



Estevam Palazzi Sartal

**A COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL PARA SUSPENDER
NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL SOB A ÓTICA DO
STF**

**Monografia apresentada à Escola de Formação
da Sociedade Brasileira de Direito Público -
SBDP, sob a orientação da Professora Dra.
Luciana Temer Castelo Branco.**

SÃO PAULO

2010

-AGRADECIMENTOS:

Primeiramente, gostaria de agradecer pelo apoio incondicional da minha família, foi um período difícil, de dedicação quase exclusiva à monografia, e, apesar de tudo, minha família sempre esteve ao meu lado.

Meus agradecimentos também se dirigem à minha orientadora, Profa. Dra. Luciana Temer Castelo Branco, que se desdobrou neste período para me orientar.

Gostaria de agradecer, também, aos meus colegas da Escola de Formação, pela contribuição substancial ao desenvolvimento deste trabalho a partir dos debates bastante profundos que me proporcionaram.

Agradeço a todos os meus amigos pela compreensão da minha ausência em razão da dedicação à monografia.

Sou grato ainda ao dr. Felipe Sripes Wladeck e ao dr. Diogo Albanzeze Gomes Ribeiro por terem aguardado o depósito do presente trabalho para que apenas depois desta data eu começasse a estagiar.

Sem o apoio ou sem a compreensão de cada um, este trabalho possivelmente não teria sido concluído...

A todos, um Muito Obrigado!

-DEDICATÓRIA:

Dedico este trabalho à minha família, pelo grande apoio, à minha orientadora pela imensurável ajuda, e a dois grandes amigos, Lucas Valladares e Arthur César pela forte amizade.

-RESUMO:

Para compreender a competência de suspensão da norma declarada inconstitucional, desenvolvida pelo Senado, desenvolvemos nossa análise em duas esferas, o entendimento jurisprudencial e o entendimento do Poder Constituinte.

A abordagem jurisprudencial foi feita pela seleção de casos que buscam demonstrar o entendimento anterior, atual, e, como, provavelmente, a matéria será interpretada no futuro.

Percebemos que, tanto a jurisprudência como o Constituinte caminham no sentido de diminuir a competência do Senado no controle de constitucionalidade.

Acreditamos, todavia, que a concessão dos efeitos erga omnes e vinculante ao controle difuso deve-se dar por Emenda Constitucional e não por interpretação conforme a Constituição.

-ACÓRDÃOS CITADOS: MS 16.512/SP, ADIN 15-2/DF, Processo Administrativo nº 4477/72, ADIN nº 3929/DF, Rcl nº 4335-5/07

-PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; suspensão; efeitos; Senado Federal; restrição

-SUMÁRIO:

-	
INTRODUÇÃO.....	p.1
-METODOLOGIA.....	p.2
-CAPÍTULO 1: A competência do Senado para suspensão da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade.....	p.9
1.1- Interpretação do art. 64 da CF de 1946 a partir da análise do MS nº 16.512/SP.....	p.9
1.1.1- A suspensão pelo Senado na CF de 1946.....	p.10
1.1.2-Breve explicação sobre o caso.....	p.12
1.1.3- Análise do MS nº 16.512/SP.....	p.13
1.1.3.1- Discricionariedade do Senado na suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF.....	p.14
1.1.3.2- Vinculação do Senado aos limites da decisão...p.18	
1.1.3.3- Natureza jurídica da Resolução.....	p.19
1.2- Interpretação do art. 52, X da CF de 1988 a partir da análise da ADIN nº 15-2/07.....	p.24
1.2.1- Análise da ADIN nº 15-2/07.....	p.27
1.2.1.1-Discricionariedade do Senado na Suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF.....	p.28
1.2.1.2- Vinculação do Senado aos limites da decisão...p.29	

-CAPÍTULO 2: A competência do Senado de suspensão da norma declarada inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade.....**p.32**

2.1- Interpretação do art. 64 da CF de 1946 a partir da análise do processo administrativo nº 4477/72.....**p.32**

2.1.1- Análise do caso.....**p.34**

2.1.1.1- Objeto de competência da suspensão realizada pelo Senado.....**p.34**

2.1.1.2- Restrição da competência do Senado no controle concentrado de constitucionalidade.....**p.37**

2.1.2- Comparação da competência discutida no processo administrativo com o modelo vigente.....**p.38**

2.2- Interpretação do art. 52, X da CF de 1988 a partir da análise da ADIN nº 15-2/07.....**p.43**

-CAPÍTULO 3: A tendência ao desaparecimento da competência do Senado para suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional.....**p.45**

3.1-Contexto fático.....**p.46**

3.2-Análise do caso.....**p.48**

3.3-Reflexão sobre o caso.....**p.51**

-

CONCLUSÃO.....**p.54**

-BIBLIOGRAFIA.....**p.56**

-INTRODUÇÃO:

Este trabalho se destina, basicamente, a estudar como o STF interpreta a suspensão pelo Senado dos efeitos das normas declaradas inconstitucionais pela Corte.

Quando foi idealizado o controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, na Constituição de 1891, não houve qualquer previsão de como os efeitos da norma declarada inconstitucional deveriam ser suspensos. Na época, os juristas faziam alusão à teoria da nulidade do Direito Norte-Americano para que a norma inconstitucional pudesse ser desligada do ordenamento jurídico.

No entanto, na Constituição de 1934, o Constituinte idealizou um mecanismo de suspensão de efeitos, pelo Senado Federal, da norma declarada inconstitucional.

Focamos nosso estudo na análise da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a fim de compreender como este Tribunal interpreta o mecanismo de suspensão de efeitos pelo Senado.

Para isto, nos reportamos a casos centrais da jurisprudência desta Corte a fim de averiguar qual era o entendimento do STF a respeito da matéria, qual o entendimento atual, e, como poderá vir a ser interpretado e estruturado constitucionalmente este mecanismo no futuro próximo.

-METODOLOGIA

A idéia de pesquisar sobre o tema de controle de constitucionalidade surgiu com a leitura do voto do ministro Gilmar Mendes na "Reclamação – Rcl- nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007", onde ele propõe uma nova interpretação do modelo de controle de constitucionalidade atual.

A leitura deste caso se deu, no primeiro momento, quando nos deparamos com o material fornecido pela Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP- para a elaboração do ensaio crítico para ingressar na Escola de Formação¹.

A partir da reinterpretação do art. 52, X da CF de 1988, o Ministro tenta modificar o papel do Senado no controle difuso, afastando a função suspensiva do Senado de eficácia da norma. Ao afastar a função suspensiva da Casa, deixa a cargo do Senado a mera função de publicação, cabendo ao STF a suspensão.

A possível centralização no STF da declaração de inconstitucionalidade e da suspensão dos efeitos da eficácia da norma impugnada nos tocaram e nos motivaram a estudar mais sobre o tema.

Nos propusemos, no primeiro momento, a desenvolver um trabalho monográfico que estudasse basicamente esta decisão, que, na realidade, seria a interpretação do ministro Gilmar Mendes. No entanto, ao iniciar a pesquisa, principalmente bibliográfica, percebemos que o tema extrapolava esta decisão, e se o trabalho se limitasse a este ponto perderia muito em sua amplitude analítica.

¹ O caso referido não pode ser encontrado no site do STF pelo fato de não ter sido publicado o inteiro teor. Sugerimos o endereço eletrônico do banco de dados da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público àqueles que queiram acessar a íntegra do voto: http://www.sbdp.org.br/material_ver.php?idConteudo=1 – Acessado em 07/03/2011.

Consultamos obras, dissertações e decisões a respeito do tema, o que nos deixou em dúvida sobre qual caminho seguir.

O primeiro projeto almejava basicamente “A dimensão do controle de constitucionalidade na Constituição de 1988”, leitura esta que seria feita tendo em vista o voto do Ministro Gilmar Mendes, mais especificamente, quais seriam as conseqüências deste voto.

O segundo projeto imaginado, por sua vez, buscava compreender quais seriam as razões basilares que sustentavam os discursos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau em dois casos específicos, que propunham releituras do controle de constitucionalidade. Eram eles: A Rcl nº 4335-5/AC e a “medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade - ADIN-MC - nº 3937/SP, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/06/2008”, no qual o Ministro Eros Grau declara a inconstitucionalidade de uma norma sem que ela houvesse sido impugnada por qualquer ente legitimado.

No entanto, por termos tomado conhecimento do caso do amianto (ADIN-MC 3937/SP) por meio de um artigo acadêmico, o rigor metodológico da escolha do acórdão foi criticado.

A contestação nos levou a buscar outro objeto de pesquisa. Desta vez, selecionamos o seguinte objeto: “Como o STF interpreta a competência de o Senado suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional?”

Para levar a cabo este objeto de pesquisa, separamos nosso trabalho em três etapas: a primeira delas diz respeito à análise dos casos paradigmáticos que contribuiriam para a formação do entendimento do Tribunal a respeito da matéria. Na segunda etapa, buscamos analisar o entendimento atual da Corte a respeito do tema, e, por fim, na terceira etapa, analisamos como poderia se dar a competência do Senado na suspensão das normas inconstitucionais no futuro próximo.

No tocante à escolha do caso do “MS nº 16.512, Plenário, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966” para análise, no capítulo 1, deve ser demonstrado que, até chegarmos ao presente caso, passamos por várias pesquisas no site do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, no link “Jurisprudência” na opção “pesquisa”.

No primeiro espaço de pesquisa existente (pesquisa livre), foram digitados os seguintes argumentos²:

- Revogação adj5 norma adj5 inconstitucional e Senado
- Suspensão adj5 efeitos e norma inconstitucional e Senado
- Suspensão adj5 efeitos adj5 norma inconstitucional
- Senado e Suspensão adj5 inconstitucionalidade³
- Supremo Tribunal Federal e Senado e Suspensão adj5 efeitos adj5 inconstitucionalidade.
- Supremo tribunal federal adj5 suspensão e controle adj5 difuso
- Supremo Tribunal Federal adj5 suspensão e Resolução⁴
- Resolução adj5 senado adj5 inconstitucionalidade⁵
- Inconstitucional adj5 resolução e senado⁶

De todos os acórdãos pesquisados, contribuíram para a elaboração do presente trabalho apenas os referentes aos "RMS⁷ nº 16999, 1ª turma, Rel. Oswaldo Trigueiro, 24/10/1966"; " RMS nº 17116, 2ª turma, Rel. Aliomar Baleeiro, j. 30/05/1967" e "RMS nº 16893, 2ª turma, Rel. Aliomar Baleeiro, j. 07/03/1967". Todos citam o mesmo precedente⁸ do Tribunal, o MS nº 16512/SP, em que a Corte delibera sobre o papel que o Senado desenvolve

² Quando conseguimos encontrar acórdãos a *partir* do argumento, colocamos todas as referências em notas de rodapé, como se pode ver nas notas seguintes.

