não restaria ao Senado nenhuma competência e a letra da constituição ficaria morta. Como se vê, já na assembleia constituinte havia deputados que entendiam a competência senatorial como meramente formal. No entanto, majoritariamente, se entendeu que o Senado possuía

⁶⁴ ALENCAR, 1978, p. 255.

⁶⁵ “Não há, contudo, nenhum indício de que a criação da resolução suspensiva na Constituição de 1934 tenha sido um esforço do constituinte para trazer para o ordenamento brasileiro o controle abstrato de normas elaborado por Kelsen” ARAUJO, 2009, p. 26.

⁶⁶ A referida competência do Senado justifica-se ante dois fatores: “a necessidade de emprestar-se força vinculante, com eficácia *erga omnes*, à sentença que declara a inconstitucionalidade do ato e o intuito de dar-se maior ênfase ao equilíbrio dos poderes” ALENCAR, 1978, p. 264.

⁶⁷ ARAUJO, 2009, p. 27.

⁶⁸ ALENCAR, 1978, p. 260.

competência substancial, podendo decidir por suspender ou não a lei declarada inconstitucional pelo Supremo.

Para Levi Carneiro⁶⁹, que tentou, infrutiferamente, que a referida competência fosse suprimida, essa atribuição do Senado seria causa de conflito com o Judiciário, porque lhe daria o poder de rever as decisões proferidas em última instância pelo Supremo. Em sentido semelhante, o constituinte Pedro Vergara⁷⁰ votou contra a competência do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional porque ela significaria uma ingerência indevida do Senado sobre o Supremo.

Na Constituição de 1937, a aludida competência do Senado foi, naturalmente, suprimida, uma vez que inteiramente incompatível com o espírito autoritário centralizador presente nessa Constituição. Em sentido contrário do que vinha disposto na Constituição anterior, previa o artigo 96, parágrafo único da Constituição de 1937 que, a juízo do Presidente da República e mediante confirmação das Câmaras Legislativas, poderia a decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade de determinada lei federal ficar sem efeito. Esse dispositivo, em realidade, submetia o Poder Judiciário aos outros dois poderes da república.

Em 1946, a Assembleia Constituinte decidiu por reinstaurar a competência do Senado para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo⁷¹. A competência recriada ali tinha o mesmo propósito da prevista em 1934, como se vê pelo seguinte trecho do debate travado no seio da assembléia:

FERREIRA DE SOUSA – Trata-se de restauração de disposição da competência de 1934, disposição grandemente justa e que atendeu à economia nos litígios judiciais. Se o poder judiciário, examinando a matéria em particular declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um regulamento, se o poder judiciário persiste nessa declaração ou se essa inconstitucionalidade é evidente, não é justo que cada cidadão, para fazer valer seu direito, suporte as delongas de um processo judicial até o fim. (BRASIL, Anais da Comissão da Constituição. Rio de Janeiro> Imprensa Nacional, 1948. p. 158)

A reinstauração dessa competência não se deu de forma irrefletida. Com efeito, na assembleia essa competência foi profundamente discutida, entretanto, tal discussão se deu em termos próximos ao da discussão que teve lugar em 1934. Inclusive, Prado Kelly, defensor da competência senatorial na constituinte de 1934, da mesma forma, a defendeu em 1946, ressaltando, mais uma vez, a necessidade de existir um mecanismo com o condão de estender

⁶⁹ALENCAR, 1978, p. 263.

⁷⁰ALENCAR, 1978, p. p. 257.

⁷¹ALENCAR, 1978, p. 265.

a todos a declaração de inconstitucionalidade feita pelo judiciário que, em princípio, só possui efeitos entre as partes⁷².

A única diferença substancial entre os dispositivos da Constituição de 1934 e de 1946 diz respeito à amplitude dos atos que podem ser suspensos pelo Senado. No texto de 1934 se referia a lei, decreto ou ato normativo, ao passo que em 1946, restringiu-se o âmbito de aplicação para abranger apenas lei ou decreto⁷³. Cumpre consignar, no entanto, que a referida repercussão não produziu efeitos, uma vez que, na prática, o Senado baixou resoluções suspendendo a execução de leis, decretos, decretos-leis, resoluções, regimentos e diversos outros tipos de atos normativos⁷⁴. De tal modo que, entre o texto aprovado em 1934 e 1946 não há distinção essencial. Ademais, também não se percebe distinção essencial entre os textos dessas constituições e das que lhe sucederam, a Constituição de 1967 e a de 1988, de maneira que, do ponto de vista textual, há uma identidade entre todas as Constituições que adotaram a referida competência senatorial.

O estudo das opiniões e dos debates ocorridos na Subcomissão Itamaraty e nas assembleias constituintes de 1934 e 1946 mostra-se relevante porque a tese da mutação constitucional da competência senatorial para suspender os atos normativos declarados inconstitucionais baseia-se, principalmente na argumentação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes, em uma narrativa histórica. Segundo essa narrativa, ao passo que o texto que define a competência do Senado permaneceu o mesmo, a realidade circundante sofreu alterações suficientes para justificar uma releitura do texto. Essencialmente, afirma-se a favor da abstrativização do controle difuso que os constituintes criaram essa pitoresca competência do Senado por vigorar até então uma concepção de divisão entre os poderes que impedia o poder judiciário de retirar do mundo uma lei regularmente promulgada pelo legislativo.

Como se demonstrou acima, os juristas brasileiros e os deputados constituintes, desde a época de vigência da primeira constituição republicana, flertavam com a ideia de um Supremo capaz de emanar decisões vinculativas ou até mesmo com a criação de um tribunal constitucional. No entanto, optaram por não conferir ao Supremo poderes suficientes para retirar do mundo, de uma vez por todas, os atos normativos inquinados de inconstitucionalidade. Essas propostas foram rejeitadas, principalmente, por serem ofensivas ao princípio de separação de poderes então vigente. Atribuiu-se ao Senado, aos representantes

⁷²ALENCAR, 1978, p. 267.

⁷³ALENCAR, 1978, p. 269.

⁷⁴ALENCAR, 1978, p. 270.

democráticos, a competência para, querendo, suspender a execução dessas leis. Já em 1934, portanto, era possível a instituição de uma corte com capacidade para emanar decisões vinculativas ou a criação da corte constitucional, nos moldes da austríaca, tais propostas, no entanto, foram rejeitadas.

Na Constituição de 1988, também se debateu a instituição de uma corte constitucional, tal proposta foi, contudo, rejeitada. Na Subcomissão para o Judiciário, que fez parte da Assembléia Constituinte de 1988, o deputado constituinte Michel Temer se manifestou contra a instituição da corte constitucional. A criação de uma corte com essa natureza teria como consequência o fim da competência senatorial, o que seria ruim para o relacionamento entre os três poderes, porque, para o Deputado, a competência do Senado representa uma homenagem à tripartição do poder, incentivando o diálogo entre eles⁷⁵.

Quiseram os deputados constituintes de 1934 que os problemas do controle difuso fossem resolvidos de outra forma e, nesse mesmo sentido, decidiram também os constituintes de 1946, 1967 e 1988. Todas essas assembleias constituintes optaram por manter a competência senatorial. Também durante as discussões da PEC que daria origem à EC 45/04, discutiu-se acerca da supressão do controle difuso, diante da sua alegada ineficiência. Mas uma vez mais, no entanto, optou-se por não excluir o controle difuso, mantendo-o ao lado do abstrato⁷⁶. Entende-se, portanto, que a posição do parlamento a respeito da competência senatorial, reafirmada nas mais diversas ocasiões, desde 1934 até 2004, é de que ela possui caráter substancial, sendo importante para o sistema de controle de constitucionalidade de leis brasileiro. Não é, portanto, meramente, uma inutilidade ou resquício histórico.

⁷⁵ BRASIL. *Diários da Assembléia Constituinte. Subcomissão do Poder Judiciário*. p. 155-6. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios/diarios-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: <24 set. 2015>.

⁷⁶ CUNHA, p. 50, 2009.

CAPÍTULO 2 A COMPETÊNCIA SENATORIAL NA EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 A competência senatorial antes da promulgação da Constituição de 1988

Passa-se à análise das principais manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da competência senatorial que tiveram lugar antes de promulgada a Constituição de 1988 e que conformaram o instituto. Essa análise mostra-se necessária para que se entenda o sentido atribuído, inicialmente, a essa competência pela comunidade de intérpretes. Entre as várias controvérsias que tiveram lugar a respeito dessa competência, esmiuçar-se-á, especialmente, a que diz respeito à discricionariedade do Senado para editar as resoluções suspensivas, porque esse ponto é o de maior interesse para a presente monografia.

Logo em 1947, apenas um ano depois da promulgação da Constituição de 1946, Lucio Bittencourt defendeu em sua monografia *O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis*, que o ato do Senado que suspende a lei declarada inconstitucional pelo Supremo é vinculado. Entendia ele que, nesse caso, o Senado só possuía competência para publicar a decisão do Supremo, tornando-a acessível a todos os cidadãos⁷⁷.

Lucio Bittencourt embasou sua posição na teoria da absoluta nulidade da lei inconstitucional. Para ele, era inconcebível que a lei declarada inconstitucional pelo Supremo – quer dizer, declarada nula e inexistente – poderia ter sua eficácia suspensa pelo Senado. Com efeito, de acordo com a *escala ponteana*, aquilo que não existe, não pode ter eficácia alguma para ser suspensa⁷⁸. Partindo dessa teoria, o único papel que se pode atribuir ao Senado é o de tornar pública a decisão do Supremo. Essa posição, entretanto, era, como continua a ser, isolada.

A imensa maioria dos constitucionalistas, por outro lado, sempre defendeu que o Senado, ao avaliar a decisão do Supremo, pode ou não suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional, de acordo com seu juízo. Entre os juristas que defenderam o caráter substancial da atuação do Senado, pode-se dar como exemplos: Alfredo Buzaid⁷⁹, Manoel

⁷⁷“O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal... O objetivo do art. 64 da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos” BITTENCOURT, p. 145, 1965.

⁷⁸BITTENCOURT, p. 146, 1965.

⁷⁹“Ao Senado cabe o dever de suspender a lei ou decreto. Não se trata de operação ou ofício putamente mecânico que reduz o Senado a simples cartório de registro de inconstitucionalidade. Examinará o julgado do ponto de

Gonçalves Ferreira Filho⁸⁰, Pontes de Miranda⁸¹ e Paulo Brossard⁸². Além desses, defendiam esse mesmo entendimento: Themístocles Cavalcanti, Celso Ribeiro Bastos, Aliomar Baleeiro e Victor Nunes Leal⁸³.

De forma geral, a principal justificativa daqueles que defendiam o ato do Senado como ato substancial, dotado de carga política, é um argumento de razoabilidade. Parecia absurdo se pensar o Senado como mero diário da justiça, encarregado tão somente de publicar as decisões do Supremo. Sem dúvida, não se admite facilmente que os constituintes tenham atribuído tal competência, destituída de qualquer conteúdo, ao Senado. Há também aqueles que, nada obstante não considerarem a competência senatorial como razoável ou útil não conseguem desprezá-la em razão de o texto constitucional ser bastante claro.⁸⁴

No julgamento do Mandado de Segurança 16.512/DF⁸⁵, o Supremo teve uma oportunidade para posicionar-se acerca do tema. Nesse julgamento, a Corte, aderindo à posição largamente majoritária, definiu que o Senado não tem o dever de publicar a resolução suspensiva, sendo competência privativa sua decidir se edita ou não o ato.

O ministro Vitor Nunes Leal⁸⁶ defendeu a liberdade irrestrita do Senado, lembrando que não existe nenhuma sanção a ser aplicada no caso de inércia do Senado, o que confirma o caráter discricionário dessa competência, consignou ainda que o ato do Senado é condição *sine qua non* para que o julgado do Supremo adquira força normativa. O Ministro Aliomar Baleeiro⁸⁷ também votou no mesmo sentido, defendeu a ampla discricionariedade do Senado

vista substancial e formal, verificando se na declaração de inconstitucionalidade foram observadas as regras jurídicas” (BUZAID, 1958, p. 89)

⁸⁰“A suspensão não pressupõe qualquer apreciação de mérito por parte do Senado. Não pode este recusá-la por entender errônea a decisão. Apenas cabe-lhe verificar se os requisitos formais, especialmente o previsto no art. 116, ocorrem” FERREIRA FILHO, 1972. p. 254.

⁸¹“O Senado, para exercer sua função, pode examinar o julgado que se lhe apresenta em sua existência e validade, não porém em sua rescindibilidade” MIRANDA, 1953, p. 284.

⁸²“Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuir-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e, especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário do Supremo Tribunal” BROSSARD, 1976, p. 62.

⁸³Em seu artigo, Brossard faz referência a esses, dentre outros juristas que perfilharam esse entendimento. Ver BROSSARD, 1976.

⁸⁴Cabe lembrar aqui a observação de José Afonso da Silva, para quem, em posição reveladora de humildade interpretativa, a despeito de parecer mais eficiente conceder efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo em controle difuso, é necessário manter-se fiel às opções tomadas pelo constituinte: “seria mais prático e expedito que se desse à decisão do Supremo o efeito *erga omnes* a partir de sua publicação, também nos casos de recurso extraordinário (art. 102, III) que é o ponto final do controle de constitucionalidade *incidenter tantum*. Assim porém não quis o constituinte, de sorte que a interferência do Senado é de rigor” (SILVA, 2007, p. 415-416).

