WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Lys Sobral Cardoso

O Senado e o Controle de Constitucionalidade no Brasil

A Constituição é a norma suprema de um Estado. Nas palavras de Ferdinand Lassalle[1], "no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum. (...) Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei *fundamental* da nação". Ademais, após o chamado movimento constitucionalista, a Constituição é, primeiramente, um documento, uma norma escrita, dotada, destarte, de supremacia formal e material.

Assim é que não pode qualquer outro ato prevalecer sobre um comando constitucional. Para fiscalizar a prevalência da Constituição é necessária a previsão de um método de controle, a ser desempenhado por determinado(s) órgão(s), que, doravante, tornará sem aplicação qualquer preceito que entre em confronto com os ditames constitucionais.

O modelo norte-americano, a prever um controle judicial, difuso, incidental e concreto, foi o primeiro a efetivamente conceber um sistema de controle da constitucionalidade dos atos normativos, formulado a partir do histórico caso *Marbury* X *Madison*, com a decisão do *Chief of Justice* John Marshall, em 1803. Tal modelo foi adotado em muitos países, inclusive no Brasil, com o Decreto n° 848, de 1890, e, posteriormente, com previsão constitucional na Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil de 1891.

O modelo norte-americano se repetiu nas Constituições brasileiras seguintes, inclusive na vigente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Entretanto, nele se verificaram alguns revezes, a ensejar uma reformulação do sistema da forma como originariamente concebido.

O principal problema constatado se refere à diversidade de interpretações dadas à Constituição, que, destarte, passa a ter variados sentidos a depender do entendimento de cada juiz ou tribunal. Tal questão se tornou mais evidente no país por não ser o Brasil integrante do sistema da *common law*, no qual prevalece a regra do *stare decisis*, ou seja, da força vinculante dos precedentes da Corte Suprema.

Isso enfraquece sobremaneira a força normativa da Constituição, na terminologia de Konrad Hesse, e, por conseguinte, sua supremacia. Ainda conforme Hesse, para que a Constituição goze de tal força normativa é necessária uma confiança inabalável em seus

[1] LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição.* 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 8.

Envie seu artigo para publicação: editorial@conteudojuridico.com.br

comandos, a crença na idéia de sua superioridade com relação a qualquer outro ato do Poder Público, que a ela deve obediência em todos os sentidos. Para tanto, faz-se mister conferir-lhe uma interpretação una, tornando único o sentido da Constituição, que, destarte, poderá ser efetivamente obedecida.

A solução para a referida adversidade no Brasil veio em 1934, com a regra do art. 91, IV da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Segundo tal preceito, autorizava-se o Senado a "suspender, no todo ou em parte, a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário". Doravante, a declaração de inconstitucionalidade, que antes gerava efeitos tão-somente *inter partes*, poderia, com a intervenção do Senado, gozar de efeitos gerais, normativos.

O Senado foi o órgão escolhido pelo Constituinte de 1934 em virtude de seu papel de "coordenador dos Poderes", ou seja, da função moderadora a ele incumbida constitucionalmente, nos termos do art. 88 da aludida Carta Constitucional. Por conseguinte, perfeitamente congruente atribuir-lhe a possibilidade de conferir efeitos gerais à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo órgão judicial.

A regra foi reiteradamente prevista nos textos constitucionais seguintes. Na Constituição de 1988, estabeleceu-se, no art. 52, inciso X, que compete privativamente ao Senado Federal "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Entretanto, algumas adversidades foram constatadas no instituto da suspensão pelo Senado. A doutrina e o STF concluíram ser discricionário o ato emanado do órgão senatorial. Entretanto, haja vista a gravidade do vício da inconstitucionalidade de um ato normativo, não é coerente que um órgão, a seu talante, por critérios eminentemente políticos, decida sobre a afirmação ou não dos ditames constitucionais, que devem prevalecer em todo e qualquer caso.

