



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Papel Do Senado Federal No Controle Difuso De Constitucionalidade

Fernanda Bordeaux Rego Machado Cardoso

Rio de Janeiro
2013

FERNANDA BORDEAUX REGO MACHADO CARDOSO

O Papel Do Senado Federal No Controle Difuso De Constitucionalidade

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Fernanda Bordeaux Rego Machado Cardoso

Graduada na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Pós Graduada na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O controle de constitucionalidade difuso é realizado no caso concreto, constituindo tão somente um incidente processual, ou seja, órgão jurisdicional necessita analisar a prejudicial, que diz respeito à constitucionalidade da norma, para então decidir o pedido. A decisão tomada em sede de controle difuso possui efeitos *inter partes*, só se aplicando aos litigantes daquele caso concreto. No entanto, o artigo 52,X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possibilita que o Senado Federal expeça resolução que confere eficácia *erga omnes* à referida decisão. Ocorre que está em curso no Supremo Tribunal Federal a Reclamação Constitucional 4335/AC na qual se debate a possibilidade de o artigo constitucional citado estar sofrendo mutação constitucional, a qual conferiria nova interpretação ao papel do Senado Federal, que passaria a ser o de meramente dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal. O presente estudo visa a analisar os principais aspectos da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso brasileiro.

Palavras-chave: Constitucional. Controle de constitucionalidade. Senado Federal. Supremo Tribunal Federal. Mutação constitucional.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos Gerais do Controle de Constitucionalidade. 2. Análise histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil e a Participação do Senado Federal. 3. O controle de constitucionalidade difuso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a atuação do Senado Federal. 4. Em virtude da Reclamação Constitucional 4335/AC está o artigo 52,X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sendo alvo de mutação constitucional? Conclusões. Referências

INTRODUÇÃO

A Constituição encontra-se no ápice da pirâmide normativa idealizada por *Hans Kelsen* pois é o fundamento de validade de todas as outras normas integrantes do

ordenamento jurídico e, no Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu em seu artigo 60, um processo mais rígido de alteração de seu texto.

Dados esses dois requisitos e sabendo-se que todo o sistema jurídico deve ser coeso e harmônico, deve haver uma forma de se manter a unidade do ordenamento jurídico pátrio, o que se faz através do controle de constitucionalidade, o qual realiza uma análise de compatibilidade entre todas as normas infraconstitucionais com a Constituição.

Tem-se, no Brasil, duas formas de controle de constitucionalidade jurisdicional, se levarmos em consideração o aspecto orgânico da classificação. São elas: O controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade.

O controle concentrado, conforme se verá possui eficácia *erga omnes*, só pode ser realizado, em âmbito federal, pelo Supremo Tribunal Federal e é exercido em face da lei em tese, abstrativamente considerada.

Já o controle difuso; que será objeto mais específico do presente estudo, não é exclusivo do Supremo Tribunal Federal, sendo realizado no caso concreto, no qual tema da inconstitucionalidade constitui um incidente processual, uma questão prejudicial que deve ser analisada para que o pedido principal possa ser analisado. Só possui, via de regra, eficácia *inter partes* mas é possível, nos termos do artigo 52,X, que seja conferida eficácia *erga omnes*, através de resolução do Senado Federal.

O presente estudo visa a analisar os aspectos principais da atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Para tanto, o presente artigo aborda em seu primeiro capítulo os principais aspectos gerais do controle de constitucionalidade, ou seja, seus pressupostos e características, sempre atenta ao controle jurisdicional concentrado e difuso, por serem as modalidades de controle que possuem relevância no que tange à participação do Senado Federal.

Posteriormente, no segundo capítulo, será realizado o estudo do panorama histórico do controle de constitucionalidade brasileiro de modo que possamos analisar como o tema vem sendo abordado por nossas constituições ao longo do tempo.

Em seguida, serão analisadas as principais questões atinentes à atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, ou seja, serão estudadas as principais questões relativas ao artigo 52,X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, tentar-se-á responder à seguinte indagação: Em virtude da Reclamação Constitucional 4335/AC está o artigo 52,X sofrendo mutação constitucional? A análise do referido caso mostra-se imprescindível na medida em que se a teoria dos motivos determinantes da decisão for adotada e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, perde o Senado Federal sua atribuição estabelecida no artigo 52,X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passando seu papel a ser o de meramente dar publicidade às decisões proferidas em sede de Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal no que tange ao aspecto contitucional.

1. ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O direito constitucional surge com os ideais liberais que impulsionaram a Revolução Francesa e Americana do século XVIII, trata-se pois de conferir a um diploma normativo, a Constituição, o *status* de norma fundamental do Estado, que possui o objetivo de proteger os indivíduos em face da atuação arbitrária do soberano.¹

É dizer que antes do surgimento do Direito Constitucional, predominava a idéia de supremacia do interesse do soberano, vigorava a idéia segundo a qual o monarca não podia se equivocar “*The King can do no Wrong*”. Sendo assim, os indivíduos necessitavam de

¹ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. O valor da Constituição – Perspectiva Histórica In *Curso de Direito Constitucional* de Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43

um mecanismo que lhes protegesse da atuação do rei. Surge, portanto, como forma de assegurar a liberdade, a Constituição.

O ordenamento jurídico é composto de diversas normas, estando a constituição no ápice da pirâmide normativa idealizada por Kelsen, já que uma das características principais da constituição é o fato de ser o fundamento de validade para outras normas jurídicas. Sendo assim, como o ordenamento jurídico deve ser coeso e harmônico, para que essas duas características estejam presentes, faz-se necessário que se estabeleça uma forma de compatibilizar as diversas normas constantes do sistema jurídico.