³ "ADIN 2031/ DF, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03/10/2002" e "ADC 4/DF, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998."

⁴ "STA 118 AgR, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 12/12/07", "SL 56 AgR, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 15/03/2006"; "STA 26 AGR, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 15/03/2006"; "PET 2600 QO, Plenário, Rel. Min. Néri da Silveira, 07/02/2002"; RE 413478 QO, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie; "EXT 678, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, j. 22/10/09"; "AP 284, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29/10/87"; "Rcl 172, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, j. 08/05/1986"

⁵ RMS 16999/SP

⁶ RMS 17116/SP, RMS 16893/SP; "RP 965, Plenário, Rel. Min. Cunha Peixoto, j. 13/02/1978".

⁷ Recurso em Mandado de Segurança

⁸ Utilizaremos durante todo o estudo o seguinte conceito do termo "precedente": "A judgement or a decision of a court, normally recorded in a law report, used as an authority for reaching the same decision in subsequent cases. [...]" – Tradução livre: Julgamento ou decisão de uma Corte, normalmente registrado em diários oficiais, utilizado como autoridade para julgamentos posteriores da mesma matéria. Elizabeth A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, p. 374.

na suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso.

A fim de garantir a objetividade, continuamos a procura no site do STF. Neste momento, utilizamos o argumento “resolução adj5 93” pelo fato de esta resolução ter sido objeto do MS nº 16512/SP e, além disso, muitos acórdãos ao abordarem esta resolução remetiam ao MS nº 16512/SP. O escopo era averiguar a repercussão deste suposto precedente. Foram encontrados mais acórdãos que citavam o precedente, no entanto, não são todos, já que alguns foram impetrados anteriormente ou, simplesmente, não se referiam ao julgado. Ressaltemos ainda, que, no voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl nº 4335-5/AC, do qual trataremos mais tarde, é citado o precedente.

Depois da vasta busca, pode-se tomar este caso como força de um precedente⁹, logo, podemos colocá-lo como caso comparativo a fim de representar um marco na história jurisprudencial da Corte brasileira neste tema.

Como uma das questões que nos interessavam era verificar se o STF entendia haver discricionariedade ou não na suspensão da norma pelo Senado, desenvolvemos uma pesquisa no site do Supremo selecionando alguns argumentos que julgamos pertinentes para a referida busca no item “pesquisa de jurisprudência”. As datas selecionadas que delimitam o recorte temporal da pesquisa são: 15/10/1988¹⁰ a 10/11/2010¹¹.

Vejamos os argumentos utilizados¹²:

- Senado adj5 discricionariedade
- Senado e discricionariedade adj5 suspensão
- Discricionariedade adj5 suspensão adj5 efeitos e Senado
- Discricionariedade adj5 suspensão adj5 inconstitucionalidade e Senado
- Suspensão e efeitos e Senado¹³

⁹ Os próprios ministros têm consciência de que o acórdão em discussão se trata de um caso com força de precedente: Ministro Pedro Chaves, pág. 167; Ministro Pedro Nunes, p. 203. (MS nº 16.512/SP)

¹⁰ Data de publicação da Constituição de 1988

¹¹ Data final da pesquisa realizada no site do STF

¹² Os argumentos que não possuem referência de nota de rodapé é porque não surtiram nenhum resultado.

- Suspensão adj5 Senado e efeitos e inconstitucionalidade¹⁴
- Discricionariedade e Senado¹⁵
- Senado e escolha adj5 oportunidade
- Senado e inconstitucionalidade adj5 oportunidade
- Senado e resolução adj5 suspensão¹⁶
- Senado e resolução adj5 inconstitucionalidade¹⁷
- Senado e resolução adj5 norma adj5 inconstitucional
- Comissão Constituição Justiça adj5 resolução adj5 inconstitucionalidade
- Comissão Constituição Justiça adj5 inconstitucionalidade¹⁸
- Comissão Constituição Justiça adj5 inconstitucional

Realizamos a pesquisa na Constituição de 1988 Comentada¹⁹ pelo STF, disponibilizada no site da Corte, mais especificamente, no art. "52, X". No entanto, não conseguimos encontrar nenhum caso que demonstrasse um posicionamento do Supremo sobre discricionariedade.

Após realizadas todas as buscas, por não termos encontrado nenhum acórdão referente ao tema da discricionariedade, não discutiremos este assunto no período da CF de 1988.

Acreditamos que o item "vinculação do Senado quanto aos limites da sentença do STF" é um subitem da discricionariedade, seria uma forma "mais específica de manifestação da discricionariedade".

O acórdão selecionado para a análise neste item - ADIN-MC nº 3929, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2007 - foi encontrado em dois espaços distintos no site do STF: Tanto no art. 52, X da CF de 1988 na

¹³ Resultados deste argumento: "ADIN-MC 4048, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008"; "STA 171 Agr, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 06/03/2008" "ADIN- MC 2238, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 09/08/2007"; "ADIN 15-2/DF, ADIN-MC 12, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, 11/06/1990"; "SL 38 Agr, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 01/09/2004"; "Rcl 2256, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11/09/2003"; "Rcl 935, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/04/2003"; "ADIN- MC 1898, Plenário, Rel. Min. Octacio Gallotti, j. 21/10/98"; ADC-MC 4, Plenário, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 11/02/1998.

¹⁴ADIN nº 15-2/DF, Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14/06/2007

¹⁵ Resultados deste argumento: ADC 12, Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, 20/08/2008; "ADIN-MC 4048, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008"; "ADC-MC 12, Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, j. 16/02/2006"; "ADIN 3964, Plenário, Rel. Min. Carlos Britto, j. 12/12/2007"

¹⁶ Resultado deste argumento: ADIN- MC 3929/DF

¹⁷ Resultado deste argumento: AO 969, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 18/06/2003.

¹⁸ Resultado deste argumento:ADIN- MC 126, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, 26/05/95.

¹⁹ Trata-se de uma compilação de julgados do Tribunal organizada a partir dos artigos da Constituição Federal.

Constituição Comentada pelo STF, como no item de pesquisa de jurisprudência. Neste último, foi utilizado o argumento “Senado e resolução adj5 suspensão”.

O argumento que nos levou a encontrar o acórdão de análise foi utilizado no momento de busca do item “discricionariedade”. Por termos conseguido encontrá-lo com este argumento, que havia sido destinado ao item discricionariedade, pode-se notar a relação entre os conceitos.

No capítulo 2, o processo administrativo nº 4477/72 foi escolhido, *a priori*, pelo fato de os ministros discutirem a possibilidade de o próprio Supremo suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional em controle abstrato.

Tivemos conhecimento do processo administrativo a partir da leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes na Rcl nº 4335-5/AC. Este processo é citado com força de precedente, já que se discutiu que o STF daria a suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional em sede de controle concentrado.

O professor Luís Roberto Barroso, em seu livro “O Controle de Constitucionalidade Brasileiro”, pág. 10, também cita o referido processo. Da mesma forma, podemos notar o professor Nagib Slaib Filho, que também faz referência ao caso, em seu artigo “Breve História do Controle de Constitucionalidade Brasileiro²⁰”.

Pelas citações acima elencadas, e também pela forma por que foi citado, podemos concluir que se trata de um precedente, razão pela qual adotamos como acórdão de análise, apesar de se tratar de um processo administrativo.

Cabe ressaltar que, por se tratar de um processo administrativo muito antigo, foi bastante difícil²¹ encontrá-lo. Não há qualquer indício no site do Tribunal, tampouco no recurso de busca jurisprudencial via e-mail. Só conseguimos encontrar o material depois de termos ligado para o setor da

²⁰ Nagib SLAIBI FILHO, *Breve História do Controle de Constitucionalidade*, p. 10

²¹ No tocante à leitura das decisões mais antigas, que foram fotocopiadas, cabe ressaltar a baixa qualidade das cópias disponibilizadas no site do Tribunal.

biblioteca do Tribunal, cujo responsável nos encaminhou uma cópia das páginas do diário da justiça, em que se encontrava o processo.

O nosso local de pesquisa que, por ora, se restringia ao site do STF, teve que ser transcendido a fim de conseguirmos encontrar este caso.

ADIN nº 15-2/DF, Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14/06/2007 foi selecionada a partir dos argumentos destinados ao item "discricionariedade", tendo aparecido como resultado em dois argumentos: "Suspensão e efeitos e Senado" e "Suspensão adj5 Senado e efeitos e inconstitucionalidade"

AÇÕES DO STF QUE SÃO OBJETO DE ANÁLISE NESTE ESTUDO
--

-MS 16.512/SP

-Rcl 4335-5/ AC

-ADIN nº 3929/DF

-Processo Administrativo nº 4477/72
--

-ADIN nº 15-2/DF

-CAPÍTULO 1: A COMPETÊNCIA DO SENADO PARA SUSPENSÃO DA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE.

1.1- Interpretação do art. 64 da CF de 1946 a partir da análise do MS nº 16.512/SP.

Estudaremos neste capítulo como o Supremo interpreta a competência do Senado para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo STF. Para isto, analisaremos o MS nº 16.512/SP²².

Este caso nos permite entender como o Supremo firmou posição a respeito da sua competência para suspender os efeitos de norma inconstitucional.

Estabelecemos alguns critérios para analisar o caso, traduzidos em forma de perguntas: 1) Há discricionariedade²³ por parte do senado na apreciação da inconstitucionalidade?; 2) Há vinculação²⁴ ou não do Senado ao limite prévio estabelecido pelo STF na declaração de inconstitucionalidade²⁵?; 2) "A resolução do Senado tem caráter legislativo ou não?"; As respostas servirão de baliza para compreender qual é a posição dos ministros quanto

²² MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

²³ Utilizaremos a definição do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, analogamente, pelo fato de ele se reportar à administração para definir o conceito de discricionariedade: "Atos "discricionários" [...] seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles." –Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 430.

²⁴ Seguiremos com os conceitos do prof. Bandeira de Mello: "Atos vinculados seriam aqueles em que [...] a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma."- IDEM.

²⁵ Importante ressaltar que, no nosso ponto de vista, a ausência de limites depende do entendimento de que há discricionariedade do tribunal. Assim, se a resposta à primeira questão for negativa, a segunda também será.

à competência do Senado Federal, no âmbito da suspensão²⁶ dos efeitos da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade.

A escolha das questões, acima elencadas, deve-se à sua centralidade na discussão do acórdão, e na argumentação dos ministros.

1.1.1 A suspensão pelo Senado na CF de 1946

Considerando que o caso sob análise foi julgado durante a vigência da CF de 1946, entendemos necessário apresentar o regime do controle de constitucionalidade daquele Carta.

