

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

A PARTICIPAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE

Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

Brasília/DF., Março de 2004

IDP - BIBLIOTECA

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**

**A PARTICIPAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

**ALÉSSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE**

**Brasília/DF., março de 2004**

IDP - BIBLIOTECA

IDP - BIBLIOTECA	
Tempo:	0/00/2
Data de Aquisição:	19/06/09
Forma de Aquisição:	<del>                    </del>

Bm

341.2

C 528p

R010012/09

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO**

IDP - BIBLIOTECA

**A PARTICIPAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

**ALÉSSIA BARROSO LIMA BRITO CAMPOS CHEVITARESE**

Monografia submetida ao Instituto Brasiliense de  
Direito Público - IDP, como requisito à obtenção  
do título de especialista em Direito Público.

**Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes**

**Brasília/DF., março de 2004**

A Deus, Fonte de toda sabedoria.

Ao meu amado Marcus, por ter se doado ao extremo na realização dos meus, nossos, sonhos.

À minha mãe, pelo amor incondicional, dedicação e confiança que sempre me prestou.

Ao meu pai, que me fez compreender que as palavras convencem, mas o exemplo cativa.

Ao querido sobrinho Thiago, fruto do maior orgulho, espelho de vida, meu irmão Marcelo e minha “irmã” Wânia.

Ao Sr. Hélio, Efigênia e ao meu tio Pedro, pelo apoio e compreensão.

Aos eternos amigos do IDP, em especial, à amiga Elayne, pelo jubiloso convívio.

Meus sinceros agradecimentos ao corpo docente do Instituto Brasiliense de Direito Público, exemplos de sabedoria e humildade, bem como aos funcionários sempre cordiais e dedicados, e em especial ao meu orientador Gilmar Ferreira Mendes que, embora, seja uma pessoa com inúmeros afazeres, prontamente atendia aos meus questionamentos.

“Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobrirmos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.”

[Prof. Inocêncio Mártires Coelho]

## PÁGINA DE APROVAÇÃO

A presente monografia de conclusão do Curso de Especialização do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, elaborada pela aluna Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese, sob o título **A participação do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade**, foi submetida em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2004 à Banca Examinadora composta pelos seguintes Professores: Gilmar Ferreira Mendes (Orientador), Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco e aprovada com a nota \_\_\_\_\_.

Brasília/DF, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2004.

**Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes**

**Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho**

**Prof. MSc. Paulo Gustavo Gonet Branco**

## INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como tema: “A participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade.”

A suspensão de execução da lei ou ato normativo constitui tema de profunda relevância na investigação científica, eis que envolve motivos de ordem teórica e prática que podem contribuir para o desenvolvimento da moderna teoria do Direito Constitucional.

A metodologia a ser utilizada obedece à vertente jurídica-dogmática e quanto ao tipo de investigação, procedeu-se à realização de uma pesquisa histórica-jurídica, bem como, jurídica-comparativa.

No que concerne à exposição do trabalho, para uma melhor sistematização, a monografia terá três partes.

A primeira parte cuida dos fundamentos do controle de constitucionalidade. Contém dois capítulos. O primeiro se destina à afirmação de uma supremacia da norma constitucional sobre as demais. O Segundo, por sua vez, identifica as bases da jurisdição constitucional, bem como os sistemas de controle jurisdicional.

Na Segunda parte é apresentada a evolução histórica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Divide-se em um capítulo que se subdivide cronologicamente.

A terceira e última parte ocupa-se da descrição da problemática brasileira. Contém dois capítulos destinados a expor sobre as duas teorias formuladas na busca de uma solução prática ao sistema de controle.

O encerramento demonstrará as conclusões a que se chegou com a presente investigação.

## Sumário

Introdução .....	vi
Sumário .....	vii
Parte I - O controle de constitucionalidade.....	1
Capítulo 1 - Supremacia da Constituição .....	1
Capítulo 2 - Fundamentos da jurisdição constitucional.....	1
2.1 – Sistemas de controle jurisdicional.....	4
2.1.1 – Sistema Difuso ou Americano.....	5
2.1.2 – Sistema Concentrado ou Austríaco.....	7
2.2 – Quadro comparativo entre o sistema difuso e o sistema concentrado.....	9
Parte II - Considerações sobre a evolução histórica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade .....	11
Capítulo 3 - Razões históricas .....	11
3.1 – Constituição Imperial de 1824 (Poder Moderador):.....	11
3.2 – Constituição de 1891 (República Velha).....	13
3.2.1 – Lei Federal 221/1894 e reforma constitucional de 1926.....	14
3.3 – Constituição de 1934 (Era Vargas – governo constitucionalista).....	15
3.4 – Constituição de 1937 (Estado Novo).....	19
3.5 – Constituição de 1946 (Redemocratização).....	19
3.5.1 – Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965.....	20
3.6 – Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969.....	21
3.7 – Constituição de 1988 (Redemocratização/ Nova República.....	22
Parte III - Problemática brasileira.....	24
Capítulo 4 - Deficiências do sistema .....	24

Capítulo 5 - Novas Perspectivas .....	27
5.1 – Criação de uma Corte Constitucional.....	27
5.1.1 – Críticas à implementação de uma “Corte Constitucional” .....	29
5.2 – Releitura do Instituto.....	31
Conclusão.....	36
Bibliografia.....	37
Anexos	

## PARTE I – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

### CAPÍTULO 1 – SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO:

A Constituição é a Lei Fundamental e suprema de todo o Estado de Direito, isto é, toda a autoridade só nela encontra fundamento e todas as normas que integram o ordenamento jurídico nacional só serão válidas caso se conformarem com os ditames da Carta Magna.

Para defender a harmonia e compatibilidade da estrutura jurídica de um país, presentes em sua Lei Fundamental, contra a inconstitucionalidade, foram estabelecidas técnicas especiais que a teoria do Direito Constitucional denomina: controle de constitucionalidade.

Sem dúvida, o controle da constitucionalidade das leis está intimamente relacionado com o princípio da supremacia da constituição, sendo que esta idéia tem seu fundamento nos primórdios da moderna Ciência Jurídico-constitucional, mais precisamente no século XVIII, contemporânea ao advento do Estado Liberal.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, nos oferece esta observação:

“As primeiras Constituições escritas, americana e francesa, foram, parecem, influenciadas por dois princípios filosóficos, que fizeram grande alvoroço no seu tempo, aliados a razões morais e jurídicas, e aos sentimentos da própria tradição. Os princípios filosóficos se enunciavam nos seguintes termos: - a comunidade política é originária de um contrato, o qual é a fonte da autoridade; - há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social, esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio. As razões morais e jurídicas eram: - a educação cívica do cidadão pela proclamação dos seus direitos; - a superioridade da lei escrita sobre o costume”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p.37.

Verifica-se, portanto, tanto nas colônias americanas da Inglaterra, quanto na França, a distinção entre lei constitucional e lei ordinária, sendo que tal diferenciação implica na consideração da superioridade daquela sobre esta.

Não obstante, essa supremacia emana de uma rigidez constitucional conforme o ensinamento de Paulo Bonavides:

“As Constituições rígidas, sendo constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse processo lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede, pois, a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento. Compõe-se assim uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-lei, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos. A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da superlegalidade constitucional, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão da soberania”.<sup>2</sup>

Indispensável, contudo, para a efetivação deste princípio de supremacia da constituição, a determinação de um órgão que deva exercer o controle de constitucionalidade, isto é, nos dizeres de Oswaldo Aranha: “O oráculo das Constituições”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 296.

<sup>3</sup> *Ob. Cit.*, p.83.

## CAPÍTULO 2 – FUNDAMENTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

O órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade pode ser de natureza política ou jurisdicional.

Porém, o órgão designado conforme o ensinamento de Oswaldo Aranha:

“O oráculo, em última instância, da Constituição, deve ser um corpo apolítico, isento de *parti pris*, indiferente aos interesses individuais e egoísticos, e que serenamente procure a verdade, verificando se algum dos poderes governamentais se excedeu na sua missão, e assim estabeleça a hierarquia entre a constituição e a lei ordinária ou ato administrativo, e declare nulos e írritos, sem nenhum valor, estes últimos, quando contrários àquela”.<sup>4</sup>

A história está a confirmar que o poder judiciário<sup>5</sup> é o poder próprio no Estado para determinar se uma lei é ou não constitucional, constituindo, logo, o poder escolhido para o “oráculo” da lei Básica.

Assim, consta explicado por José Afonso da Silva, no trecho assim redigido:

“A jurisdição constitucional, em sentido estrito, consiste na entrega, aos órgãos do poder judiciário, da missão de solucionar os conflitos entre as normas jurídicas ordinárias (e complementares) e a constituição. E, mais amplamente (sentido

---

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, p. 90.

<sup>5</sup> Para uma discussão mais elaborada nos reportamos aos estudos de Mauro Cappelletti: “Estudo comparado demonstrou que a revisão judicial da constitucionalidade da legislação e do ato administrativo tem, ao menos, a potencialidade de agir como instrumento para proteger os indivíduos e as minorias, muito embora, é verdade, a eficácia da revisão judicial no mundo em desenvolvimento tenha sido freqüentemente prejudicada pela insuficiente independência judiciária e pelo uso e abuso por parte do Executivo do poder de suspender as garantias constitucionais”. (*in: Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*, p.41).

próprio), é a entrega ao poder judiciário da missão de solucionar conflitos constitucionais”.<sup>6</sup>

Não se pode, porém, olvidar ao fato de que em certos países, em lugar do controle jurisdicional ou talvez, ao lado deles, existe um controle exercido por órgãos políticos, como assevera Mauro Cappelletti:

“Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, função de mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais”.<sup>7</sup>

Este sistema é também designado por “modelo francês”.