⁸⁵MS 16512, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1966.

⁸⁶MS 16512, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1966, p. 203 e ss.

⁸⁷MS 16512, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1966, p. 209 e ss.

e afirmou ademais que essa discricionariedade é deixada a ele para que possa exercer um filtro sobre a jurisprudência do Supremo. Caso fosse obrigado a suspender todas as leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo, o Senado poderia se ver forçado a suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo uma única vez, por maioria apertada. Poderia, portanto, suspender a execução de um ato normativo seguindo uma orientação jurisprudencial ainda infirmada.

Nesses entendimentos, os dois ministros foram acompanhados pelos colegas, o que consagrou, no Supremo, a tese da ampla discricionariedade do Senado ao avaliar as decisões do Tribunal. Nesse passo, eles foram um pouco além do que a doutrina, em sua maioria⁸⁸, defendia. No Supremo, portanto, acabou por prosperar a corrente que confere ao Senado amplos poderes para analisar a oportunidade e conveniência na suspensão da execução da lei.

As abundantes manifestações doutrinárias a respeito do tema, somadas ao entendimento do Supremo, colhido dos votos proferidos no Mandado de Segurança 16.512/DF, dão conta suficiente da opinião da comunidade de intérpretes acerca da questão analisada no período de tempo delimitado. Como se viu, salvo a voz dissonante de Lucio Bittencourt, havia unanimidade em recusar ao Senado o papel de Imprensa Oficial, mero publicador das decisões proferidas pelo Supremo.

Doze anos depois da Emenda Constitucional nº 16 de 1965 que criou a representação direta de inconstitucionalidade, em 1977, o Supremo assentou o entendimento de que as decisões sobre inconstitucionalidades proferidas em controle abstrato não devem ser enviadas ao Senado. A própria decisão do Supremo já possui efeitos gerais, o que torna desnecessário remetê-la ao Senado. Operou-se, portanto, uma redução do alcance do art. 42, VII, da Constituição de 1967/69, para excluir de sua incidência o controle concentrado⁸⁹.

Com efeito, defende-se nesta monografia que a competência senatorial contida no art. 52, X da Constituição continua a ter plena eficácia. Essa competência, no entanto, deve, mesmo no período anterior à promulgação da Constituição de 1988, restringir-se às decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade. A decisão do Supremo exarada em sede de controle concentrado não pode ser submetida ao juízo político do Senado, sob pena de perder toda sua razão de ser.

⁸⁸Entre outros: Buzaid, Pontes de Miranda, Celso Bastos e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

⁸⁹MENDES, 2004, p. 155.

Em um julgamento proferido no controle difuso, a decisão que declara a inconstitucionalidade é apenas preliminar, o bem da vida requerido pelo autor não é a decretação da inconstitucionalidade da lei. Ainda que o Senado decida não suspender a execução da lei declarada inconstitucional incidentalmente, a decisão do Supremo resolve definitivamente acerca da relação jurídica específica que lhe foi apresentada. Ademais, a inércia do Senado igualmente não impede que outras pessoas ajuízem a mesma demanda e vejam-na apreciada pelo judiciário.

O julgamento proferido em controle concentrado, por outro lado, tem como objeto principal a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo. A decisão do Supremo em uma Representação de Inconstitucionalidade decide apenas acerca da validade do referido ato normativo. Caso a suspensão da execução da norma declarada inconstitucional seja condicionada a um juízo político do Senado a decisão do Supremo perderá toda a força própria e transformar-se-á em mero parecer⁹⁰. Portanto, a competência senatorial não compatibiliza-se com a natureza da ação direta. Submeter a decisão em controle concreto a apreciação do Senado desvirtuaria a própria essência das atribuições do Supremo, cuja jurisprudência, desde o século XIX, firmou-se no sentido de que o STF não possui competências consultivas⁹¹.

Paulo Brossard, falando na Assembléia Constituinte de 1988, diz que ainda havia dúvidas para ele acerca da necessidade de se remeter as decisões do Supremo, em controle concentrado, para avaliação do Senado. Segundo ele, no entanto, parece mais adequado defender que o Supremo brasileiro desempenha, por vezes, a função de órgão do judiciário e, em outros momentos, o papel de corte constitucional nos moldes das cortes européias. Sempre que ele desempenhar papel de órgão do judiciário, quando exercer controle por exceção portanto, será necessário remeter a decisão ao Senado. Quando atuar como corte constitucional, exercendo controle por ação, não será necessário o envio ao Senado^{92, 93}.

⁹⁰ Valendo-se de expressão que tornou-se famosa: o Supremo seria um verdadeiro “clube lítero-poético-recreativo”.

⁹¹ MAXIMILIANO, p. 597, 2005.

⁹² BRASIL. *Diários da Assembléia Constituinte. Subcomissão do Poder Judiciário*. p. 147. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios/diarios-da-assembleia-nacional-constituente> Acesso em: <24 set. 2015>.

⁹³ “A comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade *incidente*, e não quando decorrente da ação direta, caso em que, se relativa à 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 dessa corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos” Parecer do Ministro Moreira Alves no processo administrativo 4.477/72, fls. 29 *apud* PELEGRINO, 1987, p. 182.

Mesmo a promulgação da Constituição de 1988 não resolveu definitivamente a questão, uma vez que não havia previsão de eficácia geral e efeito vinculante para as decisões do Supremo. A controvérsia acerca da aplicação do art. 52, X às ações diretas só foi seputada com a Emenda nº 45 de 2004 que estendeu a eficácia geral e o efeito vinculante à ADI⁹⁴. Com efeito, o art. 102, § 2º da Constituição atribui às decisões do Supremo, em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade, efeito vinculante e eficácia contra todos, o que afasta qualquer discussão⁹⁵ sobre a aplicação da competência senatorial às decisões em controle concentrado.

Conforme aponta Clara dos Santos⁹⁶, todas essas manifestações do parlamento, da doutrina e da jurisprudência, que expusemos desde o começo desse trabalho, funcionam como mensagens ao intérprete da Constituição no sentido de que os representantes do povo, os juristas e o Supremo entendem que a competência do Senado possui natureza substancial e que o controle difuso não pode ser igualado ao controle abstrato. Esse apontamento é muito adequado. Conforme já se expôs longamente, várias constituintes se debruçaram sobre o tema e poderiam ter eliminado ou modificado a competência senatorial, mas optaram por deixá-la intacta. Da mesma forma, a imensa maioria dos constitucionalistas defende o caráter substancial da competência do Senado. Além disso, o próprio Supremo já se manifestou nesse sentido. Essas indicações devem ser levadas em consideração, pois configuram verdadeira prática constitucional.

Clara da Mota Santos⁹⁷ afirma ainda que Gilmar Mendes falha em captar essas mensagens, realizando uma leitura errada do percurso histórico da competência senatorial. Isso não parece verdadeiro. É importante indicar que Gilmar Mendes, em seus livros e no voto na Reclamação, não ignora que, tradicionalmente, o parlamento, bem como a doutrina amplamente majoritária⁹⁸ e a própria jurisprudência do Supremo⁹⁹ veem a competência senatorial como dotada de caráter substancial. Seu argumento baseia-se justamente na

⁹⁴ A eficácia geral e os efeitos vinculantes já eram previstos para a ADC desde a Emenda Constitucional nº 3 de 1993.

⁹⁵ Embora seja uma linha argumentativa sustentável, não se encontrou nenhum estudo acerca da competência senatorial que defendesse sua aplicação às ações diretas.

⁹⁶ “Ao se refazer o caminho do nosso controle de constitucionalidade sob outra perspectiva, é possível perceber que é questionável o fenômeno da objetivização visto nas obras e votos do Ministro Gilmar Mendes. Ao longo do tempo em que se discutiu o papel do Senado Federal no controle difuso, inúmeras mensagens foram dadas pelo parlamento e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da questão”. SANTOS, p. 43, 2013

⁹⁷ SANTOS, p. 43, 2013.

⁹⁸ Ao que tudo indica, Lucio Bittencourt era o único jurista reconhecido a sustentar, antes da Constituição de 1988, que o ato do Senado não possuía conotação política, servindo meramente ao propósito de dar publicidade.

⁹⁹ Ver MS 16512, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1966.

existência de uma mudança (mutação) no significado da competência do Senado. De forma que ele defende que o entendimento tradicional (substancialidade da competência senatorial) cedeu diante de um novo (mera formalidade da referida competência).

A divergência que relação à posição do ministro Gilmar Mendes, que se exporá com mais minúcia adiante, diz respeito à possibilidade das alterações fáticas que ocorrerem serem suficientes para provocar a mutação constitucional do art. 52, X Constituição. No presente trabalho se indicará que as transformações não são suficientes para embasar essa reforma informal.

Superado esse primeiro ponto, em que se firmou que parlamento, doutrina e jurisprudência sempre entenderam a competência senatorial como dotada de caráter substancial, resta inquirir se, a despeito dessa posição, multiplamente reafirmada, através da história constitucional brasileira, é legítimo que o Supremo Tribunal Federal reduza a competência constitucionalmente atribuída ao Senado para ampliar a sua própria.

2.2 A evolução do controle de constitucionalidade após a Constituição de 1988 e a competência senatorial

O presente subcapítulo apresentará uma análise pormenorizada da competência senatorial e do seu propósito e significado no contexto da evolução do sistema brasileiro do controle de constitucionalidade após a promulgação da Constituição de 1988. Além disso, seguindo o objetivo geral da monografia, buscar-se-á avaliar se a evolução do controle de constitucionalidade, tal como verificada no contexto brasileiro, é um argumento válido para defender a tese da mutação constitucional da competência senatorial. Com esse propósito, centrar-se-á, inicialmente, nos argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes, relator da causa, na Reclamação 4335-5. Isso porque o Ministro é o principal defensor, na Corte Suprema, da posição segundo a qual houve mutação constitucional do Art. 52, X da Constituição Federal, e sua principal linha de argumentação é exatamente a de que a evolução do controle de constitucionalidade brasileiro justifica a mutação da competência senatorial. Além de expor os argumentos, buscar-se-á problematizá-los e, para tanto, apresentar-se-á outras compreensões acerca do tema.

Antes de adentrar nas minúcias da questão, é importante esclarecer o caso que desencadeou a discussão acerca dessa competência senatorial. Trata-se de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública da União em face do juízo de execuções penais de Rio

Branco que, segundo a reclamante, deixou de aplicar a decisão do Supremo contida no HC 82.959, segundo a qual a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, contida no art. 2º, § 1º da Lei 8072/90, é inconstitucional.

Com base na decisão proferida no HC 82.959, a Defensoria Pública solicitou a progressão do regime de alguns presos por prática de crime hediondo, o que foi denegado pelo juízo da vara de execuções. Segundo o reclamado, a decisão de inconstitucionalidade proferida no HC 82.959 teria efeito apenas *inter partes*, sem aptidão, portanto, de vincular futuras decisões judiciais. Ainda de acordo com o juízo de execuções penais, para que uma decisão de inconstitucionalidade *incidenter tantum* tenha efeito *ergam omnes* é imperativo que o Senado Federal, em decisão discricionária, após ter sido comunicado do julgamento pelo STF, suspenda a validade da lei em questão, segundo o teor do Art. 52, X da Constituição Federal. Dessa decisão do juízo *a quo* a Defensoria Pública ingressou com reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Como se nota, a questão discutida na Reclamação 4335-5/AC cinge-se a determinar se é ou não necessário que o Senado suspenda a execução da Lei declarada inconstitucional *incidenter tantum* para que tal decisão produza efeitos gerais e abstratos. Segundo Gilmar Mendes¹⁰⁰, essa competência foi dada ao Senado Federal, inicialmente, como uma maneira de emprestar efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo em decisões em sede de controle difuso. A originalidade do instituto, no entanto, despertou uma série de problemas dogmáticos que já foram, parcialmente, abordados no capítulo precedente.

Como também já se expôs, para Lúcio Bittencourt¹⁰¹, o papel do Senado sempre se resumiu a apenas tornar pública a decisão do Supremo (Supremo?), porque a declaração de nulidade, para surtir efeitos, não pode depender de um juízo político a ser exercido pelo Senado. O Ministro Gilmar Mendes argumenta que essa posição até poderia, antes da Constituição de 1988, ser tida como errada. Entretanto, isso já não se justifica atualmente¹⁰². Nas atuais circunstâncias constitucionais, atribuir um sentido substantivo ao papel do Senado seria o mesmo que negar a nulidade da lei declarada inconstitucional pelo órgão de cúpula do

¹⁰⁰MENDES, 2004, p. 149.

¹⁰¹BITTENCOURT, Lucio. O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade da Leis. Série Arquivos do Ministério de Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.145.

¹⁰²“A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt” MENDES, 2004, p. 165.

judiciário. Ainda mais porque não pode o ato nulo ter seu efeito suspenso, porque o que é nulo não gera, por definição, efeito algum¹⁰³.

Entretanto, tal posicionamento, como expusemos no subcapítulo anterior, sempre foi minoritário, a maioria dos constitucionalistas entendia que a resolução do Senado tinha a capacidade de expandir os efeitos do julgamento do Supremo, que, *per si*, produzia apenas efeitos *inter partes*, de modo a tornar seus efeitos *erga omnes*. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do STF, nesse primeiro momento, aderiu ao posicionamento doutrinariamente majoritário¹⁰⁴. E esse, de fato, era o propósito dos Deputados Constituintes de 1934 e 1946, conforme se apontou no subcapítulo 1.2 da presente monografia.

