

Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade

Myths and mistakes about the senate participation in judicial review system

Fábio Carvalho Leite*

Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro-RJ, Brasil

1. Introdução

A história que o Direito brasileiro conta para si mesmo a respeito da participação do Senado no controle de constitucionalidade pode ser resumida nas seguintes linhas.

A Constituição de 1934 atribuiu competência ao Senado para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, resolvendo assim o problema experimentado na vigência da Constituição de 1891, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei, mesmo pelo STF, ficava restrito ao processo julgado. Essa novidade, contudo, foi suprimida no texto da Constituição outorgada pouco mais de três anos depois (10/11/1937), com a dissolução do próprio Senado (e do Poder Legislativo em geral, em todas as esferas federativas – art. 178). A experiência do modelo de controle concreto-difuso (inaugurado na Primeira República) com a participação do Senado só ocorreu a partir da Constituição de 1946, que restabeleceu o sistema definido em 1934. O controle de constitucionalidade naquele período tornou-se mais dinâmico, já que o Senado a partir de então daria eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, evitando assim novas demandas judiciais sobre a mesma questão.

* Doutor em Direito Público (UERJ), Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC-Rio. Bolsista de Produtividade em pesquisa do CNPq. Coordenador da PLEB – Grupo de Pesquisa sobre Liberdade de Expressão no Brasil. E-mail: fabiojur@puc-rio.br

A Constituição de 1946 também previu uma representação interventiva a ser julgada pelo STF (art. 8º, parágrafo único), semelhante àquela criada na Constituição de 1934 (art. 12, § 2º), mas com objeto distinto: se antes a Corte Suprema deveria declarar a *constitucionalidade da lei federal* que decretava a intervenção nos Estados, a partir de 1946 o STF deveria declarar a inconstitucionalidade do ato normativo estadual para que a intervenção (nas hipóteses do art. 7º, VII) eventualmente fosse decretada. O STF, contudo, não poderia suspender a eficácia da lei estadual, nem comunicar a decisão ao Senado para fazê-lo. Nesse caso, a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a competência para “suspender a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado” (art. 13). O Senado passou a dividir com o Congresso a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF: o primeiro, quando se tratasse de controle concreto, e o segundo, quando se tratasse de representação interventiva. A narrativa histórica poderia se encerrar aqui, já que a inovação que se seguiu foi a criação, em 1965, da representação de inconstitucionalidade, inaugurando o controle abstrato-concentrado no país. No entanto, mesmo as decisões proferidas em sede de controle abstrato foram, por mais de uma década, encaminhadas ao Senado, já que “[d]urante algum tempo houve dúvida a respeito da competência do Senado, se abrangente também das declarações de inconstitucionalidade em tese, ou se pertinente apenas às declarações de inconstitucionalidade *in casu*”¹— dúvida que foi encerrada em 1977², quando então passou-se a “atribuir eficácia geral à decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de controle abstrato, procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/69 [relativo à competência do Senado]”³.

A atuação do Senado no controle de constitucionalidade, portanto, estava restrita ao controle concreto. E o Senado só poderia suspender a execução de lei declarada total ou parcialmente inconstitucional pelo STF, não podendo ir além nem ficar aquém do que o tribunal tivesse decidido. E, uma vez editada a resolução suspensiva, não poderia o Senado editar nova resolução, revogando a primeira. Também não poderia suspender

1 CLÈVÊ, 1995, p. 91.

2 CLÈVÊ, 1995, pp. 91-92; MENDES, 2004, p. 155; BARROSO, 2014, p. 156.

3 MENDES, 2004, p. 155.

interpretação ou aplicação inconstitucional de lei, ou seja, não caberia ao Senado atuar se o STF tivesse decidido apenas que determinada interpretação de lei ou que sua aplicação em alguma(s) hipótese(s) era inconstitucional (interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto). Por fim, a competência do Senado estava restrita a casos de inconstitucionalidade, não abrangendo as situações de conflito entre Constituição e lei anterior, pois esse seria um caso de revogação e não de inconstitucionalidade.

Em linhas muito gerais, essa é a história da atuação do Senado no controle de constitucionalidade brasileiro, seus limites e contornos. Uma história que é contada pela doutrina constitucionalista, sem divergências entre autores. Todavia, há aqui um problema: esta narrativa histórica está repleta de equívocos e impropriedades. Não se trata de posições assumidas ou juízos formulados sobre a forma como o Senado exerce essa competência, nem de interpretações sobre seus limites e possibilidades. Autores podem divergir – e é esperado que diverjam – a esse respeito. Mas uma narrativa histórica que é consensualmente reproduzida e, no entanto, apresenta uma série de equívocos aponta para um problema metodológico muito grave: a ausência de uma investigação histórica para sustentá-la.

O presente trabalho é fruto do levantamento de todas as resoluções suspensivas já editadas pelo Senado até o ano de 2016. A partir desses dados e da análise de decisões do STF, contesto afirmações doutrinárias que sugerem uma narrativa histórica baseada em fatos, mas que na verdade decorrem da leitura que se faz no presente sobre normas constitucionais pretéritas. Não é o propósito aqui defender aquela competência atribuída ao Senado – um mecanismo constitucional anacrônico que merece ser criticado. Mas a própria crítica sustentável demanda um conhecimento a respeito do objeto a ser criticado, e alguns dos dados atualmente apresentados como argumentos contra a participação do Senado no controle de constitucionalidade não têm base empírica.

2. O Senado no controle de constitucionalidade: primeiras resoluções

A história da participação do Senado no sistema de controle de constitucionalidade remonta à Constituição de 1934, mas apenas no plano formal. Aquela Constituição vigorou por pouco mais de três anos e, ao menos a partir dos dados disponíveis, não foi possível localizar nenhuma reso-

lução editada pelo Senado suspendendo lei inconstitucional no período de 1934-1937 – apenas uma referência a um projeto apresentado “nos últimos dias do Senado, em 1937 (...) suspendendo a execução de um regulamento baixado pelo Governo e que [segundo Prado Kelly, na Constituinte de 1946] afetou, grandemente, os interesses da defesa nacional”⁴. Assim, considerando-se que o texto de 1937 não manteve essa atribuição criada em 1934, pode-se dizer que, na prática, a história da participação do Senado no controle de constitucionalidade deve ser contada a partir da Constituição de 1946.

No período de vigência da Constituição de 1946, o Senado de fato exerceu aquela competência, e editou, no total, 73 resoluções suspendendo a execução de atos normativos declarados inconstitucionais pelo STF em sede de controle concreto-difuso – uma quantidade adequada para um período de pouco mais de duas décadas (16/08/1946 a 24/01/1967), confirmando a ideia de que o país experimentou, enfim, um modelo dinâmico e eficiente de controle de constitucionalidade. Esse número, contudo, analisado de forma mais aproximada, revela que a realidade não foi exatamente essa.

Em primeiro lugar, a quantidade de resoluções deve ser reduzida para 70 resoluções, porque duas (RSF n.ºs 93/65 e 122/65) apenas retificavam resoluções anteriores (RSF n.ºs 32/65 e 80/65) e outras duas tinham exatamente o mesmo conteúdo (RSF n.ºs 13/58 e 30/64). Ainda assim, seria uma quantidade razoável para o período considerado. Ocorre que a referida RSF n.º 13, de 07/07/1958, foi a primeira resolução editada pelo Senado – e foi também a única naquele ano. Ou seja, em quase doze anos de vigência da Constituição de 1946, não foi editada nenhuma resolução. No ano seguinte (1959), foram editadas apenas duas resoluções: 23/59 e 26/59. E se a RSF n.º 13 de 07 de julho de 1958 suspendeu dispositivo de lei declarado inconstitucional naquele mesmo ano (Recurso de Mandado de Segurança n.º 4.992, julgado em 06 de janeiro de 1958), as resoluções 23 e 26, de 23 de outubro e 2 de dezembro de 1959, referiam-se a dispositivos declarados inconstitucionais em 1956 e 1957⁵, respectivamente. Já se pode notar que,

4 DUARTE, 1947, p. 140.

5 No caso julgado em 1957 (Mandado de Segurança n. 5075), o STF julgou inconstitucional o art. 1º do Decreto n.º 39.515, de 6 de julho de 1956, um decreto que tinha apenas dois artigos, sendo que o segundo dispunha apenas que “[o] presente decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”. Ainda assim, a suspensão pelo Senado foi limitada ao que o STF declarou inconstitucional.

desse universo de 70 resoluções em pouco mais de duas décadas, 67 foram editadas em sete anos. E, mesmo nesses sete anos, a distribuição não foi equitativa, como se pode verificar no quadro abaixo:

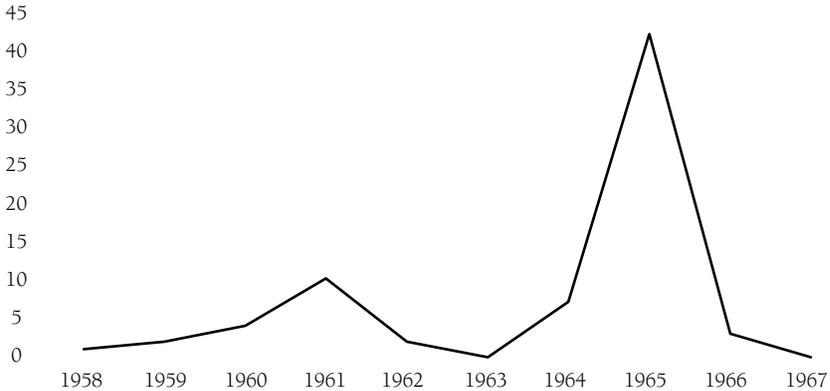


Gráfico 1 Quantidade de resoluções do Senado em sede de controle de constitucionalidade por ano (1958 - 1967)

Se considerarmos que todas as resoluções de 1964 foram aprovadas depois do golpe militar de 1º de abril, e que em 1963 nenhuma resolução foi editada, pode-se dizer que, durante o regime democrático, foram editadas 19 resoluções, todas num período de cerca de quatro anos e meio entre julho de 1958 e dezembro de 1962.

Esses números, por si sós, não permitem um juízo a respeito do *timing* do Senado no exercício daquela atribuição. Na verdade, esses números dizem muito pouco e ocultam uma realidade bem mais complexa. As três primeiras resoluções, de 1958 e 1959, por exemplo, podem até sugerir uma atuação num prazo razoável, mas também deixam a seguinte indagação: por que o Senado suspendeu em julho de 1958 um dispositivo legal declarado inconstitucional em janeiro do mesmo ano, mas só em 1959 suspendeu dispositivos que foram julgados inconstitucionais em 1956 e 1957? Essa seria, porém, uma questão menor, porque, ainda que com intervalos diferenciados, as datas estão relativamente próximas, e seria possível concluir que a dinâmica entre o STF e o Senado estaria funcionando num *timing* razoável.

Isso, contudo, pressupõe (i) que o STF não declarou inconstitucionalidade de lei em controle concreto-difuso antes de 1956 e (ii) que esses

intervalos (de poucos meses ou até três anos) se mantiveram nos anos seguintes. Assim, por exemplo, uma lei declarada inconstitucional em 1959 seria suspensa em algum momento entre 1960 e 1962; uma lei declarada inconstitucional em 1960 seria suspensa até 1963. Mas a realidade foi outra, e bem diferente. Se considerarmos as leis declaradas inconstitucionais pelo STF em controle concreto-difuso até 1953, e que foram suspensas pelo Senado, temos o seguinte resultado:

Tabela 1.

Data do julgamento	Processo	Resolução do Senado
15/09/48	RE nº 11.543	RSF nº 99/65
28/04/49	RE nº 11.534	RSF nº 06/65
17/07/49	RE nº 12.913	RSF nº 33/60
13/12/50	RE nº 16.697	RSF nº 07/65
03/01/51	RE nº 15.610	RSF nº 27/65
22/11/51	RE nº 19.285	RSF nº 14/65
11/01/52	RE nº 15.861	RSF nº 62/65
06/07/53	RE nº 17.246	RSF nº 109/65
18/12/53	RE nº 19.281	RSF nº 26/65

É sugestivo responsabilizar o Senado pelos longos intervalos entre a decisão do STF e a aprovação da resolução suspensiva. Mas esse seria um julgamento precipitado – e equivocado. Enquanto a Constituição de 1934 determinava que caberia ao Procurador-Geral da República comunicar ao Senado as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, a Constituição de 1946 silenciava a esse respeito. E como “cachorro com mais de um dono morre de fome”, a ausência de uma regra definindo o responsável pelo encaminhamento das decisões ao Senado, se não foi a única causa para o resultado, certamente contribuiu para o quadro apresentado até aqui, incluindo o fato de a primeira resolução ter sido editada somente em 1958.

Essa impressão é corroborada por uma manifestação do Senador Cunha Mello, em sessão realizada em 26 de abril de 1958, quando ressaltou que já havia solicitado ao Procurador-Geral da República que informasse “sobre as leis declaradas inconstitucionais pelo STF e a respeito das quais não ha-

via comunicação ao Senado da República” (Diário do Congresso Nacional, seção II – doravante DCN II – 28/04/58, p. 611). Segundo o Senador, “essa omissão do Supremo Tribunal está tornando quase sem efeito o artigo constitucional que dá ao Senado a faculdade de suspender lei julgada inconstitucional” (idem). A resposta do Procurador-Geral da República limitou-se a informar a quantidade de decisões proferidas. “Posteriormente” – prosseguiu o Senador – “o Senado pediu ao Presidente daquela Egrégia Corte [que] informasse quais leis foram julgadas inconstitucionais. Até hoje não chegou a esta Casa qualquer esclarecimento nesse sentido. Daí decorre que a faculdade constitucional do Senado não pôde ser exercida” (idem). Coincidentemente, naquele mesmo dia o Presidente do Senado havia recebido do Presidente do STF, Ministro Orozimbo Nonato, “ofício acompanhado de documentação volumosa em que Sua Excelência respondendo ao Ofício número 246-57 do Senado Federal, envia o texto de julgados daquela Alta Corte que declararam a inconstitucionalidade de várias leis”, informando ainda que seriam posteriormente encaminhadas outras decisões, “tão logo estejam prontas as cópias de outros processos” (idem). Aparentemente, o envio de ofícios tornou-se uma prática a partir de 1957 (incluindo o referido ofício 246-57), atendendo ao pedido do Senador Cunha Mello – como observou o próprio parlamentar em sessão realizada em junho de 1959:

Graças ao meu parecer e graças às primeiras diligências que fiz, logrei que o Supremo Tribunal Federal mudasse de orientação, dando ensejo ao Senado de cumprir o dever que lhe foi imposto pelo art. 64 da Constituição da República. Existiam então 95 julgamentos de leis inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Desses noventa e cinco julgamentos, até então o Senado não tinha conhecimento de nenhum⁶.

Talvez seja exagero afirmar que o Senado não havia recebido nenhum ofício⁷ – identifiquei ao menos um ofício (Ofício S 8) enviado em 1953, encaminhando “acórdão daquele Tribunal sobre declaração a inconstitucionalidade do dispositivo do Decreto-lei nº 5.844, de 23 de setembro de

6 CONGRESSO NACIONAL, 1959, p. 999.

7 É importante ressaltar que, em 1947, o Presidente do STF havia encaminhado ao Senado o ofício S-34, informando a respeito da declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição de São Paulo, mas em sede de representação interventiva (Representação n. 96). SENADO FEDERAL, 1948, p. 230.

1943”⁸ – mas, de modo geral, parece correta a afirmação feita pelo parlamentar. Além da falta de iniciativa por parte do STF na primeira década (e cabe registrar que o ofício que resultou na RSF nº 26/59 foi enviado pelo Presidente da Corte “a requerimento de parte interessada”), outro problema foram os eventuais equívocos nas informações prestadas, o que demandava esclarecimentos em nova troca de ofícios pelos órgãos⁹.

O Senado também teve que lidar com situações inusitadas como a análise de memorial enviado diretamente pelo Prefeito de Marília (SP), solicitando que fosse suspensa uma lei estadual que teria sido declarada inconstitucional pelo STF – memorial que foi posteriormente arquivado pelo Senado, diante de resposta do Presidente do STF, informando que o tribunal, na verdade, “declarou não ser inconstitucional a citada lei”¹⁰.

E a cautela na análise dos intervalos deve ser redobrada. Por exemplo: numa primeira leitura, seria possível imaginar que a RSF nº 14, aprovada em 1974, havia suspenso dispositivos de lei declarados inconstitucionais pelo STF em 1961. Esses dispositivos, contudo, já haviam sido suspensos em 1965, pela RSF nº 11/65. A RSF nº 14/74 apenas alterou a redação do art. 1º da RSF nº 11/65, tornando-a mais clara em relação ao que efetivamente havia sido decidido pelo STF¹¹.

Embora não acredite que tenha exercido influência sobre os trabalhos do Senado, há um fato aqui a ser ressaltado: a partir de 1963, o STF passou a editar súmulas (que não tinham efeito vinculante), cujos enunciados por

8 SENADO FEDERAL, 1954, p. 536. Não há informação sobre o dispositivo específico nem sobre o processo, mas a partir de pesquisa junto ao site do STF, trata-se do Recurso Extraordinário n. 19.448, julgado em 24/11/1952, onde foi declarada a inconstitucionalidade do art. 24, parágrafo único do decreto-lei em questão.