Há ainda, o sistema de controle misto, que ocorre quando a Constituição admite o controle político sobre algumas de suas partes, e o judiciário sobre outras. É o exemplo desse sistema peculiar o suíço, onde as leis federais se sujeitam ao controle político pela assembléia nacional, e as leis locais ficam sobre o controle do Judiciário.

Feitas essas observações, concentraremos nossa pesquisa no controle jurisdicional de constitucionalidade das leis.

## 2.1 – Sistemas de controle jurisdicional:

A libertação das treze colônias inglesas na América do Norte em 1776 – motivada economicamente pelo anseio de liberdade comercial da burguesia colonial, mas filosoficamente, construída sobre base de cunho iluminista, atenta a propagação mundial

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso. *Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, nº 60/61, 1985. p. 504.

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 26.

dos ideais jusnaturalistas e racionalistas – conduziu à primeira das Constituições modernas e, conseqüentemente, à inovação do controle constitucional.

Assim, o controle jurisdicional das leis, de construção pretoriana, representou uma idéia pioneira adotada nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX, em outros países das duas Américas e, posteriormente, em outras partes do mundo.<sup>8</sup>

Ao lado, do consolidado sistema norte-americano de controle de constitucionalidade, o sistema austríaco, tendo em Hans Kelsen seu marco teórico, é tido como protótipo das jurisdições constitucionais européias.<sup>9</sup>

Contudo, escreve mostrando conhecimento de causa o “Jurista das Alterosas” José Alfredo de Oliveira Baracho: “Existem sistemas mistos, onde se combinam elementos do *judicial review* e do *constitucional review*”.<sup>10</sup>

#### 2.1.1 – Sistema Difuso ou Americano:

Em verdade, a Constituição Federal dos Estados Unidos não faz menção expressa de um controle de constitucionalidade das leis deferidas aos seus Tribunais.

É Leda Boechat Rodrigues quem nos explica:

“A Grande Convenção Federal reunida em Filadélfia, cidade de 40.000 habitantes, para rever os artigos da Confederação, aprovou, em vez disso, a 17 de setembro de 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América, construída, segundo as palavras de James Madison, para todos os tempos. Antigos leitores do *L’Esprit des*

---

<sup>8</sup> A expansão do sistema de controle difuso pode ser observada na *Commonwealth*, Japão, Noruega, Dinamarca, Suécia, Alemanha de Weimar, Itália entre 1948/1956.

<sup>9</sup> A influência do sistema de controle concentrado pode ser observada na Itália, Alemanha, Chipre, Turquia e Espanha.

<sup>10</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva. p. 360.

*Lois* de Montesquieu,<sup>11</sup> adotaram os convencionais um esquema de governo baseado nos princípios da separação e equilíbrio de três poderes: O Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Adotaram, ainda, a forme republicana federativa, tudo em termos muito sucintos e breves, **deixando largos espaços abertos a serem preenchidos pela imagem criadora americana no futuro. A extrema dificuldade do processo de reforma constitucional (aprovação pelo Congresso e ratificação por dois terços dos Estados) fez com que essas lacunas e ambigüidades fossem preenchidas menos por intermédio de emendas constitucionais do que pela ação do próprio povo e do Poder Executivo, pela faculdade de legislar do Congresso e pela interpretação judicial. Essa última ajudada pelo poder que desde 1803 se atribuiu a Suprema Corte de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos executivos**".<sup>12</sup> (grifos nossos)

O exemplar raciocínio acerca da supremacia da lei constitucional sobre a ordinária aplicado na célebre sentença prolatada pelo *Chief-Justice* John Marshall<sup>13</sup> no aresto

---

<sup>11</sup> A esse respeito vide Mauro Cappelletti: "Na realidade, a estrita separação, *french style*, de poderes governamentais, se de inspiração realmente montesquiana ou não, estava a milhas de distância do tipo da separação dos poderes praticamente adotada ao mesmo tempo pela Constituição americana. A separação dos poderes na América é melhor caracterizada como *pesos e contrapesos* e sob este princípio está reservada aos tribunais a função extremamente importante de rever atos do Legislativo e da Administração. *Séparation des Pouvoirs* no estilo francês, ao contrário, implicava que o Judiciário deveria, a qualquer preço, assumir um papel totalmente subserviente, estritamente diverso do papel e da atividade dos órgãos políticos." (*in Repudiando Montesquieu? A expansão e a Legitimidade da Justiça Constitucional*, p.28).

<sup>12</sup> RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema corte dos Estados Unidos e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro in O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Coleção AJURIS 4. 1977. p. 187.

<sup>13</sup> Abramos um parêntese sobre J. Marshall: "A natureza, na verdade, tinha dotado Marshall com um espírito potente de igual força e discriminação: o resto parece ter sido completado por um processo tão espontâneo como o florescimento da planta: pelo simples cumprimento de retíssima fidelidade e honestidade. Ele passa modesta e mansamente pelo mundo, nunca procurando ofício público – o ofício público procurando-o sempre. Nem uma controvérsia ou discussão obscureceu a sua fama". (*Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1906. p.XIV.)

*Marbury versus Madison* assinala a introdução de um modelo de fiscalização da constitucionalidade deferido a qualquer juiz ou tribunal obrigando-os a decidir em favor da constituição, havendo conflito entre esta e a lei ordinária.

Embora o modelo americano permita a fiscalização da constitucionalidade a qualquer magistrado ou tribunal, *judicial review*, deve-se alertar que o sistema convive com o princípio do *stare decisis*, isto é, há o vínculo aos precedentes; o magistrado deve seguir as decisões já tomadas, assim como os tribunais devem obediência aos precedentes das cortes superiores, especialmente da *Supreme Court*.

No clássico magistério de Lúcio Bittencourt emoldurado com a citação de Castro Nunes:

“As Cortes federais inferiores (*Circuit Court of Appeals*) somente dispõem de autoridade final quando, no processo, não se discutir nenhuma questão constitucional, pois, no caso contrário, *when an issue of constitutionality is raised*, é sempre facultado o recurso para a Corte Suprema, que se converte, assim, na feliz expressão de Castro Nunes, no estuário em que têm de desembocar todas as controvérsias constitucionais ajuizadas nos país, tanto nas jurisdições especiais, como nas ordinárias”.<sup>14</sup>

Assim, a história novamente nos socorre, pois se atualmente quase todas as Constituições modernas do ocidente tendem a proclamar a supremacia da Constituição Federal sobre as leis inconstitucionais, deve-se efetivamente ao movimento impetrado pela brilhante construção pretoriana norte-americana e pelos ideais de sua Constituição.

#### 2.1.2 – Sistema Concentrado ou Austríaco:

É característica do sistema concentrado ou jurisdição constitucional concentrada, a reserva de um único órgão judicial, competente para julgar sobre a (in)constitucionalidade de uma lei.

---

<sup>14</sup> BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 33.

A origem de tal sistema nos remete à teoria de Hans Kelsen, conforme leciona Paulo Bonavides:

“A idéia de construir um órgão jurisdicional que enfeixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade – o sistema de jurisdição concentrada – partiu de Kelsen e se positivou na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, de que foi ele abalizado inspirador”.<sup>15</sup>

E é o próprio Kelsen que nos demonstra “quem deve ser o guardião da constituição”:

“Deve-se acrescentar que na Áustria, assim como em vários outros países europeus, havia outras cortes além das ordinárias, em especial cortes administrativas que ocasionalmente tinham que aplicar as mesmas leis que as cortes ordinárias, de modo que uma contradição entre estas e aquelas não era de modo algum impossível. O fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da corte ordinária mais alta – *Oberster Gerichtshof* -, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores. Estas não estavam proibidas de aplicar uma lei que o *Oberster Gerichtshof* tivesse previamente declarado inconstitucional, e, portanto, deixado de aplicar num caso específico. O próprio *Oberster Gerichtshof* não estava sujeito à norma do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico podia ser declarada constitucional e aplicada noutro caso por essa mesma corte. **Pelas razões expostas, uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição. A Constituição austríaca de 1920, nos seus artigos 137-48, estabeleceu tal centralização ao reservar a revisão judicial da legislação a uma corte especial, a assim-chamada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*).** Ao mesmo tempo, a Constituição conferiu a essa corte o poder de anular a lei que considerasse inconstitucional. Nem sempre era necessário anular a lei inteira; caso a disposição inconstitucional pudesse ser separada do restante da lei, a corte podia anular apenas essa disposição. A decisão da corte invalidava a lei ou sua disposição particular não apenas no caso

---

<sup>15</sup> *Ob. cit.*, p. 309.

concreto, mas de modo geral, para todos os casos futuros. Tão logo a decisão entrasse em vigor, a lei anulada deixava de existir”.<sup>16</sup>

## 2.2 – Quadro comparativo entre o sistema difuso e o sistema concentrado:

Verifica-se que a concepção Kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana, conforme registra Canotilho, sobretudo porque:

“O controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode caracterizar como função da legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (*Verinbarkeit*) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal *a quo*), mas se desenvolveria uma atividade judicial”.<sup>17</sup>

Ainda, Ernane Fidelis nos aponta outros traços distintivos:

### a) Sistema americano – *stare decisis*:

“Em princípio as decisões sobre a constitucionalidade ficam restritas ao caso em julgamento, mas, subindo, através de impugnações, à Suprema Corte dos EE.UU., ou às Supremas Cortes dos Estados, o reconhecimento da inconstitucionalidade pode adquirir força *erga omnes*, em razão do *stare decisis*.”