Segundo o entendimento do ministro Gilmar Mendes, tal posicionamento se ajustava ao sistema de controle de constitucionalidade de leis vigente no período anterior a Constituição de 1988, uma vez que nesse período a ação direta só poderia ser manejada pelo Procurador-Geral da República, o que impedia um completo desenvolvimento do controle abstrato de constitucionalidade. O que se dava, de rigor, era que a ação direta era a exceção, sendo certo que a maioria dos pronunciamentos acerca da constitucionalidade das leis proferido em sede de controle concreto. Não havia, nesse período, muita distância entre o modelo misto brasileiro, no qual conviviam o modelo norte-americano e o europeu, e outros modelos de controle difuso, dado o papel menor exercido pela Ação Direta nesse contexto, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes: “o controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso”¹⁰⁵. Dessa forma, resguardava-se, no raciocínio do Ministro, um conceito historicamente condicionado de separação de poderes, segundo o qual somente em casos excepcionais o Supremo poderia retirar do ordenamento lei tida por inconstitucional sem que o Senado Federal editasse resolução suspendendo a eficácia da norma em questão¹⁰⁶.

Depois da promulgação da Constituição de 1988, o número dos legitimados para propor a ação direta cresceu significativamente, mas também foram ampliadas as hipóteses de cabimento do controle abstrato, com a posterior criação da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e com a regulamentação da Arguição de Descumprimento de

¹⁰³BITTENCOURT, op. cit., p. 145

¹⁰⁴MS 16512, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1966.

¹⁰⁵Rcl 4335/AC, Rel. Ministro GILMAR MENDES, PLENO, julgado em 20/03/2014, p. 35.

¹⁰⁶Até a possibilidade da Representação, por si só, retirar a validade da lei declarada inconstitucional teve lenta aceitação, somente restou estabelecido a desnecessidade da participação do Senado no controle concentrado de constitucionalidade em 1977.

Preceito Fundamental (ADPF). Essa amplitude, combinada com a possibilidade do Supremo suspender liminarmente a validade de lei considerada inconstitucional fortaleceram, na visão do ministro Gilmar Mendes, o controle abstrato de constitucionalidade, de modo a romper com uma antiga concepção de divisão de poderes, concepção no seio da qual o instituto atualmente albergado no art. 52, X da Constituição Federal teve origem. Com efeito, atualmente, a competência do Supremo para atuar como legislador negativo é exercida amplamente, não possuindo mais o caráter de exceção que possuía durante a vigência das outras constituições brasileiras. De maneira que quase a totalidade das questões constitucionais passou, com o advento da Constituição de 1988, a ser resolvida por meio do controle abstrato.

Por outro lado, como outra manifestação da obsolescência do instituto, o Ministro relator indica a incompatibilidade da resolução suspensiva do Senado com as novas técnicas de decisão utilizadas no controle de constitucionalidade concreto. Criado para uma época em que as decisões da jurisdição constitucional se resumiam a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em apreço, não pode causar espécie, segundo Gilmar Mendes, a inutilidade da declaração suspensiva do Senado naquilo que toca a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto ou nos casos de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Como esse tipo de decisão não implica na supressão da norma inconstitucional, não pode, portanto, ser alvo da resolução a que se refere o Art. 52, X da Constituição Federal de 1988, que é, portanto, incapaz de dotar essas novas espécies de decisão de efeitos transcendentais.

Aqui caberia indagação a respeito da possibilidade da resolução do Senado Federal ter sofrido mutação em outro sentido. A ampliação das técnicas decisórias, tendo ocorrido depois da concepção do instituto, bem poderia ser absorvida pela resolução prevista no art. 52, X, de maneira que, por meio dela, o Senado Federal também pudesse tornar gerais os efeitos de decisão concreta que tenha, por exemplo, promovido interpretação de ato normativo segundo a Constituição, modulado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou, até mesmo, declarado a constitucionalidade de ato impugnado.

Outro ponto levantado pelo Relator da Reclamação diz respeito às diversas alterações introduzidas na legislação processual que possuem o condão de aproximar os efeitos do controle difuso daqueles típicos dos efeitos do controle concentrado. Sem dúvida, há no dispositivo da Lei 8.038/90 que permite ao relator, no curso de Recurso Especial ou Recurso

Extraordinário, negar seguimento ao recurso que contrarie súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça uma inegável tendência a aproximar os efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato e aquelas exaradas *incidenter tantum*.

A mesma tendência se sente na alteração do Código de Processo Civil¹⁰⁷ que autoriza o Relator de recurso a dar provimento ao pedido, sempre que a decisão recorrida estiver em manifesto desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Em ambas as alterações teve por bem o legislador estender os efeitos do julgado pelo Supremo Tribunal para além das partes envolvidas na causa originária. O Ministro relator consigna que essa possibilidade abrange também a jurisprudência constitucional consolidada que dê, por exemplo, interpretação conforme a constituição a determinado dispositivo, e todas as demais hipóteses já referidas nas quais a resolução suspensiva do Senado é inaplicável.

Para corroborar seu argumento o Ministro relator traz ainda a jurisprudência¹⁰⁸, já pacificada no Supremo, que permite a flexibilização da regra de reserva de plenário, contida no art. 97 da Constituição Federal, sempre que o Supremo já houver, em sede de controle difuso, apreciado a constitucionalidade do ato normativo em questão. Assentou-se, portanto, que a razão de ser da reserva de plenário é a presunção de constitucionalidade de que goza o ato normativo, elidida tal presunção por decisão do pleno do Supremo, faculta-se aos órgãos fracionários dos demais tribunais e do próprio STF declararem a inconstitucionalidade do ato normativo sem ser necessário o envio da questão ao pleno ou ao órgão especial.

Trata-se, nesse caso, para Streck et alii¹⁰⁹, de hipóteses bastante distintas. Com efeito, a flexibilização da reserva de plenário não envolve a restrição das competências atribuídas a outro poder, não fragiliza, portanto, o princípio da separação entre os poderes. Além disso, no caso da reserva do plenário, é possível encontrar no texto constitucional respaldo para a inovação introduzida pela jurisprudência do Supremo. Ao passo que atribuir ao Senado o papel de mero publicador das decisões do STF é inconciliável com o texto do art. 52, X da Constituição Federal, o que não é permitido pela nossa tradição jurídica romano-germânica, baseada nos estatutos escritos. Esse é um dos pontos centrais da discussão. A existência de

¹⁰⁷Art. 557-A, §1º acrescentado pela Lei 9756/98.

¹⁰⁸Ver RE 190.728, Rel. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ Publicado em 30.05.1997; AI 168149 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 26/06/1995, DJ 04-08-1995 PP-22520 EMENT VOL-01794-19 PP-03994

¹⁰⁹STRECK, Lenio Luiz; LIMA, MartonioMont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. 2007, p. 57.

incongruências no sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição não autoriza que se passe a ignorar o texto constitucional. Tendo o poder constituinte originário e difuso delineado o processo dessa forma, é mandatário que sua autoridade seja preservada, até para que se não permita que a força normativa da Constituição reste enfraquecida¹¹⁰.

Além disso, conforme aponta Stefano Araújo¹¹¹, a possibilidade dos órgãos fracionários, valendo-se da jurisprudência já firmada, deixarem de observar a reserva de plenário estatuída na Constituição Federal é mera faculdade. Nessa hipótese, a jurisprudência do supremo não assume efeito geral ou vinculante, sendo perfeitamente possível que a posição anteriormente assentada seja superada. Essa é diferença essencial entre todas essas modificações legislativas que ampliam os efeitos da jurisprudência do Supremo e a atribuição de efeito *erga omnes* e vinculante à decisão sobre a constitucionalidade proferida em controle difuso. A ampliação dos efeitos da jurisprudência nunca impede a revisão de entendimentos firmados e baseia-se sempre em várias decisões no mesmo sentido. Prestigia, portanto, orientações amplamente firmadas. Situação diametralmente oposta é a defendida pelo Relator da Reclamação 4335-5/AC, para quem as decisões do Supremo, em controle difuso, devem possuir efeitos gerais, independentemente do pronunciamento do Senado Federal. Nesse caso, uma única decisão já impede todo o resto do judiciário de se pronunciar acerca do tema, não havendo espaço para a superação de precedentes. Nesse contexto, a interpretação dada pelo Supremo do art. 97 da Constituição Federal valoriza a jurisprudência do Supremo, mas não a entroniza, como o faz o voto do Ministro Gilmar Mendes.

Continuando a enumerar as hipóteses em que reconheceu-se, de algum modo, efeitos gerais às decisões em sede de controle difuso, o Ministro Gilmar Mendes passa a tratar da declaração de inconstitucionalidade de leis municipais. Nessas hipóteses, a jurisprudência do Supremo, indo mais longe, considera vinculante não apenas a parte dispositiva da sentença, mas também aos próprios fundamentos das decisões¹¹². O fato de até os fundamentos das decisões se tornarem vinculantes para futuras decisões judiciais demonstra, no entender do Ministro, que a jurisprudência do STF reconhece efeitos *erga omnes* às decisões em sede de controle difuso.

¹¹⁰STRECK *et alli*, cit., 2007, p. 11.

¹¹¹ARAÚJO, 2011, p. 64.

¹¹²RE 228.844/SP, Rel. Min. Maurício Correa, DJ de 16.6.1999; RE 221.795, Rel. Min Nelson Jobim, DJ de 16.11.2000 e RE 364.160, Rel. Min Ellen Gracie, DJ de 7.2.2003

Também, nessa hipótese, não há, exatamente, a atribuição de efeitos gerais às decisões em controle difuso. Nesses precedentes o que se deu foi o aproveitamento de argumentações aduzidas em julgamentos anteriores em outras decisões posteriores. O Tribunal poderia, perfeitamente, ter decidido em sentido contrário, porque as decisões anteriores não eram vinculativas, tampouco tinham efeitos gerais. Mais uma vez, cumpre salientar que a tendência do legislador, verificada recentemente, de valorizar a jurisprudência não equivale à atribuição de efeitos gerais às decisões do Supremo.

A criação das ações coletivas são, no entender do Ministro Gilmar Mendes, outro exemplo da dispensabilidade do papel exercido pelo Senado no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Com efeito, argumenta o ministro que é difícil conceber como uma declaração de constitucionalidade proferida *incidenter tantum* em mandado de segurança coletivo pode não gozar de efeitos gerais e abstratos. Nessas hipóteses, a resolução do Senado não possuiria nenhum efeito, porque a própria declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo seria eficaz contra todos. O ministro consigna ainda que o STF já declarou prejudicada ADI que tinha por objeto ato normativo já declarado inválido em mandado de segurança coletivo julgado pelo STJ¹¹³. No mesmo sentido, a decisão em ação civil pública (ACP) que declara alguma lei inconstitucional não precisa ser comunicada ao Senado, uma vez que a Lei 7347/85, art. 16 dota a decisão da ACP de efeitos *erga omnes*.

Para o ministro relator, todas essas alterações demonstram que, atualmente, a jurisprudência e o próprio legislador ordinário compartilham uma concepção bem diferente acerca da separação entre os poderes, daquela em voga na época da criação do instituto. Verifica-se igualmente uma tendência a aproximar ou mesmo igualar os efeitos dos dois modelos de controle de constitucionalidade. O STF, como já apontado, atribui às decisões em controle difuso efeitos gerais. Do mesmo modo, os procedimentos e as finalidades do controle abstrato e difuso são, praticamente, as mesmas.

No entender de Gilmar Mendes, todas essas modificações, introduzidas após o advento da Constituição de 1988, fizeram com que a suspensão da execução da lei pelo Senado perdesse muito da sua razão de ser, tornando-se, verdadeiramente, obsoleta. Aqui, o Ministro Gilmar Mendes cogita, verdadeiramente, de mutação constitucional. Como aponta o Ministro Eros Grau, não se trata de extrair uma norma do texto constitucional, mas de substituir,

¹¹³ADI 1.919, Rel. Min. Ellen Gracie prejudicado pelo RMS 11.824, Rel. Francisco Peçanha Martins, DJ 27.5.2002.

informalmente, o próprio texto constitucional. Nada obstante o texto continue o mesmo, o sentido a ser atribuído a ele muda radicalmente, sendo até incompatível com a redação literal. Em razão de todas essas modificações, jurisprudenciais e legais, é difícil, no entender do Ministro Gilmar Mendes, não atribuir ao controle difuso – que é mais demorado que o abstrato e no qual a discussão tem a possibilidade de melhor amadurecer – os mesmos efeitos do controle abstrato.

Diante disso, propõe o Ministro Gilmar Mendes que se atribua à decisão em controle difuso efeitos gerais e abstratos, tal qual os possui a decisão em controle abstrato. De forma que a competência do Senado Federal fique restrita a dar publicidade à decisão do STF. A própria decisão do STF possuiria, nessa sistemática, força normativa, sendo desnecessário, para tanto, atuação substancial do Senado, reduzido a mero órgão de imprensa, tal como o são o Chanceler Federal na Constituição Austríaca (art. 140, 5) e o Ministro da Justiça pela Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31, (2)¹¹⁴. Idêntico dever de publicar as declarações de inconstitucionalidade também é conferido por algumas Constituições Estaduais às respectivas assembleias legislativas¹¹⁵. Dessa forma, considera o Ministro, ficariam superadas as incongruências entre a jurisprudência do STF e a orientação dominante na legislação processual e a doutrina constitucional majoritária.