9 No ofício 179-p, enviado em 06/05/1958, o Presidente do STF havia encaminhado quatro acórdãos, informado quais eram os processos, as datas dos julgamentos e os “respectivos” dispositivos legais que haviam sido declarados inconstitucionais. Notei, contudo, que não havia correspondência entre os acórdãos e os dispositivos inconstitucionais – estavam fora de ordem.

10 SENADO FEDERAL, 1959, p. 733.

11 O artigo 1º da RFS nº 11/65 tinha a seguinte redação: “É suspensa, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sessão de 9 de agosto de 1961, no Mandado de Segurança nº 8.696, do Estado do Paraná, a execução das Leis nºs 4.073, de 1959, na parte que determina a cobrança do Imposto de Selo de 3% ad valorem, e 643, de 19 de junho de 1947, regulada pela portaria nº 758, de 17 de agosto de 1954, do mesmo Estado”. Já o artigo único da RSF nº 14/74 estabelecia que o art. 1º da RSF nº 11/65 passaria a vigorar com a seguinte redação: “É suspensa, por inconstitucionalidade, nos termos da decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em 9 de agosto de 1961, no Mandado de Segurança nº 8.696, do Estado do Paraná, a execução dos arts. 5º, 6º, 7º e 8º e a do nº 5 da Tabela “A” do Decreto-Lei número 643, de 19 de junho de 1947, com a redação que lhe deram os arts. 4º e 5º da Lei nº 4.073, de 31 de agosto de 1959, daquele Estado”.

vezes se referiam à inconstitucionalidade de algum ato normativo específico (Súmulas 107, 124, 126 135, 138 e 144 – no período entre 1963 e 1964) ou de leis em geral que tivessem determinado conteúdo (Súmulas 67 e 82 – no período entre 1963 e 1964).

De todo modo, o que se observa é que, embora, em termos comparativos, o sistema de controle de constitucionalidade tivesse de fato melhorado com a participação do Senado, não se deve idealizar esse avanço. E não apenas em razão dos problemas apontados. Esses se referem à atuação do Senado no controle concreto-difuso, a partir da qual foram editadas 73 resoluções até a entrada em vigor da Constituição de 1967. Mas se considerarmos a atuação do Senado no controle de constitucionalidade em geral, a quantidade de resoluções suspensivas aumenta para 149 no mesmo período. Contrariando a narrativa histórica feita pela doutrina, foi o Senado, e não o Congresso Nacional, que suspendeu os atos estaduais declarados inconstitucionais em sede de representação interventiva – o que gerou consequências para o controle abstrato-concentrado inaugurado em 1965.

3. O Senado na representação interventiva e seu legado para a representação genérica

A leitura do disposto nos artigos 8º e 13 da Constituição de 1946 sugere que, após a declaração de inconstitucionalidade de leis ou dispositivos de leis estaduais infringentes dos princípios constitucionais sensíveis, o próximo passo seria a aprovação do decreto legislativo suspendendo a sua execução. Mas esta leitura não considera uma hipótese que se fez presente, se não em todos, certamente na maioria dos casos: e se os próprios órgãos estaduais suspendessem ou revogassem os atos normativos, em cumprimento ou respeito à decisão do STF? A aprovação de um decreto legislativo nesse caso não teria propósito.

Themístocles Cavalcanti observou em seus Comentários à Constituição (1948: 231) que “[q]uando (...) tiver a decisão proferida pelo Supremo Tribunal pronto cumprimento, a manifestação do Congresso será, segundo nos parece, desnecessária porque viria provocar o exame político de uma questão que teve o seu desfecho completo através do judiciário”. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Representação nº 94, relativa à arguição de inconstitucionalidade de dispositivos de caráter parlamentarista da Cons-

tuição do Rio Grande do Sul de 1947, quando não houve sequer tempo para apresentação de projeto de decreto legislativo no Congresso Nacional. Esta parece ter sido a prática em relação às representações interventivas: o Presidente do STF (ou o Procurador-Geral da República) encaminhava ofício às autoridades estaduais responsáveis pelo ato inconstitucional, que tomariam as medidas necessárias, dispensando a atuação do Congresso Nacional, que, de fato, não editou nenhum decreto legislativo suspensivo, com base no art. 13 da Constituição¹².

Mas se as providências pelos órgãos estaduais, em respeito à decisão do STF, dispensavam a aprovação de um decreto legislativo, por que o Senado editou resoluções suspendendo os atos normativos? Nesses casos, a questão relativa aos intervalos entre a decisão do STF, o encaminhamento da decisão ao Senado e a edição de resolução suspensiva torna-se ainda mais curiosa, já que a suspensão do ato normativo seria voltada ao “restabelecimento da normalidade no Estado” (art. 13, da Constituição de 1946). Se era este o propósito, qual seria o sentido de suspender em 1961 (RSF nº 01/61) um ato normativo declarado inconstitucional em 1948 (Rp nº 102, julgada em 24/11/48)? Ou suspender em 1964 (RSF nº 29/64) um ato normativo declarado inconstitucional em 1947 (Rp nº 97, julgada em 12/11/47)? E, novamente, atribuir a responsabilidade ao Senado seria precipitado: a RSF nº 1/61, por exemplo, decorreu de ofício encaminhado pelo Presidente do STF em 13 de maio de 1958, para que fosse suspenso um ato normativo declarado inconstitucional em 1948, ou seja, quase uma década antes.

O desconhecimento por parte da doutrina constitucionalista a respeito da atuação do Senado nos casos de representação interventiva chega a ser chocante, se considerarmos a quantidade de resoluções que foram aprovadas na vigência da Constituição de 1946: das 148 resoluções aprovadas, um pouco mais da metade (76) suspenderam leis declaradas inconstitucionais em representação, enquanto 72 suspenderam leis declaradas inconstitucionais em controle concreto (50 em recursos extraordinários; 19 em

12 Isso ficou mais claro ainda na lei nº 4.337, de 1964, que regulava a representação interventiva: “Art. 7º Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado que seja o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Congresso Nacional para os fins dos artigos 8º, parágrafo único, e 13 da Constituição Federal. Art. 8º Caso não sejam suficientes as providências determinadas no artigo anterior e, sem prejuízo da iniciativa que possa competir ao Poder Legislativo, o Procurador-Geral da República representará ao Congresso Nacional para que seja decretada a intervenção federal nos termos do art. 8º, parágrafo único da Constituição Federal”.

mandados de segurança e recursos em mandado de segurança; 3 em outros processos), como se nota no quadro abaixo:

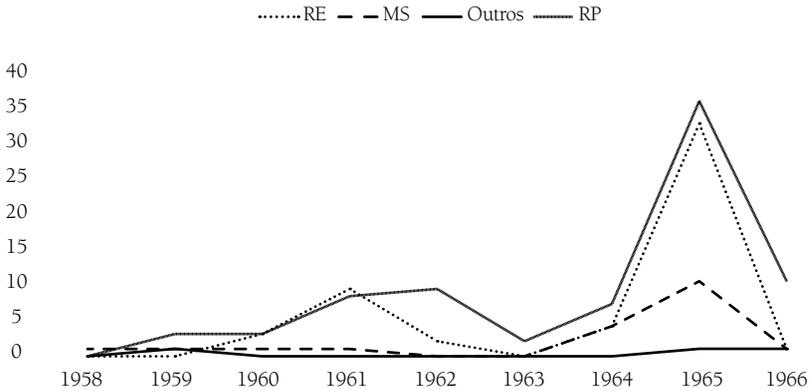


Gráfico 2 Resoluções do Senado em controle de constitucionalidade por classe processual (1958 - 1966). No caso, RP significa representação (interventiva e genérica de inconstitucionalidade), RE significa Recurso Extraordinário, MS significa mandado de segurança (e Recurso em mandado de segurança), e Outros significa qualquer outra espécie de processo.