O controle de constitucionalidade, que consiste na verificação de compatibilidade entre a norma da Constituição e as leis e atos normativos infraconstitucionais, consiste em um mecanismo destinado a reestabelecer a harmonia e a unidade inerentes ao sistema jurídico.²

Para o Ministro Luis Roberto Barroso, são necessárias duas premissas para a existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A primeira revela sua posição hierárquica superior dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. A constituição é o fundamento de validade de todas as demais normas. Tendo em vista essa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na realidade nenhum ato jurídico- poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. Já a segunda significa que a norma constitucional necessita ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais.³

Em outras palavras, a Constituição é quem afere a validade de todas as outras normas integrantes de nosso ordenamento jurídico e o artigo 60, parágrafo 4º de nossa Constituição afere um sistema de elaboração de normas constitucionais mais rígido do que o

² BARROSO, Luis Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

³ Ibid., p. 23-24

estabelecido para outros diplomas normativos, sendo assim, temos, no Brasil, os dois requisitos básicos necessários para o controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade jurisdicional possui dois sistemas principais, quais sejam: O controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. O primeiro surgiu nos Estados Unidos da América do Norte, no famoso caso, *Marbury versus Madison*, sentenciado pelo *Chief Justice* John Marshall. Concluiu-se nesse julgamento que nenhum ato legislativo contrário à *Lex Matier* norteamericana pode ser válido e, havendo discrepância entre a norma constitucional e legal, deve a primeira prevalecer, podendo qualquer juiz ou tribunal, como fiscal da constitucionalidade exercer o controle diante do caso concreto. Já o segundo sistema, qual seja, controle concentrado de constitucionalidade, surgiu mais de um século depois, tendo sido idealizado por *Hans Kelsen*, aparecendo na Constituição da Áustria de 1920, que foi a primeira a instituir a Corte Constitucional. No controle concentrado de constitucionalidade, apenas os tribunais constitucionais podem verificar a compatibilidade entre a norma infraconstitucional e a Constituição.⁴

Bernardo Gonçalves Fernandes bem sintetiza as principais características do controle difuso e concentrado de constitucionalidade. São as palavras do autor:

Características básicas do controle difuso-concreto: a) Realizado por todos os juízes; b) via de exceção (ou defesa); c) em um caso concreto; d) de modo incidental (incidente de inconstitucionalidade em um caso concreto). Assim sendo, o juiz terá que enfrentar a questão incidental (prejudicial) para chegar (e decidir) a questão principal do caso concreto. Nesse sentido, o controle decide sobre uma questão prejudicial (um incidente), que surge excepcionalmente em um caso concreto.

Características básicas do controle concentrado: a) Realizado somente pelo STF; b) via ação específica, na qual o controle de constitucionalidade se torna a questão principal (por isso, via principal); c) de modo direto (no STF); d) vai se dar, via de regra, *in abstracto*, pois não há caso concreto, não há partes e não há lides, conforme o entendimento majoritário; e) envolve, portanto, via de regra, uma análise de uma lei em tese (ou da falta de lei, no caso da ADI por omissão)⁵

⁴ VELOSO, Zeno, O Senado Federal precisa ser retirado do Controle difuso de constitucionalidade; In *Coletânea de Estudos Jurídicos*, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen. Superior Tribunal Militar. Brasília-DF. 2008, p. 456-457.

⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; *Curso de Direito Constitucional*. Bahia: Jus Podium, 2012., p. 1122-1123

Sendo assim, tem-se que a CRFB/1988 possibilita o controle de constitucionalidade, já que estão presente as características básicas que possibilitam a análise de compatibilidade entre o texto constitucional e as demais normas integrantes do sistema jurídico, quais sejam: supremacia e rigidez constitucionais.

Além disso, as duas formas de controle jurisdicional repressivo de constitucionalidade estão presentes no ordenamento jurídico pátrio: o difuso e o concentrado, cujas características principais já foram elencadas e serão, no tocante ao controle difuso, posteriormente aprofundadas, por ser o objeto de estudo do presente trabalho.

2. HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DO SENADO FEDERAL

No Brasil, o controle de constitucionalidade sofreu diversas modificações ao longo do tempo, conforme se verificará através de um breve estudo de nossas constituições anteriores, que se realiza no presente artigo.

Inicialmente, deve-se analisar a Constituição de 1824 que, conforme leciona o ilustre Ministro Gilma Ferreira Mendes, atribuía tão somente ao Poder Legislativo a função de zelar pela Constituição e exercer o controle, no entanto, como havia o Poder Moderador, estava assegurado ao Chefe do Executivo o poder de cuidar para a adequada observância da separação de poderes. São as palavras do i. Doutrinador:⁶

A constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15 n. 8º e 9º). (...) O Poder Moderador assegurava ao Chefe do Estado o elevado mister de velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes” (art.98)⁷

⁶ Mendes, Gilmar Ferreira; Poder Judiciário In: *Curso de Direito Constitucional* de Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo:Saraiva, 2012, p. 1131-1132

⁷ Ibid., p.1131-1132

Portanto, o Poder Judiciário não possuía competência para exercer qualquer ingerência dos atos emanados pelo Poder Legislativo.⁸

O Decreto n. 1, de 1889, conhecido como Constituição provisória, e mais especificamente com o Decreto n. 510, de 1890, passou a prever a competência do Supremo Tribunal Federal para o exercício do controle de constitucionalidade.⁹

O professor Luis Roberto Barroso, ao lecionar sobre o tema, bem sintetiza que a Constituição de 1824, não previa o controle de constitucionalidade, embora já estivesse previsto na Constituição Provisória de 1890 (art. 58, §. 1º, *a e b*), que não chegou a vigor, assim como no Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 (art. 9º, parágrafo único, *a e b*), tendo o controle de constitucionalidade apenas recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (ars. 59 e 60).¹⁰

Já a Constituição de 1891, conforme já salientado, previu o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo STF.¹¹ Trata-se, pois, do controle de constitucionalidade incidental.