A comparação entre o sistema alemão e o austríaco é de todo indevida, como aponta Nelson Nery¹¹⁶. Porque lá há apenas o controle abstrato, de maneira que não existe, como existe aqui, um sistema híbrido de controle. Além disso, naqueles dois países a corte constitucional não faz parte do judiciário, tem seus membros indicados pelos três poderes com mandato certo, vedada a contínua ou posterior recondução. Não são, portanto, em absoluto, parâmetros adequados, a experiência deles não pode, portanto, ser importada diretamente.

¹¹⁴ Reclamação 4335/AC, cit., p. 55.

¹¹⁵“É o que faz a, por exemplo, a Constituição do Estado de Minas Gerais ao estabelecer que declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal (art. 118, § 3.º). No mesmo sentido, as constituições dos Estados de Goiás (art. 60, § 4.º) e do Maranhão (art. 92, § 2.º). Constituição do Estado da Bahia, art. 134, § 2.º “Declarada a inconstitucionalidade e, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal para suspensão da execução da lei ou ato impugnado, no todo ou em parte”. LEONCY, Léo Ferreira. Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro, 2007, p. 112. Em todas essas hipóteses, a atuação do poder legislativo é de mero publicador, conforme ficou decidido no RE 199.293/SP, rel. Min. Marco Aurélio.

¹¹⁶NERY JUNIOR, Nelson. *O Senado Federal e o Controle Concreto de Constitucionalidade de Leis e de Atos Normativos: Separação de Poderes, Poder Legislativo e Interpretação da CF 52, X*. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/jurisducao-constitucional-o-senado-federal-e-o-controle-concreto-de-constitucionalidade-de-leis-e-de-atos-normativos-separacao-de-poderes-poder-legislativo-e-interpretacao-da-cf-52-x>> Acesso em <16 mar 2015>, pp. 4-5

Stefano Araújo desenvolveu argumentação no sentido de que o relator da Reclamação incorre no erro de interpretar a Constituição de acordo com a legislação ordinária¹¹⁷. Para ele, aceitar a posição do Ministro equivaleria a enfraquecer a posição de supremacia da constituição, tendo como consequência, inclusive, a relativização do conceito de constituição rígida, adotado no Brasil desde a Constituição de 1824.

Tal crítica, no entanto, não se mostra hígida, uma vez que o propósito do Ministro Gilmar Mendes não é interpretar a Constituição à luz das leis ordinárias. Seu objetivo é apenas consignar a interpretação que o legislador ordinário, bem como a jurisprudência dão à cláusula pétrea da separação entre os poderes e aos efeitos da decisão em sede de controle difuso¹¹⁸. Tais indicações assumem relevo na exposição do relator, porque está ele interessado em demonstrar que as percepções do que seja a separação dos poderes e o controle difuso mudaram ao longo do tempo, inclusive para o legislador ordinário. Que isso reste assentado é fundamental para sua argumentação, porque é a base de sustentação da tese de mutação constitucional que ele apresenta.

A principal preocupação do Ministro Gilmar Mendes, nesse passo, é reunir um amplo repertório de manifestações jurisprudenciais e legislativas que indiquem qual é a atual conformação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e, mais que isso, esclareçam as relações entre os dois modelos – o americano e o austríaco - que convivem em seu seio. Partindo da conformação por ele extraída das manifestações legislativas e jurisprudenciais, o Ministro Gilmar Mendes, na tentativa de conferir maior integridade ao sistema de controle de constitucionalidade das leis no Brasil, defende que a competência senatorial já não possui mais nenhum sentido substancial, tratando-se de mera atividade de publicidade. Como aponta Clara Santos¹¹⁹, a visão histórica do Ministro Gilmar Mendes a respeito da convivência dos dois modelos de controle de constitucionalidade é simples. Para ele, a competência senatorial para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo foi criada para solucionar os problemas de eficiência do controle por exceção puro que vigeu até 1934. No entanto, o controle por ação, introduzido no Brasil em 1965 e continuamente aperfeiçoado e ampliado desde então, fornece um meio mais rápido e eficaz de solucionar os dissídios constitucionais. Esse processo de evolução e avultamento do controle

¹¹⁷Ver ARAÚJO, p. 43, 2011.

¹¹⁸“Ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental” Reclamação 4335/AC, cit., p. 33.

¹¹⁹SANTOS, 2013, p. 41.

concentrado teria ocasionado a obsolescência do controle difuso, provocando inclusive uma transformação informal do texto constitucional – uma mutação.

Stefano Araújo¹²⁰ aponta ainda a fragilidade do próprio tipo de argumentação de que se valeu o Ministro Gilmar Mendes. Com efeito, vários dos argumentos do relator da Reclamação 4335/AC têm como sustentáculo uma avaliação a respeito dos objetivos do legislador infraconstitucional ou do poder constituinte de reforma. Esse tipo de argumentação é muito frágil, uma vez que os objetivos do legislador são muito difíceis de serem apreendidos e, não raro, obscuros ou até indevassáveis. Manning resume as críticas geralmente dirigidas a esse método interpretativo que busca desvendar as intenções do legislador para dirimir ambiguidades nos textos legais¹²¹. A principal, dentre as elencadas, é justamente a dificuldade de determinar qual é, de fato, a intenção genuína dos parlamentares ao promulgar determinada lei. De fato, é muito difícil distinguir qual é a verdadeira intenção de um colegiado com 513 membros, como o é a Câmara dos Deputados¹²². É fácil perceber, ademais, que o uso desse método interpretativo pode servir para sustentar pontos de vista inteiramente distintos acerca do mesmo texto legal ou mesmo constitucional.

Interpretando os motivos do legislador, o Ministro Gilmar Mendes, em síntese, defende que, no decorrer da década de 1990, o Congresso Nacional quis conferir maior importância ao controle concentrado de constitucionalidade e tentou até mitigar a diferença entre os dois modelos de controle adotados no Brasil.

No entanto, como demonstra Stefano Araújo, são muitas as objeções que podem ser feitas a essa interpretação.

A criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade por meio da Emenda Constitucional nº 3 de 1993. Gilmar Mendes acredita que essa alteração constitucional importou em um aumento da importância do controle abstrato em detrimento do controle difuso, servindo para ampliar o domínio da eficácia geral¹²³. Stefano Araújo¹²⁴, por sua vez, argumenta que a criação dessa outra ação concentrada de controle de constitucionalidade não relaciona-se com uma predileção pela eficácia geral, mas sim com uma tentativa de dotar as decisões do Supremo de efeito vinculante, o que é completamente distinto. Essa emenda,

¹²⁰ ARAÚJO, p. 52, 2011.

¹²¹ MANNING, p. 673, 1997.

¹²² Nesse sentido, Scalia: “the quest for the genuine legislative intent is probably a wild-goose chase anyway..” SCALIA, 1989, p. 517.

¹²³ MENDES, p. 161, 2007.

¹²⁴ ARAÚJO, p. 50, 2011.

como também o defende Moreira Alves¹²⁵, tinha o propósito de criar o efeito vinculante e, desse modo, defender as medidas do governo federal, de contestações judiciais ou das fazendas estaduais e municipais.

Outro exemplo se encontra no argumento desenvolvido pelo Ministro¹²⁶, relativo às ações coletivas. Ambas, as ações coletivas e a competência senatorial foram previstas pelo constituinte originário. Portanto, é difícil entender como, com a criação das ações coletivas se esvaziou o sentido da competência senatorial, tal como o afirma Gilmar Mendes. Além disso, a regulação infraconstitucional da Lei da Ação Civil Pública, prevista na Lei 7.347/85, prevê que os efeitos das decisões proferidas em seu âmbito não se estendem para além dos indivíduos representados nelas.

O Ministro Gilmar Mendes falha ainda em explicar a razão do poder constituinte derivado ter criado um instituto como a súmula vinculante. Relembre-se que, para ser editada, a súmula vinculante exige procedimento muito mais exigente que os demandados para a prolação de uma simples decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso. No entanto, caso prevalecesse a tese da mutação constitucional os efeitos de uma ou de outra seriam os mesmos. Ao que tudo indica, para o Ministro, inicialmente, essa contradição passou inteiramente despercebida, uma vez que em seu voto afirmou que a criação da Súmula Vinculante torna a competência senatorial obsoleta, uma vez que ela é um instrumento do qual o Supremo pode se valer para atribuir efeitos vinculantes e *erga omnes* às suas decisões em controle difuso sem a necessidade do Senado se pronunciar¹²⁷.

Essa perplexidade, no entanto, foi levantada no decorrer do julgamento da Reclamação pelo Ministro Sepúlveda Pertence¹²⁸, ele apontou que, como decorrência dos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, a própria utilidade na edição de Súmula estaria prejudicada, uma vez que uma decisão simples já produziria os mesmos efeitos. Joaquim Barbosa também entendeu que a existência da súmula vinculante é um forte argumento contrário à tese da mutação constitucional, já que essa mutação importaria na equiparação entre uma única

¹²⁵MOREIRA, José Carlos Alves. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. In: Revista da Procuradoria-Geral da República. n. 9, jul/dez. 1997. p.131.

¹²⁶ARAÚJO, p. 52, 2011.

¹²⁷“Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante reforçar a idéia de superação do referido art. 52, X, da CF nomeada em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal”. Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 46.

¹²⁸Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 95.

decisão em sede de controle difuso a uma súmula vinculante¹²⁹. Nesse mesmo sentido, tivemos a manifestação de Ricardo Lewandowski, para quem, na hipótese de ser reconhecida a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição seria necessário, por consequência, jogar na ‘lata de lixo’ o art. 103-A da Constituição¹³⁰.

Gilmar Mendes defendeu, em discussão no seio da Reclamação 4335, que, sendo reconhecida a mutação do art. 52, X da Constituição, restaria ainda hígido como objeto de súmula vinculante a interpretação e eficácia de normas determinadas, excluindo apenas o outro objeto previsto no art. 103-A, § 1º da Constituição: a validade de norma¹³¹. A respeito da validade das normas bastaria então que o Supremo se pronunciasse uma única vez, por decisão de maioria simples de seu plenário para que se verificassem o efeito vinculante e *erga omnes*. De qualquer modo, ainda que se considere que apenas uma parte da competência para editar-se súmula vinculantes seria retirada com o reconhecimento da mutação do art. 52, X da Constituição, o certo é que essa reforma informal do texto constitucional importaria em tornar equivalentes uma única decisão, tomada pela maioria simples, a uma súmula vinculante, lastreada em reiteradas decisões anteriores e tomada pelo voto de dois terços dos ministros¹³².

Além disso, a interpretação histórica oferecida pelo Ministro Gilmar Mendes é diretamente afrontada pela criação da súmula vinculante. Isso porque, caso o legislador constitucional entendesse, como o quer Gilmar Mendes, que as decisões do Supremo em sede de controle difuso possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por que razão eles criariam o instituto da súmula vinculante que serve justamente ao propósito de conferir àquelas decisões eficácia *erga omnes* e efeito vinculante?

Sob a perspectiva da teoria do romance em cadeia¹³³, a interpretação do Ministro Gilmar Mendes também não encontra respaldo. Isso porque, segundo esse ponto de vista, uma interpretação evolutiva somente pode ser tida como legítima quando houver coerência entre seu resultado e a história constitucional anterior. Como se demonstrou no presente subcapítulo, a única interpretação do art. 52, X da Constituição que se coaduna com a história é a manutenção de seu sentido substancial. A sua revogação informal pelo Supremo destoaria

¹²⁹Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 99.

¹³⁰“A questão que me constrange, intelectualmente, é a seguinte: se nós declararmos que o artigo 52, inciso X sofreu uma mutação constitucional, que faremos com o artigo 103-A da nossa Carta Magna? Nós jogamos na cesta do lixo porque, aqui, este dispositivo nos autoriza a aprovar súmulas vinculantes etc”. (Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 135).

¹³¹Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 135-36.

¹³²Requisitos previstos pelo art. 103-A da Constituição Federal.

¹³³A respeito desse argumento e da aplicação da teoria do romance em cadeia à mutação constitucional do art. 52, X da Constituição, ver SANTOS, p. 91, 2013.

completamente do seu papel, nessa ótica, que é o de “extrair o significado que gere o melhor e mais coerente resultado no ‘romance em cadeia’ continuamente escrito pelos participantes da prática jurídica”¹³⁴.

No que diz respeito aos temas abordados no presente subcapítulo, a conclusão do Ministro Gilmar Mendes – de que a competência do Senado Federal não mais possui natureza substancial - não pode prevalecer. Com efeito, o próprio método por ele utilizado é muito impreciso. Os objetivos e propósitos do legislador não podem ser admitidos como método científico para determinar o sentido das normas jurídicas, haja visto a dificuldade em se firmar uma interpretação razoavelmente precisa de quais sejam os objetivos do legislador. Ainda que, por hipótese, fosse superado esse problema metodológico, e se valesse desse método, é bastante incerto se as reformas legislativas e constitucionais ocorridas após a promulgação da Constituição de 1988 tem mesmo o sentido que a elas atribui Gilmar Mendes. Na verdade, defendeu-se acima que a elas devem ser atribuídos outros significados. Ademais, para corroborar essa linha de raciocínio, é preciso levar em conta as reformas indicadas acima, omitidas pelo Ministro, que, ocorridas após a promulgação da Constituição de 1988, confirmaram a distinção entre o modelo difuso e o abstrato no Brasil e a relevância da competência senatorial.