Esse entendimento do STF, de que deveria encaminhar também as decisões proferidas em representação – e que contrariava não apenas a leitura mais óbvia do texto constitucional, mas também o entendimento da doutrina da época¹³ – foi alterado radicalmente sob a égide da Constituição seguinte, e sem que a Corte explicasse seus motivos para tal mudança. A manifestação do tribunal ocorreu no seguinte contexto: no dia 3 de maio de 1967, o STF havia julgado procedente a Representação nº 658, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 959, de 8 de abril de 1964, do Estado de Santa Catarina, que havia criado o Município de Agrônômica. O Senado então editou a RSF nº 83/67, a partir do ofício nº 17/67-P/ MC enviado em 21 de agosto de 1967 pelo Presidente do STF, Min. Luiz Gallotti, suspendendo a execução da referida lei. No entanto, no dia 22 de novembro daquele mesmo ano, o Presidente do STF enviou novo ofício (Of. nº G-273/67) ao Senado afirmando que teria ocorrido um equívoco

13 CAVALCANTI, 1948, p. 230.

de sua parte por ter encaminhado o ofício anterior. E o equívoco decorreria justamente do fato de que, em caso de declaração de inconstitucionalidade em sede de representação interventiva, a competência para suspender a execução do ato não seria do Senado – o que fez o Senado editar nova resolução (RSF nº 48/68) tornando sem efeito a RSF nº 83/67. O Ministro Gallotti, após descrever a diferença entre inconstitucionalidade em controle concreto e em sede de representação interventiva, concluiu:

Parece-me resultar claro, assim, que, no primeiro caso (inconstitucionalidade declarada em ações, mandado de segurança etc.), a competência cabe ao Senado; mas, em se tratando de inconstitucionalidade declarada em representação, fundada no art. 8, parágrafo único, da Constituição de 1946, ou no art. 11, par. 1, letra c, da atual, a competência só poderá caber ao Presidente da República e ao Congresso Nacional.

Houve equívoco, por conseguinte, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, no envio, ao Senado, do Ofício nº 17/P/MC, de 21 de agosto de 1967¹⁴.

O que há de curioso neste episódio não é o “equívoco” cometido e reconhecido pelo Presidente do STF em 1967, mas o absoluto silêncio sobre o que seriam *quase uma centena de equívocos* cometidos pela Corte até aquele momento, o que dificulta a compreensão do sentido de uma prática adotada desde a década de 50, e consolidada ao longo dos anos – e também do porquê da mudança. De todo modo, a partir dos fatos e dados levantados e expostos, é possível especular um pouco a respeito deste quadro (indiscutivelmente confuso e ignorado pela doutrina), com o propósito de buscar uma explicação, não uma justificativa.

A atuação do Senado, que ocorreu “de fato”, mas sem embasamento jurídico, não parecia *substituir* a atuação do Congresso Nacional, o que seria um erro demasiadamente grosseiro para ser sustentado. A aprovação de decreto legislativo pelo Congresso Nacional, para os fins do artigo 13

14 Antes desse último ofício, o Presidente do STF também havia comunicado ao Senado (Ofício nº 21/67 - P/MC) a respeito da declaração de inconstitucionalidade da lei nº 2.942, de 2 de outubro de 1963 do Estado do Rio Grande do Norte, que criou o Município de Serrinha, desmembrado do Município de Santo Antônio, nos termos do acórdão proferido na representação nº 642, julgada em 30 de agosto de 1967. O Senado não suspendeu a execução da lei naquele ano, talvez em razão do ofício de 22 de novembro (Of. nº G-273/67), mas o fez três anos depois, por meio da RSF nº 53/70. Alertado mais uma vez pelo Presidente do STF (Ofício nº 30/70 - P/MC) sobre o equívoco no envio de acórdãos relativos a representações interventivas, o Senado editou a RSF nº 91/70, tornando sem efeito a resolução anterior.

da Constituição, embora pudesse parecer uma medida necessária a partir de uma leitura do texto constitucional, o que foi e ainda é endossado pela doutrina constitucionalista, revelou-se, na prática, uma medida dispensável, em razão do cumprimento da decisão do STF pelas autoridades estaduais. Em alguns casos, envolvendo criação de municípios, quando o cumprimento da decisão do STF esbarrava em alguma dificuldade de ordem prática, a questão foi resolvida no âmbito da representação, dispensando mais uma vez a atuação do Congresso Nacional.

Desse modo, se ainda assim o Senado editava resoluções suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais em sede de representação interventiva, isso parece sugerir que ele, na prática, assumia ou pretendia assumir outro papel, que não aquele destinado ao Congresso. Uma hipótese que se pode levantar é a de que a resolução do Senado poderia ser compreendida como uma medida necessária para formalizar a situação do ato normativo declarado inconstitucional. Consideremos, por exemplo, as decisões do STF na Representação nº 94, relativa a dispositivos da Constituição do Rio Grande do Sul, e na Representação nº 96, relativa a dispositivos da Constituição de São Paulo. Ambas foram julgadas em 1947 e tiveram o mesmo resultado: a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Em ambos os casos a decisão do STF foi cumprida pela Assembleia Legislativa, mas aparentemente só no Rio Grande do Sul os dispositivos declarados inconstitucionais foram formalmente revogados (por emenda constitucional). O Senado recebeu ofício da Presidência do STF em relação aos dois julgados e elaborou projeto de resolução para ambos os casos. Mas só aprovou o projeto relativo aos dispositivos de São Paulo (RSF nº 18/66). O projeto de resolução nº 39, de 1961, relativo aos dispositivos (revogados) da Constituição do Rio Grande do Sul, foi rejeitado no dia 2 de junho de 1964, e encaminhado para arquivo no dia 17 do mesmo mês. Reforça ainda a hipótese aqui levantada a manifestação do Senador paulista Lino de Mattos, em abril de 1958, cobrando que o Senado aprovasse uma resolução suspendendo os dispositivos julgados inconstitucionais na Representação nº 96: “Não obstante a declaração de inconstitucionalidade de tais dispositivos, conservam-se eles no texto da Constituição de São Paulo, porque, da parte do Senado, com lhe incumbe, *ex vi* do artigo 64, da Constituição Federal, não saiu o ato suspensivo da execução das mesmas disposições” (DCN II – 28/04/58, p. 611). A manifestação foi apoiada pelo Senador Cunha Mello, e não recebeu

nenhuma objeção pelos demais parlamentares presentes.

Quanto ao porquê da mudança de entendimento do STF, os dados levantados são insuficientes para se formular uma hipótese consistente. É válido lembrar que, de acordo com o texto constitucional seguinte (1967), a suspensão do ato estadual em caso de procedência de representação interventiva passou a ser de competência do Presidente da República, por meio de decreto (uma medida mais simples do que o processo para aprovação de decreto legislativo, envolvendo as duas Casas do Congresso Nacional), e que a representação interventiva teve a importância relativa e gradativamente reduzida a partir do advento da representação genérica de inconstitucionalidade (EC nº 16/1965). Mas seria meramente especulativa qualquer associação entre esses fatos e a mudança de entendimento do STF.

O que há talvez de mais relevante em todo este histórico é a constatação de que havia uma *práxis* consolidada de encaminhamento, pelo STF, de decisões em representação interventiva a fim de que fossem editadas resoluções suspendendo a execução do ato normativo estadual declarado inconstitucional. E que esse procedimento foi mantido quando foi criada a representação genérica de inconstitucionalidade em 1965, cabendo aqui recordar que essa nomenclatura “representação interventiva” e “representação (genérica) de inconstitucionalidade” foi criada em momento posterior, em sede doutrinária, pois na prática ambas as ações eram denominadas simplesmente representação e tinham a mesma sigla (RP) na jurisprudência do STF, diferenciando-se basicamente quanto ao objeto e ao parâmetro. Durante o período de 1967 (ano em que o STF decidiu que não deveria encaminhar decisões proferidas em sede de representação interventiva) até 1977 (quando decidiu o mesmo em relação à representação genérica), o Senado aprovou nada menos que 173 resoluções, das quais 97 eram relativas a representações e 76 relativas a controle concreto de constitucionalidade:

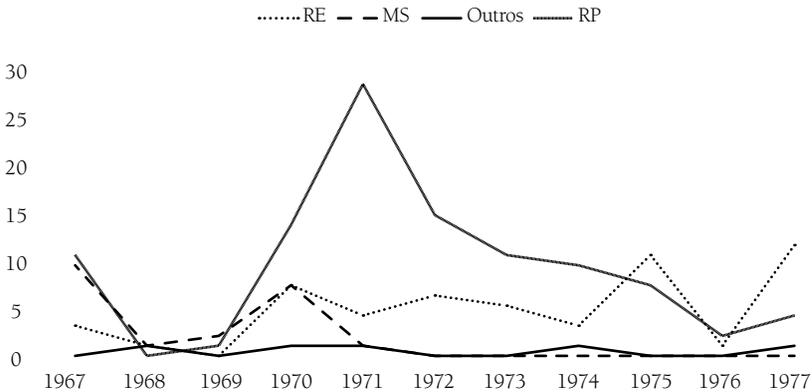


Gráfico 3 Resoluções do Senado em controle de constitucionalidade por classe processual (1967-1977)

Deve ser revista a ideia até hoje difundida de que o STF e o Senado simplesmente aplicaram à representação de inconstitucionalidade (criada em 1965) um procedimento adotado em sede de controle concreto-difuso. O mais correto seria reconhecer que, sob a égide da Constituição de 1946, o Senado suspendia a execução das leis declaradas inconstitucionais tanto em sede de controle concreto-difuso como em sede de “representação”, sendo indiferente o fato de ser esta interventiva ou de inconstitucionalidade. A atuação do Senado na representação genérica de inconstitucionalidade não era, portanto, uma questão autônoma, surgida a partir da sua criação em 1965. Mas passou a ser quando o STF, já sob a égide da Constituição de 1967, alterou seu entendimento quanto ao órgão competente para suspender as leis estaduais declaradas inconstitucionais em representação interventiva.