Na Constituição de 1946²⁷, foi retomada a possibilidade de suspensão dos efeitos, pelo Senado, da norma declarada inconstitucional pelo STF. Foi, também, afastada a hipótese de o Presidente da República, por entender que a lei era importante ao convívio social, submetê-la à reapreciação do Poder Legislativo, podendo a declaração de inconstitucionalidade ser afastada por aprovação de dois terços de cada Casa²⁸.

A suspensão dos efeitos da norma eivada de inconstitucionalidade, no entanto, não se dá da mesma forma como previsto na Constituição de 1934, na qual, se o Judiciário declarasse a inconstitucionalidade caberia ao Senado a suspensão. Por o Constituinte ter utilizado o termo "Judiciário" e não "Supremo Tribunal Federal", entende-se que, na CF 1934, qualquer decisão judicial ensejava a apreciação pela referida Casa.

²⁶ Durante o trabalho, usaremos o termo "suspensão" por a Constituição versar desta forma. No entanto, questionamos se este é o melhor termo para definir os efeitos da ação do Senado no controle difuso.

²⁷ A CF de 1934 prevê em seu art. 91, IV pela primeira vez a possibilidade de o Senado suspender a norma inconstitucional: "*Compete ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.*" No entanto, a Carta de 1937 se omite no tocante a esta competência, que só será recuperada com a Constituição de 1946.

²⁸ Esta hipótese estava prevista no art. 37, § único da CF de 1937.

Na Carta de 1946, além de o Constituinte referir-se diretamente ao Supremo Tribunal Federal, há também o acréscimo de um termo bastante importante, "*decisão definitiva*". Vejamos o art. 64, CF de 1946 a fim de tornar mais clara a compreensão:

Art 64 - Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Em relação ao controle de constitucionalidade, outra importante inovação trazida pela CF de 1946 foi o restabelecimento do instituto da representação interventiva, nos arts. 8º e seguintes da CF de 1946.

No entanto, é com a emenda constitucional nº 16/65 que o Controle Abstrato ganha força. Ao art. 101,I da CF de 1946 é adicionada a alínea "k" que passa a vigor com a seguinte redação:

Art. 101- Ao Supremo Tribunal Federal compete: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador- Geral da República.

A referida representação de inconstitucionalidade inaugura o controle concentrado de inconstitucionalidade que, apesar de inovador, na prática deve ter sido pouco utilizado.

É pelo fato de só haver um ente legitimado para propor a representação de inconstitucionalidade, Procurador Geral da República –cargo de provimento em comissão -, e de se viver em uma ditadura militar, que nos leva a crer que a inovação deva ter ocorrido mais na academia do que na realidade social.

Este dispositivo, apesar de ter sido criado em um ambiente extremamente avesso aos ideais democráticos, prevaleceu durante todas as Cartas até então, e foi o embrião de todo o sistema de controle concentrado vigente na Carta de 1988.

1.1.2- Breve explicação sobre o caso

Uma vez traçado o quadro do controle de constitucionalidade vigente à época do acórdão em análise, explicaremos brevemente o caso concreto em questão.

Ainda que o objeto de análise deste capítulo não seja a questão material tratada no referido acórdão, mas sim do pano de fundo, entendemos relevante um breve relato do seu objeto.

O Código de Impostos do Estado de São Paulo previa um imposto sobre transações efetuadas por empresas comerciais ou civis, individuais ou coletivas que se dedicassem a negócios de construção, reforma e pintura de prédios e obras congêneres, por administração ou empreitada²⁹.

Foi argüida a inconstitucionalidade do imposto estadual por meio de recurso extraordinário. O STF deu procedência ao pedido e, posteriormente, comunicou a decisão ao Senado Federal para que os efeitos da norma declarada inconstitucional fossem suspensos, conforme determinava o art. 64 da CF de 1946.

²⁹ Art. 1º, “b” Decreto 22.022/53

A Casa legislativa suspendeu os efeitos da norma por meio da Resolução Legislativa nº 32/66, que suspendia os efeitos do imposto para os casos semelhantes ao precedente, ou seja, que se referissem à locação de serviços profissionais e transações.

No entanto, passados alguns meses, o Governador do Estado de São Paulo pediu esclarecimentos à Casa sobre a resolução proferida. O caso foi submetido à Comissão de Constituição e Justiça, que entendeu ser a Resolução nº 32/66 prejudicial à economia paulista, submetendo ao plenário novo projeto de resolução.

O plenário aprovou o projeto encaminhado pela referida Comissão, passando a vigor a resolução 93/66 para disciplinar o imposto do Estado de São Paulo, sendo diminuída a restrição feita pela primeira resolução.

De pronto, foi protocolado no Supremo Tribunal Federal o MS nº 16.512/SP a fim de exigir segurança em relação à referida concessão pela Casa legislativa. Toda a discussão remete-se ao contexto supra.

1.1.3- Análise do MS nº 16.512/SP:

Durante o julgamento do MS nº 16.512/SP, veio à tona a discussão sobre o tema da competência do Senado na suspensão da eficácia das normas declaradas inconstitucionais em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme já explicamos, utilizamos alguns critérios para análise do acórdão traduzidos em perguntas. Contudo, deve-se esclarecer que esta divisão foi meramente didática. Devido à inter-relação dos temas abordados, poderemos, muitas vezes, nos deparar com alguma citação que aborde outro assunto, e não apenas o do item discutido.

Começaremos a análise do acórdão pela discricionariedade da Casa quanto à suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo STF. A Casa teria discricionariedade para deliberar se poderia suspender ou não a norma declarada inconstitucional?

1.1.3.1- Discricionariedade do Senado na suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF

Neste item, discutiremos como o STF enxerga a função do Senado sob o aspecto da discricionariedade, se a Casa pode ou não deliberar sobre a decisão do Tribunal.

Ainda que não seja pacífica a opinião entre os ministros, pode-se dizer que a maioria possui um entendimento sobre a discricionariedade no sentido de não caber a incidência deste instituto, como veremos adiante.

Vejamos o posicionamento do Ministro Prado Kelly: "*Quando o Supremo assenta a inconstitucionalidade de texto, não há como admitir a revisão do seu aresto por um órgão político*³⁰".

Partilha da mesma opinião Adalício Nogueira: "[...] *o que ao Senado compete é, justamente, cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal, mandando, portanto, aplicar ou suspender*³¹...".

O Ministro Luiz Gallotti compartilha desta opinião: "*Pode o Senado, ao exercer a atribuição que lhe confere o art. 64, CF de 1946 rever, em sua substância, a decisão do Supremo Tribunal Federal? Não. Poderá, quando muito, ver se foi observado o quorum do art. 200, CF de 1946 etc*³²".

³⁰ Voto do Min. Prado Kelly, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

³¹ Voto do Min. Adalício Nogueira, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

³² Voto de Min. Luiz Gallotti, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

Por ser este o posicionamento defendido, há quem entenda que a função do Senado não é política, mas *"de executor de uma decisão do Supremo Tribunal"*³³.

No entanto, há quem afirme que, *para que o Senado não se torne mero "cartório" da Corte, deve-se permitir uma análise formal de todo o procedimento a ver se há ou não ilegalidade, mas, adentrar no mérito, jamais*. Este é o entendimento do Ministro Pedro Chaves. No entendimento do Ministro, não haveria possibilidade de o Senado deliberar a respeito da suspensão ou não da norma inconstitucional. Caberia à Casa a mera análise procedimental, a fim de confirmar a não maculação do processo.

Caso algum ato tenha sido irregular no decorrer do processo de controle de constitucionalidade, caberia ao Senado demonstrá-lo, não podendo, neste caso, suspender os efeitos da norma inconstitucional.

Podemos notar que, segundo tal entendimento, a Casa se encontra vinculada, não havendo espaço para deliberação. A única função desempenhada pelo Senado seria a de "verificador" da legalidade dos atos processuais, não ensejando, portanto, discricionariedade.

Por ora, podemos notar que muitos ministros defendem a não discricionariedade do Senado no ato de suspensão da inconstitucionalidade da norma declarada inconstitucional pelo Supremo. Todavia, Aliomar Baleeiro e Oswaldo Trigueiro sustentam posição oposta.

Aliomar Baleeiro se contrapõe ao Ministro Pedro Chaves sobre a resolução tratar de ato administrativo e de o Senado estar vinculado à Corte. Baleeiro defende uma função claramente política do Senado na suspensão dos efeitos, tendo a possibilidade não só de ir além ou aquém da decisão do STF, como também de deixar de agir. Vejamos:

³³ Voto do Min. Pedro Chaves, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

O Senado tem o direito, mesmo depois da Súmula, de esperar que se pacifique, que afinal se tranqüilize o entendimento do Supremo Tribunal, porque pode acontecer que passe a resolução numa tarde e, na mesma tarde, resolva o Supremo que aquela lei, que era constitucional, seja inconstitucional. E pode ser, também, que o Senado prefira a reforma da Constituição, para prevalecer o sentido da lei, pugnado pelo Supremo Tribunal, e pode, também, não fazer nada – cruzar os braços, deixar a matéria em ponto morto, que nada lhe acontece, porque não há qualquer sanção para a sua resistência³⁴.

O Ministro parte da premissa de que o Senado é autônomo para deliberar a respeito da suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo Tribunal.

De acordo com a posição externada pelo referido Ministro, pode-se afirmar que há discricionariedade do Senado na apreciação da norma inconstitucional, pelo fato de a Casa poder esperar a pacificação da jurisprudência do STF a fim de ter mais segurança para deliberar se a norma deve ou não ser suspensa.

Baleeiro inicia a citação tratando de uma suposta prudência que a Casa deveria ter para suspender uma norma. Esta prudência se basearia na observação da jurisprudência constitucional, se estaria ou não pacífica.

Mais adiante, em sua argumentação, o Ministro deixa claro seu posicionamento a respeito da discricionariedade, enfatizando, inclusive, a questão da oportunidade ou não da suspensão, que estaria a critério do Senado.

³⁴ Voto do Min. Aliomar Baleeiro, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

Atualmente, verifica-se uma preocupação no sentido de haver uma espécie de “período de transição à legalidade” para que as situações de fato possam ser devidamente adequadas ao sistema normativo³⁵.

O Ministro Oswaldo Trigueiro, por sua vez, traz uma interpretação que propõe uma tentativa de diálogo entre o Senado e o Supremo a fim de se chegar a um acordo, sanando possíveis dúvidas ou interpretações. Ele tem como objetivo resolver a referida questão, a partir de uma estruturação adequada do Estado de Direito, buscando a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes, assim como Baleeiro na primeira parte de sua argumentação.

Trigueiro, no nosso ponto de vista, desenvolveu uma interpretação que levou em conta não apenas o art. 64 da CF de 1946, mas também outros dispositivos constitucionais e a estrutura do Estado de Direito como pano de fundo. O próprio art. 2º da CF de 1946 que versa sobre a tripartição dos poderes nos parece implicitamente aplicado já que se buscou atribuir eficácia ao tão importante termo “harmonia”:

Art. 2º- É curial que se, ao receber pedido de suspensão de execução de lei ou norma inconstitucional, o Senado tiver qualquer dúvida, quanto à forma ou mesmo quanto ao sentido da declaração judicial, poderá pedir ao Supremo Tribunal os esclarecimentos que entender necessário.