Sobre a Constituição de 1891, leciona o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, cujas palavras transcrevemos: “Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade.”¹²

Foi a Constituição de 1934 que previu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a competência do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.¹³

⁸ TAVARES, André Ramos. V. 819. Ano 93. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. Janeiro de 2004 p. 49.

⁹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁰ BARROSO, op cit. p 85.

¹¹ Art.59 § 1º, *a e b*: “Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”

¹² MENDES, op cit, p.1134.

Sobre o tema, afirma André Ramos Tavares

[...] a Constituição passou a prever a competência do Senado Federal para suspender a execução de lei ou ato, quando for declarada a sua inconstitucionalidade. Vinha estabelecido no art.91 que, contudo, continha grande imprecisão já que não havia referência a que decisão do Judiciário a partir da qual o Senado poderia embasar sua decisão de proceder à suspensão da lei (se apenas as proferidas pela mais alta Corte, ou qualquer decisão judicial). Trata-se, contudo, de solução engenhosa, encontrada para conferir efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em um caso concreto, sem se instaurar qualquer atrito entre os Poderes, e sem permitir a continuidade da existência de leis inconstitucionais dentro do sistema pátrio. À época, portanto, em que não se vislumbrava poderes com essa extensão ao Supremo Tribunal, a norma era aceitável.¹⁴

Acerca da questão, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes também se pronunciou dispondo:

A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época, a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade.¹⁵

Além disso, foi a Constituição de 1934 que instituiu o *quorum* qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, previu pela primeira vez a ação direta interventiva e ressalvou expressamente a judicialização de questões políticas.¹⁶

No que tange à Constituição de 1937, seu artigo 96, parágrafo único¹⁷ trouxe um grande retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade¹⁸, uma vez que previu a possibilidade de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal que, à juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa

¹³ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934: “Art 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”

Art. 96 “Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”

¹⁴ TAVARES, op cit. P. 49.

¹⁵ MENDES, op cit. p. 1134-1135

¹⁶ Ibid, p 1134-1136

¹⁷ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937: “Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

¹⁸ MENDES, op cit. p. 1136.

de interesse nacional de alta monta, ser submetida pelo Presidente da República novamente ao exame do Parlamento: Se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Ou seja, as normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, se, a juízo do presidente da República fossem consideradas necessárias ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderiam ser submetidas ao parlamento, que se as aprovassem observando o quorum constitucional de 2/3, valeriam como emenda constitucionais, ou seja, voltariam a vigor no ordenamento jurídico e, agora com status de Emenda Constitucional¹⁹.

Como na vigência da Constituição de 1937 não funcionava o Poder Legislativo, já que este não fora convocado, não havia que se pensar em manutenção da atuação do referido poder no Controle de Constitucionalidade, assim, cabia ao próprio Presidente da República exercer tal faculdade.²⁰

Além disso, a Constituição de 1937 vedou, em seu art 94²¹, expressamente, ao Poder Judiciário a competência para conhecer das questões exclusivamente políticas.

Já a Constituição de 1946 manteve a exigência da maioria absoluta, ou seja, *quorum* qualificado, dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art 200) e preservou, em seu art. 64, a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, prevista, inicialmente, na Constituição de 1934.²²

Sobre a Constituição de 1946, Paulo Napoleão Nogueira da Silva bem salienta:

A constituição de 1946 não contemplou no seu texto a vedação a apreciação de questões políticas pelo Judiciário, oriunda da reforma de 1926, e mantida pelas Constituições de 1934 e 1937; ao contrário, no art. 101, II, “c”, ficou expressamente determinada a sua competência

¹⁹ Ibid, p. 1136.

²⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*. Teoria e prática. Salvador: Jus Podium. 2011. p.100.

²¹ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937: “Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”

²² MENDES, op cit. p. 1138.

para o julgamento de crimes políticos. Com isso, deixou o caminho para ser trilhado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de assumir a natureza da Corte Suprema, da qual, aliás, algumas competências já vinham expressamente determinadas, tal como ocorrera nas anteriores Constituições. Dentre outras, as estatuídas no art. 101, I, “d” e “f”.

O controle difuso-incidental da constitucionalidade, mantido como de tradição no nosso direito republicano e disciplinado, dentre outros, no mesmo art. 101, inc II, “a” e “b” e III, “a”, “b” e “c”, e 120, foi escoimado da intromissão estritamente política que fora cometida com o parágrafo único do art. 96, da Carta de 1937.

Sujeita a inúmeras emendas ao longo de sua vigência, a Constituição de 1946 manteve tal como acima delineado o controle difuso-incidental da constitucionalidade, mas somente até o Ato Institucional n. 1, de 09 de abril de 1964, que dispôs materialmente sobre limitações ao controle jurisdicional e, conseqüentemente ao controle difuso-incidental da constitucionalidade de atos emanados do movimento militar de 31 de março do mesmo ano (art.7º, § 4 e art 10, *caput*). Outras limitações vieram com o Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965 (art. 19,I e II) (...)

[...] A Constituição de 1967 manteve o sistema de controle difuso tal como existente na vigência da de 1946 (arts 114,II, “a” e “b” e III, “a” e “c”). Manteve, ainda, (art. 173), as limitações dos Atos Institucionais n. 1 e 2 ao controle jurisdicional dos atos emanados do poder revolucionário. Sua nova redação, dada pela Emenda Constitucional 1/69, não modificou o sistema (art. 119, II e III, “a”, “b” e “c”).