Ademais, a regra do art. 52, X da CRFB/88 mostra-se sobretudo incompleta. De uma interpretação literal do texto constitucional depreende-se que o Senado poderia suspender apenas parte do dispositivo impugnado, muito embora este tivesse sido declarado inconstitucional *in totum*, ou suspender o todo quando o STF declarasse a inconstitucionalidade de parte apenas. Tal interpretação, contudo, não pode prevalecer,

porquanto a apreciação do mérito da inconstitucionalidade ou não, a declaração de nulidade do ato normativo esteja a cargo do órgão judicial.

Além disso, a suspensão pelo Senado é possível tão-somente quando declarada a inconstitucionalidade de uma norma. Destarte, permanecem sem a possibilidade de gozar de efeitos gerais a declaração de constitucionalidade (gozando a norma com isso de presunção absoluta de constitucionalidade), além dos casos em que o Supremo procede à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto ou dá ao texto uma interpretação conforme à Constituição.

Não se pode também deixar de considerar que o instituto da suspensão pelo Senado foi concebido quando não havia no Brasil controle abstrato de constitucionalidade, instituído no ordenamento jurídico pátrio em 1965 pela Emenda n° 16 à Constituição de 1946. Uma decisão proferida em sede de controle abstrato gera, por si, efeitos *erga omnes*, dispensando-se, nesse caso, a intervenção senatorial, conforme inclusive estabelecido no art. 178 do Regimento Interno do STF.

Há ainda um relevante aspecto a ser mencionado. Segundo entendimento majoritariamente aceito no Brasil, um ato inconstitucional é nulo de pleno direito, e a competência para pronunciar a nulidade ou não do ato é do Poder Judiciário. Declarar a nulidade de um ato jurídico significa atribuir-lhe completa incapacidade de gerar efeitos jurídicos válidos, retirando-o, por conseguinte, do ordenamento.

Por isso é que, embora amplamente aceita no Brasil a doutrina da nulidade dos atos inconstitucionais, ressalva-se aqui que, em verdade, no controle difuso-incidental-concreto não se declara a nulidade do ato inconstitucional, mas tão-somente sua ineficácia, porquanto apenas se afaste a aplicação do ato, que permanecerá no ordenamento, apto inclusive a gerar efeitos válidos no bojo de outras lides postas ao Judiciário. A nulidade da norma inconstitucional somente se declara, nos moldes do sistema atual, no controle concentrado-principal-abstrato.

Não faz sentido, porém, que o STF, a quem foi constitucionalmente atribuída a função de "guardião da Constituição", se pronuncie acerca da constitucionalidade ou não de uma norma e tal entendimento prevaleça tão-somente *inter partes*, apenas por ter sido a Corte instada a se manifestar por via processual distinta.

Um outro aspecto, de sobremaneira relevância, concerne ao enfoque que a moderna teoria constitucional dá à atividade a ser desempenhada pelo Supremo Tribunal

Federal, ao seu papel de Corte ou Tribunal Constitucional, em detrimento de sua função de órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Em diversos países, adeptos do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, formulado por Hans Kelsen, ou seja, um controle abstrato, concentrado e principal, percebeu-se a importância que tem uma Corte ou Tribunal Constitucional, especialmente no tocante à unificação da interpretação constitucional, do sentido dos comandos da Constituição.

No Brasil, a doutrina e o próprio STF vêm salientando tal questão, destacando que o Supremo Tribunal Federal, a quem foi constitucionalmente atribuído o papel de "guardião da Constituição", não deve ser sobrecarregado com a apreciação de pendengas individuais em grau recursal, mas, sim, deve se ater à apreciação das questões constitucionais, sem dúvida de maior relevância para a nação.