Todos esses fatores contribuem para firmar a convicção no sentido de que a evolução da legislação e da jurisprudência, sem dúvida diminuiram a diferença entre o controle difuso e concentrado. No entanto, de forma nenhuma, é possível inferir de uma análise detida dessas alterações que tenha ocorrido a aniquilação da distinção entre os dois modelos de controle de constitucionalidade adotados pela Carta Máxima e, muito menos, a extinção do controle difuso nos seus traços característicos.

¹³⁴SANTOS, p. 91, 2013.

CAPÍTULO 3 LIMITES DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS E A COMPETÊNCIA SENATORIAL

3.1 Limites interpretativos das mutações constitucionais e a competência senatorial

No presente subcapítulo abordar-se-á algumas aproximações desenvolvidas acerca do conceito de mutação constitucional. Aproveitar-se-á o ensejo para tratar das relações que essas construções teóricas possam ter com a tese da mutação da competência senatorial. Inclusive, buscar-se-á determinar se as hipóteses de mutação previstas pelos autores podem ser admitidas pelo direito brasileiro atualmente e se a tese de mutação do art. 52, X da Constituição está abrigada por alguma daquelas hipóteses previstas.

Na Alemanha do final do século XIX, sob a égide da Constituição Imperial de 1871, teve lugar a chamada Escola Alemã de Direito Público. Ela reuniu juristas, tais como Georg Jellinek e Paul Laband, interessados em dar um tratamento científico ao direito público. Com esse propósito, eles buscaram a autonomia dessa área do Direito, tentando torná-la campo independente de investigação científica. Nesse intento, procuram separá-lo do direito privado, campo da Ciência Jurídica bem mais desenvolvido até então, e também da Filosofia Política, área de estudo na qual se inseriam, até o momento, muitos dos estudos sobre o Direito do Estado¹³⁵.

Nesse contexto, a Constituição passa a ser vista como uma força cogente e, com base nesse pressuposto, surgem os primeiros estudos acerca das mudanças informais que a Constituição pode sofrer. O termo mutação constitucional (*verfassungswandlung*) aparece pela primeira vez no trabalho de Laband *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* publicado em 1895, como contraponto à reforma formal da constituição (*verfassungänderung*), derivada do poder de emenda outorgado pela própria constituição ao parlamento. Nesse trabalho, Laband aponta a possibilidade da própria ação do Estado desencadear uma mudança na constituição, sem que para isso o Estado se valha da reforma ao texto constitucional, seria, portanto, possível manter o texto constitucional formalmente íntegro e, ao mesmo tempo, alterar-lhe o sentido ou o âmbito de aplicação¹³⁶.

A ideia que então se tinha de mutação constitucional é inteiramente incompatível com os fundamentos atuais do Direito Constitucional. Com efeito, os exemplos lembrados por

¹³⁵ SANCHES URRUTIA, 2000, p. 107.

¹³⁶ SANCHES URRUTIA, 2000, p. 108.

Laband assemelham-se mais ao que se poderia hoje chamar mutações inconstitucionais, uma vez que as leis e atos do executivo citados por Laband, como exemplos de práticas que desencadeiam a mutação constitucional, contrariam frontalmente os dispositivos constitucionais então vigentes¹³⁷. A teoria de Laband, portanto, visa, principalmente, encontrar uma justificação para as incongruências entre as leis e atos administrativos e a constituição. Em razão disso, foi fortemente criticada pelos estudiosos que se dedicaram ao tema depois dele¹³⁸.

Contemporâneo de Laband, Jellinek, nada obstante ter dado à matéria um tratamento mais científico, aborda a mutação constitucional sob uma perspectiva semelhante. Para Jellinek a existência da mutação constitucional justifica-se tendo em vista a incapacidade das formas jurídicas em conter ou regular as forças políticas reais que operam segundo suas próprias leis, sem levar em conta o direito positivo. As mutações surgem então para colmatar as lacunas da constituição positiva¹³⁹. Portanto, também para ele, os atos do executivo ou do parlamento tem o poder de transformar, tacitamente, a Constituição.

A tese de mutação constitucional da competência senatorial levantada por Gilmar Mendes parte de um pressuposto semelhante ao que se vale Laband e Jellinek: a possibilidade de alterações em normas de nível hierárquico inferior determinarem a interpretação a ser dada à Constituição. Com efeito, o Ministro, em seu argumento, aponta uma série de alterações em norma infraconstitucionais que teriam levado a uma mudança no sentido da própria constituição.

Esse tipo de interpretação, como aponta Lenio Streck, deve ser rejeitado, uma vez que coloca em risco a própria existência da Constituição como documento capaz de sujeitar a todos e determinar o rumo fundamental do país¹⁴⁰. A rigor, a definição de mutação da qual se valem Laband e Jellinek considera que a própria decisão do STF é capaz de gerar uma mutação. Isso porque, para eles, todo fenômeno dotado de força fática capaz de se impor socialmente e contrário à norma constitucional equivale a uma mutação constitucional. Com efeito, nesse primeiro momento, mutação foi uma categoria utilizada para enquadrar os fenômenos fáticos que influem na interpretação do direito, mas que não podem ser resolvidos

¹³⁷ Para Anna Ferraz: “há dois tipos ou espécies diferentes de mutações: as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional, não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mudanças constitucionais que contrariam a constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir”. FERRAZ, 1998, p. 9.

¹³⁸ SANCHES URRUTIA, 2000, p. 109.

¹³⁹ SANCHES URRUTIA, 2000, p. 110.

¹⁴⁰ STRECK et alli, 2007, p.61.

normativamente¹⁴¹. Nesse passo, o acolhimento de uma tese como a da mutação do art. 52, X da Constituição Federal só pode ser justificado com a adoção de pressupostos decisionistas, que elevam a Suprema Corte ao papel de legislador constitucional.

Em 1919, no período imediatamente posterior à rendição alemã na Primeira Grande Guerra, é promulgada a Constituição de Weimar. Essa Constituição funciona como importante marco teórico para diversas inovações no direito público alemão, primeiro porque nesse período estão em atividade alguns dos juristas mais importantes do século XX, e depois porque o caráter inovador da Constituição de 1919 exigiu que aqueles juristas criassem novos conceitos jurídicos, com o objetivo de adaptar a ordem jurídica aos seus mandamentos.

Por outro lado, a grande instabilidade política do período demandou dos juristas uma reflexão a respeito das mudanças constitucionais e das relações entre o poder político e a constituição escrita. As doutrinas desenvolvidas nesse período são, em grande medida, uma resposta ao trabalho desenvolvido pela Escola Alemã de Direito Público, entretanto diferenciam-se entre si quanto ao seu conteúdo e ao tipo de resposta oferecida¹⁴². No presente trabalho, relativamente a esse período, serão estudadas as teorias de Smend, Heller e Hsü Dau Lin.

Para Heller, a Constituição abrange não apenas as normas positivas (a normatividade), mas também a prática constitucional não positivada (normalidade), em um conceito de constituição total que se aproxima do conceito de Constituição Viva defendido por Lassale. Esses dois campos influenciam-se reciprocamente, de forma que a normalidade é capaz de criar normatividade, bem como a normatividade cria normalidade¹⁴³. Heller propõe ainda uma diferença entre os elementos normativos jurídicos, que seriam as regras e os elementos normativos não-jurídicos, que são os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito, cujo conteúdo é, por definição, indefinido.

Dentro desse esquema conceitual elaborado por Heller, a constituição pode ser alterada (a) por meio da modificação do entendimento acerca dos princípios ou (b) por meio de uma superação da norma pela prática ou, para usar os termos de Heller, da normatividade pela normalidade. Em ambos os casos, de acordo com o autor, a normalidade exige que a normatividade se adeque aos seus padrões. No primeiro deles, o conteúdo das normas não-

¹⁴¹ STRECK et alli, 2011, p. 60

¹⁴² SANCHES URRUTIA, 2000, p. 116

¹⁴³ SANCHES URRUTIA, 2000, p.117

jurídicas é alterado para que possa servir como justificação das práticas corriqueiras. Tal fenômeno verifica-se quando princípios como igualdade ou separação entre os poderes passam a ter acepções diferentes no percurso do tempo para se adequar às alterações que sofrem na prática constitucional. Na segunda hipótese, a alteração na normalidade não pode ser abrangida pelas normas jurídicas, nem pelas não jurídicas, de maneira que a prática permanece à margem das normas, que perdem sua capacidade normalizadora.¹⁴⁴

A tese da mutação constitucional da competência senatorial, tal como defendida por Gilmar Mendes, pode, em tese, encontrar duplo fundamento teórico na teoria de Heller. Primeiramente, porque Heller é o primeiro a tratar do que hoje se chama mutação interpretativa e na Reclamação 4335 a hipótese é dessa espécie de mutação. Esse tema, por sua importância, será tratado mais detidamente a frente. Em segundo lugar, porque outro argumento usado na defesa da mutação constitucional da competência senatorial é o de que tal competência encontra-se em desuso.

Primeiramente, cabe indagar-se da possibilidade de uma competência constitucionalmente estabelecida extinguir-se pelo decurso do tempo¹⁴⁵. Na ordem constitucional brasileira, como é cediço, os bens públicos são imprescritíveis, o que então se pode dizer acerca da prescritibilidade das competências e prerrogativas dos entes políticos? O argumento¹⁴⁶ segundo o qual o desuso pode levar à extinção de competências precisa ser encarado com bastante cuidado. Se generalizado, outras competências do Congresso que também são pouco usadas poderiam ser avocadas pelo Supremo, tal como a competência para derrubar vetos presidenciais, que raramente é utilizada. Segundo Clara Santos¹⁴⁷, o raciocínio de que se vale o Supremo para cassar a competência do Senado, parte de um juízo particular do Supremo acerca de qual deveria ser o ritmo de trabalho dos outros poderes. Caso o executivo ou legislativo valem-se da mesma lógica poderiam, por exemplo, julgar casos da competência do Supremo que, em seus juízos, estão com julgamento atrasados. Naturalmente, tal avocação de competência próprias do poder judiciário seria tida como inconstitucional pelo Supremo. Pela mesma razão, a avocação de competência que propõe a tese de mutação constitucional padece de inconstitucionalidade.

¹⁴⁴ SANCHES URRUTIA, op. cit., pp. 118.

¹⁴⁵ Jellinek já se posicionava pela impossibilidade das competências constitucionais prescreverem: “De nuestra exposición resulta que de ninguna manera puede concluirse que el desuso de una competencia del poder estatal, las correspondientes prescripciones constitucionales y legales resulten obsoletas”. JELLINEK, 1991, p. 51.

¹⁴⁶ Uma crítica a esse argumento pode ser encontrada em SANTOS, 2013, p. 128.

¹⁴⁷ SANTOS, 2013, p. 129.

Ademais, a própria falta de uso da competência deve ser contestada. Como indicou em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa, desde 1988 até 2007, mais de 100 resoluções senatoriais foram editadas^{148,149}. Uma breve consulta no site do Senado revela que as Resoluções continuam a ser editadas. No ano de 2012, por exemplo, cinco resoluções suspensivas foram editadas¹⁵⁰. Além disso, conforme informa Luis Roberto Barroso¹⁵¹, já houve um caso, posterior à promulgação da Constituição de 1988, em que o Senado recusou-se a suspender a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Isso demonstra que a competência é usada pelo Senado e pode servir como um mecanismo de resposta do Senado à atividade do Supremo.

Portanto, ainda que se admitisse a possibilidade de uma competência do Senado perder validade pelo desuso, não parece que há, nessa hipótese, o abandono, por parte do Senado, dessa competência constitucional.

Smend, outro jurista alemão que se dedicou ao estudo da mutação constitucional, considerava que é da própria natureza da interpretação constitucional que ela se faça de forma flexível, porque as normas constitucionais são, via de regra, expansivas e elásticas¹⁵². Portanto, dentro da própria Constituição, em razão da natureza das suas normas, encontram-se os elementos necessários para que ocorra a mutação constitucional, podendo-se, inclusive, dizer que a mutação constitucional faz parte da própria estrutura constitucional. Segundo Ana Victoria Urrutia¹⁵³, uma das características essenciais da teoria constitucional de Smend é a viabilidade e, por conseguinte, a possibilidade de mutação constitucional que funciona como uma maneira de fazer com que as normas constitucionais correspondam à Constituição (em seu sentido total) e assim o sistema continue viável.

Smend tinha como referência principal a Constituição de Weimar que, assim como a atual constituição brasileira, continha muitos conceitos indeterminados e princípios

¹⁴⁸ Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 100.

¹⁴⁹ Referindo-se a período anterior à promulgação da Constituição de 1988, Ana Alencar também demonstra o efetivo uso dessa competência pelo Senado. (ALENCAR, 1978, p. 274)

¹⁵⁰ Ver em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/RE_Resolucoes.asp>, acesso em <24 set. 2015>

¹⁵¹ “Há, contudo, precedente de não-suspensão: no caso do art. 9º da Lei nº 7.689/1988, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente no RE 150.764-PE, por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16 de abril de 1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993. Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do STF no dia 18 do mesmo mês”. (BARROSO, 2010, p. 129).