As inovações trazidas à competência do Supremo pela EC 7/77 em nada dispuseram a respeito do controle repressivo da constitucionalidade.

É de importância para o nosso tema lembrar que durante todo o período decorrido desde a promulgação da Emenda 16/65, da Constituição de 1946 até Abril de 1977 –ultrapassadas a redação original da Constituição de 1967, assim como a que lhe deu a Emenda Constitucional 1/69, e já incorporada ao texto constitucional a Emenda 7/77- o Supremo praticou a sistemática de deixar ao Senado, nos termos, respectivamente, dos arts 64, e 45, n IV e 42, n VII, dessas sucessivas constituições, a prática do ato de suspender no todo ou em parte a execução da lei ou “decreto” declarado inconstitucional.²³

Como o estudo dos aspectos atinentes à participação do Senado Federal no Controle difuso de Constitucionalidade da vigente Constituição será feito em tópico específico, não nos aprofundaremos, no presente momento, aos seus aspectos. No entanto, cabe salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁴ estabeleceu em seu artigo 52, X, que ao Senado Federal compete privativamente suspender a eficácia, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode-se concluir, portanto, que a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade foi inicialmente previsto na Constituição de 1934 e permaneceu sendo prevista nas constituições desde então, exceto pela Constituição de 1937.

²³ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle de Constitucionalidade e o Senado*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 79-80.

²⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 8 out. 2013

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL

O controle de jurisdicional de constitucionalidade possui diversas modalidades, sendo uma delas a que leva em consideração a competência do órgão judicial para apreciar o tema. Nessa classificação, temos dois sistemas de controle: o controle difuso de constitucionalidade e o controle concentrado de constitucionalidade.

No presente estudo, ater-se-á ao controle difuso de constitucionalidade, por ser o modelo de controle que, nos termos do art. 52,X, CRFB/1988, pressupõe a participação do Senado Federal para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal.

O controle difuso pode ser efetuado por todo e qualquer juiz e leva em consideração a situação concreta de aplicação da norma. Consiste em um incidente processual, não constando a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da decisão, já que a decisão versa sobre o direito concreto das partes.

Sobre o tema, leciona o i. Ministro Luis Roberto Barroso que:

Do ponto de vista subjetivo ou orgânico, o controle de constitucionalidade poderá ser, em primeiro lugar, difuso. Diz-se que o controle é *difuso* quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte.²⁵

É dizer, no controle difuso, a inconstitucionalidade é um incidente processual, podendo ser suscitada no curso da demanda submetida ao Poder Judiciário, sendo analisada na medida em que seja relevante para o caso concreto. Logo, verifica-se que a análise de constitucionalidade é deferida a qualquer órgão judicante. O vício de inconstitucionalidade não é o objeto da ação, sendo sua apreciação condição para a solução da lide. Logo, qualquer órgão do Poder Judiciário possui competência para decidir o incidente de

²⁵ BARROSO, op cit. p. 69

inconstitucionalidade para, então, decidir o mérito, aplicar ou não a norma impugnada, consoante seja válida ou inválida, frente à Lei Fundamental, com os efeitos da decisão restritos às partes do processo.²⁶

Ou seja, o controle difuso de constitucionalidade é realizado por juízes e tribunais e se dá em relação ao caso concreto, não sendo exclusivo do STF. Por não ser em face da lei em tese, abstrativamente considerada, o controle difuso possui efeitos *interpartes*, só se aplicando aos litigantes do caso submetido à apreciação judicial, e *ex tunc*, ou seja retroage.

No entanto, o artigo 52,X, CRFB/1988²⁷ possibilita que seja conferida eficácia erga omnes às decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade através de resolução do Senado Federal, que terá efeitos *ex nunc*, este conforme entendimento doutrinário dominante.

O escopo do citado dispositivo constitucional é diminuir a quantidade de demandas ajuizadas, de modo a garantir um Poder Judiciário mais célere. Sobre o tema, afirma Dirley da Cunha Júnior:

Visava-se, com isso, evitar a proliferação de ações judiciais propostas por todos aqueles que, igualmente, se sentissem afetados pela lei ou ato inconstitucional e, decerto, prevenir a possibilidade de conflitos de decisões – que tanto maculam a segurança jurídica e a certeza do direito – entre os vários órgãos judiciários competentes para a realização do controle.²⁸

Ou seja, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário, ao analisar o caso concreto, entenda que a norma é inconstitucional, poderá requer que o Senado Federal expeça resolução, conferindo efeitos vinculantes e *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade da norma, que pode ser municipal, estadual, distrital ou federal.

²⁶ NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.817

²⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Art.52,X “Compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”

²⁸ Cunha Junior, op cit, p. 165.

Sobre o tema, bem salienta Vicente Lentini Plantullo, que dispõe:

No sistema Difuso, tanto o autor quanto o réu podem propor ação de inconstitucionalidade, pois o caso concreto é *interpartes*. Assim, a abrangência da decisão que será sentenciada pelo juiz será apenas entre as partes envolvidas no processo. Consequentemente, terá efeito retroativo, pois se aplicou o dogma da nulidade.

Há possibilidade de que a decisão proferida em um caso concreto tenha a abrangência ampliada, passando a ser oponível contra todos, ou seja, com eficácia *erga omnes*. A Constituição prevê que o Senado Federal poderá suspender a execução de lei municipal, estadual ou federal que seja declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Tal atribuição está prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, permitindo, portanto, a ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos. A suspensão da execução será precedida por meio de resolução do Senado Federal, que é provocado pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos vincularão a todos apenas após a publicação da resolução. Nesses casos, o efeito é irretroativo, pois é para terceiros.²⁹

Saul Tourinho Leal também estuda o tema e sobre ele afirma:

O art. 52,X, da Constituição Federal dispõe que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo.