O Ministro aceita que o Senado possua discricionariedade na suspensão dos efeitos da norma inconstitucional: *“Infelizmente, [o Senado] pode [deixar*

³⁵ Para ilustrar este caso, faremos referência ao art. 27 da lei nº 9868/1999, que se enquadra perfeitamente: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

de suspender a lei que lhe é apresentada como inconstitucional], porque não há prazo para sanção³⁶”.

No entanto, podemos notar que o Ministro procura definir parâmetros para o cumprimento da função discricionária, que seria o caso do diálogo institucional.

1.1.3.2 Vinculação do Senado aos limites da decisão

O dispositivo constitucional, ao qual nos referimos no item histórico, parece ser objetivo e claro em relação ao seu comando normativo, todavia, sempre gerou divergências na doutrina e na jurisprudência. Mais adiante veremos que as divergências continuam até os dias atuais.

Os verbetes “no todo ou em parte” do art. 64 da CF de 1946, que trataremos neste item é discutido no acórdão apenas por dois ministros.

O entendimento do Ministro Pedro Chaves no que toca a esta questão, demonstra uma faceta do entendimento jurisprudencial a respeito do tema, vejamos:

Mas, no todo ou em parte, se o Supremo Tribunal Federal houver declarado a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, isso é evidente³⁷.

Podemos notar neste momento que o Ministro continua seguindo sua linha argumentativa, não concedendo nenhuma possibilidade de análise

³⁶Voto do Min. Oswaldo Trigueiro, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

³⁷ Voto do Min. Pedro Chaves, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

discricionária por parte do Senado em relação aos limites da suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional.

Apesar de muitos ministros não terem se pronunciado expressamente a respeito dos limites da decisão do Senado, podemos inferir seu posicionamento logicamente. Muitos ministros afirmaram que não deveria haver discricionariedade do Senado na apreciação da norma inconstitucional. Por esta razão, nos parece incabível afirmar que haveria possibilidade de o Senado deliberar quanto ao limite da suspensão. Acreditamos que os limites da suspensão são passíveis de discussão apenas quando se aceita a discricionariedade na suspensão.

Aliomar Baleeiro, continuando com sua posição, se dispõe de maneira distinta:

[...] O Senado Federal tem opção para aceitar a conveniência de suspender um dos dispositivos, se forem mais de um, e não suspender os demais. Está na letra, está na própria essência..³⁸.

1.1.3.3 Natureza jurídica da Resolução:

Em razão de o mandado de segurança ser um remédio que protege direito líquido e certo, a discussão sobre a natureza jurídica da resolução do Senado Federal foi bastante abordada no acórdão. Os ministros tentaram fixar premissas relacionadas ao caráter legislativo da resolução com o fim

³⁸ Voto do Min. Aliomar Baleeiro, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

de emitir juízo sobre a adequação deste remédio constitucional para impugnar tal ato normativo³⁹.

Salienta-se, ainda, que os ministros não trazem nos votos o mesmo conceito de lei: ora se trabalha com lei em sentido estrito, ora se trabalha com lei em sentido lato, dificultando assim nossa análise.

Não obstante tal dificuldade, tentaremos colocar os argumentos em grupos genéricos, com a finalidade de abarcar os dois sentidos.

Deve ser salientado que, por os ministros terem entendido que não cabia mandado de segurança neste caso, foi proposta uma representação de inconstitucionalidade para que o processo pudesse prosseguir. No entanto, não entraremos neste mérito já que não se trata do objeto do nosso estudo.

Entre os que defendem a posição de que se deve considerar como legislativa a resolução está o Ministro-Relator Oswaldo Trigueiro: "*considero a resolução do senado como equivalente da lei, em seu aspecto material*"⁴⁰. O Ministro, no entanto, não define qual seria o conceito material da lei⁴¹, deixando em aberto sua argumentação.

O Ministro Aliomar Baleeiro, por sua vez, afirma que a resolução deve ser considerada como tendo um caráter "quase-legislativo", fazendo alusão ao Ministro Carlos Medeiros. No entanto, não explica o significado desta espécie normativa, tampouco busca trazer algum esclarecimento do Ministro autor da expressão.

Partilhando da mesma opinião do Ministro Oswaldo Trigueiro, o Ministro Prado Kelly entende que a resolução é lei. Porém, se utiliza de outros argumentos para afirmar que a resolução se enquadra nesta espécie

³⁹ Trabalharemos com o seguinte sentido de ato normativo: "*Ato jurídico, diverso da lei, dotado de generalidade decorrente primariamente da Constituição Federal.*" – Maria Helena DINIZ, *Dicionário Jurídico Universitário*, p. 61, apud Jairo Maia Júnior.

⁴⁰ Voto do Min. Relator, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

⁴¹ Trabalharemos com os referidos sentidos de lei: "*Em **sentido amplo**, abrange a norma jurídica escrita, seja a lei propriamente dita, decorrente do Poder Legislativo, seja o decreto, o regulamento ou outra norma baixada pelo Poder Executivo. Compreende todo ato de autoridade competente para editar norma geral, sob forma de injunção obrigatória, como: a lei constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução do Senado, o decreto regulamentar, a instrução ministerial, a circular, a portaria e a ordem de serviço. - Em **sentido estrito** ou técnico, é apenas a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado.*" – Maria Helena Diniz, *Dicionário Jurídico Universitário*, p. 364.

normativa: “[...] a revogação de textos, pois a regra é que uma lei só se revoga por outra lei, um regulamento, uma norma por norma de igual categoria⁴².”

Em relação aos três ministros, cujos votos foram analisados neste item, podemos notar que não há um consenso no caminho argumentativo até a conclusão. Não obstante convirjam quanto ao resultado, suas *rationes decidendi* são distintas ainda que concordem em um ponto convergente ao final. O primeiro Ministro sustentou seu argumento pelo aspecto material, que, como explicitamos anteriormente, não fica bem claro do que se trata, ao passo que Aliomar Baleeiro afirma se tratar de uma “quase- lei”.

Entre os que defendem o caráter não legislativo, o Ministro Pedro Chaves é quem possui uma opinião mais radical, defendendo que a resolução se enquadra na categoria dos atos administrativos.

É que acho que o Senado Federal é mero executor constitucional e a sua Resolução é ato administrativo, de execução, em obediência à decisão do Supremo Tribunal Federal, do qual não se pode tornar juiz, cujas decisões não pode interpretar, nem ampliar ou muito menos restringir⁴³.

Já o Ministro Adalício Nogueira alega que se trata de um ato em nome da Constituição:

⁴² Voto do Min. Prado Kelly, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

⁴³ Voto do Min. Pedro Chaves, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

Não se trata propriamente de uma lei em tese, mas de um ato do Senado Federal, que o praticou em nome da Constituição, para complementar, digamos assim, aquele que o Eg. Supremo Tribunal Federal decidiu. Praticando tal ato, o Senado Federal estava, por consequência, cumprindo missão constitucional que lhe foi outorgada, de acatar e complementar a decisão deste Eg. Supremo Tribunal Federal. Acho que se trata, como bem disse o eminente Ministro Pedro Chaves, de um ato consequente de resolução anterior do Supremo Tribunal⁴⁴.

O Ministro Evandro Lins, por sua vez, não caracteriza a resolução como lei, tendo em conta o processo legislativo. Segundo ele, por a resolução não passar pelas duas Casas, não poderia ser considerada como lei:

Lei não é, porque, se o fosse, haveria de ser aprovada pelas duas Casas do Legislativo: - O Senado e a Câmara, e sancionada pelo Presidente da República. Portanto, lei não é. É um ato do Senado⁴⁵.

Prudentemente, o Ministro Victor Nunes levanta uma questão, que, em nosso entender, deveria ter sido posta antes das votações: qual seria o sentido da lei com que estavam trabalhando, e isto poderia mudar o dispositivo de muitos votos, em caso de consideração lógica de um ou outro conceito.

⁴⁴ Voto do Min. Adalício Nogueira, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

⁴⁵ Voto do Min. Evandro Lins, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

Quando o Supremo Tribunal Federal nega cabimento ao mandado de segurança contra lei em tese, tem usado a palavra lei no seu sentido mais amplo, no sentido de norma ou ato normativo. Por isso é que, até em casos de segurança impetrada contra portarias ministeriais ou contra decretos do Presidente da República, que tenham caráter normativo, não temos conhecido do Mandado de segurança⁴⁶.

A priori, quando estabelecemos a questão sobre a natureza da resolução, acreditávamos que seria bastante relevante para a determinação da competência da Casa. Entretanto, notamos que os ministros não necessariamente chegam a conclusões iguais, ainda que concedam à resolução a mesma natureza jurídica.

⁴⁶Voto do Min. Victor Nunes Leal, MS 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, j. 25/5/1966

1.2- Interpretação do art. 52, X da CF de 1988 a partir da análise da ADIN nº 15-2/DF.

Tentaremos demonstrar, neste item, como se dá o reflexo da interpretação fixada no MS nº 16.512/SP, analisado por nós anteriormente. Para que esta interpretação seja adequada, é necessário contextualizarmos a nossa análise na nova dimensão do controle de constitucionalidade, que a Constituição de 1988 proporcionou.

Houve inovações no tocante ao controle de constitucionalidade tanto na via difusa⁴⁷ como na via concentrada. Veremos neste item algumas inovações trazidas na via difusa, já que a via concentrada será estudada em um capítulo específico.

Além de o Constituinte manter a estrutura do controle difuso existente em outras Constituições⁴⁸, que se encontra regulamentada pelo 102, III e pelo 52, X, também criou novos institutos. Vejamos primeiramente os dispositivos acerca do recurso extraordinário:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁴⁷ Preferimos o termo "difuso" ao termo "incidental" pelo fato de a ADIN por omissão ser considerada como controle incidental, apesar de se tratar de controle concentrado. (Luís Roberto BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 50)

⁴⁸ Os dispositivos constitucionais referentes ao recurso extraordinário em si não sofreram significativas mudanças, vide art. 101. III, CF de 1946; art. 114, III, CF de 1967; art. 119, III, CF de 1969.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) Julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁴⁹

O instituto do recurso extraordinário é acrescido de outros institutos que passam a condicionar seus efeitos. Um exemplo é a criação da súmula vinculante.

Este novo instituto é criado pelo Constituinte Derivado a partir da EC nº 45/2004. A função deste instituto é a uniformização da jurisprudência em matérias supostamente pacíficas no entendimento do Tribunal. Analisemos o dispositivo constitucional:

Art. 103-A, caput: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei;

⁴⁹ Alínea "d" acrescentada pela EC nº 45/04.