¹⁵² SANCHES URRUTIA, 2000, p. 123.

¹⁵³ SANCHES URRUTIA, 2000, p. 124

programáticos de conteúdo impreciso. Diante disso, nada mais natural que ele incluísse entre as hipóteses de mutação constitucional a reinterpretação desses conceitos e princípios, tal como já o fizera Heller.

Na Reclamação 4335, o que foi, em síntese, defendido pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau foi que, dadas as circunstâncias, o sentido tradicionalmente atribuído ao art. 52, X da Constituição deve ser abandonado. Eles propuseram, portanto, uma ressignificação da competência senatorial, tal como prevê Smend. No entanto, a alteração proposta é de tal índole que se passa a atribuir sentido diverso à competência, de todo incompatível com os significados possíveis de serem extraídos da literalidade do inciso.

Aqui, surge uma das questões centrais para a análise da tese de mutação. Será possível que, ao se interpretar determinada norma, o limite estabelecido pelos sentidos possíveis do texto seja transposto pelo intérprete de maneira que à referida norma atribua-se sentido inteiramente incompatível com a literalidade do texto?

É inegável que a constituição evolui e essa evolução nem sempre se dá por meio de uma reforma promovida pelo parlamento. Algumas vezes é o próprio judiciário que se vê na tarefa de atribuir novos sentidos ao texto constitucional. Essa possibilidade é admitida por praticamente qualquer teoria acerca da interpretação constitucional. Desde uma teoria como a *living constitution* até a da mutação constitucional, todas autorizam o judiciário a proceder a reformas sempre que se mostrar necessário. Mesmo por meio de uma teoria como o originalismo é possível ao intérprete modificar interpretações dadas e atribuir novas ao texto, uma vez que o originalismo busca resolver os problemas jurídicos atuais por meio da ótica dos constituintes originários e os problemas novos, imprevisíveis no momento em que a Constituição foi criada, não param de surgir. A questão a ser analisada, portanto, não parece ser a possibilidade do judiciário promover mudanças. Isso parece ser inegável. A dificuldade é determinar quando e até que limite essas mudanças são legítimas.

Sob um enfoque positivista¹⁵⁴, a questão apresenta-se de fácil resolução. Com efeito, para o modelo positivista de Hart¹⁵⁵, quando uma norma apresenta dificuldade de interpretação, seu sentido literal determinará um limite e as interpretações possíveis dentro desse limite podem ser escolhidas discricionariamente pelo intérprete. Escareça-se que a

¹⁵⁴ SANTOS, 2013, p.85.

¹⁵⁵ Ver HART, 2009, pp. 316-328

discricionariedade surge somente na hipótese de existir uma zona de penumbra, isto é: desde que o sentido não seja desde logo determinável.

Nesse marco teórico, à competência prevista no art. 52, X da Constituição é impossível atribuir o mero objetivo de dar publicidade, uma vez que a norma determina que o Senado Federal tem competência para “suspender a execução” da lei declarada inconstitucional. Essa redação não se compatibiliza de forma nenhuma com a tese que quer conferir ao Senado a competência para, tão somente, dar publicidade às decisões do Supremo. Como aponta Clara Santos¹⁵⁶, partindo do texto do art. 52, X da Constituição, com muito mais facilidade se alcança a conclusão de que o Senado goza de plena discricionariedade política para agir no que toca essa competência.

No extremo oposto do espectro teórico, temos a obra de Ronald Dworkin. Cumpre¹⁵⁷ avaliar como, sob esse enfoque responde-se a pergunta proposta: é possível superar a literalidade do texto legal? A teoria de interpretação do direito de Dworkin, em grosseira síntese, defende que o convencionalismo textual deve, em situações específicas ceder diante de valores mais importantes, mormente a justiça. A resposta que deve ser dada a um caso difícil - aquele que não encontra imediata solução nas regras postas - não necessariamente deve submeter-se aos limites linguísticos da norma.

Portanto, Dworkin admite, excepcionalmente, no bojo de casos difíceis e desde que para buscar-se a justiça no caso, afaste-se o sentido literal da norma. Portanto, é admissível ao juiz, ao analisar determinado caso, adotar um sentido para a norma completamente incongruente com a literalidade do texto legal. Segundo Clara Santos, para Dworkin existem “limites normativo-textuais decorrentes da noção de integridade”, todavia é admissível “afastá-los argumentativamente em prol do justo”¹⁵⁸.

A construção teórica de Dworkin é favorável às mudanças informais da Constituição, uma vez que admite a possibilidade do juiz realizar uma leitura moral da legislação e afastar a literalidade da norma, sempre que isso for necessário para que se alcance o valor social justiça. Contudo, a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição também não encontra justificativa sob o prisma de Dworkin, uma vez que, de forma nenhuma, essa mutação se justifica como promotora da justiça, porque os argumentos utilizados para

¹⁵⁶ SANTOS, 2013, p. 84.

¹⁵⁷ Ver SANTOS, 2013, p.

¹⁵⁸ SANTOS, 2013, p. 90.

embasá-los são argumentos de eficiência e sistematização. Esses valores, por si só, não podem justificar a superação dos limites impostos pela literalidade da norma^{159, 160}.

Além disso, para se justificar uma mudança evolutiva, como é a do caso sob análise, a teoria criada por Dworkin exige que a solução dada ao problema proposto esteja em consonância com toda a narrativa pretérita do direito¹⁶¹. Segundo a teoria do romance em cadeia, a função do intérprete é sempre a de fornecer a resposta que melhor se adequa as interpretações dadas anteriormente pelos outros atores da prática jurídica. Como se expôs no capítulo precedente, no caso da competência senatorial, se adequa muito melhor à história precedente do instituto que ele seja entendido como dotado de natureza substancial. Da leitura das passagens anteriores do romance institucional da competência senatorial não decorre, de forma nenhuma, que ao Senado não caiba mais que um dever de publicar as decisões do Supremo.

Desse modo, constata-se que, seja sob a perspectiva de uma interpretação positivista tradicional, seja sob a perspectiva de uma interpretação mais criativa e atenta aos princípios, a tese da mutação constitucional do artigo 52, X da Constituição não se sustenta. Muito embora esse último enfoque teórico admita que os limites do texto constitucional sejam superados, não é admissível, no caso, essa superação.

A ampla maioria da doutrina nacional, por sua vez, rejeita a possibilidade de, por meio de mutação constitucional, superar-se a literalidade do texto legal. Anna Ferraz define mutação constitucional como a reforma promovida informalmente que altera o sentido do texto constitucional, sem, contudo, violar-lhe a letra e o espírito¹⁶². A autora contrapõe a mutação constitucional à mutação inconstitucional. Enquanto a mutação constitucional seria

¹⁵⁹ SANTOS, 2013, p. 91.

¹⁶⁰ A propósito, é importante consignar o argumento desenvolvido por Lenio Streck de que a mutação constitucional da competência senatorial seria, na verdade, promotora de injustiças, uma vez que atentaria contra o contraditório e, por conseguinte, do devido processo legal, uma vez que restringiria de forma indevida a possibilidade de atacar a constitucionalidade de uma norma em instâncias inferiores ao Supremo. Veja-se: “Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma conseqüência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é *ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. **Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais**”. STRECK, 2007, p. 50-51.

¹⁶¹ SANTOS, 2013, p. 91.

¹⁶² FERRAZ, 1998, p. 10.

decorrência lógica da própria existência de constituição e revela-se fundamental para que os preceitos constitucionais realizem-se plenamente; a mutação inconstitucional desrespeita a letra e o espírito da Constituição e por isso não deve ser aceita¹⁶³.

Uadi Lamego Bulos encontra dificuldade em enumerar limites para a mutação constitucional, mas afirma, no entanto, que se algum limite tem que existir, esse é “a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado”.¹⁶⁴ Luis Roberto Barroso, no mesmo sentido, defende que são limites para a mutação o texto expresso da lei e os princípios norteadores da Constituição¹⁶⁵. Seu voto na Reclamação 4335 acompanhou seu entendimento doutrinário. O Ministro, a despeito de considerar que a supressão da competência senatorial traria maior coerência para o controle de constitucionalidade, considerou que a mutação, nessa hipótese, é impossível por não ser compatível com o texto expresso da Constituição¹⁶⁶. Joaquim Barbosa, em seu voto, também concluiu pela inviabilidade de retirar-se, por meio de mutação constitucional, todo sentido substancial do art. 52, X da Constituição, porque isso violaria frontalmente o texto do inciso¹⁶⁷. Também defendendo a posição de que a mutação constitucional não pode ultrapassar o espectro definido pela literalidade do texto, temos ainda José Canotilho¹⁶⁸, Jane Pereira¹⁶⁹ e Adriano Pedra¹⁷⁰.

Konrad Hesse também tratou da relação entre os limites da interpretação do texto normativo e a mutação constitucional. Mas antes de apresentar sua conclusão, cabe apresentar suas considerações sobre o tema. Para ele, a mutação constitucional tem origem em uma tensão entre o mundo fático e os textos normativos. Hesse defendia que a divisão entre o *dever ser* e o *ser* não podem ser consideradas estanques. A rigor, as duas categorias correlacionam-se, influenciando-se de forma mútua. É, portanto, necessário estabelecer um caminho de equilíbrio entre a normatividade e o mundo dos fatos. Porque a constituição só possuirá força normativa se adequar-se a ordem social e política existente. A constituição que ignorar, por completo, a realidade que a circunda padecerá de inaplicabilidade, sendo não mais que uma construção teórica. Entretanto quando, por razões diversas, uma comunidade política decide pôr um freio ao arbítrio e estabelecer uma ordem constitucional, a norma

¹⁶³ FERRAZ, 1998, p. 10.

¹⁶⁴ BULOS, 1997, p. 91.

¹⁶⁵ BARROSO, 2010, p. 129.

¹⁶⁶ Rcl 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 185.

¹⁶⁷ Rcl 4335, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 99.

¹⁶⁸ CANOTILHO, 2000, p. 1192.

¹⁶⁹ PEREIRA, 2009, p. 20.

¹⁷⁰ PEDRA, 2009, p. 205.

estabelecida, se possuir força normativa, passa a moldar o contexto social e político circundante.

Para possuir força normativa, segundo Hesse, dentre outras características, é necessário que a Constituição possa se adaptar à realidade¹⁷¹. A capacidade adaptativa pode derivar da existência de princípios e conceitos sujeitos a mudança de significado no decorrer do tempo ou mesmo da previsão de mecanismo capazes de reformar o texto constitucional. Com efeito, a Constituição deve permanecer “imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição.¹⁷²”

No entanto, o uso excessivo dos mecanismos de alteração da constituição pode ser lesivo para a força normativa da constituição e para sua capacidade de controlar o abuso de poder daqueles que o detêm. Com esse propósito, mostra-se especialmente relevante o estabelecimento de limites às mutações constitucionais, por tratar-se de meio informal de reforma da Constituição, dificilmente, portanto, controlável. Estabelecer os limites dentro dos quais pode ocorrer a mutação mostra-se tarefa muito difícil. O árbitro final do limite é o próprio intérprete¹⁷³, uma vez que, como pontua Hesse, afirmar que ocorreu mutação constitucional é sempre possível e essa assertiva não pode ser comprovada ou rejeitada de forma irrefutável. Nada obstante, continua sendo imperativo que se busque limites ao poder de reformar a constituição informalmente.

Antes de estabelecê-los, no entanto, é importante determinar o que exatamente deve ser considerado mutação constitucional para Hesse. Ele classifica as alterações constitucionais em duas espécies: formais ou informais. A alteração formal é a reforma do texto, por meio de procedimento usualmente previsto na própria Constituição. Já a alteração informal, ou mutação constitucional, é aquela realizada por meio da atividade de interpretação da instância com competência para impor sua posição. A mutação tem lugar sempre que exista uma alteração no interior da norma. Esclareça-se que, para Hesse, o interior da norma é composto pelo programa da norma, que é o seu texto, e pelo âmbito da norma, que é a parcela da realidade regulada pela norma em questão. A mutação ocorre sempre que o âmbito da norma

¹⁷¹ LIMA, 2013, p. 282.

¹⁷² HESSE, 1992, p. 40.

¹⁷³ Nesse mesmo sentido, ver Uadi Bulos, para quem os limites que possam ser estabelecidos à mutação exercerão somente influência acadêmica ou psicológica. BULOS, 1997, p. 91.

é modificado, mas essa modificação deve respeitar o programa da norma, que deve constituir fronteira inviolável para o intérprete¹⁷⁴.

Frise-se que, para Hesse, essa interpretação precisa restringir-se ao texto posto, já que, por meio de mutação constitucional, o texto não pode ser alterado¹⁷⁵. Admite-se que as alterações fáticas relevantes possam influir na compreensão que se possui acerca de determinada norma. Não se pode aceitar, no entanto, que se extrapole os limites interpretativos estabelecidos pelo texto normativo¹⁷⁶. Com efeito, quando surgir uma nova interpretação extraída de uma norma e ela estiver em clara contradição com o texto normativo, essa interpretação não pode ser considerada uma mutação constitucional lícita. Em hipóteses tais trata-se, na verdade, de um rompimento com a constituição, porque “onde o intérprete passa por cima da Constituição ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a constituição.”¹⁷⁷ A tese de mutação constitucional da competência senatorial é um caso clássico de rompimento constitucional, uma vez que o sentido que se busca atribuir ao texto normativo, ainda que esteja em conformidade com o âmbito da realidade relevante para a norma, não cabe dentro do espectro interpretativo admitido pelo texto.