4. A atuação do senado em números: de 1980 a 2016

A crítica que se pode fazer hoje (ou a partir da promulgação da Constituição de 1988) à participação do Senado no controle de constitucionalidade, suspendendo a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, prescinde de dados, números e estudos empíricos. Essa previsão constitucional tinha algum sentido nos contextos de 1934 (embora não tenha sido

exercida) e de 1946, ao menos por um tempo. Não realizei uma investigação exaustiva das decisões encaminhadas pelo STF ao Senado, mas, a partir da leitura dos anais do Senado e de projetos de resolução apresentados junto à Comissão de Constituição de Justiça (CCJ), na vigência da Constituição de 1946 e nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1967, parece que a atuação do Senado foi mais burocrática do que política, deixando de aprovar resoluções apenas quando as leis inconstitucionais já tinham sido revogadas. Mesmo no caso da RSF nº 23/59, onde houve algum debate e votos vencidos na CCJ, os argumentos pareciam mais de ordem técnica do que política.

O problema ocorre quando a crítica à participação do Senado ultrapassa os argumentos teóricos (que seriam até suficientes) para incluir impressões pessoais, desprovidas de informações concretas sobre o que foi e ainda tem sido na prática a atuação do Senado. Foi o que ocorreu, por exemplo, na Reclamação 4.335, onde se discutiu a tese proposta por Gilmar Mendes de que as declarações de inconstitucionalidade em controle concreto-difuso pelo STF passariam a ter eficácia *erga omnes*, independentemente da atuação do Senado (ao qual caberia, segundo a tese – ao final rejeitada – uma estranha função de dar publicidade às decisões do tribunal). O Ministro Joaquim Barbosa havia contestado a ideia de um desuso ou uma obsolescência do art. 52, X, a partir de “um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2)”¹⁵. Esses dados foram reiterados pelo Ministro Lewandowski em seu voto, que informou ainda que, “entre 7 de fevereiro de 2007 e 16 de junho de 2010, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos Senadores, nada menos que 53 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução para suspender a execução de dispositivos declarados inconstitucionais em sede de controle difuso”. Mas essa realidade foi contestada pelo Ministro Gilmar Mendes em debate travado posteriormente com aqueles ministros:

¹⁵ Na verdade, foram oito resoluções aprovadas em 2006, devendo ser acrescentada a RSF nº 71/06 à lista citada pelo Ministro.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) – Vão tornar a letra morta um dispositivo da Constituição que vem sendo aplicado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Que não vem sendo aplicado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Vem sendo aplicado. Nós trouxemos dados.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Porque, literalmente, se nós formos fazer levantamento, não vem sendo aplicado.

O mais curioso é que, de certo modo, ambos os lados estão corretos (ao menos parcialmente), o que só confirma a importância de uma compreensão mais apurada dos dados quando se pretende invocar argumentos empíricos para esse debate. Entre 1988 e 2006, o Senado aprovou 70 resoluções suspendendo leis declaradas inconstitucionais pelo STF – mas como 2 eram relativas a ações diretas de inconstitucionalidade (o que já deveria ter sido abandonado desde 1977), podemos reduzir o número para 68. Ainda que se inclua a RSF nº 2, de 2007, citada pelo Ministro Joaquim Barbosa, o total (69) não está perto de 100, embora demonstre que o Senado de fato exerceu sua competência. Mas que avaliação se pode fazer a partir desse número? O que representam 69 resoluções num período tão longo? Uma análise, ainda que superficial, dos dados relativos à atuação do Senado desde 1980 até 2006 já revela que os números trazidos pelo Ministro Barbosa não sustentam o cenário que ele pretendia traçar – e se acrescentarmos ainda os números de 2007 até 2016, veremos que a previsão de uma atuação dinâmica a partir da informação trazida pelo Ministro Lewandowski a respeito dos 53 ofícios encaminhados ao Senado não se confirmou.

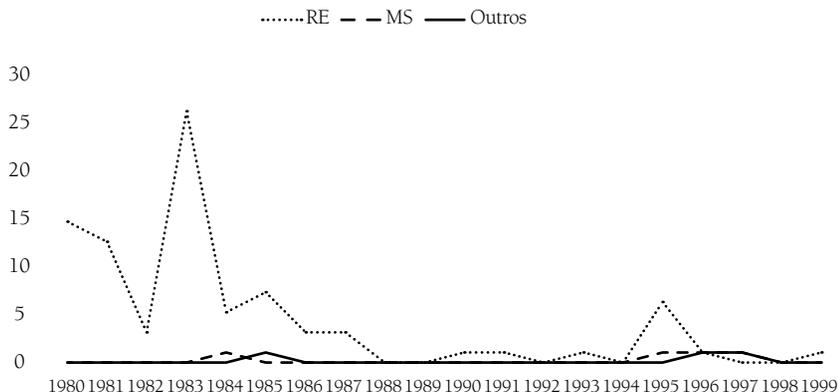


Gráfico 3 Resoluções do Senado em controle concreto de constitucionalidade por classe processual (1980-1999)¹⁶

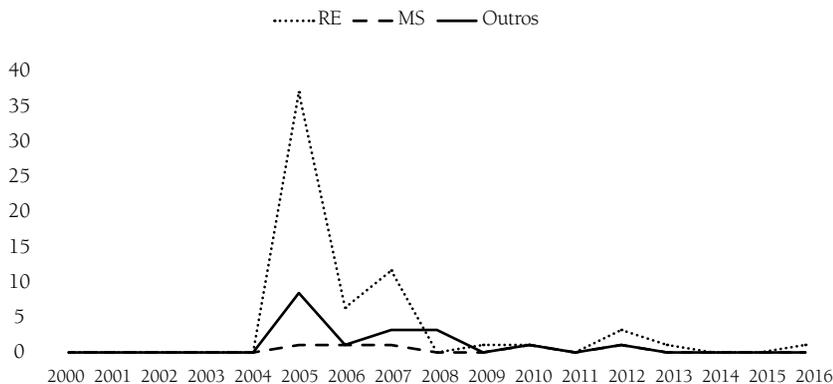


Gráfico 4 Resoluções do Senado em controle concreto de constitucionalidade por classe processual (2000-2016)

16 Não incluí nos gráficos as resoluções relativas a decisões proferidas em sede de controle abstrato (representação de inconstitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade), já que o STF havia decidido em 1977 que tais decisões tinham eficácia *erga omnes*, sendo descabida a participação do Senado. Ainda assim, no período de 1980-1993, por razões que não consegui identificar, foram aprovadas 4 resoluções suspendendo leis declaradas inconstitucionais em controle abstrato: RSF nº 131/80, RSF nº 86/86, RSF nº 77/89, 1993 (RSF nº 31/93).

Como se pode notar, no período de 1980-1989, foram aprovadas 74 resoluções relativas às leis declaradas inconstitucionais em controle concreto pelo STF (sendo que nenhuma foi aprovada em 1988 – ano da promulgação da Constituição – nem em 1989). No período de 1990-1999, foram aprovadas somente 16 resoluções (gráfico 3). E se é correto que no período de 2004-2009 foram aprovadas 71 resoluções, não se pode ignorar, por outro lado, que durante 5 anos (2000-2004) absolutamente nenhuma resolução foi aprovada. Se considerarmos, por fim, as resoluções aprovadas entre 2007 e 2016, veremos que totalizam 29, o que significa que em uma década o Senado ainda não suspendeu as leis a que se referiu o Ministro Lewandowski, quando citou os 53 ofícios enviados à CCJ (gráfico 4).