### b) Sistema austríaco – princípio da concentração:

“É vedado aos Tribunais que não o Constitucional conhecer das questões relativas à validade de decretos federais e regionais. A arguição, no caso, é feita perante o Tribunal Constitucional pelo Governo federal, com relação a decretos regionais, e

---

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *O Controle Judicial de Constitucionalidade*. In *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 304.

<sup>17</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 2002.p.892.

pelo Governo Regional sobre a ilegalidade dos decretos federais e determinações de órgãos de tutela dos municípios”.<sup>18</sup>

A título ilustrativo demonstraremos um quadro comparativo entre os dois sistemas, formulado com base nos ensinamentos de Mauro Cappelletti<sup>19</sup>:

Sistemas tradicionais	Difuso ou americano	Concentrado ou austríaco
“Aspecto subjetivo”	O poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico.	O poder de controle se concentra em um único órgão judiciário.
“Aspecto modal”	O controle se exerce em via incidental por ocasião de <i>case or controversy</i> .	O controle se exerce em via principal. <sup>20</sup>
“Efeitos”	Eficácia declarativa – <i>ex tunc</i> . <sup>21</sup>	Eficácia constitutiva – <i>ex nunc</i> . <sup>22</sup>

<sup>18</sup> SANTOS, Ernane Fidelis. Traços comparativos do controle da constitucionalidade de leis e atos normativos: Estados Unidos da América, Áustria, Itália, Portugal e Brasil. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, v.23, n.1, p.27 e 33, dez. 1994.

<sup>19</sup> *Ob. cit.*

<sup>20</sup> Cumpre ressaltar que a lei austríaca de revisão da Constituição de 1929 modificou parcialmente o sistema de controle de constitucionalidade das leis - exercitável exclusivamente em via de ação – “para acrescentar, à legitimação dos órgãos políticos, também a legitimação de dois órgãos judiciários ordinários, isto é, para conferir legitimação para instaurar perante a Corte Constitucional o processo de controle das leis, além de ao Governo Federal e de aos Governos dos *Länder*, também ao *Oberster Gerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas civis e penais) e ao *Verwaltungsgerichtshof* (ou seja, à Corte Suprema para as causas administrativas)”. (*Ob. cit.*, 106).

<sup>21</sup> De acordo com a concepção mais tradicional: “a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and void*) e, por isso, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, declara uma pré-existente nulidade da lei inconstitucional”. (*Ob. cit.*, p. 115).

<sup>22</sup> “No sistema austríaco, a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (*aufhebt*) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válido e eficaz, posto que inconstitucional”. (*Ob. cit.*, p. 116). Ademais, a Corte Constitucional austríaca pode dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma data posterior à publicação de seu pronunciamento.

**PARTE II – CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.**

**CAPÍTULO 3 – RAZÕES HISTÓRICAS:**

Para a compreensão do modo pelo qual evoluiu o controle de constitucionalidade e as formas que este adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessário – através da análise da história do Direito pátrio – o conhecimento do contexto social e político em que o mesmo surgiu, isto é, o motivo de sua criação e permanência em determinada época.

Miracy Gustin em co-autoria com Maria Dias na obra “*(Re)pensando a pesquisa jurídica*” externam pensamentos semelhantes:

“Deve haver, sempre, a preocupação com uma história compreensiva que incorpore as contradições entre fenômenos, os recalcamientos sociais provocados pelas várias formas de opressão, não só o texto e o contexto, mas, principalmente, as intertextualidades etc. É preciso entender que o fenômeno histórico-jurídico está inserido em redes socioculturais dinâmicas, contraditórias e cada vez mais complexas”.<sup>23</sup>

Assim sendo, buscaremos de forma sucinta ultrapassar os textos legislativos, na tentativa de compreender a peculiaridade e a problemática do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

**3.1 – Constituição Imperial de 1824 (Poder Moderador):**

Após a proclamação da independência em 7 de setembro de 1922, restou aos estadistas do Império, o desafio de construir uma “unidade nacional” e segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva:

---

<sup>23</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p. 46.

“O constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma constituição escrita, em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão de poderes, de acordo com o postulado do art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão de 1789”.<sup>24</sup>

Contudo, a “Constituição Política do Império do Brasil” não atribuiu ao Poder Judiciário a defesa dos princípios constitucionais, eis que cabia ao Poder Legislativo “velar na guarda da Constituição (art. 15, nº 9)”.

Ademais, existia o Poder Moderador - base de toda a organização política – entregue ao Imperador que era herdeiro do trono de Portugal, logo, seu governo não representou um rompimento com o passado, dando, pois, continuidade ao regime centralista, escravocrático e despótico.

Lúcio Bittencourt é incisivo a respeito:

“Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal *suprema inspeção*, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador”.<sup>25</sup>

Quanto ao aspecto organizacional, José Afonso da Silva ressalta que:

“No aparelho político do governo central, dois órgãos concorriam para reforçar a ação do poder soberano: O Senado e o Conselho de Estado. Aquele, essencialmente conservador, funcionava como órgão de reação contra os movimentos liberais da Câmara dos Deputados. O Conselho de Estado era um órgão consultivo, que tinha enormes atribuições: aconselhava o Imperador nas medidas administrativas e políticas e era o supremo intérprete da Constituição”.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 74.

<sup>25</sup> *Ob. cit.*, p. 28.

<sup>26</sup> *Ob. cit.*, p. 76

Ante o exposto, podemos afirmar que na vigência da Carta de 1824, inexistia o controle jurisdicional de constitucionalidade, todavia, era perfeitamente compreensível, considerando a influência francesa, onde as altas Cortes de Justiça “ironicamente” denominados de *Parlements* praticavam absurdos em nome de sua função jurisdicional.<sup>27</sup> Restava, pois, justificados os ideais de *Montesquieu*, mormente no que tange a recusa de investidura de poder aos juízes.

### 3.2 – Constituição de 1891 (República Velha):

A origem do controle jurisdicional de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio está no regime republicano.

Assim, com o término do Império e o advento da República, o modelo francês de organização política foi substituído pelo modelo norte-americano, precursor do sistema de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

Nas palavras de Nagib Slaibi Filho:

“Adotou a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sob a inspiração de Rui Barbosa, não só a denominação similar para o País (Estados Unidos do Brasil) como as instituições da república, federação, presidencialismo e até o modelo, típico do sistema do *common law*, de jurisdição universal (*judicial review*), este a permitir ao juiz a mais ampla cognição, aos tribunais comuns se submetendo todas as causas”.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> A título exemplificativo, cumpre nos aludir a obra de Cappelletti: “Os pronunciamentos – na maior parte não-escritos – acerca dessas leis fundamentais (as leis fundamentais do reino), entretanto, induziram as Cortes a afirmar a *heureuse impuissance* do legislador até mesmo introduzindo pequenas reformas liberais. Os juízes estavam de tal maneira identificados com o regime feudal que consideravam inaceitável qualquer inovação liberal. Os cargos eram hereditários, podendo ser comprados e vendidos. O trabalho dos juízes devia ser pago pelos litigantes como se a administração da justiça fosse um privilégio dos magistrados e não uma obrigação. *Status*, educação, família e interesses pessoais de classe se combinavam para motivar comportamentos extremamente conservadores, fato que, eventualmente, contribuiu para a deflagração da explosão revolucionária. O ressentimento popular contra os *Parlements* era justificados e se refletiu, por vezes em forma velada, na celebrada obra, *De L’Esprit des Lois*, publicada pela primeira vez em 1748, por quem ao falar dos juízes de seu tempo e país, sabia muito bem o que estava dizendo.” (obra já citada. p. 25).

<sup>28</sup> Disponível em [http://www.nagib.net/artigos/art\\_const/art\\_const1.htm](http://www.nagib.net/artigos/art_const/art_const1.htm). Acesso em 06 de janeiro de 2004.

Quanto ao aspecto da organização sócio-político da primeira república, cumpre transcrever a relato de José Afonso da Silva, que retrata em síntese, o regime que estava muito longe de ser uma democracia:

“O país era dominado por uma política de governadores de Estado, que se sustentavam no coronelismo, que foi o poder real e efetivo, apesar das normas constitucionais traçarem esquemas formais de organização nacional com base na teoria da divisão de poderes”.<sup>29</sup>

A esse fato soma-se a formação privatística dos juizes acostumados ao sistema jurídico da *Civil law*, restando, conseqüentemente, restrito o controle judicial de constitucionalidade na república velha.

### 3.2.1 – Lei Federal 221/1894 e reforma constitucional de 1926:

Inserida na linha evolutiva do controle de constitucionalidade, encontra-se a valiosa lição do ilustre mestre Gilmar Ferreira Mendes:

“A lei de n.º211, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula: ‘Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.’ Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgados aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância”.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Disponível em [http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/1988/joafonso\\_const.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/1988/joafonso_const.html). Acesso em 09 de janeiro de 2003.