3.2 A coerência do sistema de controle de constitucionalidade como limite à mutação da competência senatorial

Nesse último sub-capítulo, estudar-se-á a adequação entre a tese de mutação constitucional da competência senatorial e o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Uma das hipóteses de mutação constitucional admitida doutrinariamente fundamenta-se no propósito de conferir maior harmonia ao Direito. Examinar-se-á nas próximas páginas se, caso aceita a mutação constitucional, o novo sentido do art. 52, X se compatibiliza melhor com a Constituição em seu sentido total. Analisar-se-á, ademais, a proposta do Ministro Teori Zavascki para compatibilizar a competência senatorial com as mudanças constitucionais e legislativas que conferem efeitos amplos às decisões em controle difuso.

¹⁷⁴ LIMA, 2013, p. 301.

¹⁷⁵ “Donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional.” HESSE, 1992, p. 101.

¹⁷⁶ Ver a esse respeito desse argumento: LIMA, 2013, p. 295.

¹⁷⁷ HESSE, 1992, p. 69.

O rompimento constitucional perpetrado pela tese favorável à mutação constitucional mostra-se extremamente danoso para os princípios democráticos e para a separação entre os poderes. Revela-se por meio dela uma usurpação de poderes e o alargamento das competências do Supremo, que passa a atuar como verdadeiro poder constituinte, revogando normas constitucionais originárias.

Essa tese, sem dúvida, pode ser inserida em uma tendência da Corte em aumentar seus próprios poderes, que gera desconforto e reações por parte dos poderes legitimados pelo voto popular, como demonstra, por exemplo, o Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011¹⁷⁸ que visa a limitação da competência do Supremo para editar súmulas vinculantes e o aumento da rigidez da cláusula de *full bench*.

Desde suas origens, o controle de constitucionalidade judicial cria tensão entre os poderes democraticamente instituídos e as cortes. Outra não é a razão do debate travado entre Schmidt e Kelsen sobre quem deveria ser o guardião da constituição, ainda na década de 1930. No Brasil, a tendência que se verifica é de se atribuir ao Supremo o papel de último árbitro no que diz respeito a questões constitucionais. Não cabe ao escopo do presente trabalho apresentar as críticas tecidas por juristas como Mark Tushnet e Jeremy Waldron acerca de sistemas jurídicos que, como o brasileiro, optam por conceder a suas cortes uma ampla competência no controle de constitucionalidade, não sujeita a revisão por parte do Parlamento. O que é necessário é assentar que, mesmo levando em conta a larga competência que o Supremo possui no tema do controle de constitucionalidade, a tese da mutação constitucional parece extrapolar essas competências, ao aproximar o Supremo do próprio constituinte originário.

A competência do Senado para suspender ou mesmo deixar de suspender, conforme seu juízo político, a execução da lei declarada inconstitucional pode ajudar a minimizar os efeitos anti-democráticos de um sistema de controle de constitucionalidade excessivamente concentrado nas mãos das cortes. Isso porque representa uma participação, pequena que seja, dos poderes democráticos no processo de controle de constitucionalidade. Dá, assim, um

¹⁷⁸ Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011 da autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>, acesso em <22 de set. 2015>.

caráter mais aberto ao sistema, democratizando-o¹⁷⁹ e abrindo espaço para o diálogo entre os poderes¹⁸⁰.

Outra demonstração da inadequação da tese da mutação constitucional advém da própria natureza de alguns dos argumentos de que se valem seus adeptos¹⁸¹. Um dos principais argumentos do Ministro Gilmar Mendes é de que, com o decorrer do tempo, a finalidade da competência do Senado teria sido limitada, em razão da sofisticação que as modalidades de controle e das técnicas decisórias ganharam no decorrer do tempo. A partir dessa limitação, surgiria a necessidade de remoldar o sentido da competência senatorial de forma a torná-lo incompatível com sua história institucional, transformando-o em mero órgão de imprensa do Supremo. Esse argumento, como se vê, tem fundamento na utilidade de um instituto e, como tal, qualifica-se, valendo-se da classificação de Dworkin¹⁸², como um argumento de procedimento político que, por isso, não deve ser admitido em discussões jurídicas. Esses argumentos de utilidade são reservados ao executivo e judiciário e, para Dworkin, representam uma extrapolação quando utilizados pelo judiciário, porque eles envolvem, por definição, o campo da discricionariedade política. Afinal, o que parece útil para um agente, pode perfeitamente não o ser para outro agente. Portanto, essa espécie de argumento não pode ser “suficientes para legitimar decisões judiciais em um ambiente em que se adote a concepção do direito como integridade, centrada em princípios”¹⁸³.

Como esclarece Clara Santos, a tese da mutação constitucional da competência senatorial não é uma tentativa de nova interpretação do art. 52, X, trata-se de revogação do próprio texto constitucional¹⁸⁴. No julgamento da Reclamação, o Ministro Marco Aurélio levantou a hipótese de tratar-se de verdadeira declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional originária. Gilmar Mendes negou tratar-se disso, mas é difícil distinguir uma coisa da outra. Com efeito, como defendia Otto Bachof uma norma constitucional pode ser considerada inconstitucional sempre que, em consequência de alterações da realidade fática, a norma passar a desempenhar uma função desintegradora, de forma nociva ao próprio

¹⁷⁹ Ver a respeito desse argumento: SANTOS, 2013, p. 128.

¹⁸⁰ Michel Temer, em manifestação na Assembléia Constituinte, também defendeu o caráter democrático do instituto. Para o então Deputado, a competência do Senado representava uma homenagem à tripartição do poder, incentivando o diálogo entre eles. Ver: BRASIL. *Diários da Assembléia Constituinte. Subcomissão do Poder Judiciário*. p. 155-6. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios/diarios-da-assembleia-nacional-constituente> Acesso em: <24 set. 2015>.

¹⁸¹ Acerca dessa argumentação, ver CUNHA, 2011, p. 19.

¹⁸² Ver DWORKIN, 2007, p. 129.

¹⁸³ CUNHA, 2011, p. 22.

¹⁸⁴ SANTOS, 2013, p. 82.

ordenamento constitucional¹⁸⁵. É tese muito similar a essa que é trazida pelo Ministro Gilmar Mendes. Para o Ministro, o art. 52, X atualmente desempenha uma função que se põe em desacordo as próprias bases do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal e a doutrina pátria reiteradamente já reconhecem a impossibilidade do Supremo declarar a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, dada a inexistência de hierarquia entre as normas encartadas pelo poder constituinte originário¹⁸⁶.

A discussão acerca do possível caráter desintegrador do art. 52, X da Constituição torna oportuna a análise da outra hipótese de mutação constitucional levantada por Smend: a possibilidade de ocorrer mutação constitucional para que a norma melhor se adque à Constituição em sentido total. Para Gilmar Mendes, uma das principais razões para se reconhecer a mutação do art. 52, X da Constituição é justamente conferir ao sistema de controle de constitucionalidade maior coerência:

Essa solução [a mutação constitucional] resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. (MENDES, 2004, p. 166.)

Conforme demonstrado pelo Ministro relator, as incongruências, causadas principalmente pela coexistência no Brasil do modelo americano e europeu, no sistema de Controle de Constitucionalidade das leis pululam, e é função do STF reduzi-las, tanto quanto possível. É legítimo que o interprete busque integrar o Direito. Só não é admissível que, com esse propósito, se esqueça das regras estabelecidas pelo poder consituente. Aqui se esbarra

¹⁸⁵ "Em vista da particular missão de integração da ordem constitucional, será lícito admitir também como possível que normas singulares da Constituição se tornem automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em consequência da mudança da situação real, já não puderem cumprir a sua função integradora, e porventura comecem até a desempenhar uma função desintegradora". (BACHOF, 1994, p. 60).

¹⁸⁶ "A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas". ADI 815, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996.

mais uma vez no limite do texto. Mais vale, como já se indicou, o respeito à vontade dos representantes democráticos que a busca pela coerência interna do sistema.

Ainda que fosse superada a questão acerca da possibilidade de se retirar do Senado uma competência expressamente conferida pela Constituição, caberia indagar se essa mutação traz mesmo mais integridade ao sistema de controle de constitucionalidade. A rigor, a supressão da competência senatorial criaria incoerências.

A extinção da competência senatorial importaria em tornar equivalentes, quanto a seus efeitos, o controle incidental e o concentrado. No entanto, a existência de um instituto como a súmula vinculante pressupõe a existência de diferenças entre os dois modelos, porque a súmula vinculante tem o propósito de conferir a decisões proferidas em sede de controle difuso alguns dos efeitos típicos de decisões em controle concentrado. Conforme se expôs no subcapítulo anterior, a incongruência que adviria da extinção da competência do Senado foi amplamente percebida pelos ministros e pela doutrina. Portanto, não é possível defender a mutação constitucional do art. 52, X como se ela fosse criar harmonia, porque ela, a rigor, traria exatamente o contrário para o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Hsü Dau Lin estudou sob a supervisão de Smend e empreendeu importante estudo sobre a mutação constitucional, cujo principal mérito foi a sistematização dos trabalhos anteriores sobre o tema que ele promoveu. Para iniciar os estudos acerca da mutação constitucional, Hsü Dau Lin, trata de estabelecer as duas relações possíveis que podem ser estabelecidas entre a realidade e as normas. Pode haver: (a) uma congruência entre as normas constitucionais e a realidade, que desdobra-se em duas situações, uma na qual a realidade acompanha a norma e outra na qual a norma, por meio de procedimento formal de alteração constitucional, acompanha a realidade e (b) uma incongruência entre as normas e constitucionais e a realidade.

Segundo Uadi Lamego Bulos¹⁸⁷, Hsü Dau Lin divide as hipóteses de mutação constitucional em quatro categorias: “1ª) mutação constitucional através de prática que não vulnera a constituição; 2ª) mutação constitucional por impossibilidade do exercício de determinada atribuição constitucional; 3ª) mutação constitucional em decorrência de prática que viola preceitos da Carta Maior; 4ª) mutação constitucional através da interpretação”.

¹⁸⁷ BULOS, 1997, p.63.

Hsü¹⁸⁸ opõe-se à concepção predominante entre os integrantes da Escola Alemã do Direito Público, cuja ideia de constituição era essencialmente formalista. Ele não admite, portanto, que a mutação constitucional seja um problema. Isso principalmente porque, para Hsü, na esteira do pensamento de Smend, a mutação constitucional não é uma crise da norma constitucional, mas faz parte da própria estrutura constitucional. Para Hsü, o verdadeiro sentido da mutação constitucional só pode ser apreendido, a partir do momento em que se percebe a Constituição como unidade vital, em constante evolução, de acordo com as necessidades políticas. Nesse contexto, a mutação da constituição aparece como fonte legítima de direito, uma vez que é expressão dessa constituição dinâmica que tem o poder de recriar a si mesma. A mutação constitucional tal como entendida por Hsü é resultado direto de três características da constituição: a elasticidade e incompletude das normas constitucionais, as peculiaridades do Estado como objeto da regulação jurídica e a falta de uma norma ou instância superior que a valide¹⁸⁹. E sendo consequência direta da natureza do direito constitucional, a mutação não pode ser impedida, sendo parte inerente ao todo orgânico que é a Constituição. De qualquer modo, ele fixa como pressuposto inafastável para que ocorra a mutação constitucional a existência de uma incongruência entre o texto constitucional e a realidade prática.

Os ministros que defenderam a mutação apresentada na Reclamação 4335 afirmaram, reiteradamente, a existência desse pressuposto estabelecido por Hsü Dau Lin. Haveria, segundo os ministros partidários dessa corrente, um descompasso entre a realidade circundante e o texto da Constituição. No capítulo anterior da presente monografia, buscou-se demonstrar como esse suposto desacordo deriva, na verdade, de uma determinada interpretação da evolução histórica do controle de constitucionalidade. Ademais, também se expôs como tal versão histórica é enviesada e difícil de ser sustentada.

As mensagens do parlamento e do próprio Supremo a respeito do tema sempre foram favoráveis à tese segundo a qual a competência senatorial possui dimensão substancial. A competência estampada no art. 52, X da Constituição foi sempre tratada como uma atribuição política, que deve ser exercida por meio de deliberação dos parlamentares. A evolução histórica das circunstâncias fáticas relevantes não reformulou a realidade ao ponto de tornar impraticável o exercício da competência. Portanto, não é possível dizer que, de acordo com o critério estabelecido por Hsü Dau Lin, a pretensa mutação do art. 52, X da Constituição é

¹⁸⁸ SANCHES URRUTIA, 2000, pp. 130.

¹⁸⁹ SANCHES URRUTIA, 2000, p.133.

legítima. Uma vez que o sistema de controle de constitucionalidade ainda é, em linhas gerais, compatível com a competência senatorial, nada obstante existam incoerências pontuais, apontadas alhures.