É compreensível que o Ministro Gilmar Mendes não tenha alterado sua visão crítica quanto à atuação do Senado quando confrontado com o “dado empírico altamente revelador” mencionado pelo Ministro Barbosa, embora não tivesse dados para sustentar sua impressão a respeito da atuação do Senado. Mas a estranha tese de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição de 1988 – tese rejeitada pela Corte – não se apoiava tanto numa suposta omissão do Senado. Outros argumentos foram mais importantes para o Ministro Gilmar, dentre os quais a impossibilidade de o Senado exercer sua competência quando se tratasse de lei anterior à Constituição (caso de revogação ou não-recepção) e de interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Uma análise histórica da atuação do Senado, contudo, revela que o Ministro estava equivocado em relação a ambas as afirmações.

5. Resolução suspensiva em caso de não-recepção (revogação)

No que tange às antinomias normativas, não há qualquer discussão a respeito dos conceitos básicos de inconstitucionalidade e revogação. Sabe-se que uma lei aprovada em desacordo com a Constituição, seja por vício de forma, seja por ofensa ao seu conteúdo, é uma lei inconstitucional. Esta é a ideia básica e incontroversa de inconstitucionalidade de leis. Por seu turno, uma lei que em seu conteúdo é contrária a outra lei de mesma hierarquia e que lhe é posterior é uma lei revogada, ainda que o ato normativo mais recente assim não disponha de forma expressa. Esta é a ideia básica e incontroversa de revogação (tácita, no caso). O problema surge quando o conflito se dá entre lei e Constituição (ou emenda constitucional) que lhe

é posterior – uma situação que, a rigor, não se enquadra em nenhum dos conceitos acima apontados. Trata-se de um conflito normativo do qual nenhum Estado constitucional está efetiva ou potencialmente isento. E neste amplo universo em que tal conflito se verifica, não há consenso a respeito do seu enquadramento como hipótese de revogação ou de inconstitucionalidade (doravante denominadas “tese da revogação” e “tese da inconstitucionalidade”), havendo posições institucionais e doutrinárias divergentes que animam um debate histórico sobre o tema¹⁷.

No Brasil, o STF, de longa data, firmou jurisprudência relativamente pacífica (eis que nem sempre unânime), com apoio na doutrina majoritária (mas, de novo, nunca unânime), de que o conflito neste caso implicaria revogação e não inconstitucionalidade da lei. Após a promulgação da Constituição de 1988, a questão foi enfrentada pelo STF no julgamento da ADI 2, onde o relator, Min. Paulo Brossard, dedicou páginas para reiterar o entendimento histórico firmado no Brasil – e que foi mantido naquele julgamento, mas por maioria (vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio). O STF não conheceu da ação e, considerando-se os argumentos teóricos sustentados pelo relator como razão de decidir, o entendimento ali firmado deveria afastar do controle de constitucionalidade todos conflitos entre constituição e direito pré-constitucional: ADI, suspensão de execução da lei pelo Senado (art. 52, X, CRFB), cláusula de reserva de plenário ou de órgão especial (art. 97, CRFB), etc. Mas não é o que ocorre, ao menos não exatamente, o que só reforça a suspeita de que o julgamento foi mais pragmático do que teórico, objetivando reduzir a demanda de ADIs junto ao STF¹⁸. As considerações teóricas que afastaram aquele conflito normativo do conceito de inconstitucionalidade nunca impediram, por exemplo, que o STF admitisse recurso extraordinário nesses casos, com fundamento no art. 102, III, alínea b, que trata especificamente de “inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”. Tampouco impediram que o STF conhecesse de ADPF contra lei anterior à Constituição – ainda que o legislador à época não pudesse prever que estaria violando preceito fundamental de uma Constituição futura (para usar um dos argumentos do Min. Brossard na ADI 2).

17 BARROSO, 1996, pp. 64-79; LEITE, 2014.

18 LEITE, 2014.

Entender que o caso é de revogação não impediria, como de fato não tem impedido, que esses conflitos normativos sejam resolvidos dentro do sistema de controle de constitucionalidade, privilegiando a segurança jurídica.

E, como pretendo demonstrar, contrariando o que afirma a doutrina, o Senado já suspendeu atos normativos não recepcionados por Constituição posterior. E o fez a partir de ofícios enviados pelo próprio STF, com cópia da decisão. Isso não significa que o tribunal não distinguisse, em sede teórica, as situações de inconstitucionalidade de lei e não recepção de lei por Constituição posterior (revogação). Mas a questão realmente relevante era saber se e em que medida isso seria um impeditivo para que fossem aplicados aos casos de não-recepção as regras válidas para os casos de inconstitucionalidade, que seriam basicamente a observância da regra de reserva de plenário (art. 200, da CF 1946) e da competência do Senado para suspensão da lei reconhecida pelo STF como incompatível com a Constituição (art. 64, CF 1946).

Esse conflito entre Constituição e direito pré-constitucional foi identificado em sete resoluções: RSFs nº 16/1964, 23, 25, 48, 58 e 101/1965 e 24/1966, das quais duas suspendiam leis aprovadas na vigência da Constituição de 1934 (RSF nºs 48 e 58/1965), e as demais, aprovadas na vigência do Estado Novo – mas em todos os casos o conflito foi arguido em face da Constituição de 1946. Poderia talvez incluir ainda a RSF nº 19/74, que suspendeu a expressão “e o juiz”, constante do §1º do art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho – C.L.T. (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), declarada inconstitucional pelo STF no julgamento do RE 75. 390, julgado em 24 de outubro de 1973. O STF julgou o dispositivo legal incompatível com o art. 114, II da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, o que teoricamente seria um caso de revogação e não de inconstitucionalidade. Por outro lado, o referido dispositivo foi alterado pelo art. 26 do decreto-lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967 (um mês após a entrada em vigor da Constituição do regime civil-militar), mas somente na primeira parte, sem afetar o trecho declarado inconstitucional, que se localiza na segunda parte do §1º do art. 789¹⁹, e que se manteve inalterado desde a entrada em vigor da CLT, em 1943:

19 A redação original do dispositivo era a seguinte: “Art. 789 – (...) § 1º Nas Juntas, nos Conselhos Regionais e no Conselho Nacional do Trabalho o pagamento das custas far-se-á em selo federal aposto aos autos. Nos Juízos de Direito, a importância das custas será dividida proporcionalmente entre o juiz e os funcionários que tiverem funcionado no feito, excetuados os distribuidores, cujas custas serão pagas no ato, de acordo com o regimento local”.

Art. 789 – (...)

§ 1º Nas Juntas, nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho, o pagamento das custas será feito na forma das instruções expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nos Juízos de Direito, a importância das custas será dividida proporcionalmente entre o juiz e os funcionários que tiverem funcionando no feito, excetuados os distribuidores, cujas custas serão pagas no ato de acordo com o regimento local.

De todo modo, deixo de lado a RSF n.º 19/74, limitando o conjunto de resoluções que suspenderam leis revogadas por Constituição posterior às sete apontadas acima, concentradas no período entre 1960-1966. Talvez não seja possível extrair conclusões seguras a partir da análise dos processos que deram ensejo às resoluções, embora seja válido refletir e especular um pouco a esse respeito – o que será feito após a breve apresentação dos casos.

O Recurso Extraordinário n.º 24.276 (julgado em 11 de março de 1954) originou-se de uma ação movida por um cidadão de nacionalidade portuguesa que havia adquirido, na Bolsa de Valores, ações da Sul América, Companhia Nacional de Seguros de Vida, mas teve indeferido o pedido de transferência para o seu nome no livro da sociedade, porque, na condição de estrangeiro, não poderia possuir ações de sociedade de seguros, nos termos do que dispunha o art. 9º do decreto-lei n.º 2063, de 1940. A Constituição de 1937 só permitia o funcionamento de bancos de depósitos e empresas de seguros “quando brasileiros os seus acionistas” (art. 145) – discriminação que não foi mantida na Constituição de 1946, que estabelecia apenas que “[a] lei disporá sobre o regime dos bancos de depósito, das empresas de seguro, de capitalização e de fins análogos” (art. 149), o que, segundo o tribunal, demonstrava o abandono da ideologia nacionalista em alguns setores da economia adotada no Estado Novo. A questão foi encaminhada ao Tribunal Pleno, ainda que os ministros reconhecessem que se tratava de “incompatibilidade de uma lei com posterior Constituição”, e a corte acolheu a “arguição de inconstitucionalidade, devendo os autos voltarem à turma para julgamento final, unanimemente”. Em 1965, o Senado editou a RSF n.º 23 suspendendo a execução do dispositivo “por inconstitucionalidade”.