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 126, abril/junho, 1995. p. 89.

### 3.3 – Constituição de 1934 (Era Vargas – governo constitucionalista):

A Era Vargas foi marcada pela gradual elevação da intervenção do Estado na economia e na organização da sociedade, além da grande centralização do poder. Este período só terminou em 1945, com a deposição de Getúlio, e pode ser dividido em três etapas: governo provisório (1930-34), governo constitucionalista (1934-37) e Estado Novo (1937-47).<sup>31</sup>

O profundo descontentamento com a República Velha fez triunfar o movimento de outubro de 1930, culminando com a Carta de 1934, resultado legislativo da aliança “ocasional” entre setores periféricos das oligarquias brasileiras, seguimentos urbanos da classe média e membros das Forças Armadas. Eis, o marco do governo constitucionalista, cujas bases – até a ditadura do Estado Novo – representavam avanços democráticos e sociais.

Borges de Medeiros, a quem foi confiada a árdua redação de um anteprojeto de Constituição para a Nova República “que os homens da revolução de 1930 estão obrigados a edificar com os escombros do regime”<sup>32</sup>, nos escreve:

“Restava, assim, daquele programa, fora da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, um complexo de idéias e princípios que haviam passado a constituir, entre nós, uma aspiração revisionista. Todavia, era oportunista o nosso revisionismo. Queríamos a conservação daquele estatuto, nas suas linhas estruturais, e limitada a sua reforma exclusivamente ao que fosse conducente ao maior desenvolvimento da liberdade civil e política, e ao melhor funcionamento da instituição federativa.(...) Era, pois, lógico e inevitável que o nosso novo programa constitucionalista, na União, não só revalidasse essas reivindicações do passado, sobrevivente às perempções do tempo, como também contemplasse, à larga, o que de renovações

---

<sup>31</sup> Fonte: Nova Enciclopédia Ilustrada Folha. Disponível em <http://www.1.uol.com.br/biliot/enciclop.html>. Acesso em 06 de janeiro de 2004.

<sup>32</sup> MEDEIROS, Borges. *O Poder Moderador na República Presidencial: um ante-projecto da Constituição brasileira*. Recife: Diário de Pernambuco. 1933. p. 3.

está a reclamar a atualidade brasileira, a luz das novas idéias e realidades que caracterizam o terço de século XX”.<sup>33</sup>

E Finalizando sua advertência, acrescenta:

“À luz desses ensinamentos da ciência (unidade do direito) e da história, e sob a inspiração das tradições nacionais e dos ideais da revolução triunfante de 1930, **busquei seguir os melhores roteiros da legislação comparada, cujas normas tive o cuidado de adaptar convenientemente à índole do povo brasileiro**”.<sup>34</sup> (grifos nossos).

Nesse contexto, a Constituição brasileira de 16 de julho de 1934 manteve o controle incidental de constitucionalidade, trazendo, entretanto, importantes inovações, a saber:

a) Introdução de uma representação interventiva, cuja legitimidade cabia ao Procurador-Geral da República.

Em linhas gerais, aos Estados da Federação competia elaborar suas próprias constituições, observados os denominados “princípios constitucionais sensíveis” (forma republicana representativa, independência e coordenação dos poderes, temporariedade das funções eletivas). A violação ou inobservância desses princípios por um Estado-membro possibilitaria a intervenção federal, para fazê-los valer. Nestes casos, a Constituição previa que a intervenção só se efetuaria depois que o Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarasse a constitucionalidade. (art. 12, § 2º).

b) Exigência de *quorum* da maioria absoluta dos membros dos tribunais para as decisões sobre inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

A doutrina norte-americana denomina essa prática de *full bench* e nas palavras de José Levi Mello do Amaral Júnior: A Constituição de 1934 positivou a regra do *full bench* em seu art. 179, fazendo-o em termo rígido, qual seja o juízo de desvalor

---

<sup>33</sup> *Ob. cit.*, p. 4.

<sup>34</sup> *Ob. cit.*, p. 17.

necessariamente deveria ser proferido na presença da totalidade dos membros dos tribunais.<sup>35</sup>

Referido dispositivo fundamentou-se na mesma ordem de prudência e relutância dos tribunais norte-americanos no julgamento de questões constitucionais. Contudo, naquele país, a regra do *full bench* é uma regra de conveniência,<sup>36</sup> *rule of propriety* e não uma obrigação constitucional, conforme se verifica no modelo brasileiro de 1934.

Nesse sentido, prossegue José Levi Mello do Amaral Júnior:

“Vale destacar, a Constituição de 1934 foi além da prática estadunidense. Isso porque, até o advento da Constituição de 1946, a declaração de inconstitucionalidade, no Brasil, por força de expressa e inexorável determinação constitucional, somente seria possível na presença da totalidade dos juízes do tribunal em votação por maioria absoluta. Nos Estados Unidos, a regra do *full bench* pode ser posta de lado, porquanto mera recomendação”.<sup>37</sup>

c) E, principalmente a Carta de 1934, em seu artigo 91, inciso IV, c/c artigo 96, introduziu a suspensão, pelo Senado Federal, da execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Como no Brasil não havia a aplicação do Princípio norte-americano do *stare decisis*, esta foi a solução encontrada para conceder efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade *in concreto* proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>35</sup> AMARAL, José Levi Mello do Amaral Júnior. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p. 12.

<sup>36</sup> No sentido adotado por Bittencourt (*O controle jurisdictional da constitucionalidade das leis*, p. 44) e Tomas Cooley (*Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the American Union*. Boston: Little Brown.1890.p. 195).

<sup>37</sup> Ob. cit. p.26.

Zeno Veloso completa:

“(...) a inovação representou um avanço em nosso controle difuso de constitucionalidade, pois a decisão só produz efeito *in casu* e para as partes envolvidas no litígio, não tendo a sentença efeito vinculante, podendo os demais órgãos do Poder Judiciário entender que a norma impugnada, ao contrário, é válida, emitindo uma convicção conflitante com a decisão do Excelso Pretório, multiplicando-se e eternizando-se as questões em torno do mesmo e soado tema, com riscos para a certeza e segurança do Direito”.<sup>38</sup>

É certo que a inovação brasileira veio a contornar o problema da ausência de efeito vinculante das decisões do STF, contudo sob o prisma político vale acrescentar que:

“A Constituição de 1934 excluiu o Senado<sup>39</sup> do Poder Legislativo transformando-o num órgão de coordenação entre os Poderes, dotando-o de funções assemelhadas às do antigo Poder Moderador. Em virtude dessa nova posição do Senado, e de acordo com a sua função de coordenação, a Carta atribuiu ao órgão a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação, ou regulamento, quando houvessem sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Tratou-se, ao nosso ver, como antes referido, de um reforço considerável na institucionalização do controle difuso, ampliando em tese a possibilidade de suspensão da norma inconstitucional; **mas, ao mesmo tempo, tratou-se de uma subsunção da extirpação dessa norma inquinada aos critérios de atuação da coordenação entre os Poderes**”.<sup>40</sup> (grifos nossos)

<sup>38</sup> VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 32.

<sup>39</sup> A propósito, cumpre nos remontar aos ideais presentes no ante-projeto da Constituição de 1934 elaborado por Borges de Medeiros em sua obra *O Poder Moderador na República Presidencial*: “A dualidade de câmaras, uma política, outra econômica, é a fórmula mais geral e quiçá mais consentânea com a extrema diferenciação dos interesses: assembleia política, organizada segundo o princípio democrático; assembleia representativa, organizada segundo o princípio corporativista. Todavia, a preponderância da assembleia política é tão necessária, como a soberania popular sobre as corporações, cujos interesses parciais devem estar subordinados ao interesse geral. **Posta a questão nesses termos, nada mais fácil do que a transformação do antigo Senado brasileiro em um Senado corporativo, quando o país estiver convenientemente preparado, com as suas classes e profissões organizadas dentro da lei e com personalidade jurídica de direito público.**” (grifos nossos) obra já citada, p. 30.

<sup>40</sup> SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *O Controle da Constitucionalidade e o Senado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.98.

Notadamente, a engenhosa criação do constituinte brasileiro poupou o sistema de pesos e contrapesos ao tratar da suspensão da lei ou ato maculado pela inconstitucionalidade, contudo, o mesmo não se pode dizer da teoria constitucional, eis que a **suspensão** da lei não é o mesmo que **anulação** da lei, o que teoricamente poderia afrontar a regra da inconstitucionalidade.

#### 3.4 – Constituição de 1937 (Estado Novo):

Getúlio Vargas dissolveu a Câmara do Deputados e o Senado Federal, bem como, revogou a Constituição de 1934, promulgando a Carta de 10 de novembro de 1937 (apelidada de Polaca). Institui-se, assim, a nova ordem denominada de Estado Novo, caracterizada pela ditadura e pelo autoritarismo.

Em linhas gerais, o parágrafo único do artigo 96, ao dispor que as decisões sobre a inconstitucionalidade das leis emitidas pelo Poder Judiciário poderiam ser afastadas por uma manifestação do Parlamento em sentido contrário, consolidou a orientação ditatorial que governava o país.