No último sub-capítulo, mostrou-se que a legitimidade da alteração do art. 52, X proposta julgamento da Reclamação 4335 esbarra em alguns dos limites, tornando-a ilegítima. Por exemplo, ela avança sobre o texto, revogando-o e provoca, na verdade, um desarranjo institucional, tornando irreconciliáveis alguns dispositivos constitucionais. De fato, o caráter substancial da competência senatorial prevista no art. 52, X da Constituição não foi e nem poderia ter sido, legitimamente, suprimido pelo Supremo. A tese de mutação constitucional dessa competência, como se demonstrou, causaria profundo desarranjo no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. No entanto, é inegável que o papel da competência senatorial tornou-se frágil e secundário. Na Reclamação 4335, o Ministro Teori Zavascki¹⁹⁰ explicita bem essa circunstância, apresentando uma solução que resolve de forma superior as incongruências sem, nesse propósito, fazer tábula rasa do texto constitucional.

O Ministro Zavascki defendeu posição intermediária que, segundo se entende, foi a que saiu vitoriosa ao final do julgamento da Reclamação, uma vez que recebeu a adesão de boa parte dos Ministros¹⁹¹. O Ministro Zavascki entende que o Senado pode conferir efeitos expansivos à decisão em sede de controle difuso, mas isso não quer dizer que esses efeitos não se verifiquem na hipótese do Senado permanecer inerte. Segundo essa argumentação, a resolução suspensiva seria um dos mecanismos capazes de conferir às decisões em controle difuso efeitos gerais, mas nem de longe é o único, ainda mais porque diz respeito somente a uma das técnicas de controle de constitucionalidade, que é a declaração de inconstitucionalidade pura e simples, sendo completamente improfícua para todas as outras técnicas de decisão modernamente usadas no controle de constitucionalidade.

A força expansiva que não decorre da resolução suspensiva do Senado verificar-se-ia principalmente em razão da legislação infra-constitucional que confere aos precedentes uma força persuasiva, quase vinculante. As diversas situações nas quais essa força é concedida aos precedentes são listadas pelo Ministro Zavascki e incluem algumas das mesmas reformas legislativas que foram listadas pelo Ministro Gilmar Mendes como justificativas para a mutação constitucional. Quais sejam: a nova redação dada ao art. 557 do CPC, a instituição

¹⁹⁰ Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, p. 152.

¹⁹¹ Durante o julgamento da Reclamação, manifestaram-se a favor da posição Zavascki: Gilmar Mendes, Celso de Mello, Rosa Weber, Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski.

dos recursos repetitivos e das turmas nacionais de uniformização no âmbito dos juizados especiais, entre outras.

Também demonstra o caráter expansivo de que se reveste as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade a exigência, criada pela EC 45/04, de comprovação da repercussão geral – que envolve a demonstração de interesses que ultrapassem os sujeitos da demanda – para que um recurso extraordinário seja julgado. A sistemática da repercussão geral torna a decisão do caso selecionado para julgamento pelo Supremo aplicável a todos os outros casos, cuja controvérsia jurídica seja igual a do caso apreciado. Tendo notado essa expansão dos efeitos de seus julgamentos proferidos em controle difuso, o Supremo passou a admitir nesses julgamentos a modulação de efeitos, o que revela a intenção de aplicar essa decisão a outros casos. A utilização do art. 27 da Lei 9868/99 às decisões em controle difuso é mais uma clara demonstração de que se reconhece o efeito expansivo dos julgamentos tomados em sede de controle por exceção.

Douglas Zaidan¹⁹² defende que a criação desse efeito expansivo pelo Ministro Zavascki aumenta a discricionariedade do STF. Segundo ele, aceita essa proposta, o Tribunal poderia exarar decisões com: a) efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, b) força expansiva e c) eficácia *inter partes*. Não é isso, no entanto, o que se depreende do voto do Ministro Zavascki. Para o ministro, a força expansiva não depende da vontade do Supremo. Assim fosse, equivaleria à extinção do 52, X da Constituição, porque, nessa hipótese, sempre que entendessem conveniente poderiam os Ministros concederem a uma decisão em sede de controle difuso força expansiva, sem necessidade de enviarem a decisão ao Senado. Portanto, para que essa força expansiva seja legítima é necessário que ela decorra de mecanismos previstos na lei, como ocorre, por exemplo, no caso do art. 557 do Código de Processo Civil.

O Ministro Zavascki reconheceu a existência de outros mecanismos aptos a tornar gerais os efeitos de uma decisão proferida em controle de constitucionalidade difuso, sem, contudo, extinguir a competência do Senado. Sem dúvida, continua perfeitamente possível, para o Ministro, que o Senado, por meio de juízo político, suspenda a execução de norma declarada inconstitucional pelo Supremo.

¹⁹² ZAIDAN, Douglas. *Reclamação 4.335 e os limites da declaração de inconstitucionalidade: o retorno dos que não foram*. Disponível em: <<http://www.direito.unb.br/pt/reclamacao-4-335-e-os-limites-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-o-retorno-dos-que-nao-foram>>. Acesso em: <17 set 2015>

Essa solução apresentada mostra-se bastante adequada porque coaduna-se com a história constitucional brasileira, respeitando o caráter substancial de que sempre gozou a competência senatorial e que foi afirmado nos debates das Assembléias Constituintes desde a realizada em 1934. É solução mais adequada, portanto, à teoria do romance em cadeia, desenvolvida por Dworkin e mais aprofundada no último subcapítulo.

Além disso, não agride o texto constitucional, uma vez que dá ao art. 52, X um sentido possível, dentro do âmbito interpretativo que o texto oferece. Não despreza, como o faz a tese favorável à mutação, os sentidos possíveis do texto constitucional, da Emenda Constitucional 45/2004 e demais alterações legislativas que expandiram os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso¹⁹³. Ademais, o sentido por ele atribuído à competência senatorial mostra-se em perfeita harmonia com o restante do sistema de controle de constitucionalidade, inclusive com as alterações legislativas e jurisprudenciais que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, tornavam a competência senatorial incompatível com o controle de constitucionalidade moderno. Dessa forma, contribuiria com a integridade do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

¹⁹³ Ver acerca desse tema: SANTOS, 2013, p. 126.

CONCLUSÃO

A tese de mutação consitucional do Art. 52, X, como se expôs, não se conforma ao direito brasileiro.

De fato, assim como defende Gilmar Mendes, a criação da competência senatorial se deu em um contexto específico, no qual se buscava emprestar às decisões proferidas pelo Supremo acerca da constitucionalidade das leis efeito geral, sem, com isso, ferir o princípio da separação de poderes, tal como ele era entendido àquela época. Da mesma forma, Gilmar Mendes está certo ao afirmar que o sistema de controle de consitucionalidade evoluiu, desde a criação do instituto, foram criados outros mecanismos e se adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, de tal forma que, atualmente, a competência senatorial desempenha papel secundário.

Nada obstante esses acertos do Ministro, é preciso levar em consideração que competência do Senado estabelecida em 1934 foi ratificada pelas assembléias consituíntes de 1946, 1967 e 1988. Quando, durante as discussões da Emenda 45/2004 houve oportunidade para modificar o texto constitucional e excluir a competência, os congressistas, mais uma vez, optaram por mantê-la. Dessa forma, constata-se a existência de uma mensagem do Congresso no sentido de que ele considera a competência senatorial do art. 52, X como relevante.

Sempre que teve a oportunidade de manifestar-se acerca desse particular, o próprio Supremo também reconheceu o caráter discricionário e político da competência do Senado. Nesse mesmo sentido sempre, com a exceção de Lucio Bittencourt, entendeu a doutrina nacional. De maneira que a história constitucional brasileira, ao contrário do que afirmam os defensores da tese de mutação, é favorável à existência de um caráter discricionário e político na competência senatorial.

Cumprindo ainda ressaltar que, reconhecida a mutação consittucional do art. 52, X da Constituição, as incongruências do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não seriam resolvidas. Na verdade, as desarmonias seriam agravadas, já que alguns institutos do controle de constitucionalidade brasileiro – como, por exemplo, as Súmulas Vinculantes - ficariam sem razão de ser não fosse a existência de uma distinção entre o controle difuso e concentrado. Diferença essa que decorre, em alguma medida, da existência da competência senatorial, como algo substantivo.

Quando confrontada com concepções teóricas acerca da mutação constitucional, a tese a respeito do art. 52, X também não se mostrou sustentável. Analisou-se a tese sob diversos ângulos e pontos de vista acadêmicos, tais como os das obras de Laband, Jellinek, Hsü Dau Lin, Smend, Dworkin e Hart. Sob todas essas perspectivas, a tese avaliada no presente trabalho mostrou-se insubsistente. Seus maiores problemas sendo a falta de coerência entre a posição defendida pela tese da mutação e a história constitucional brasileira, bem como a inexistência de alterações na realidade amplas o suficiente para sustentar tal tese.

A questão do limite à liberdade interpretativa imposto pelo texto também mostrou-se relevante para justificar a rejeição da tese de mutação. Uma vez que a posição do Ministro Gilmar Mendes importa em um avanço sobre o texto constitucional de tal monta, que equivale, praticamente, a uma revogação.

A rejeição no campo teórico da tese de mutação constitucional do art. 52, X abre espaço para o acolhimento da posição do Ministro Teori Zavasci. O principal mérito da argumentação desenvolvida por ele encontra-se, como já se demonstrou, justamente nas falhas da tese favorável à mutação. Com efeito, Zavasci garantiu a possibilidade do Senado conferir efeitos gerais a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo em controle difuso, sem deixar de reconhecer a legitimidade dos outros mecanismos capazes de conferir efeitos amplos ao controle exercido por exceção. Dessa forma, ficam resolvidas as aparentes incoerências no sistema de controle de constitucionalidade e respeita-se a história constitucional brasileira, sem, com isso, ferir o texto constitucional. Valoriza-se, outrossim, a competência senatorial e, por conseguinte, a democracia. É, portanto, a melhor solução ao problema da competência senatorial no controle difuso e merece ser adotada.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves. *A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais*. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 57, p. 223-328, jan./mar. 1978.
- ARAÚJO, Stefano Cunha. *A Tese de Mutação Constitucional da Resolução Suspensiva do Senado Federal e o Processo de Sufocamento do Controle de Constitucionalidade Difuso no Brasil, após a Emenda Constitucional nº 45/2004*. Brasília: Universidade de Brasília, 2011.
- BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 1994
- BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. IV Volume. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.
- BARBOSA, Ruy. *O Direito do Amazonas ao Acre Septentrional*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1910. v. 1. p. 103.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BROSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Brasília: Senado Federal, abr. 1976, Revista de Informação Legislativa. vol. 13. n. 50. p. 61.
- BULOS, Uadi Lamego. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- COOLEY, Thomas M. *The General Principles of Constitutional Law*. Boston: Little, Brown and Company, 1898.
- DAVID, René. *Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- FERRAZ, Anna Candida. *Processo Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º Vol. São Paulo: Edição Saraiva, 1972.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- LIMA, Iara Meneses; LANÇA, José André Alves. *A Força Normativa da Constituição e os Limites à Mutações Constitucionais em Konrad Hesse*. Belo Horizonte: Revista da Faculdade de Direito UFMG, n. 62, jan./jun. 2013, pp. 275-303.
- MANNING, John F. *Textualism as a Nondelegation Doctrine*. In.: Columbia Law Review, Vol. 97, No. 3, Apr./1997, pp. 673-739.
- MADISON, James. HAMILTON, Alexander. JAY, John. *The Federalist*. Chicago: Enclopaedia Britannica, 1952.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.
- MENDES, Gilmar. *O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutações Constitucionais*. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Teoria da Mutações Constitucionais: limites e possibilidades da mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização*. São Paulo: Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.
- PELLEGRINO, Carlos Roberto. *Suspensão da Executoriedade das Leis*. Revista de Informação Legislativa. n. 94. abr/jun 1987.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Retrospectiva Direito Constitucional 2008: A expansão do Judiciário e o constitucionalismo cosmopolita*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Ano 4, número 13, jan./mar. 2009

SANCHES URRUTIA, Ana Victoria. *Mutación Constitucional Y Fuerza Normativa de la Constitución. Una Aproximación al Origen Del Concepto*. In.: Revista Española de Derecho Constitucional. Numero 58, Enero/Abril 2000. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=360&IDA=25497>>. Acesso em: < 06 mar. 2015 >.

SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo Judicial e Mutação Constitucional: Uma Proposta de Reação Democrática do Controle Difuso de Constitucionalidade à Tese de sua Objetificação*. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

SCALIA, Antonin. *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*. In: Duke Law Journal, 1989, p. 511.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. In.: Revista de Direito Administrativo, vol. 250, 2009. Ed. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistas-electronicas?IDR=6&IDN=360 &IDA=25497>>. Acesso em: < 06 set. 2015 >.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, MartonioMont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal Sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Jurisdição Constitucional*. Revista Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI, n. 7. Jacarezinho, 2007.

WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional Law of the United States*. New York: Baker, Voorhis and Company, 1910.

ZAIDAN, Douglas. *Reclamação 4.335 e os limites da declaração de inconstitucionalidade: o retorno dos que não foram*. Disponível em: <<http://www.direito.unb.br/pt/reclamacao-4-335-e-os-limites-da-declaracao-de-inconstitucionalidade-o-retorno-dos-que-nao-foram>>. Acesso em: <17 set 2015> .