No Recurso em Mandado de Segurança n.º 11.189 (julgado em 03 de abril de 1963), o STF enfrentou um tema que guardava alguma semelhança

com o caso anterior. O caso originou-se a partir de um mandado de segurança impetrado por uma empresa de mineração, organizada sob as leis do país, mas com maioria de sócios italianos, o que não era permitido pelo art. 6º do Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, editado segundo a ideologia do Estado Novo. O tribunal deu provimento ao recurso, mas agora por maioria (vencidos os ministros Ary Franco e Villas Boas, e contrariando também o parecer do Procurador-Geral da República), entendendo que o dispositivo legal estaria em desacordo com o art. 153, §1º da Constituição de 1946. Os ministros não usaram o termo “inconstitucionalidade” em momento algum, mas encaminharam a decisão ao Senado, que editou no ano seguinte a RSF nº 16/1964.

No Recurso Extraordinário nº 53.611, onde foi arguida a incompatibilidade do art. 20 do Decreto-Lei nº 544, de 28 de julho de 1945, do Estado da Bahia, com dispositivo da Constituição de 1946, o relator, Min. Villas Boas, propôs o julgamento pelo Tribunal Pleno, sustentando que “como se argui ofensa à Constituição Federal, e é apenas disso que se trata, penso que o julgamento deve ser do Tribunal Pleno”. E, em seu voto, manifestou-se pela **inconstitucionalidade** do dispositivo legal, que “está em contradição, portanto, com o art. 5º, n. XV, letra “a”, da Constituição Federal” – que assegurava à União a competência para legislar sobre direito civil. O Senado, então, editou a RSF n.º 25/1965 suspendendo a execução do dispositivo por inconstitucionalidade.

A situação é curiosa porque, ao menos numa primeira leitura, contraria a ideia tão difundida de que a incompatibilidade entre lei e Constituição posterior só pode ser de ordem material, e nunca formal – uma ideia que não está, a rigor, equivocada, mas que em geral não enfrenta o problema das alterações em distribuição de competências que podem ocorrer a partir do advento de uma nova Constituição. E foi o que aconteceu também no Recurso Extraordinário nº 25.533, onde se questionava a aplicação, pelo Tribunal de Pernambuco, da lei estadual nº 1.062, de 5 de março de 1951, em detrimento da lei federal nº 492, de 30 de agosto de 1937 – aprovada ainda sob a égide da Constituição de 1934 – e dos Decretos-leis nºs. 221 e 2.612, de 27 de janeiro de 1938 e 20 de setembro de 1940. A decisão, segundo a recorrente, teria contrariado a Constituição Federal, que assegura à União o poder de legislar sobre direito civil, processual e registros públicos (artigo 5º, n. XV, “a” e “e”). O STF manteve a decisão do tribunal de justiça. E, embora a questão envolvesse dispositivos de três leis federais,

o Senado suspendeu, “por inconstitucionalidade”, a execução apenas do art. 34 da lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, por meio da RSF nº 48/65, editada quase 8 anos após a decisão do STF.

No Recurso Extraordinário nº 18.606, o STF declarou a inconstitucionalidade do Ato n.º 998, de 09 de janeiro de 1936, do município de São Paulo, entendendo, por maioria, que a taxa criada pelo ato normativo nada mais era do que um adicional de imposto, sendo indevida a sua cobrança e assegurando o direito à restituição do indébito em favor do contribuinte (recorrido). O ato havia sido aprovado na vigência da Constituição de 1934, mas a inconstitucionalidade foi arguida e decidida em face da Constituição de 1946, e todos os ministros usaram os termos **constitucionalidade** e **inconstitucionalidade**, sem qualquer referência a **recepção** ou **revogação**. O recurso extraordinário foi julgado em 15 de agosto de 1954, e mais de uma década depois, foi editada a RSF nº 58 (22 de junho de 1965).

No Recurso Extraordinário nº 19.466, a 1ª Turma do STF encaminhou ao Pleno do Tribunal a arguição de inconstitucionalidade do art. 188 do decreto-lei nº 311, de 31 de dezembro de 1942, do Estado do Rio Grande do Sul, por suposta incompatibilidade com o artigo 189 da Constituição de 1946, o que foi confirmado pela Corte. Curiosamente, a RSF nº 24/66, editada pelo Senado uma década depois, suspendeu não apenas o artigo 188, mas também o artigo 189 do referido decreto-lei, sendo que este não foi objeto de questionamento.

No Recurso Extraordinário nº 18.116, julgado em 23 de junho de 1954, o STF decidiu que a inscrição compulsória de magistrados no Instituto de Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais, nos termos do decreto-lei (estadual) nº 1.416, de 24 de novembro de 1945, era inconstitucional, por violar a garantia constitucional de irredutibilidade dos vencimentos de juizes prevista no art. 95, III da Constituição de 1946. Mais de uma década depois, o Senado editou a RSF nº 101/65, suspendendo o “Decreto-Lei nº 1.416, de 25 de novembro de 1945, do Estado de Minas Gerais, na parte em que determina a inscrição compulsória de magistrado como sócio de instituição de previdência social”.

Este caso é curioso porque a Constituição de 1937 – em vigor quando foi editado o decreto-lei – já previa a irredutibilidade dos vencimentos dos juizes (art. 91, “c”) nos mesmos termos da Constituição de 1946, de modo que a inconstitucionalidade poderia ter sido arguida a partir do texto constitucional vigente à época da edição do ato normativo, o que foi feito em

três outros casos (RSF n^{os} 47/61, 06/65 e 72/65). No caso em análise, no entanto, o STF, por razões que não consegui identificar, enfrentou o conflito à luz da Constituição de 1946, posterior ao decreto-lei, mas observou, de todo modo, a regra de reserva de plenário.

A análise dos casos acima, limitada aos dados disponíveis – resoluções, acórdãos e legislação –, não permite muitas conclusões além da constatação de que o Senado, sem qualquer dificuldade, já suspendeu a execução de leis em conflito com Constituição posterior (nos casos citados, a Constituição de 1946). Não é possível saber, por exemplo, por que o fato de se tratar de revogação não foi impeditivo para a aprovação das resoluções. É importante lembrar que o Senado agia por provocação, a partir de ofícios enviados pelo Presidente do STF. Poderíamos, talvez, especular que a relevância da matéria tivesse motivado o STF a encaminhar os ofícios. Afinal, a maior parte envolvia basicamente matéria tributária, sendo que duas eram relativas especificamente a magistrados. Uma resolução suspensiva asseguraria a todos os contribuintes o direito de não pagar determinado tributo, e em alguns casos, apenas aos magistrados. É difícil saber qual foi a causa, mas certamente foi essa a consequência.

6. Resolução suspensiva em casos de interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto

Outro ponto em relação ao qual a doutrina se equivoca à unanimidade²⁰ refere-se à atuação do Senado para suspender a execução não de texto de lei, mas de sua interpretação ou aplicação em determinados casos – situações conhecidas como interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Deixando de lado, porque irrelevante aqui, as distinções entre esses conceitos – algo que a doutrina descreve com certo padrão, mas aplica cada qual à sua maneira²¹, e talvez sem se dar conta de que divergem a esse respeito especialmente por não partirem de critérios precisos²² –, o fato é que os conceitos se referem a algo que faz parte da própria interpretação jurídica, e sua incorporação ao vocabulário do

20 BARROSO, 2014, p. 156; LEAL, 2012, p. 201; MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1253.

21 MENDES; COELHO; BRANCO, 2010; BRUST, 2014; DIMOULIS; LUNARDI, 2013; LEAL, 2012; SAMPAIO, 2001; BRUST, 2014.

22 ASSIS, 2017, p. 42.

direito constitucional brasileiro, sobretudo a partir da promulgação da lei nº 9.868/1999 que a eles se refere expressamente (art. 28, parágrafo único), foi uma inovação de alcance menor do que talvez pareça.

Apenas a título de ilustração, podemos imaginar duas leis municipais (X e Y) com os seguintes enunciados normativos: “é proibida a entrada de cães em restaurantes” (lei X) e “são proibidos veículos nos parques públicos da cidade” (lei Y). Esses são exemplos criados respectivamente pelos teóricos do Direito Frederick Schauer (1998) e Herbert Hart (1998). É possível sugerir a não aplicação da lei X quando se tratar de cidadão cego acompanhado de seu cão-guia e, quanto à lei Y, é possível firmar entendimentos que excluam do conceito de veículo, bicicletas (incluindo as elétricas) e patinetes, ou que permitam a entrada de uma ambulância para prestar socorro, ou de um tanque de guerra, para exposição. E tudo isso, sem fazer nenhuma menção a conceitos de inconstitucionalidade, interpretação conforme, ou mesmo Constituição – recurso esse que, inclusive, não é feito por esses autores. De todo modo, se o STF, no julgamento de um recurso extraordinário, decidisse que a aplicação da lei X nos casos de cão guia acompanhando uma pessoa cega violaria a dignidade da pessoa humana (art. 1, III) e seria, portanto, inconstitucional, ou que a lei Y não poderia impedir a entrada de bicicletas elétricas nos parques porque violaria o direito fundamental ao lazer, sendo inconstitucional nesses casos, poderia o Senado editar uma resolução suspendendo a execução das leis nas referidas situações? A resposta é afirmativa.