Além da súmula vinculante, o Constituinte derivado, a partir da mesma EC nº 45/04, adiciona o parágrafo terceiro ao art. 102 da CF de 1988 criando o instituto de repercussão geral como condição de admissibilidade aos recursos extraordinários:

Art. 102, §3º- No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, afim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros⁵⁰

É interessante que com esta nova condição de admissibilidade, o controle difuso passa a não ser tão-somente relacionado ao caso concreto em si. A repercussão geral passa a representar interesses que transcendem o interesse das partes litigantes.

Além de a repercussão geral desempenhar esta função de transcendência de interesses, lhe é inerente o caráter de filtro processual para ingressar no Supremo. A criação deste instituto, por um lado, pode ser bastante positiva no sentido de permitir que o Tribunal se debruce sobre questões mais relevantes à sociedade, presentes nos casos paradigmáticos, que formarão precedentes. No entanto, na opinião do professor Barroso, há possibilidade de esta condição de admissibilidade funcionar como um filtro que proporcione a inércia do Tribunal em matérias que deveria intervir mas não o fará por motivações que podem ser políticas⁵¹.

Este instituto aponta para uma aproximação entre o controle difuso e o controle concentrado. Os pontos citados acima demonstram um pouco esta

⁵⁰ Art. 102, § 3º, CF de 1988.

⁵¹ Luís Roberto BARROSO, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, p. 108 - 111

aproximação: O recurso extraordinário passa a englobar interesses, que se aproximam dos interesses de um grupo, e, aos poucos, passa a rechaçar o interesse de um ou dois litigantes, apenas.

Além das inovações inerentes ao recurso extraordinário, é importante trazer o novo instituto criado pela CF de 1988, o Mandado de Injunção, que está previsto no art. 5º, LXXI⁵² da CF de 1988. Este novo remédio é uma forma de proporcionar a eficácia de qualquer direito que tenha se tornado inviável por omissão legislativa inconstitucional.

1.2.1 Análise da ADIN nº 15-2/DF

Por o nosso estudo focar a visão do STF sobre a competência do Senado no processo de controle de constitucionalidade, continuaremos trabalhando com o instituto do recurso extraordinário, já que é, a partir do processo do controle de constitucionalidade por via difusa, que o Senado, atualmente, pode suspender os efeitos da norma inconstitucional.

Para analisar, no âmbito da Constituição de 1988, o controle difuso, trabalharemos com o critério de “discrecionabilidade”, e, mais especificamente, com o sub-critério da vinculação ou não aos limites da decisão do Tribunal⁵³.

Diferentemente de outros itens do nosso trabalho, não conseguimos trabalhar apenas com um único caso nesta etapa. Isto se deu pelo fato de não haver no mesmo acórdão conteúdo que permitisse uma discussão mais aprofundada sobre a discrecionabilidade do Senado e sobre a vinculação ou não do Senado aos limites da decisão do STF.

⁵² “*Considerar-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. – Art. 5º, LXXI da CF de 1988.-

⁵³ Buscamos utilizar os mesmos critérios empregados anteriormente, na análise do MS nº 16.512/SP. No entanto, pelo fato de o critério do caráter legislativo não ter rendido grandes resultados, desviando nossa análise, optamos por não utilizá-lo nesta etapa do trabalho.

1.2.1.1-Discricionariedade do Senado na Suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF:

Na análise do MS nº 16.512/SP pudemos notar que o STF firmou o entendimento de que não havia possibilidade de o Senado analisar de maneira discricionária a suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF.

Realizamos uma busca no campo de pesquisa de jurisprudência no site do STF e não encontramos nenhum posicionamento atual a respeito do entendimento do STF em relação à discricionariedade do Senado sobre a suspensão ou não dos efeitos da norma inconstitucional. O espaço da Constituição comentada também foi pesquisado por nós.

Acreditamos que, pelo precedente criado no MS nº 16.512/SP, o Supremo continua enxergando desta forma a competência do Tribunal. Seria necessário outro pronunciamento em sentido contrário, que justificasse o porquê do afastamento daquele precedente. Até então, como não houve outro pronunciamento, o Tribunal continua com este entendimento.

Outro argumento que nos leva a crer que este precedente continua gerando efeitos é o fato de continuar sendo citado pelos ministros, como é o caso do Ministro Gilmar Mendes na Rcl nº 4335-5/AC⁵⁴, ou na ADIN nº 15-2/DF⁵⁵.

⁵⁴ Voto Min. Gilmar Mendes, Rcl nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007

⁵⁵ Voto do Min. Gilmar Mendes, ADIN nº 15-2/DF, Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14/06/2007

1.2.1.2- Vinculação do Senado aos limites da decisão:

Selecionamos a ADIN-MC nº 3929/DF⁵⁶ para discutir o presente sub-critério.

A questão dos limites, a que supostamente o Senado estaria adstrito, é o cerne desta medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade.

A compreensão deste caso é importante para a discussão que travaremos a respeito dos limites, por isso dedicaremos algumas linhas à explicação do objeto desta ADIN.

São citados neste acórdão três recursos extraordinários: “RE nº 183.906, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/09/1997”, que declara a inconstitucionalidade dos arts. 3º a 9º da lei 6556/89; “RE nº 188.443/98, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/05/1998”; e “RE nº 213.739/98, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/05/1998”, que declaram a inconstitucionalidade das leis 7003/90, 7646/91, 8207/92, todas do Estado de São Paulo.

Em 2000, no entanto, são interpostos embargos de declaração referentes ao RE 183.906/SP. Decide-se que os atos normativos posteriores à lei 6556/89, que buscaram postergar os efeitos desta lei aos anos de 1990, 1991 e 1992, também deveriam ser declarados inconstitucionais. A decisão foi de que os arts. 1º a 5º da lei nº 7003/90 deveriam ser declarados inconstitucionais.

O Senado, apesar de ter recebido separadamente os ofícios, analisou-os conjuntamente, suspendendo integralmente, pela resolução nº 7/07, os efeitos das três leis do Estado de São Paulo – 7003/90, 7646/91, 8207/92- além dos arts. 3º a 9º da lei 6556/89.

⁵⁶ Para maiores esclarecimentos de como foi encontrado o caso, vide capítulo de metodologia.

O Senado foi além do que era esperado. A suspensão integral da lei motivou esta ADIN para que o limite fosse revisto.

No tocante às leis 7646/91 e 8207/92, a constatação do extravasamento na atuação do Senado Federal demanda exame mais acurado. Isso porque o Plenário deste Tribunal, no julgamento dos recursos extraordinários 188.443 e 213.739, ocorrido em 6.5.1998, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade genérica desses diplomas por partir do pressuposto de que os mesmos somente haviam cuidado da dilatação temporal dos efeitos previstos na legislação primitiva, a lei 6556-89.

Essa conclusão acabou mostrando-se acertada no tocante à Lei 8.207/92, mas não com relação à lei 7.646/91⁵⁷

A suspensão da lei nº 7003/90 afetou diretamente a arrecadação do fisco do Estado de São Paulo, o que motivou o governador a propor a presente ação alegando que o Senado foi além⁵⁸ dos limites da sentença do STF.

A ministra Ellen Gracie, relatora do caso, defere o pedido de liminar que requer que os efeitos da resolução nº 7/07 “*sejam suspensos tão-somente com relação aos arts. 6º e 7º da lei 7.003/90 e aos arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da lei 7646/91, ambas do Estado de São Paulo*”⁵⁹.

Neste processo, os ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie remetem ao MS nº 16.512/SP, que analisamos anteriormente. O Ministro faz um breve resumo do caso, afirmando que à época foi firmado o entendimento de que o Senado não poderia ir além ou aquém da decisão do STF, muito menos

⁵⁷ Voto da Min. Relatora, ADIN-MC nº 3929, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2007

⁵⁸ Os próprios ministros entendem que houve nebulosidade na comunicação ao Senado, não se tratando de uma conduta que buscava conscientemente ir além dos limites da sentença do STF. (Voto do Min. Marco Aurélio Mello, ADIN-MC nº 3929, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2007)

⁵⁹ Voto da Min. Relatora, ADIN-MC nº 3929, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2007

mudar seu entendimento a partir da edição de uma outra resolução. Sem se alongar na argumentação vota pela procedência da medida cautelar⁶⁰.

Talvez pelo fato de o Supremo não ter mudado de opinião, não houve a profundidade argumentativa que pudemos encontrar no caso do MS nº 16.512/SP. A força do referido precedente prevaleceu, e motivou os ministros a não se alongarem na argumentação.

Se prestarmos atenção, trata-se da mesma situação que motivou o MS nº 16.512/SP: Naquela época, o Senado suspendeu os efeitos de maneira que iria prejudicar diretamente a arrecadação do Estado, logo, o Governador “pede esclarecimento” à Casa, que edita nova resolução e passa a ocorrer todo o processo que já conhecemos.

Hoje, no entanto, apesar de o fisco ter sido prejudicado pela suspensão das normas, além do que supostamente seria inconstitucional para o STF, o governador já não “pede esclarecimentos” à Casa, ele se utiliza do modelo de controle concentrado de constitucionalidade para requerer que a suspensão do Senado seja revista⁶¹.

Foi muito importante o papel da democratização do acesso ao controle concentrado neste caso porque garantiu uma via institucional de possibilidade de revisão da matéria.

⁶⁰Voto do Min. Gilmar Mendes, ADIN-MC nº 3929, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/08/2007

⁶¹ Na parte em que analisamos o controle concentrado na CF 1988, procuramos deixar bem claro ao leitor todas as novas estruturas inerentes a este modelo de controle. Nos parece que muda significativamente o contexto em que é realizado o controle, e este passa a influenciar diretamente nos efeitos.

-CAPÍTULO 2: A COMPETÊNCIA DO SENADO DE SUSPENSÃO DA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

2.1- Interpretação do art. 64 da CF de 1946 a partir da análise do processo administrativo nº 4477/72.

No processo administrativo nº 4477/72⁶², os ministros discutem dois pontos bastante importantes que estão relacionados com o Senado e o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle de constitucionalidade.

O primeiro ponto é a interpretação que se deu à época do art. 180 do regimento interno do STF em consonância com o art. 42, VII da CF de 1969. O art. 180 do regimento interno da Corte versava o seguinte:

Art. 180- Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente, a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão do Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição

⁶² Gostaríamos de ter tido mais informações a respeito do processo, pouco se comenta na doutrina. Os autores apenas citam o processo, mas não discorrem a respeito. Cabe uma crítica também ao site do STF: Devido à importância deste processo, deveria estar arquivado virtualmente, o que, infelizmente não ocorre.