Nesse sentido, podemos afirmar que houve um retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade, eis que o Poder Judiciário foi limitado em sua competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, ao mesmo tempo em que garantia o fortalecimento de Poder executivo.

#### 3.5 – Constituição de 1946 (Redemocratização):

Com a redemocratização do país, após a segunda grande guerra, houve a “recomposição dos princípios constitucionais”.<sup>41</sup>

Assim, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 afastou de seu texto os dispositivos arbitrários (sustentáculos do regime autoritário de 1937) e promoveu um avanço na regulamentação da representação

---

<sup>41</sup> Cf. José Afonso da Silva. *Ob. cit.*, p. 83.

interventiva, já prevista na Carta de 1934, sendo que pelo novo dispositivo, a lei ou ato normativo estadual, argüidos de inconstitucionalidade teriam de ser submetidos, pelo Procurador Geral da República (a quem competia a defesa dos interesses da União), ao exame do Supremo Tribunal Federal e, se este declarasse pela inconstitucionalidade, seria decretada a intervenção.

No magistério do ilustre professor Gilmar Ferreira Mendes:

“O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de ‘árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade’. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada.”<sup>42</sup>

E é o Min. Castro Nunes, citado pelo professor Gilmar Mendes, que nos oferece a explicação sobre o que seria referida “dimensão diferenciada”:

“Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto. Trata-se aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição”.<sup>43</sup>

São os rumores do controle abstrato de normas que começam a incidir sobre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

### 3.5.1 – Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965:

A Emenda n.16 introduziu no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser exercido com fiscalização constitucional abstrata, isto é, da norma em tese, aos moldes do modelo austríaco-kelseniano.

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 32, n.126, abril/junho,1995. p. 94.

<sup>43</sup> Idem, *ibidem*.

Celso Ribeiro Bastos escreve, esclarecendo:

“O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes, torna-se então possível. A proteção dos direitos individuais já era, e continua sendo, assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objeto é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. **Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo, enfim, que se encontra na base de tal instituto**”.<sup>44</sup>

Nosso ordenamento jurídico, a partir de então, passou a conviver com dois modelos de controle de constitucionalidade, constituindo um sistema “híbrido”.

### 3.6 – Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1 de 1969:

A magna carta de 1967 alterada posteriormente pela Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969, manteve o controle difuso e o controle abstrato, regulando a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual perante o Supremo Tribunal Federal, conferindo a legitimidade exclusivamente ao Procurador Geral da República.

Quanto a atuação do Senado na declaração em tese da inconstitucionalidade, temos que:

“Essa declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como já examinado, ao estudar-se o texto equivalente da Constituição de 1945, é de efeito *erga omnes*, envolve a declaração em tese, de írrito e nulo, o ato normativo, e, portanto, atinge a todos a quem possa incidir, e, assim, proclamada a sua invalidade, suspende os seus efeitos. Dispensável, nesta hipótese, a atuação do Senado para repetir o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal”.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 338.

<sup>45</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *ob. cit.*, p. 237.

No que concerne a atuação do Senado na via incidental:

“A Constituição de 1967, mantendo a natureza tradicional e já sedimentada do Senado, como Casa do Poder Legislativo, e mantendo, mais, a inexistência de coordenação entre os Poderes, também manteve a competência do órgão para suspender a lei ou decreto inconstitucional. Mas, sobretudo, para fazê-lo, utilizou-se de linguagem mais forte, classificando a competência, incisivamente como privativa”.<sup>46</sup>

### 3.7 – Constituição de 1988 (Redemocratização/ Nova República):

A eleição, mesmo que indireta, de Tancredo Neves para a presidência da República, em janeiro de 1985, estabeleceu o fim do regime militar e deu início ao processo de redemocratização. No entanto, o novo Presidente morreu sem assumir o governo, sendo empossado o vice, José Sarney que no mesmo ano convoca a Assembléia Nacional Constituinte.

Após, a realização de longos e tormentosos debates, a Assembléia Nacional Constituinte logrou por produzir um documento histórico, qual seja, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.

A Carta Magna manteve o sistema “híbrido” de controle de constitucionalidade, em que coexistem tanto o modelo difuso, quanto o modelo concentrado de fiscalização constitucional.

Contudo, foi sobre o modelo concentrado de fiscalização em abstrato que a Constituição reservou importantes alterações, destacando-se: a ampliação de legitimados ativos na ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), bem como a possibilidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão legislativa ou administrativa (art. 103, § 2º), a par do mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI), instrumento do controle incidental de constitucionalidade.

---

<sup>46</sup> Cf. Paulo Napoleão Nogueira da Silva, *ob. cit.*, p. 101.

A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes nos ministra essa preciosa lição:

“A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (...) Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”.<sup>47</sup>

Não obstante a afirmação do controle abstrato, antigos institutos do sistema difuso permaneceram em vigor, mormente a criação implementada pela Carta de 1934 - relativa à possibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, de exceção de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pela Suprema Corte - repetida nas Constituições posteriores, salvo na Carta de 1937, mas presente na vigente, em seu art. 52, inc.X.

Ante o exposto, no atual estágio do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, principalmente após o texto da Constituição da República de 1988, que exalçou o modo abstrato de controle de constitucionalidade (do qual não há participação do Senado), bem como, após a vigência das Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, que firmaram maior “racionalidade” e “coerência” ao sistema abstrato de controle de constitucionalidade, há que se indagar até quando a suspensão de execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal, que macula o controle incidental de constitucionalidade, perdurará em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>47</sup> Cf. *Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Ob. cit. p. 98.

### PARTE III – PROBLEMÁTICA BRASILEIRA.

#### CAPÍTULO 4 – DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA:

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é o jurisdicional, instituído com a Constituição de 1891 que, sob a influência do constitucionalismo norte-americano, acolhera o critério de controle difuso (aspecto subjetivo), por via incidental (aspecto modal)<sup>48</sup>, que perdurou nas constituições sucessivas até a vigente, conforme o disposto no capítulo anterior.

Contudo, as Constituições brasileiras posteriores à de 1891 foram introduzindo novos elementos, dentre eles, a adoção de aspectos do método concentrado de constitucionalidade, de forma que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro fosse se afastando do puro critério difuso.

Com efeito, a introdução de um método incidental de controle de constitucionalidade nos sistemas denominados de *civil law*, isto é, de derivação romanística, em que não existe o princípio típico dos sistemas de *common law*, do *stare decisis*, pela qual o juiz de instâncias inferiores fica vinculado às decisões constantes dos tribunais superiores, ocasionou graves inconvenientes, com sérias conseqüências de conflito e de incerteza.

Mauro Cappelletti escreve, esclarecendo:

“Ulteriores inconvenientes do método “difuso” de controle, porque concretizado em ordenamentos jurídicos que não acolhem o princípio do *stare decisis*, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo”.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Classificação de Mauro Cappelletti in *O Controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*, ob. cit. p.65.

<sup>49</sup> Idem, ibidem. p.78.

O direito brasileiro, na tentativa de superar a dificuldade, conferiu ao Senado Federal, a partir da Carta de 1934, a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conferindo eficácia *erga omnes* à sentença do Excelso Pretório.

Contudo, a solução apresentada constituiu um tema tormentoso na seara jurídica, convidando a doutrina e a jurisprudência a se pronunciarem sobre as seguintes indagações: Qual a natureza jurídica do ato suspensivo do Senado? O ato de suspensão da lei pelo Senado Federal possui caráter vinculado ou discricionário? Que efeitos há de se reconhecer ao ato do Senado que suspende a execução da lei inconstitucional? Com a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, o Brasil adotou um sistema misto de controle (político e jurisdicional)?

Tais questionamentos não foram resolvidos de modo uniforme, todavia, o que se pretende com o presente trabalho é demonstrar as deficiências do sistema incidental - no atual estágio brasileiro de controle - que poderia ocasionar uma releitura da participação do Senado, razão pela qual não nos reportaremos diretamente à construção das soluções apresentadas.<sup>50</sup>

Ademais, cumpre ressaltar que a Constituição de 1988 apesar de assegurar a participação do Senado Federal no controle incidental de constitucionalidade, a teor do que dispõe o art. 52, inc. X, reduziu o seu significado, ao ampliar o número dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, art. 103, permitindo que as questões constitucionais fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas que produz eficácia contra todos, restringindo grandemente o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos outros órgãos judiciais, com eficácia *inter partes*, restando desnecessário no controle concentrado, a intervenção do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Acrescenta-se a esse fato, as inovações implementadas na legislação infraconstitucional brasileira, com ênfase na Lei n.9.756/98, que introduziu o parágrafo único ao art. 481 do Código de Processo Civil, estabelecendo a redenção dos órgãos

---

<sup>50</sup> Para um maior aprofundamento do tema, confira: Lúcio Bittencourt, *ob. cit.*, p. 145; Pedro Chaves, RTJ, v.38, p.p.12 e 65.; Alfredo Buzaid. *Da ação direta de inconstitucionalidade*, n.37, p. 89; Josaphat Marinho. Parecer n. 344, RIL, n. 19, p. 144.

fracionários aos precedentes do Pleno, do Órgão Especial, do mesmo tribunal, ou, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, bem como as alterações trazidas pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, que conferiram maior nitidez e eficácia ao controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, dispõe o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868 de 1999 que versa sobre o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declatória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

**“Art. 28.** Dentro do prazo de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário da União a parte dispositiva do acórdão.