A tendência em ressaltar o papel do STF de "guardião da Constituição" já se observa inclusive legislativamente. A "repercussão geral" como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, a súmula impeditiva de recurso e, por fim, a súmula vinculante levam sem dúvida a uma aproximação do sistema jurídico brasileiro com o *stare decisis*, próprio dos sistemas da *common law*, a preceituar a vinculação dos julgados aos precedentes judiciais. Visa-se assim a unificar o entendimento jurisprudencial, o que, em se tratando de decidir questões constitucionais, ganha ainda mais importância.

Isso sem falar do efeito vinculante, introduzido na Constituição de 1988 pela Emenda n° 3/93, segundo o qual não só o dispositivo do julgamento em que se declara a inconstitucionalidade de uma norma tem efeito obrigatório, mas também a chamada *ratio decidendi*, ou seja, os motivos determinantes do *decisum*. Assim, sobreleva a relevância do entendimento da Corte, do sentido que o STF atribui aos ditames constitucionais.

Com efeito, tudo leva a se repensar a efetiva necessidade de continuar a delegar ao Senado a possibilidade de suspender a execução do ato dito inconstitucional pelo STF. Mais que desnecessária, é mister averiguar se tal previsão não é maléfica à coerência do sistema jurídico vigente, em face das numerosas adversidades acima apontadas.

No bojo da apreciação da Reclamação Constitucional n° 4335/AC, os Ministros do STF Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau defenderam a tese de que o art. 52, inciso X da Constituição de 1988 sofreu uma verdadeira mutação constitucional, porquanto

tenha sido alterado seu sentido em face das novas nuances do direito constitucional e da relevância do papel de Corte Constitucional que deve desempenhar o Supremo.

Destarte, quando a Constituição permite ao Senado "suspender a execução" do ato declarado inconstitucional, dever-se-ia fazer a seguinte leitura: a função do órgão senatorial é dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, decisão esta que já gozaria, por si, de efeitos gerais, tendo em vista que já declarada a nulidade da norma pela Corte Constitucional brasileira.

Em verdade, não se pode falar em mutação constitucional nesse caso, haja vista que tal fenômeno ocorre quando uma norma sofre mudança em seu significado, em seu sentido, sem, contudo, implicar em alteração de texto. Por conseguinte, para se conferir à norma do art. 52, X, CRFB o sentido de dar publicidade à decisão em vez de suspender execução à norma seria, indubitavelmente, necessária reformulação de texto.

Contudo, observa-se, com Gilmar Mendes[2], que a repetição da regra em comento nas Constituição posteriores, em especial na de 1988, se deu por razões de índole exclusivamente histórica, num contexto muito diferente do atual, o que se constata, inclusive, da própria redação da norma, que repete as mesmas incongruências sucessivas vezes.

Portanto, diante dos vários problemas verificados no instituto da suspensão pelo Senado, é mister se proceder a uma reforma legislativa, retirando-se do texto constitucional a regra estabelecida no art. 52, X, a fim de se conferir congruência ao sistema jurídico brasileiro vigente, principalmente no que concerne às imperfeições da referida norma e do papel de "guardião da Constituição" que deve desempenhar o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, conforme lembra Gilmar Mendes[3], o projeto que resultou na Emenda n° 16 à Constituição de 1965, em alusão ao sistema jurídico italiano, pretendeu conferir nova disciplina ao instituto da suspensão pelo Senado das leis declaradas inconstitucionais pelo STF, acatando-se o entendimento expendido por Lúcio Bittencourt, segundo mencionado no Capítulo 4 deste trabalho.

Destarte, a própria decisão proferida pelo Supremo que pronunciasse a inconstitucionalidade de uma norma gozaria, por si, de eficácia geral, restando com o Senado Federal a função de dar publicidade ao julgamento.

---

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 156.
[3] *Idem, Ibidem*, p. 154.

Portanto, verifica-se que se faz necessário proceder a uma reforma na Constituição de 1988, a fim de retirar de seu texto o art. 52, X e de conferir à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF também em sede de recurso extraordinário efeitos *erga omnes*, consolidando-se, assim, sua posição de "guardião da Constituição" e preservando-se a força normativa da Constituição.