O art. 42, VII da CF de 1969, por sua vez, versava que:

Art. 42, VII- Compete privativamente ao Senado Federal: VII
- suspender a execução, no todo ou em parte, **de lei ou decreto**, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O Ministro Moreira Alves⁶³ observou muito bem o cerne da discussão sobre a interpretação do art. 180 do regimento interno em conformidade com o art. 42, VII da CF da 1969: A discussão se encontrava no sentido e no alcance das expressões **lei ou decreto** do dispositivo constitucional.

Caso o alcance e o sentido dos termos "lei ou decreto" fossem diminuídos, o Senado Federal teria sua competência reduzida, como defendia a Mesa de Matéria Constitucional do STF. No entanto, caso se entendesse que o alcance e o sentido dos termos deveriam ser maiores, a competência do Senado seria maior, conforme defendia a Comissão de Constituição e Justiça da Casa.

Nota-se, portanto, que se trata de uma discussão de competência entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, discussão que se encontra nas pautas atuais⁶⁴

⁶³ Devido à indisponibilidade no site do STF, faremos referência às revistas de jurisprudência, excepcionalmente: Processo administrativo nº 4477/72: DJ, 16 de maio de 1977, p. 3123.

⁶⁴ Rcl nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007

2.1.1- Análise do caso:

2.1.1.1- Objeto da competência da suspensão realizada pelo Senado:

O Ministro Moreira Alves faz uma interpretação sistemática do texto constitucional que contribui bastante com o esclarecimento da discussão em pauta acerca do objeto da referida competência. Merece ser trazida a este item do nosso estudo.

Sua posição, ainda que tenha sido rejeitada, é importante ser explicitada, pois demonstra a tentativa de diminuição da competência do Senado no controle de constitucionalidade. Se fizermos uma leitura conjunta dos dois pontos decididos no processo, veremos que o Ministro Moreira Alves defende este posicionamento, a diminuição do papel do Senado.

O Ministro busca interpretar, em cada passagem relativa ao controle de constitucionalidade da Constituição de 1969, qual seria o alcance da competência do Senado em relação ao controle de constitucionalidade dos atos normativos. O Ministro busca compreender de que forma o Constituinte buscou conceituar o sentido e o alcance dos termos empregados relativos a leis e atos.

Moreira Alves inicia sua análise pelo instituto da intervenção federal. Analisa quais seriam as espécies normativas que estariam relacionadas com o processo. Vejamos o referido dispositivo constitucional:

Art. 11, § 2º: Nos casos dos itens VI e VII do artigo 10, o decreto do Presidente da República, limitar-se-á a suspender a execução do **ato impugnado**, se essa medida tiver eficácia.

“A intervenção federal utiliza o termo **ato impugnado** para abarcar **qualquer** ato normativo, ou não, de um dos poderes do estado-membro⁶⁵”. Nota-se que se trata de um rol bastante amplo de incidência, e o termo utilizado foi “ato impugnado”.-

Outro ponto abordado pelo Ministro é o artigo que trata do princípio da reserva de plenário. Este art. 116 da CF de 1969 caminha no sentido de preservar também a abrangência, como podemos ver:

Art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de **lei ou ato normativo** do Poder Público

No caso da reserva de plenário, o constituinte utilizou os termos **lei ou ato normativo**. Podemos notar que já há uma certa restrição destes termos, porque os atos não normativos ficam fora da seara de competência de análise dos tribunais.

⁶⁵ Moreira Alves, processo administrativo nº 4477/72: DJ, 16 de maio de 1977, p. 3123.

O mesmo Ministro continua seu raciocínio trazendo agora o art. 119, I, "I" da CF de 1969, que busca delimitar a competência da representação de inconstitucionalidade:

119, I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de **lei ou ato normativo federal ou estadual** (grifo nosso);

Nota-se que neste caso os termos utilizados são ainda mais específicos. Os atos municipais e os atos não normativos ficam fora do âmbito de apreciação da representação de inconstitucionalidade.

Com a citação de cada dispositivo acima, notamos que o Constituinte, tendo em vista a finalidade inerente a cada instituto, delimitou a amplitude da competência de cada instituto por meio da escolha, precisa, de termos que permitem mais restrição ou mais amplitude.

O Senado, por meio da Comissão de Constituição e Justiça, defende sua competência para suspender os efeitos de **atos normativos** de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas⁶⁶.

Com a interpretação sistemática realizada pelo Ministro Moreira Alves, percebemos que quando o Constituinte quis englobar os atos normativos, ele utilizou a expressão "**atos normativos**", ou, simplesmente a expressão "**atos do poder público**".

Como não são empregadas, no art. 42 da CF de 1969, nenhuma destas expressões "**atos normativos**" ou "**atos do poder público**", o Ministro entende que não se deve falar em competência do Senado para suspensão dos efeitos⁶⁷, neste caso.

⁶⁶ Processo administrativo nº 4477/72: DJ, 16 de maio de 1977, p. 3123.

⁶⁷ Neste sentido, Ministro Xavier de Albuquerque, processo administrativo nº 4477/72: DJ, 16 de maio de 1977, p. 3123.

Todavia, esta não foi a posição majoritária. O Ministro Xavier de Albuquerque, ainda que concorde com o conceito de lei trazido por Moreira Alves discorda em relação ao conceito de ato normativo.

Xavier de Albuquerque estabelece uma comparação entre os conceitos de **ato normativo e decreto**. O Ministro defende que "*muitas vezes a própria lei transfere o poder regulamentador do Chefe do Executivo para outros órgãos da Administração – Conselho de Política Aduaneira, Conselho Monetário Nacional e estes o exercitam mediante atos normativos de diferentes denominações, que de decretos fazem as vezes*⁶⁸".

A restrição da competência do Senado passa a ser mais branda, neste processo administrativo, tendo em vista que o Ministro Moreira Alves foi voto vencido.

2.1.1.2- Restrição da competência do Senado no controle concentrado de constitucionalidade.

Apesar de o objeto do processo administrativo nº 4477/72 ser a competência do Senado em suspender os atos normativos, os ministros acabam deliberando a respeito da competência do Senado no processo em abstrato.

O Ministro Moreira Alves inicia a discussão posicionando-se no sentido de que o Senado só deve suspender os efeitos de norma que for declarada inconstitucional em sede de controle difuso.

No caso do controle em abstrato, realizado a partir da representação de inconstitucionalidade, "*não há que se falar em suspensão, pois, passando*

⁶⁸ IDEM

*em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia **erga omnes** e não há que se suspender lei ou ato normativo **nulo** com relação a todos⁶⁹”.*

Moreira Alves faz uma interpretação muito interessante do processo de declaração de inconstitucionalidade, traz quesitos novos como é o caso da eficácia *erga omnes* da decisão do STF, não discutidos até então na Corte.

Para que a sentença do Supremo possa gerar efeitos *erga omnes* em sede de controle abstrato, é necessário que seja desenvolvida uma nova interpretação de alguns conceitos. Um dos conceitos que devem ser reinterpretados é a natureza da sentença: Antes era considerada como declaratória de inconstitucionalidade. O Ministro propõe a interpretação de que a sentença declare a *nulidade* da norma impugnada⁷⁰.

O Ministro, todavia, faz a devida ressalva em relação à representação para intervenção: Neste caso, o Presidente da República deve ser comunicado já que se o ato não for desfeito, caberá a intervenção federal. Nesta questão, o Ministro Moreira Alves é seguido pelos demais.

2.1.2- Comparação da competência discutida no processo administrativo com o modelo vigente.

Buscaremos analisar neste item somente os pontos relacionados com os posicionamentos dos ministros. Não é nosso objetivo aqui transcender este âmbito, logo, trataremos apenas de alguns pontos relacionados aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

⁶⁹ Ministro Moreira Alves, processo administrativo nº 4477/72: DJ, 16 de maio de 1977, p. 3123.

⁷⁰ O prof. Barroso, no entanto, admite dois efeitos à sentença: declaração de inconstitucionalidade e o efeito retroativo, supostamente motivado pelo caráter de nulidade. –Luís Roberto BARROSO, *O Controle de constitucionalidade do direito brasileiro*, p. 213.

Podemos observar abaixo como o legislador infra-constitucional, ao editar a lei 9868/1999, disciplinou a matéria da eficácia *erga omnes*, presente na interpretação do Ministro:

Art. 28, § único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração 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 municipal⁷¹(grifo nosso)..

Notemos que o legislador utiliza o termo “eficácia contra todos”, que, apesar de não estar em latim, *erga omnes*, possui o mesmo significado. No entanto, é bastante curioso que foi adicionado um outro efeito à decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato, *o efeito vinculante*.

Todos os juízes e tribunais ficam “vinculados” à decisão do STF. Todos os órgãos do poder judiciário ficam adstritos ao que se chama de dispositivo da sentença, a decisão do tribunal no determinado acórdão.

O efeito vinculante foi estabelecido pela lei 9868/99 e constitucionalizado pela EC nº 45/04.

Vejamos como se dá o efeito “*erga omnes*” à norma declarada inconstitucional pelo STF em controle abstrato: Por o controle se dar em tese, e não no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade gera efeito para todos os indivíduos.

Por a inconstitucionalidade não extirpar a norma do sistema, esta poderia continuar sendo invocada, ainda que eivada de inconstitucionalidade. O

⁷¹ Art. 28, § único, lei 9868/1999.

efeito vinculante vem para impossibilitar que outros órgãos do judiciário e da administração apliquem a norma inconstitucional.

Para que a norma saia do ordenamento positivo, é necessário que haja uma revogação ou suspensão pelo Senado, nos termos do 52, X. Apesar de não haver mais a suspensão pelo Senado, em razão do entendimento jurisprudencial, a norma não pode mais ser aplicada em nenhuma hipótese, em razão da vinculação.

De toda forma, pôde-se notar que as premissas fixadas pelo Ministro, apesar de terem sido bastante trabalhadas pelo Constituinte e pelo legislador ordinário no decorrer do tempo, encontram-se em pleno vigor.

A análise deste processo é de suma importância. A partir dela conseguimos demonstrar que não é só a composição atual da Corte que busca restringir a competência do Senado para suspender os efeitos de norma e de atos declarados inconstitucionais pelo STF. Há precedentes na jurisprudência que traçam este caminho.

Notamos que, já em 1977, o Supremo procurava restringir a atuação do Senado. Neste processo, observamos duas formas de restrição: a mais importante, relacionada à interpretação da suspensão no caso da declaração pelo controle e da competência em relação ao objeto da suspensão.

É possível que o Supremo esteja caminhando no sentido de cada vez mais assumir para si a competência de desenvolver o controle de constitucionalidade cada vez mais de forma concentrada. Com isto, o Tribunal acaba suprimindo a competência da Casa legislativa

Como já dissemos anteriormente, é importante demonstrar a estrutura do controle de constitucionalidade vigente, no caso, bastante abrangente, para que possamos ter idéia da influência desta amplitude nas interpretações e na forma como é realizado o controle atualmente.