**Parágrafo único.** A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

O professor Gilmar Ferreira Mendes completa esse raciocínio, demonstrando a inadequação do instituto da suspensão do Senado no contexto do controle difuso de constitucionalidade, eis o valioso ensinamento:

“A única resposta plausível indica que o instituto da suspensão pelo Senado de execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica. Deve-se observar, outrossim, que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade de uma lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isto se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos tribunais ordinários ou pela própria administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de

declaração de inconstitucionalidade de lei, não há que cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias”.<sup>51</sup>

Com efeito, o Direito Constitucional contemporâneo, a par da deficiência do sistema incidental de controle de constitucionalidade e diante das inovações constantes do ordenamento jurídico brasileiro, insurge no intuito de promover uma reforma no que tange à participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

#### **CAPÍTULO 5 – NOVAS PERSPECTIVAS:**

À vista da Constituição vigente, a exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, merece ser revista.

Algumas teorias têm sido produzidas, estabelecendo-se novas perspectivas, das quais podemos destacar duas que serão demonstradas a seguir.

##### **5.1 – Criação de uma Corte Constitucional:**

A criação de uma Corte Constitucional “configuraria um dos pressupostos do Estado, que emprestaria contrapeso entre o Executivo, mais hegemônico e, o Legislativo, mais ambíguo, transformando-se em instrumento de tutela”.<sup>52</sup>

Sustentam esta posição, dentre outros teóricos, José Afonso da Silva<sup>53</sup> e Ronaldo Rebello de Britto Poletti.<sup>54</sup>

Assim, considerando as deficiências presentes no sistema difuso de controle de constitucionalidade, os teóricos defensores da criação de uma corte constitucional brasileira afirmam que:

---

<sup>51</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade. *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 274.

<sup>52</sup> JORNAL DO ADVOGADO. Belo Horizonte: Ordem dos Advogados do Brasil/Seção de Minas Gerais, n.223, p. 4, dez. 2002.

<sup>53</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>54</sup> REVISTA JURÍDICA CONSULEX. Brasília: Editora Consulex, n.160, p.5, 15 de set. 2003.

“Um dos problemas do sistema misto a que chegamos, no qual convivem o controle difuso (de todos os juízes) com o concentrado, é o desprestígio da lei, a julgar pelo número infindável de ações diretas de inconstitucionalidade movidas perante o Supremo Tribunal, fato ainda mais grave se considerarmos o exagero analítico de nossa Carta Constitucional. O quadro, todavia, indica a tendência a uma concentração do controle no Supremo Tribunal, até porque há certa preocupação com a certeza do direito. Em conseqüência, a idéia de uma Corte constitucional do tipo europeu parece triunfar.

Nessa hipótese – a da criação de uma Corte Constitucional no lugar do atual Supremo – aumentaria o peso da presunção de constitucionalidade das leis, enquanto a alegação de inconstitucionalidade somente poderia ser oposta como matéria de exceção e objeto de consideração pelos tribunais de segundo grau, os quais decidiram suspender ou não o julgamento da causa, submetendo o exame incidental de constitucionalidade ao Supremo – cujas decisões sempre – aí, sim, tanto nas ações diretas como neste exame das exceções – teriam efeito vinculante. Com isso, cessaria a competência do Senado para a suspensão da execução da lei, o que, aliás, já ocorre nas ADI. Em compensação, a corte Constitucional teria uma composição diferente, integrada, também, por senadores e deputados, além de juízes, advogados e membros do Ministério Público, todos com mandatos temporários.

A corte Constitucional teria, ainda, a vantagem de possibilitar ao Supremo uma longa maturação nas suas decisões, despojado que ficaria do atual número absurdo de processos. Conviria, além disso, corrigir uma distorção (o que pode ser feito em qualquer hipótese) da divisão da Corte em Turmas julgadoras”.<sup>55</sup>

No mesmo sentido, escreve José Afonso da Silva:

“Há atualmente um intenso movimento científico em torno da jurisdição constitucional, mormente na América Latina, buscando novos rumos no sentido de reformular o sistema existente, numa tendência muito nítida, inclusive entre nós, como já assinalado, para um sistema de controle concentrado, que pressupõe o

---

<sup>55</sup> Cf. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. *Corte Constitucional brasileira. Op. cit. p.5.*

encaminhamento da questão da criação de Cortes Constitucionais, por entender que elas exercem hoje um papel de verdadeiro equilíbrio entre os demais poderes, uma espécie de **poder moderador**, atualizado e sem predomínio”.<sup>56</sup> (grifo nosso)

#### 5.1.1 – Críticas à implementação de uma “Corte Constitucional”:

A criação de uma Corte Constitucional aos moldes europeus, não nos parece ser, face à realidade brasileira, a solução mais acertada, conforme nos demonstra, brilhantemente, Carlos Mário da Silva Velloso:

“No Brasil, em 1978/1988, a Assembléia Nacional Constituinte debateu em profundidade o tema relacionado com as Cortes Constitucionais, com a defesa da Constituição, com o controle de constitucionalidade. A efetivação do ajuste da Constituição formal à Constituição substancial, real, fez parte das cogitações dos constituintes. **Muitos propugnavam por uma Corte Constitucional segundo o modelo europeu. Prevaleceu, entretanto, no seio da Assembléia Constituinte, o bom senso. Não seria possível que fosse desprezada a experiência centenária de controle de constitucionalidade que vinha sendo praticado pelo Supremo Tribunal Federal, que constituiu, em termos de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, uma doutrina brasileira. O Constituinte consagrou, então, o Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional, estabelecendo competir-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição. É o Supremo Tribunal Federal, portanto, a partir de 1988, a Corte Constitucional do Brasil.** Justamente para que pudesse o Supremo Tribunal Federal realizar a sua missão de Corte Constitucional, criou a Constituição de 1988 o Superior Tribunal de Justiça, que passou a exercer a competência do Supremo Tribunal no que concerne ao contencioso de direito federal comum; vale dizer, ao tempo em que a Constituição confere ao Supremo Tribunal as galas de guardião maiôs da Constituição, ela deseja que o Superior Tribunal de Justiça seja responsável pela integridade, pela autoridade e pela uniformidade de interpretação do direito federal comum. Aliás, para que isto ocorra, em toda a sua extensão, é preciso retirar do

<sup>56</sup> SILVA, José Afonso. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. *Ob. cit.* p. 520.

Supremo Tribunal Federal e passar para o Superior Tribunal de Justiça certas competências que não condizem com a sua condição de Corte Constitucional”.<sup>57</sup> (grifos nossos).

Examinando o tema e, comungando a com oposição à criação de uma corte constitucional para o Brasil, Fernando Luiz Ximenes Rocha aduz:

“Em verdade, parece-me que não será a criação de uma Corte Constitucional, inspirada no molde das Cortes européias, que vai nos dar a certeza de uma mudança profunda na maneira de exercer a jurisdição constitucional, mormente, levando-se em conta tão-somente a problemática da formação jurídica dos nossos magistrados, porquanto, como já disse, tiveram esses o mesmo berço dos demais profissionais da área do Direito. Aliás, é preciso destacar que os ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal não são recrutados só dos quadros da magistratura, mas também do meio político, do seio dos advogados, dos integrantes do Ministério Público. Os requisitos exigidos para o exercício de tão relevante função são os de notório saber jurídico e reputação ilibada, os quais não são privativos dos magistrados.

Ademais, tenho minhas dúvidas se a solução para o Brasil seria a criação de uma Corte Constitucional fora da estrutura do Poder Judiciário, ante as peculiaridades da nossa cultura. O que entendo adequado e possível de viabilizar na reforma constitucional que se anuncia é reduzir a atual competência do Supremo Tribunal Federal, retirando-lhe todas aquelas atribuições que não digam respeito à jurisdição constitucional, transferindo-as para o elenco das competências do Superior Tribunal de Justiça”.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 96.

<sup>58</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativas*. Brasília: Senado Federal, a.34, jul./set., 1997. p. 188.

## 5.2 – Releitura do Instituto:

Para os defensores dessa segunda teoria, dentre os quais podemos destacar, Gilmar Ferreira Mendes e Zeno Veloso, a releitura do art. 52 da Constituição Federal de 1988, implicaria numa justiça mais célere, na medida em que fosse atribuído um efeito imediato e extensível a todos, por ocasião do julgamento de inconstitucionalidade de uma lei, declarada em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, tornado-se, *in casu*, desnecessária a declaração formal do Senado Federal.

É a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

“Se o Supremo Tribunal Federal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer somente para as partes? (...) Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota uma interpretação conforme à Constituição, restringindo o significado de uma dada expressão literal ou colmatando uma lacuna contida no regulamento ordinário. Aqui o Supremo Tribunal não afirma propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que uma dada interpretação é compatível com a Constituição, ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de um complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em uma interpretação conforma à Constituição não podem ter sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução de lei pelo Senado Federal. Finalmente, mencionem-se os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, nos quais se explicitam que um dado significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Também nessas hipóteses, a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado, revela-se problemática, porque não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão-somente de um de seus significados normativos. Todas essas razões demonstram a inadequação, o caráter

obsoleto mesmo, do instituto de suspensão de execução pelo Senado no atual estágio do nosso sistema de controle de constitucionalidade”.<sup>59</sup>

Com efeito, na prática, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a causa que lhe foi levada, em Recurso Extraordinário, quando afirma que o recorrente tem razão, mais do que julgar o processo, a Corte reconhece a existência de uma lei inconstitucional. E tal lei não é inconstitucional, (pelo menos segundo a teoria do Direito Constitucional, não deveria ser), apenas em relação às partes, mas sim para todos aqueles a quem obriga.