Declarada a inconstitucionalidade pela via difusa por meio de Recurso Extraordinário julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a lei só deixa de existir para a parte que ingressou em juízo e conseguiu, no curso de uma ação, a declaração incidental de constitucionalidade. Daí porque somente faz coisa julgada para esta parte. Quem quiser se beneficiar da decisão proferida em sede de controle difuso em caráter definitivo deverá percorrer o mesmo caminho percorrido pela parte que alcançou a mencionada declaração de inconstitucionalidade. Ou seja, ajuizar uma ação e nela promover incidentalmente o pedido de declaração de inconstitucionalidade. Daí em diante, batalhar até o esgotamento das instâncias.

Tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, a decisão não obriga a Administração ou os demais órgãos do Poder Judiciário. Os efeitos só se tornariam vinculantes em caso de expedição da Resolução do Senado Federal ou da edição, pelo Supremo, da súmula vinculante.³⁰

Portanto, para que seja conferida eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às declarações de inconstitucionalidade tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, faz-se necessário resolução do Senado Federal.

Sobre o tema, leciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Enquanto não suspensa pelo Senado, a decisão do Supremo Tribunal Federal não constitui precedente obrigatório, já que, embora sujeitos à revisão por aquele Tribunal, podem os juízes e tribunais considerar de forma diferente da propugnada e até o Supremo Tribunal Federal pode modificar o seu modo de decidir, considerando como constitucional aquilo que já havia decidido como inconstitucional. Todavia, depois da suspensão efetuada pelo Senado, perde a

²⁹ PLANTULLO, Vicente Lentini. *Acerca da Democracia e do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: LTR, 2012, p.58/59.

³⁰ LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói: Impetus, 2012, p. 194.

lei ou ato normativo sua eficácia; perde sua exequibilidade, o que equivale a sua revogação, e, a partir daí, não mais pode ser considerada em vigor.³¹

Para Bernardo Gonçalves Fernandes, a resolução do Senado opera efeitos *ex nunc*, uma vez que o Senado Federal não pode julgar e, se o efeito fosse *ex tunc*, ele estaria julgando a matéria, sendo que a resolução só suspende a execução de lei, e definitivamente, não declara a sua inconstitucionalidade. Para o autor, o Poder Legislativo não poderia aplicar efeitos *ex tunc*, já que enquanto o Senado Federal não se manifestar, a lei continuará vinculando condutas no ordenamento.³²

Dirley da Cunha Júnior salienta que a matéria é alvo de intensa divergência doutrinária. Explica o i. Doutrinador que Gilmar Ferreira Mendes e Clèmerson Merlin Clève advogam a tese segundo a qual a deliberação do Senado produz efeitos retroativos, mas que, no entanto, o entendimento da doutrina majoritária (Themístocles Brandão Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, José Afonso da Silva, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Lenio Luiz Streck) é no sentido de que opera efeitos *ex nunc*.³³

Conforme já salientado o artigo 52, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que ao Senado Federal cumpre suspender a execução de lei, no todo ou em parte, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, há que ser feita a seguinte indagação: Tal dispositivo deve ser interpretado restritivamente ou ao se referir à lei, o fez de modo amplo?

Para Dirley da Cunha Júnior, ainda que a Constituição de 1988 tenha se referido tão somente à lei, deve prevalecer o entendimento segundo o qual, a expressão *lei* contida no artigo 52, X diz respeito à ato normativo de qualquer categoria, o que inclui lei formal e material. Para o autor, tal entendimento se sustenta desde a Constituição de 1934,

³¹ NERY FERRARI, op cit, p. 847

³² FERNANDES, op cit, p. 1128.

³³ CUNHA JÚNIOR, op cit, p. 168

que determinava ser de competência do Senado suspender a execução, de lei, ato, deliberação ou regulamento declarado inconstitucional pelo Judiciário.³⁴

Os artigos 386 e seguintes do Regimento Interno do Senado Federal dispõe acerca do procedimento da edição da resolução do Senado Federal que suspende a eficácia, no todo ou em parte da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Senado Federal.

Sobre o tema, Saul Tourinho Leal assim conclui:

O Senado Federal conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei, mediante: I- Comunicação do Presidente do STF; II- representação do Procurador-Geral da República; III- projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A comunicação, a representação e o projeto deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento.

Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que, querendo, formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo em parte.³⁵

Como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não estipulou um prazo para que o Senado Federal editasse tal resolução, temos que tal atribuição pode ser exercida a qualquer tempo.³⁶

Há divergência no tocante à natureza desta atribuição do Senado Federal. Seria um ato discricionário ou vinculado?

Sobre o tema, leciona Alexandre de Moraes que tanto o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção número 460-9-RJ e no Mandado de Segurança número 7248-SP quanto o Senado Federal, nos pareceres 154, de 1971 e 282 do mesmo ano, entendem que este não está obrigado a editar a resolução que suspende a eficácia de ato estatal cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada incidentalmente pelo STF, sendo,

³⁴ CUNHA JÚNIOR, op cit, p. 167.