No âmbito do Controle de Constitucionalidade, a CF de 1988 deu bastante enfoque ao Controle Concentrado. Seguindo as Cartas anteriores, o

Constituinte de 1988 positivou a representação de inconstitucionalidade, todavia, nomeou-a por **ação direta de inconstitucionalidade**.

Enquanto a CF de 1967 previa apenas o Procurador Geral da República como legitimado para a propositura da representação, a CF de 1988 amplia significativamente este número, democratizando⁷² este acesso. Hoje podem propor ADIN⁷³ o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido político com representação no Congresso Nacional.

Em relação à competência do Senado para suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional não houve mudança do dispositivo constitucional, como não havia ocorrido tampouco nas Cartas anteriores. O Constituinte dispôs a competência do Senado da mesma forma que as outras Cartas o fizeram:

Art. 52, X: Compete privativamente ao Senado Federal: X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Outro ponto inovador da Constituição vigente é a criação de uma espécie de **ação direta de inconstitucionalidade**⁷⁴, que tem por objeto a **omissão** do poder legislativo.

Todo o procedimento da ADIN por omissão⁷⁵ é igual ao procedimento de impugnação de uma determinada norma eivada de inconstitucionalidade por

⁷² Ainda que se tenha construído um entendimento jurisprudencial a respeito da necessidade de provar legitimidade para determinadas pessoas, criando certa limitação ao acesso.

⁷³ Art. 103 da CF de 1988.

⁷⁴ Art. 103, caput da CF de 1988

⁷⁵ A competência aumentada do STF também se caracteriza nesta Carta de 1988 pela via institucional que permite um certo diálogo entre os poderes a fim de cessar determinada

meio de ação, a diferença se encontra nos efeitos da decisão: O poder omissivo será comunicado da omissão, como prevê o art. 103, §2º da CF de 1988.

Além da ADIN por omissão, o Constituinte de 1988 criou também a ADPF⁷⁶, no entanto, esta só veio gerar efeitos no momento da edição da lei 9882/99.

Em 1993, foi editada a EC nº 3. Com ela surgiu a ADECON⁷⁷, cujo objetivo era consolidar um entendimento jurisprudencial a respeito de uma determinada matéria controversa em tribunais inferiores, que envolvesse leis federais. Com o efeito erga omnes, e com efeito vinculante da decisão há a unificação de entendimento a partir da decisão do STF.

Este rol mais amplo de pessoas junto com uma maior quantidade de espécies de ações demonstra uma maior abrangência do controle concentrado. Considerando que cada ação possui uma finalidade e que cada pessoa legitimada possui interesses distintos, permite-se que as inconstitucionalidades sejam discutidas cada vez mais em controle abstrato.

A estrutura do controle de constitucionalidade escolhida pelo Constituinte Originário, aos poucos, foi complementada pelo Constituinte Derivado. Considerando que o Supremo é o foro competente para julgar qualquer das ações referentes ao Controle abstrato, ADIN, ADECON e ADPF, é possível afirmar que há uma estrutura constitucional favorável à concentração do controle de constitucionalidade no STF.

omissão inconstitucional. Caso o legislativo se omita inconstitucionalmente, o STF por meio da ADIN por omissão poderá comunicar a inércia deste poder.

⁷⁶Ação de descumprimento de preceito fundamental, que está disciplinada no art. 102, § 1º da CF de 1988: *A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.*

⁷⁷Ação declaratória de constitucionalidade, disciplinada no art. 102, I, "a" da CF de 1988: *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I- processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.*

2.2- Interpretação do art. 52, X da CF de 1988 a partir da análise da ADIN nº 15-2/DF

Separamos a ADIN nº 15-2/DF⁷⁸ para averiguar como o STF, a partir de sua competência ampla, desenvolve o controle de constitucionalidade.

O requerente busca a impugnação integral da lei 7689/88 que versava sobre a contribuição social em relação ao lucro das pessoas jurídicas.

Os arts. 8º e 9º da referida lei já haviam sido declarados inconstitucionais em recursos extraordinários distintos. Em relação ao art. 8º, o Senado havia editado resolução suspendendo os efeitos da norma. Em relação ao art. 9º, haviam arquivado o processo de resolução.

Assim, a análise de inconstitucionalidade foi feita parcialmente, já que o art. 9º havia sido declarado inconstitucional por meio de recurso extraordinário, mas não fora suspenso pelo Senado até então. O STF entendeu neste caso que poderia analisar a constitucionalidade em controle abstrato deste dispositivo.

No MS nº 16512/SP, apesar de a posição majoritária ser pela não discricionariedade, concordou-se que caso o Senado não suspendesse a norma, não haveria meios institucionais para obrigá-lo.

Considerando esta ação direta de inconstitucionalidade, questionamos se ainda hoje continua inteiramente em vigor a possibilidade de o Senado deliberar se a norma será ou não suspensa.

Se trabalharmos com a acepção técnica do termo suspensão, que incidirá no âmbito da existência da norma, somente o Senado poderá desempenhá-

⁷⁸ ADIN nº 15-2/DF, Plenário. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14/06/2007

la. Entretanto, alguns dos efeitos que a suspensão gera podem ser alcançados por outros institutos atualmente.

A suspensão, além de tornar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade *erga omnes*, permite que a jurisprudência seja uniformizada neste quesito.

Atualmente, a suspensão pelo Senado já não é necessária para que os efeitos sejam para todos e para uniformizar a jurisprudência. Como vimos, há o instituto do efeito vinculante em controle abstrato que permite que o tribunal não só estenda efeitos para todos, como vincule o Judiciário e a Administração.

Ao apreciar o art. 9º, lei 7589 de 1988, o STF vai em sentido contrário à deliberação do Senado de não suspender os efeitos da norma. Pode-se notar que a única possibilidade que a Casa tinha de deliberar foi suprimida por institutos inerentes ao controle de constitucionalidade.

Apesar de não haver posições recentes do Tribunal a respeito dos limites da competência do Senado, pode ser afirmado, a partir da leitura desta ADIN, que o Supremo continua assumindo para si as competências da Casa.

Obviamente não se trata de uma decisão expressa. O Supremo se vale da estrutura constitucional do controle de constitucionalidade para buscar efeitos diversos no tocante à inconstitucionalidade da norma⁷⁹.

⁷⁹ Neste capítulo, tratamos com mais enfoque o controle concentrado. No entanto, deve ser lembrado que no controle difuso também é possível a realização deste feito. Isto se dará, com as devidas restrições que o instituto exige, pela edição de uma súmula vinculante.

-CAPÍTULO 3: A TENDÊNCIA AO DESAPARECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SENADO PARA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL.

Como o próprio título do capítulo diz, tentaremos, neste capítulo, traçar uma hipótese de como poderá ser interpretada a competência do Senado suspender os efeitos da norma declarada inconstitucional. Para isto, selecionamos o voto do Min. Gilmar Mendes, "Rcl nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007".

Trabalharemos apenas com o voto do Ministro Gilmar Mendes por ser neste voto que a discussão sobre a nova interpretação do art. 52, X da CF de 1988 é mais abordada. Toda a estrutura argumentativa se encontra no voto escolhido.

3.1-Contexto fático

A Corte declara a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da lei 8072/90 – lei dos crimes hediondos- a partir do “HC nº 82.959/06, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006”.

Havia, por sua vez, no Estado do Acre indivíduos que foram condenados por crimes hediondos e que lutavam pela progressão de regime, que lhes era negado pelo juiz local.

Estes indivíduos eram assistidos pela Defensoria Pública daquele Estado, que ingressou com uma Reclamação alegando que o juízo *a quo* desrespeitou a decisão de inconstitucionalidade do STF *incidenter tantum* do art. 2º, §1º da lei 8072/90.

O magistrado da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no entanto, alega que, em se tratando de controle de constitucionalidade difuso, não há que se falar em vinculação do Judiciário:

[...] é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes.

Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em

parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X da CF de 1988).⁸⁰

O magistrado faz alusão ao art. 178 do regimento interno do STF⁸¹ para demonstrar a necessidade de comunicação da inconstitucionalidade ao Senado para que os efeitos possam ser suspensos *erga omnes*. E, acaba concluindo que *"não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado incidentalmente inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime⁸²."*

A Defensoria Pública do Estado do Acre, ainda assim, acreditou que houve ofensa à decisão do STF e interpôs reclamação, para, supostamente salvaguardar o posicionamento do STF que tinha sido ofendido.

Esta é a origem da discussão que chega ao Supremo por via de reclamação e, posteriormente, contribui para a edição da súmula vinculante nº 26 – súmula de progressão de regime de crimes hediondos-.

⁸⁰ Petição nº 72.377/2006 (íntegra no relatório da Rcl nº 4335-5/AC)

⁸¹ "Art. 178: Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII da CF de 1988."

⁸² Petição nº 72.377/06

3.2-Análise do caso

O Ministro Gilmar Mendes, no começo do seu voto, tenta fixar a premissa de que a Reclamação é cabida neste caso. Ele faz alusão à decisão da questão de ordem em agravo regimental na “Rcl. 1.880 AgR, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002”:

*O Tribunal restou assente o cabimento da Reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à **eficácia vinculante erga omnes** das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado⁸³(grifo nosso).*

A Rcl nº 1.880/02 fala em decisão com efeito *erga omnes* e vinculante, como pudemos observar. Não há possibilidade, a partir de uma interpretação literal, de englobar a decisão do habeas corpus nº 82.959/06.

⁸³Voto do Min. Gilmar Mendes, Rcl nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007

O Ministro-Relator, Gilmar Mendes, durante seu voto faz uma interpretação bastante teórica, valendo-se de doutrina estrangeira, nacional e de bastante jurisprudência, para tentar realizar uma **mutação constitucional**⁸⁴.

Gilmar Mendes pretende modificar os efeitos do controle por via difusa para que estes possam adquirir efeito *erga omnes* e vinculante. Com estes efeitos atribuídos às decisões em controle difuso de constitucionalidade, seria possível argumentar o cabimento da Reclamação de desrespeito a uma decisão do Supremo neste modelo de controle.

Mendes inicia sua argumentação questionando se a resolução legislativa, neste caso, estaria ou não vinculada à decisão do Supremo. Para responder a questão, Mendes se reporta ao acórdão do MS nº 16.512/SP, analisado por nós outrora, e cita uma passagem do voto do Ministro Pedro Chaves⁸⁵ e do Ministro Pedro Nunes⁸⁶ para argumentar que o ato do Senado apenas torna ampla a decisão do STF.

Mais adiante, o Ministro trava uma discussão a respeito de revogação e de suspensão a fim de discutir qual destes conceitos seria mais bem aplicado ao Senado na sua competência de suspender os efeitos da norma inconstitucional⁸⁷.

Conclui que se trata de suspensão pelo fato de o Senado não ter poderes para revogar a norma neste caso.