Como visto no tópico anterior, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 18.116, em 1954, o STF decidiu que a inscrição compulsória de magistrados no Instituto de Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais, nos termos do decreto-lei (estadual) nº 1.416, de 24 de novembro de 1945, era inconstitucional, por violar a garantia constitucional de irredutibilidade dos vencimentos de juízes prevista no art. 95, III da Constituição de 1946. O decreto-lei, contudo, não se referia expressamente aos magistrados, mas a “funcionários estaduais” (art. 3º), de modo que o que se discutia era se a aplicação aos magistrados violaria aquela norma constitucional. Assim, ao concordar com tal entendimento, o STF excluiu os magistrados do âmbito de aplicação da lei, ainda que a expressão “funcionários estaduais” abrangesse os juízes. Ou seja, o que o tribunal fez foi o que hoje seria denominado “inconstitucionalidade parcial sem redução de texto” ou “interpretação conforme”. E o Senado editou a RSF nº 101 suspendendo, por

inconstitucionalidade, o referido decreto-lei “na parte em que determina a inscrição compulsória de magistrado como sócio de instituição de previdência social”.

Situação muito semelhante ocorreu em dois outros casos. No Recurso Extraordinário nº 43.941, julgado em 13 de janeiro de 1960, o STF enfrentou a questão relativa à constitucionalidade da cobrança de imposto de renda sobre os vencimentos dos magistrados. A lei federal nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, relativa ao imposto de renda, era uma lei genérica, aplicável para pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil. O STF, contudo, entendeu que a cobrança do imposto sobre os vencimentos dos magistrados violaria o disposto no citado art. 95, III da Constituição de 1946, que assegurava aos juízes a “irredutibilidade dos vencimentos, que, todavia, ficarão sujeitos aos impostos gerais”. A declaração de inconstitucionalidade não afetou o texto da norma, apenas a sua aplicação – o que hoje seria enquadrado como interpretação conforme ou talvez declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, embora estivesse mais próximo do primeiro, já que o debate foi mais voltado à categoria “impostos gerais”. Sete meses depois, o Senado editou a RSF nº 38 (07/08/1960), suspendendo a Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, “no que se refere à cobrança do Imposto de Renda sobre os vencimentos dos magistrados”.

O outro caso foi o Recurso Extraordinário nº 25.265, julgado em 29 de outubro de 1954, que se originou a partir de uma ação ajuizada por ministro do Tribunal de Contas, contra lançamento de adicional de 15% criado pela Lei nº 1.474/51, ao qual o ministro alegava não estar sujeito por não ser o referido adicional um *imposto geral*, mas um empréstimo compulsório, não se enquadrando assim na única exceção admitida pela Constituição à irredutibilidade de vencimentos dos magistrados – garantia aplicável aos ministros do Tribunal de Contas por força do disposto no art. 76, § 1º da Constituição. O Senado então editou, em 30 de março de 1965, a RSF nº 38/65.

Se já não havia impedimento para a atuação do Senado quando os conceitos de interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto eram ainda desconhecidos, por que haveria algum óbice justamente quando os conceitos foram incorporados e a doutrina passou a se dedicar de forma mais profunda sobre essas situações de não aplicação da lei ou de afastamento de determinadas interpretações? A verdade é que

não houve nenhum impedimento. Tanto é assim que o Senado editou, em 2005, a RSF nº 52, com o seguinte enunciado:

Art. 1º É parcialmente suspensa, sem redução de texto, a execução do art. 11 da Medida Provisória Federal nº 2.225-45, de 4 de junho de 2001, ficando excluído do seu alcance as hipóteses em que o servidor se recuse, explícita ou tacitamente, a aceitar o parcelamento previsto no dispositivo, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 401.436-0 - Goiás.

Se a doutrina efetivamente sustenta que o Senado não pode atuar nesses casos, a despeito de não parecer haver razão para tanto, deveria ao menos se posicionar quanto à RSF nº 52/2005.

7. Conclusão

Na introdução, apresentei, de forma resumida, a história que o Direito brasileiro conta para si mesmo a respeito da participação do Senado no controle de constitucionalidade, observando ao final que a narrativa estava repleta de equívocos e impropriedades. Assim, e considerando-se os fatos trazidos ao longo do trabalho, que sustentam a crítica feita na introdução, apresento aqui, em sede de conclusão, uma outra narrativa, com as adequações e correções devidas:

A Constituição de 1934 atribuiu competência ao Senado para suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, resolvendo assim o problema experimentado na vigência da Constituição de 1891, quando o reconhecimento de inconstitucionalidade de uma lei, mesmo pelo STF, ficava restrito ao processo julgado. Nenhuma resolução, contudo, foi editada na curta vigência da Constituição de 1934. Suprimida pela Constituição do Estado Novo (1937), aquela competência foi restabelecida pela Constituição de 1946, que, por outro lado, não definiu a quem caberia comunicar as decisões do STF ao Senado. Como resultado, embora o STF tivesse declarado a inconstitucionalidade de leis em controle concreto desde 1948, absolutamente nenhum ato normativo foi suspenso pelo Senado até 1958 – o que significa que, até então, as declarações de inconstitucionalidade continuavam restritas aos casos concretos, tal como ocorrera na Primeira República.

A atuação do Senado não se restringiu às leis declaradas inconstitucionais em controle concreto, incluindo também os atos normativos julgados em sede de representação interventiva (cujos acórdãos foram enviados por ofícios pelo Presidente do STF) – uma prática que contrariava o dispositivo constitucional que atribuía ao Congresso Nacional (e não ao Senado) a competência para suspender os atos normativos nesse caso (art. 13). Na vigência da Constituição de 1967, o STF deixou de encaminhar as decisões proferidas em representação interventiva, mas como se tivesse sido um erro pontual, e não uma prática consolidada há mais de uma década. Mais importante ainda: essa prática continuou sendo adotada em relação à representação genérica de inconstitucionalidade (criada pela emenda constitucional n. 16, de 1965) e só foi abandonada em 1977, quando o STF firmou entendimento de que as decisões proferidas em sede de controle abstrato já tinham eficácia geral, restringindo assim a atuação do Senado às leis declaradas inconstitucionais em controle concreto – como deveria ter sido desde o início.

Para o fim de suspender a execução de leis incompatíveis com a Constituição, nem o Senado nem o STF consideraram relevante a distinção entre lei anterior e lei posterior ao texto constitucional – ao menos até 1966, quando foi editada a última resolução suspendendo lei não-recepcionada. E, embora a atribuição conferida ao Senado seja a de suspender a execução de lei (ou parte dela) declarada inconstitucional pelo STF, é possível que a suspensão recaia sobre a sua interpretação ou aplicação a determinados casos – o que hoje se denomina interpretação conforme e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Referências bibliográficas

- ASSIS, Rodolfo. *Controle, interpretação e manipulação da lei através da constituição*. 2017. 139 p. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1948.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- CONGRESSO NACIONAL. *Diário do Congresso Nacional (Seção II)*. 2 de junho de 1959. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/PublicacoesOficiais>. Visitado em: 29/05/2018.
- DIMOULIS, Dimitris; LUNARDI, Soraya. *Curso de Processo Constitucional*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946: Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembleia Constituinte*. 2. Volume. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.
- DUARTE, José Bacchieri (org.) *Os 10 dias em que o Rio Grande do Sul foi Parlamentarista*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS/ Graf. Ética Impressora, 2003.
- HART, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- LEAL, Saul Tourinho. *Controle de Constitucionalidade Moderno*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2012.
- LEITE, Fábio Carvalho. Revogação, inconstitucionalidade e a importância relativa das coisas no controle abstrato de direito pré-constitucional: argumentos em favor da revisão de um precedente (ADI 2). *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, v. 19, n. 2 (2014).
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Flavia Bahia. *Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 162 abr./jun. 2004 (149-168).
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, R. D. S. *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SENADO FEDERAL. *Anais do Senado*. Livro 1. 1948. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1948/1948%20Livro%201.pdf. Visitado em: 29/05/2018.

_____. *Anais do Senado*. Livro 3. 1954. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1954/1954%20Livro%203.pdf. Visitado em: 29/05/2018.

_____. *Anais do Senado*. Livro 1. 1959. Disponível em: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1959/1959%20Livro%201.pdf. Visitado em: 29/05/2018.

Autor convidado.