³⁵ LEAL, Saul Tourinho, op cit, p. 198

³⁶ CUNHA JÚNIOR, op cit, p. 167.

portanto, um ato discricionário do Poder Legislativo, cuja classificação é de ato deliberadamente político.³⁷

Já o professor Guilherme Peña de Moraes dispõe que há três correntes doutrinárias acerca da questão. Acerca da questão, ensina o i. Professor:

Sobre a natureza da competência do Senado Federal, a doutrina não é uniforme quanto à possibilidade de o Senado Federal deixar de suspender a execução da lei ou ato normativo cuja inconstitucionalidade foi incidentalmente declarada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, de arte que três correntes são divergentes.

A primeira, abordada por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, expressa a obrigatoriedade, é dizer, o Senado Federal detém competência de natureza vinculada, estando obrigado a suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no controle concreto, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, porquanto haveria a configuração de ato complexo.

A segunda, adotada por Alfredo Buzaid, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Tanya Kristyane Kozicki e Zeno Veloso, expõe a obrigatoriedade mitigada, quer dizer, o Senado Federal está obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional no controle difuso, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, desde que estejam presentes os requisitos formais de declaração de inconstitucionalidade.

A terceira, afirmado por Paulo Napoleão Nogueira da Silva, Aliomar Baleeiro, Ataliba Pereira Viana, Elival da Silva Ramos, Marcello Caetano, Josaphat Marinho, Paulo Brossard, Gilmar Ferreira Mendes, Clèmerson Merlin Clève e José Celso de Mello Filho, exprimem a facultatividade, vale dizer, o Senado Federal dispõe de competência de natureza discricionária, não estando obrigado a suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, no controle incidental, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, conquanto haveria a possibilidade de apreciação de conveniência e oportunidade política da suspensão de execução.

Creemos que, a toda evidência, razão assiste à terceira corrente doutrinária, não estando o Senado Federal vinculado a suspender a execução da lei ou ato normativo cuja inconstitucionalidade foi incidentalmente declarada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, já que aquele é revestido de liberdade de conformação legislativa negativa. Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é predominante no mesmo sentido, *in expressis*: “a função institucional do Senado da República não o reduz à mera condição de órgão parlamentar exercente, em caráter compulsório, de uma atividade juridicamente vinculada. Pelo contrário, o Senado da República não está obrigado a proceder à edição de resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecurável, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal Federal. Esse ato do Senado submete-se, quanto à sua prática, sempre facultativa, a um regime de estrita discricionariedade legislativa.”³⁸

Por fim, cumpre esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, no MS 16512, cujo relator foi o Ministro Oswaldo Trigueiro, em 25 de maio de 1966, entendeu que a resolução suspensiva do Senado Federal é irrevogável. Tal decisão foi fundamentada no argumento segundo o qual o Senado Federal encerra sua atribuição no instante em que se manifesta acerca da suspensão.

³⁷ MORAES, Alexandre De. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2012. p. 749-750.

³⁸ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, p.168.

Sobre o tema, são as palavras de Alexandre de Moraes:

Se o Senado Federal, discricionariamente, editar resolução suspendendo, no todo ou em parte lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, terá exaurido sua competência constitucional, não havendo possibilidade, *a posteriori*, de alterar seu entendimento para tornar sem efeito ou mesmo modificar o sentido da resolução.³⁹

4. EM VIRTUDE DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL 4335-5/AC ESTÁ O ARTIGO 52,X DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 SENDO ALVO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

O presente capítulo visa analisar a Reclamação Constitucional 4335/AC, para tanto, inicialmente, deve-se entender sobre o que versa a citada Reclamação Constitucional. Sendo assim, um breve resumo da demanda deve ser realizado.

Foi publicada, no informativo 417 do Supremo Tribunal Federal, a decisão relativa ao *Habeas Corpus* 82959/SP, na qual o tribunal em comento, por seis votos a cinco, entendeu, em sede de controle difuso, que o artigo 2º, parágrafo 1º da lei 8072/90, que vedava a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena em crimes hediondos, é inconstitucional por ferir o artigo 5º, LXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diz respeito ao direito à individualização da pena.

Veja-se as palavras da Suprema Corte no informativo 417 no que tange ao *Habeas Corpus* 82959/SP:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal - v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Considerou-se, ademais, ter havido derrogação tácita do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 9.455/97, que dispõe sobre os

³⁹ MORAES, op cit., p. 750.

crimes de tortura, haja vista ser norma mais benéfica, já que permite, pelo § 7º do seu art. 1º, a progressividade do regime de cumprimento da pena. Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, já que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão⁴⁰

A presente decisão representou uma mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, que vinha entendendo que o artigo 2º, parágrafo 1º da lei de crimes hediondos era constitucional, conforme o próprio informativo acima transcrito explica.

Em 04 de maio de 2006, foi distribuída para o Ministro Gilmar Mendes a Reclamação 4335/AC.⁴¹ Para que possamos entender corretamente o referido caso, devemos salientar, de modo bem sucinto, o que vem a ser o instituto jurídico denominado Reclamação Constitucional.

O artigo 102, I, I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que a Reclamação Constitucional é o instrumento jurídico cabível para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões. Sendo assim, se a Corte Suprema proferir uma decisão com efeitos *erga omnes*, todos devem respeitá-la sob pena de ajuizamento de uma Reclamação Constitucional. Em se tratando de uma decisão com efeitos *inter partes*, aqueles para os quais a decisão se refere deverão observá-la sob pena de incidência do instrumento jurídico em análise.