O Ministro ainda traz muitos outros pontos que podem contribuir para que se considere a competência do Senado como meramente publicitária e que

⁸⁴ "Ato ou efeito modificativo da Constituição Federal sem revisões formais dos enunciados lingüísticos constitucionais. [...] Em razão disso, diferenciam-se *reformas constitucionais*, isto é, as alterações dos enunciados lingüísticos introduzidas mediante procedimentos formais de emendas, das *mutações constitucionais*, que são decorrência do processo informal a partir do qual, independentemente de mudanças textuais, atribuem-se novos sentidos à Constituição." Dimitri DIMOULIS, *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, p. 240-241.

⁸⁵ "O ato do Senado haveria de se ater à *extensão do julgado do Supremo Tribunal*" – Ministro Victor Nunes Leal, MS nº 16.512, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Plenário, DJ de 25.5.1966

⁸⁶ "[...] *não tendo [o Senado] competência para examinar o mérito da decisão (...), para interpretá-la, para ampliá-la ou restringi-la.*" Ministro Pedro Chaves, MS nº 16.512/SP, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ de 25.5.1966.

⁸⁷ Aproveitando a questão, gostaríamos de citar um acórdão que discute o tema a quem queira aprofundar o assunto e averiguar com que sentido o STF tem empregado o termo "suspensão": AI 677191/10 AgR., 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 08/06/2010.

seja atribuído ao STF o poder de suspensão dos efeitos da norma inconstitucional pela via difusa.

O caso particular da reserva de plenário que se encontra prevista no art. 481, § único do CPC⁸⁸ demonstra como o ordenamento jurídico possui institutos que centralizam o controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Em razão da dispensa da remessa ao plenário, ou aos órgãos especiais dos tribunais inferiores, pelo fato de haver tido pronunciamento do STF a respeito da matéria, o Ministro defende que este instituto é uma evidência de aproximação dos efeitos do controle difuso e concentrado.

Outro ponto trazido na argumentação é o fato de o ordenamento pátrio proporcionar institutos que trazem considerável aproximação entre os dois modelos de controle. O instituto da ADPF, que, na opinião de Mendes, seria um ponto de convergência entre os dois sistemas, difuso e concentrado é um exemplo.

O Ministro cita ainda as ações coletivas que *"como instrumento de controle de constitucionalidade relativizam enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo"*⁸⁹.

De maneira geral, concordamos com o Ministro no sentido de que a Constituição propicia um ambiente bastante favorável ao controle concentrado, e que tanto a jurisprudência como a legislação e o Constituinte caminham no sentido de atribuir cada vez mais eficácia a este modelo de controle.

Não sabemos, no entanto, se a interpretação conforme a Constituição para modificar a competência do Senado foi adequada.

⁸⁸ Código de Processo Civil

⁸⁹ Voto do Min. Gilmar Mendes, Rcl nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007.

3.3-Reflexões sobre o caso:

O Ministro Gilmar Mendes defende que a competência do Senado deveria ser ainda mais restringida, ao Senado deveria caber, na visão do Ministro, apenas a publicação do que teria sido decidido pelo STF, órgão este que suspenderia os efeitos da decisão *erga omnes*, com efeito vinculante.

Analisaremos, primeiramente, a forma pela qual o Ministro sustenta seu argumento. Posteriormente, analisaremos o argumento em si.

A mutação constitucional que o Ministro se propõe a realizar será feita a partir de uma interpretação conforme a Constituição.

O art. 52, X da CF de 1988 é bastante enfático em afirmar que “**competete privativamente ao Senado Federal [...]**”. Nos parece que esta preocupação do Constituinte em colocar o termo “privativamente” não foi por acaso.

A partir de uma interpretação literal, podemos notar que o dispositivo positivado manda que a Casa suspenda os efeitos, e não o Supremo.

É evidente que o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, e estamos de acordo que o Direito se interpreta sistematicamente. No entanto, criticamos a extensão da interpretação realizada por Mendes.

No nosso ponto de vista, a interpretação literal garante o princípio da Segurança Jurídica e da Legalidade. A interpretação que o Ministro desenvolveu, na nossa visão, fere a segurança jurídica já que é expressa a competência do Senado.

Não devem ser aceitas interpretações que ofendem a segurança jurídica e que não respeitem o mínimo de legalidade pelo fato de se abrir espaço para futuras interpretações que possam vir a desestruturar garantias e direitos fundamentais.

A interpretação literal deveria ter sido utilizada como baliza para a interpretação sistemática, o que não foi feito. Mendes parte diretamente para interpretação sistemática, sem qualquer baliza.

Como vimos, a jurisprudência e o Poder Constituinte caminham no sentido de restringir a competência do Senado Federal e, mais adiante, é possível que o instituto seja modificado.

Nos parece importante que, antes de se tomar esta decisão, seja observado o modo que o Senado tem desempenhado sua função. Neste ponto, o Poder Público terá que se valer da academia, assim como o Secretária de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça tem feito, financiando pesquisas acadêmicas a fim de ter um posicionamento científico sobre uma determinada conduta que pretendia tomar.

No nosso ponto de vista, o fato da competência para suspensão da norma declarada inconstitucional estar nas mãos do Senado seria um exemplo dos freios e contrapesos do princípio da Tripartição de Poderes. Se a Casa legislativa desempenha de maneira adequada a suspensão, analisando se todo o processo do controle de constitucionalidade foi adequado, haverá um "freio" institucional sendo realizado, que deverá ser acompanhado do devido diálogo institucional para que se cumpra a harmonia dos Poderes, almejada pelo art. 2º da CF de 1988.

Acreditamos que seria ideal se o Senado desempenhasse de maneira adequada a competência num contexto constitucional mais equilibrado entre o Supremo e a Casa.

Entenderíamos por adequada a maneira discricionária pela qual o Senado pudesse desenvolver a suspensão, seguindo o posicionamento do Ministro Aliomar Baleeiro, que afirma que o Senado poderia escolher oportunamente seria ou não adequado estender os efeitos daquela declaração no caso concreto para toda a sociedade.

Isto é relevante pelo fato de se tratar de controle difuso de constitucionalidade, logo, de efeitos normativos no caso concreto. É possível que em um determinado caso haja uma situação *sui generis* que enseje a declaração incidental, no entanto, a realidade da nação seja distinta e, portanto, inoportuna eventual suspensão da norma.

Fato é que a interpretação atual do art. 52, X da CF de 1988 não dá margem a esta situação. O sistema constitucional de controle de constitucionalidade também dificulta bastante, como pudemos analisar durante o trabalho. Hoje, pela democratização de acesso ao controle concentrado, já é possível rever a inércia ou a decisão do Senado que vá além dos limites do acórdão do STF.

Por fim, entendemos que caso se pense em retirar a competência do Senado, é necessário que seja editada uma emenda constitucional para a mudança do art. 52, X da CF de 1988.

Se depois de acurada análise o Constituinte Derivado entender necessária a retirada da competência, que seja feita por meio de EC, para que os outros institutos jurídicos possam ser devidamente disciplinados, e para que se respeite o texto empregado pelo Constituinte Originário.

-CONCLUSÃO:

O mecanismo de suspensão de efeitos da norma declarada inconstitucional pelo STF, criado pelo Constituinte de 1934, foi analisado a partir de diversas perspectivas neste trabalho.

Estabelecemos uma divisão para analisar este instituto: o controle difuso, no qual nos debruçamos especialmente sobre a questão da discricionariedade, e o controle concentrado, no qual pudemos constatar a interpretação no sentido da suspensão nestes casos.

Dentro da parte de controle difuso, trabalhamos também a interpretação atual da competência da Casa legislativa no tocante à discricionariedade em sentido amplo no controle difuso.

A maioria dos ministros firmou entendimento de não incidência da discricionariedade, estando o Senado vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como nós entendemos que a vinculação do Senado aos limites do acórdão do Supremo depende do caráter discricionário da suspensão, pode-se afirmar aqui que também foi restringida a competência da Casa legislativa neste setor.

Além deste entendimento, no controle difuso os ministros afastam a competência do Senado no tocante ao controle concentrado por entender que a lei é declarada inconstitucional "em tese".

Estes dados são referentes à primeira etapa do trabalho, aos casos paradigmáticos, que firmaram o entendimento da Corte.

Em relação a estes casos, pode-se notar que é indubitável o caráter restritivo da jurisprudência constitucional referente à competência do Senado para suspender os efeitos da norma inconstitucional.

Pudemos notar em nossa análise que o Constituinte de 1988, em especial o Constituinte Derivado, também caminhou no sentido de restringir a competência do Senado Federal. O desenho de um sistema de controle de constitucionalidade que se baseia no controle concentrado, assim como a criação de mecanismos como a súmula vinculante, inibe a participação do Senado.

Dentro deste contexto constitucional de limitação da competência do Senado, a Corte se posicionou por meio de uma decisão de ação direta de inconstitucionalidade no sentido de que o Senado deve estar adstrito aos limites da decisão da Corte. Com isto, pode-se interpretar que o Senado não possui discricionariedade.

O Ministro Gilmar Mendes, ao realizar a interpretação conforme a Constituição em seu voto na Rcl nº 4335-5/AC⁹⁰, busca limitar ainda mais a competência da Casa legislativa. Afirma que ao Senado compete apenas o ato de publicar a suspensão efetuada pelo STF.

Ainda que estejamos de acordo que tanto a jurisprudência constitucional como o Poder Constituinte caminhem no sentido de dar preferência ao controle concentrado, não nos parece que o método adotado pelo Ministro seja adequado.

Haveria um ferimento aos princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica caso fosse adotada a interpretação proposta: O dispositivo constitucional é

⁹⁰Voto do Min. Gilmar Mendes, Rcl nº 4335-5/AC, Plenário, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/02/2007

expresso em determinar que compete, *privativamente*, ao Senado a suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional.

Acreditamos que, caso seja realmente necessária a concentração do controle de constitucionalidade, a mudança deve ser feita a partir de uma emenda constitucional para que o ordenamento jurídico possa ser harmonizado.

-BIBLIOGRAFIA:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. - São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pág: 430.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª edição. - São Paulo: Saraiva, 2009, págs.: 11 – 15; 46-51; 106-109; 125-128; 195-215.

DIMOULIS, Dimitri - coordenador geral. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Universitário*. - São Paulo: Saraiva, 2010, págs.: 61 e 364.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Currículo Pensante: Direito Constitucional módulo V –Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_gilmar_mendes.pdf. Acessado no dia 10/11/2010.

MARTIN, Elizabeth A. *Oxford Dictionary of Law*. Oxford University Press, fifth edition, 2002.

SLAIBI FILHO, NAGIB. (2006) *Breve História do Controle de Constitucionalidade*. Disponível em:

http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/breve_historia_controle_constitu.pdf. Acessado no dia 10/9/2010.