Admitir que possa a lei continuar a produzir efeitos válidos em relação a terceiros ao processo, nos casos em que o Senado Federal permanecesse inerte, eis que não está obrigado a emitir a resolução, seria uma subversão aos fundamentos do controle de constitucionalidade. Conforme demonstra o gráfico “Evolução cronológica do número de leis suspensas pelo Senado Federal” (anexo 1), houve uma diminuição de resoluções editadas pelo Senado, chegando-se a zero do período de 2000 a 2003.

Nesse sentido, cumpre relembrar mais um precioso ensinamento do dileto Prof. Gilmar Ferreira Mendes:

“Ao contrário do que se costuma sustentar, o efeito vinculante, além de ser um elemento de racionalização, tem um caráter extremamente democrático, pois evita que aqueles que não recorram ou que, por falta de recursos, tiveram advogados menos dedicados ou capazes, deixem de colher o benefício que deve ser deferido a todos.

(...) Se for o caso de matéria constitucional, bastará que a ação chegue ao Supremo Tribunal Federal e haja um pronunciamento do Plenário para que decisão seja dotada de efeito vinculante. Portanto, nessa parte, o efeito vinculante tem um caráter antecipatório. Já a súmula vinculante somente poderá ser editada depois de uma decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ou de decisões repetidas das Turmas. Como essas decisões só serão tomadas, em princípio, quando do exame de recursos e estes só serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal depois de anos de discussão nas instâncias inferiores, é possível que quando a matéria estiver pacificada não haja mais qualquer economia processual, tendo em vista, por exemplo, os recursos já interpostos e aí o Tribunal ficará a repetir decisões, como,

---

<sup>59</sup> Cf. *O controle de constitucionalidade das leis... Ob. cit.* p.274.

de resto, já vem fazendo. Talvez nesse sentido o efeito vinculante das próprias decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente em matéria constitucional, fosse a fórmula mais adequada. **Portanto, o que estou a defender é que as próprias decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, passem a ser dotadas também de efeito vinculante, como já são, em princípio, as decisões tomadas na ADI, na ADC ou na ADPF, que são os chamados processos objetivos**".<sup>60</sup> (grifos nossos)

Ademais, importa ressaltar que o Senado Federal apenas "suspende" a lei, isto é, a lei, isto é, a lei continua vigente, mas não pode mais produzir efeitos. Logo, o Senado Federal não tem poder para revogar ou anular a lei, pois a revogação de lei depende da elaboração de outra lei, de mesma hierarquia. Contudo, se a produção da lei depende da manifestação em acordo de vontades de três instâncias (Câmara dos Deputados, Senado Federal e Poder Executivo), como regra, não se pode admitir que apenas uma delas possa desfazer o conjunto.

Em verdade, pelo exposto, estamos a verificar que:

"As Constituições, como obras humanas, não podem ser perfeitas; demais, a sociedade envolve, pois, certos preceitos convenientes em determinadas situações sociais e políticas já se não amoldam exatamente a outras, e surge, naturalmente, a necessidade de reformá-las, para não ficarem sendo objetos de museu de antigüidade. Impossível se admitirem leis imutáveis em todas as suas disposições".<sup>61</sup>

A releitura do Instituto da suspensão da lei pelo Senado Federal, trata-se, pois, de um fenômeno denominado "mutação constitucional", de origem germânica, mediante o qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas.

---

<sup>60</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do Judiciário e a democratização da Justiça. REVISTA JURÍDICA CONSULEX. Brasília: Editora Consulex, n.140, 15 de nov. 2002. p. 10.

<sup>61</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. *Ob. cit.* p. 40.

Assim, esclarece Uadi Lamêgo Bulos:

“Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição, e, nesse mister, não esta descartada a possibilidade de atribuir à letra da *Lex Legum* novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, mas sem afetar-lhe a forma”.<sup>62</sup>

Diante desse quadro, não há como nos furtar ao fenômeno da mutação constitucional, eis que as normas constitucionais possuem uma dimensão valorativa real, vigente, em um dado período histórico, mas mutável de acordo com a superveniência de novos eventos, paradigmas inéditos. Sem embargo, prossegue Bulos:

“E, quanto mais difíceis se apresentem a técnica de reforma, mais fortemente aparecerão os meios difusos de modificação constitucional, para a adaptação do Texto Maior às exigências prementes da sociedade. Aliás, o ser *Constituição*, como *organismo vivo* que é, configura uma estrutura dinâmica, prospectiva, em permanente progresso; seria irrisória a tentativa de pretender-se escravizar-la ou cristalizá-la nesta ou naquela fórmula, em instituições ou normas graníticas (imodificáveis), se levar em conta a intenção de causas e efeito próprios da vida em sociedade. Um Constituição encontra-se com as demais estruturas do Estado e, se estas estruturas sociais, econômicas, políticas, éticas e jurídicas mudam, ela também deverá alterar-se, com reformas ou sem reformas, para não promover o divórcio entre o texto judicioso e o fato social cambiante”.<sup>63</sup>

Quanto ao aspecto da rigidez constitucional, temos que:

“Com isso não se quer dizer que o corolário da rigidez deva funcionar como óbice às transformações do processo e da evolução social. A *ratio essendi* do princípio

---

<sup>62</sup> BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 33, n. 129, jan/mar, 1996. p. 33.

<sup>63</sup> Idem, *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. xviii.

não consigna uma barreira para impedir modificações indispensáveis, oportunas e benéficas para o crescimento material e espiritual da sociedade”.<sup>64</sup>

À luz dessas ponderações, deve-se buscar uma releitura o art. 52, inc. X da Constituição Federal de 1988, na medida em que, atualmente, o objetivo do Senado Federal é somente “tornar pública a decisão do Tribunal”.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Cf. Uadi Lâmega Bulos. *Da reforma à mutação constitucional*. *Ob. cit.* p. 37

<sup>65</sup> Cf. Lúcio Bittencourt. *Ob. cit.* p. 10.

## CONCLUSÃO

A presente monografia teve como objetivo expor o trato pela doutrina e legislação da matéria relativa ao controle de constitucionalidade, com ênfase à participação do Senado Federal no sistema brasileiro de fiscalização.

O interesse pelo tema abordado deu-se em razão de sua atualidade e pela diversidade de modo que o tema vem sendo abordado.

Com efeito, a análise não pretendeu esgotar o assunto, mas simplesmente contribuir no debate acadêmico, colocando o trabalho realizado à disposição dos estudiosos do tema.

No desenvolver da pesquisa apresentada chega-se à conclusão que a tendência atual reside na admissibilidade de uma reeleitura do instituto da suspensão da lei inconstitucional pelo Senado Federal, assim registra-se que refutamos a teoria de criação de uma corte constitucional brasileira.

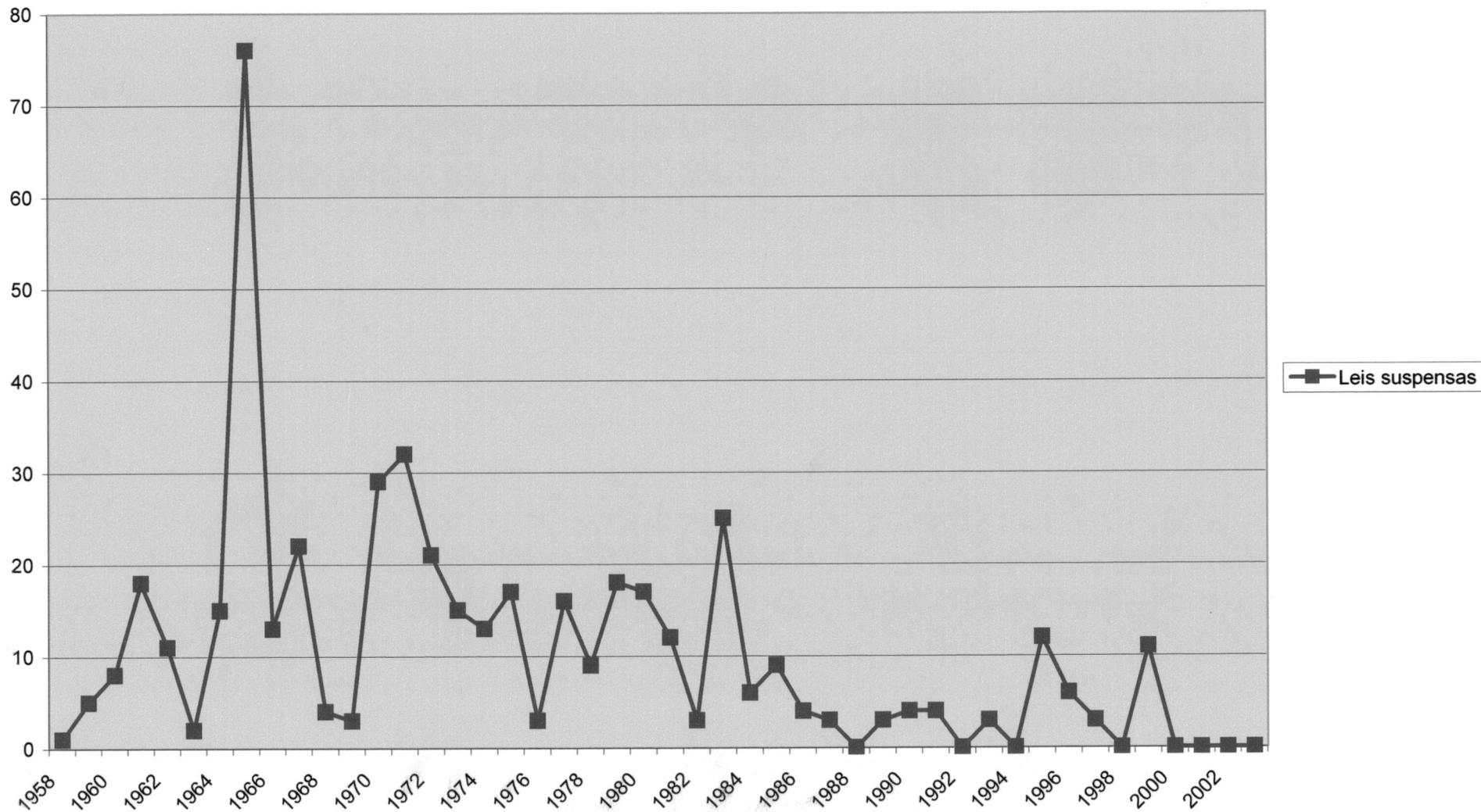
Finalmente, vale encerrar com o ensinamento de natureza impar, palavras de alerta, ministradas pelo Prof. Inocêncio Mártires Coelho:

“Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos – um trabalho essencialmente entregue à clarividência dos intérpretes-aplicadores – apresenta-se como requisito indispensável á própria efetividade do direito, o qual só funciona enquanto se mantém sintonizado com a realidade social, muito embora essa adequação não deva comprometer a autonomia dos modelos normativos e a sua pretensão de conformar, juridicamente, a sociedade segundo pautas axiológicas quanto possível independentes. Afinal de contas, se as normas jurídicas devessem necessariamente andar de reboque dos fatos sócias, seriam estes e não aqueles os verdadeiros conformadores das relações humanas. Mesmo assim, para que o direito possa operar efetivamente e *dar a cada um o que é seu*, é necessário que os seus aplicadores funcionem como instâncias redutoras do descompasso entre os problemas sócias e as respectivas soluções legislativas, uma tarefa que apenas eles estão funcionalmente habilitados a desempenhar”.<sup>66</sup>

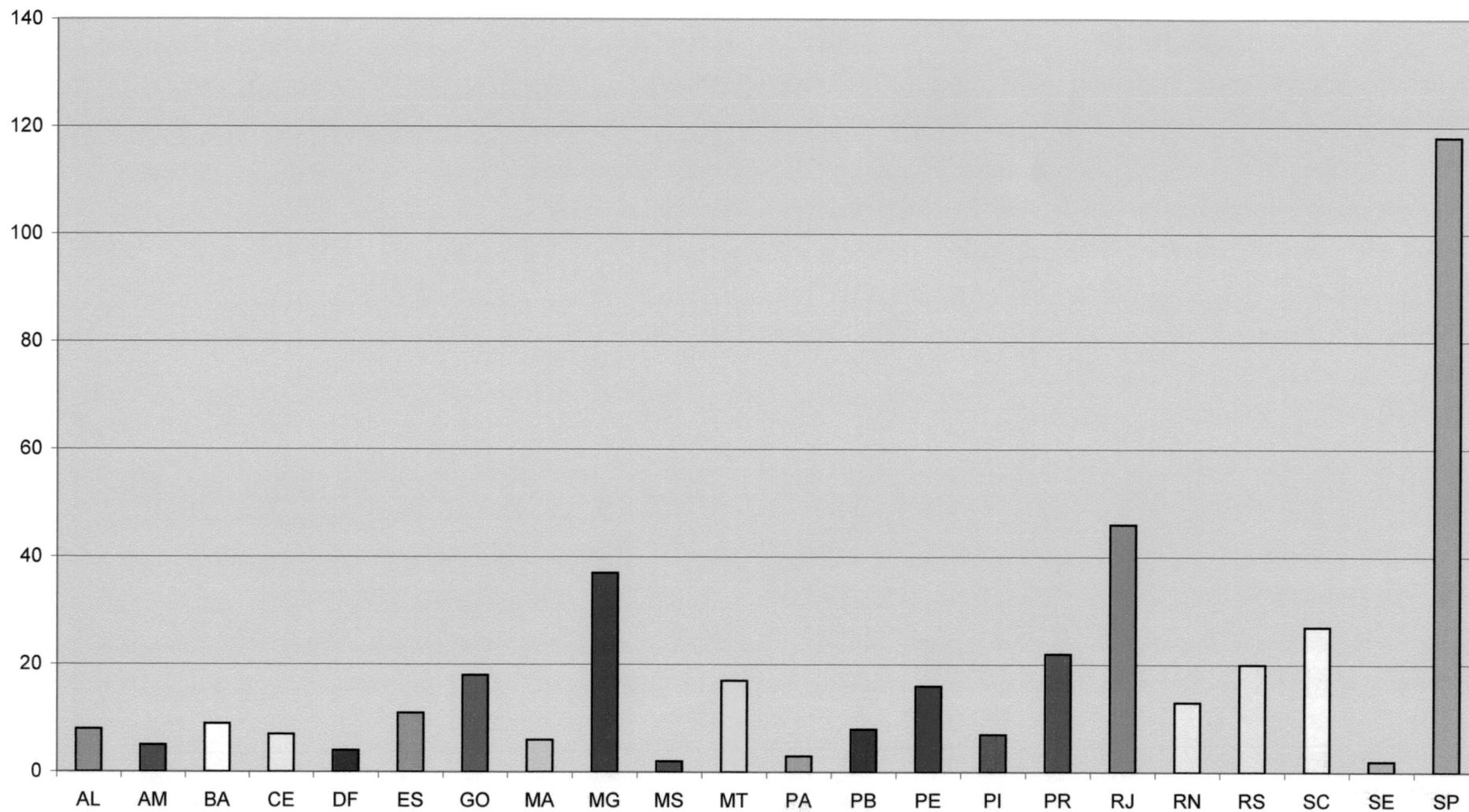
---

<sup>66</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso avançado de direito constitucional – V*. Brasília: IDP. Março, 2003, p. 154.

Anexo 1 - Evolução cronológica do número de leis suspensas pelo Senado Federal



Anexo 2 - Leis suspensas pelo Senado Federal de 1958 a 2003 por UF.



## BIBLIOGRAFIA

AMARAL, José Levi Mello do Amaral Júnior. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A Teoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Da reforma à mutação constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 33, n. 129, jan/mar, 1996.

-----, *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

-----, *Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional*. Porto Alegre: Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Reg. a. 12, n.40, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso avançado de direito constitucional* – V. Brasília: IDP. Março, 2003.

COOLEY, Tomas. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the American Union*. Boston: Little Brown. 1890.

*Decisões Constitucionais de Marshall*. Traduzidas por Américo Lobo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1906.

FILHO, Nagib Slaib. [www.nagib.net/artigos/art\\_const/art\\_const1.htm](http://www.nagib.net/artigos/art_const/art_const1.htm). Acesso em 06 de janeiro de 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

JORNAL DO ADVOGADO. Belo Horizonte: Ordem dos Advogados do Brasil/Seção de Minas Gerais, n.223, dez. 2002.

KELSEN, Hans. *O Controle Judicial de Constitucionalidade*. In *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

MEDEIROS, Borges. *O Poder Moderador na República Presidencial: um ante-projecto da Constituição brasileira*. Recife: Diário de Pernambuco. 1933.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei*. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, ano 32, n. 126, abril/junho, 1995.

----- O Controle de Constitucionalidade das Leis na Atualidade. *Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Nova Enciclopédia Ilustrada Folha. [www.l.uol.com.br/bliliot/enciclop.html](http://www.l.uol.com.br/bliliot/enciclop.html). Acesso em 06 de janeiro de 2004.

REVISTA JURÍDICA CONSULEX. Brasília: Editora Consulex, n. 140, de 15 de nov. 2002 e n.160, 15 de set. 2003.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional. *Revista de Informação Legislativas*. Brasília: Senado Federal, a.34, jul./set.,1997.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Suprema corte dos Estados Unidos e sua Contribuição ao Direito Constitucional Brasileiro in O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Coleção AJURIS 4. 1977.

SANTOS, Ernane Fidelis. Traços comparativos do controle da constitucionalidade de leis e atos normativos: Estados Unidos da América, Áustria, Itália, Portugal e Brasil. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, v.23, n.1, dez. 1994.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros. 2002.

SILVA, José Afonso. Tribunais Constitucionais e Jurisdição Constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, n.60/61, jan./julho, 1985.

SILVA, José Afonso. [www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/1988/joafonso\\_const.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/leisbr/1988/joafonso_const.html). Acesso em 09 de janeiro de 2003.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *O Controle da Constitucionalidade e o Senado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.