A Reclamação Constitucional 4335-5/AC foi impetrada pela Defensoria Pública do Acre em favor de diversos pacientes ao argumento de que o juízo da Vara de Execuções Penais do referido Estado descumpriu a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 892959/SP, já explicitada, pois aplicou a tese anteriormente

⁴⁰BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, informativo n. 417 disponível em: <[http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo417.htm#Lei 8.072/90](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo417.htm#Lei%208.072/90): Art. 2º, § 1º - 4 > acesso em 10 out. 2013

⁴¹BRASIL, *Supremo Tribunal Federal* disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551> acesso em 10 out. 2013.

consagrada da Corte Suprema segundo a qual o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Crimes Hediondos é constitucional, deixando de observar o entendimento adotado em sede de controle difuso segundo o qual o referido dispositivo é inconstitucional.

Ou seja, a Reclamação Constitucional 4335-5/AC visa conceder eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, sem que haja necessidade de Resolução do Senado Federal.

O ministro relator, Gilmar Mendes, na sessão de julgamento de 01 de fevereiro de 2007, entendeu que assistia razão ao reclamante uma vez que a com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 passou-se a dar maior ênfase às ações diretas de constitucionalidade em detrimento do controle difuso. O relator fundamenta que a natureza idêntica do controle de constitucionalidade no que tange às suas finalidades e aos procedimentos equivalentes para ambas as formas de controle que foram no presente estudo abordadas passam a legitimar a adoção dos efeitos da decisão proferida em sede de controle abstrato para as tomadas em sede de controle difuso.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, independentemente de resolução do Senado Federal, passou a dar eficácia *erga omnes* às suas decisões proferidas em sede de controle difuso.

O relator continua seu voto afirmando que houve uma verdadeira mutação constitucional do artigo 52,X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São as palavras do Ministro Gilmar Mendes:

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

Ou seja, para o Ministro Relator da Reclamação Constitucional 4335-5/AC, em virtude da enorme quantidade de demandas judiciais e da crescente adoção pela Constituição da República de 1988 de ações com efeitos *erga omnes*, foi conferido ao artigo 52,X da

CRFB/1988 uma nova interpretação, trata-se pois do fenômeno da mutação constitucional, que nada mais é do que uma reforma constitucional sem correspondente modificação do texto constitucional, quer dizer, a alteração se dá no plano da interpretação.

Sendo assim, a resolução do Senado Federal prevista no artigo 52,X do texto constitucional teria o escopo de tão somente conferir publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal.

São as palavras do i. Relator, Min Gilmar Mendes em sua decisão:

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988. Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação.

O relator dispõe em seu voto que a possibilidade de edição de Súmula Vinculante e a modulação dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade em sede de controle abstrato corroboram a nova interpretação do art. 52,X da Constituição da República eis que são institutos que comprovam que a atuação da Corte Suprema não depende de qualquer ato do Senado Federal.

Com base nos fundamentos expostos de forma bem sucinta acima, o relator julgou procedente a Reclamação Constitucional, tendo sido acompanhado pelo Ministro Eros Grau.

O Ministro Eros Grau explica de forma clara o instituto da mutação constitucional, conforme extraímos de seu voto na Reclamação 4335-5/AC

A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.⁴²

Para o Ministro Eros Grau, o texto escrito do artigo 52,X da Constituição da República de 1988 encontra-se obsoleto, devendo ser, por força da mutação constitucional ao qual se submeteu, lido no sentido de competir ao Senado Federal conferir publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso.

Aduz em seu voto que não a referida mutação constitucional não afronta o princípio constitucional da Separação de Poderes, uma vez que compete ao Poder Judiciário zelar pela constitucionalidade das leis, possuindo o dever de “impedir a existência de leis inconstitucionais”.

Em seguida, votou o Ministro Sepúlveda Pertence que improcedente a Reclamação Constitucional, com fulcro na existência da súmula vinculante, que já é um meio constitucional e idôneo a conferir às decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, eficácia *erga omnes*. Ou seja, basta que o Supremo Tribunal Federal edite uma súmula vinculante acerca da questão, não havendo que se pensar em mutação constitucional do artigo 52,X da Constituição da República de 1988.⁴³

O ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁴² Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Voto do Ministro Eros Grau na RCl 4335-5/AC disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>> acesso em 10 out 2013.

⁴³ Brasil. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo n. 463. Abril de 2007.

Até o momento de fechamento do presente artigo, o último voto proferido foi o do Ministro Ricardo Lewandowski que julgou improcedente a Reclamação Constitucional 4335-5/AC, acompanhando os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence.⁴⁴

Para ele, entender que operou-se uma mutação constitucional no caso, passando a resolução do Senado Federal a dar simplesmente publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, fere o artigo 2º da Constituição da República de 1988 que consagra o princípio constitucional da separação de poderes, sendo assim, a referida mutação constitucional não merece vingar.

Em seu voto, o Ministro assim leciona:

A exegese proposta, segundo entendo, vulneraria o próprio sistema de separação de poderes, concebido em meados do século XVIII na França pré-revolucionária pelo Barão de la Brède e Montesquieu, exatamente para impedir que todas as funções governamentais – ou a maioria delas - se concentrem em determinado órgão estatal, colocando em xeque a liberdade política dos cidadãos. O referido teórico, para tanto, concebeu a famosa fórmula segundo a qual “le pouvoir arrete le pouvoir”, de modo a evitar que alguém ou alguma assembleia de pessoas possa enfeixar todo o poder em suas mãos, ensejando, assim, o surgimento de um regime autocrático.

E continua

Não se ignora que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do Supremo Tribunal Federal, ao dotar, por exemplo, as suas decisões de efeito vinculante e eficácia erga omnes nas ações diretas de constitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º). O fortalecimento do STF, no entanto, não se deu em detrimento das competências dos demais poderes, em especial daquela conferida ao Senado Federal no art. 52, inc. X, da Carta em vigor. Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski preceitua que a mutação constitucional possui certos limites, dentre eles o texto constitucional, sob pena de se tornarem mutações inconstitucionais. Sendo assim, se o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição de 1988

⁴⁴ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Voto disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>> acesso em 4 out. 2013

estabelece ser vedada a reforma constitucional que afronte a separação de poderes, não pode haver uma mutação constitucional que lesione o referido princípio.

Aduz que a edição pelo Supremo Tribunal Federal de súmula vinculante sanaria a questão.

Sendo assim, até o presente momento (dia 10 de outubro de 2013) foram proferidos apenas cinco votos na Reclamação Constitucional 4335-5/AC. Dois votos (Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau) a julgando procedente por entenderem que o artigo 52,X da Constituição da República de 1988 sofreu mutação constitucional e três votos (Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski) a julgando improcedente por entenderem que o caso não versa sobre mutação constitucional já que tal mutação ofenderia o princípio constitucional da separação de poderes e o instituto da súmula vinculante já incide para casos em que se pretende conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

Cumprido salientar que o Ministro Gilmar Mendes reconhece em seu livro que o instituto da súmula vinculante enfraquece o artigo 52,X da Constituição da República.

CONCLUSÃO

A CRFB/1988 possui as duas características ensejadoras do controle de constitucionalidade, quais sejam, supremacia constitucional, já que é o fundamento de validade de todas as normas constantes do ordenamento jurídico e rigidez constitucional, uma vez que suas normas são submetidas a um procedimento mais difícil de alteração, nos termos do artigo 60 da Lei Fundamental.

Conforme podemos notar através do presente artigo, há duas modalidades de controle repressivo de constitucionalidade, sob o aspecto orgânico, que podem ser feitos pelo Poder Judiciário.

O controle concentrado é exercido em face da lei em tese, abstrativamente considerada e produz efeitos *erga omnes*.

Já o controle difuso é efetuado no caso concreto, sendo uma questão prejudicial, só produzindo efeitos entre as partes litigantes. No entanto, o artigo 52,X da CRFB/88 estipula que resolução do Senado Federal poderá ampliar os efeitos da decisão tomada em sede de Recurso Extraordinário pelo STF, passando esta a produzir eficácia *erga omnes*.

O presente artigo buscou abordar os principais aspectos dessa Resolução do Senado Federal, atendendo, principalmente, ao estudo da Reclamação Constitucional 4335-5/AC, na qual se discute se o artigo 52,X da CRFB/88 está sofrendo mutação constitucional, que seria a mudança da interpretação do dispositivo sem, contudo, haver alteração no texto formal.

Conforme pode-se notar, o controle de constitucionalidade está presente desde a Constituição de 1891 e a participação do Senado Federal no controle desde a Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937, já que o Poder Legislativo não funcionou durante a sua vigência.

A questão que se colocou no presente artigo era se a atuação do Senado continua necessária para que a decisão tomada em sede de controle difuso produza efeitos *erga omnes* ou se, atualmente, a decisão apenas confere publicidade às decisões do STF.

Para responder a tal indagação, foi analisada a Reclamação Constitucional 4335-5/AC, a qual, até o presente momento não foi solucionada pelo STF, tendo apenas os

Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski se pronunciado.

Os dois primeiros Ministros decidiram que o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade seria o de tão somente conferir publicidade às decisões do STF, enquanto que os três últimos dispuseram que diante da Súmula Vinculante, do princípio constitucional da separação de poderes e dos limites aos quais se sujeitam uma mutação constitucional sob pena de se tornarem inconstitucionais, não há que se pensar em mutação constitucional no presente caso, permanecendo a atuação do Senado Federal essencial para que a decisão proferida pelo STF em sede de controle difuso tenha eficácia *erga omnes*.

Por só haverem cinco votos prolatados até o momento de fechamento deste estudo, fica difícil eventual posicionamento acerca da matéria, devendo a Reclamação em análise ser acompanhada para que se possa traçar os novos rumos do controle de constitucionalidade difuso no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 8 out. 2013.

_____, *Supremo Tribunal Federal*, informativo n. 417 disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo417.htm#Lei8.072/90>: Art. 2º, § 1º - 4 > acesso em 10 out. 2013.

_____, *Supremo Tribunal Federal* disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>> acesso em 10 out. 2013.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. Voto do Ministro Eros Grau na RCL 4335-5/AC disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>> acesso em 10 out 2013.

_____, BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Informativo n. 463. Abril de 2007.

_____, BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Voto disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4335.pdf>> acesso em 4 out. 2013.

- CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade*. Teoria e prática. Salvador. Jus Podium. 2011.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; *Curso de Direito Constitucional*. Salvador, Bahia. Jus Podium. 2012.
- GONET BRANCO, Paulo Gustavo O valor da Constituição – Perspectiva Histórica In *Curso de Direito Constitucional* de Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo. SP Saraiva. 2012.
- LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói. Impetus. 2012
- MENDES, Gilmar Ferreira; Poder Judiciário In: *Curso de Direito Constitucional* de Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet 7.ed. Saraiva. São Paulo. SP. 2012.
- MORAES, Alexandre De. *Direito Constitucional*. São Paulo, SP. Atlas. 2012.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas.
- NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- PLANTULLO, Vicente Lentini. *Acerca da Democracia e do Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: LTR. 2012.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle de Constitucionalidade e o Senado*. Rio de Janeiro: Forense. 2000.
- TAVARES, André Ramos. V. 819. Ano 93. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. Janeiro de 2004.
- VELOSO, Zeno, O Senado Federal precisa ser retirado do Controle difuso de constitucionalidade; In *Coletânea de Estudos Jurídicos*, Maria Elisabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen. Brasília: Superior Tribunal Militar. 2008.