

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1934: REVISITANDO A ORIGEM DO QUÓRUM QUALIFICADO E DA ATUAÇÃO DO SENADO FEDERAL NO MODELO CONCRETO-DIFUSO DE *JUDICIAL REVIEW*

Marianna Montebello Willeman*

Sumário – 1. Introdução; 2. O anteprojeto da Comissão do Itamaraty: o diagnóstico dos problemas do controle concreto - difuso e as alternativas pensadas; 3. O substitutivo adotado pela Comissão Constitucional da ANC (“Comissão dos 26”) e a revisão do anteprojeto; 4. A segunda fase de discussões na ANC e o texto final da Constituição de 1934; 5. Reflexões finais; 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

Embora o controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público no Brasil remonte à Constituição de 1891, é fora de dúvida que a Constituição de 1934 foi a que deixou as marcas mais importantes e duradouras no tocante à temática, especialmente no que diz respeito ao modelo concreto-difuso de controle até então exclusivamente adotado no país¹.

Três foram as significativas inovações trazidas pela Constituição de 1934 na matéria, com o nítido objetivo de aprimorar o sistema introduzido pela primeira constituição republicana: (i) a instituição da denominada “cláusula de reserva de plenário”, prevista no artigo 179 daquela Carta, segundo a qual somente “pela maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”; (ii) a competência

* Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora do curso de graduação da PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

¹ Como se sabe, o modelo de controle de constitucionalidade adotado atualmente no Brasil convive com duas tradições distintas, o que lhe confere caráter absolutamente singular. Segue, de um lado, a inspiração norte-americana de garantia da supremacia da Constituição por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, caracterizando o denominado controle difuso de constitucionalidade, presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891; e, de outro lado, a orientação austríaca no sentido da existência de uma Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, caracterizando o denominado controle concentrado de constitucionalidade, instrumentalizado por meio de um processo objetivo, em que não se tutelam situações jurídicas individuais, mas sim, a própria higidez do ordenamento jurídico, mediante a aferição da constitucionalidade da norma em tese ou em abstrato.

reconhecida ao Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (artigo 91, inciso IV, da Constituição da República de 1934); e, finalmente, (iii) a previsão da denominada representação interventiva, como uma forma embrionária de controle concentrado de constitucionalidade limitado a questões federativas (artigo 12, §2º, da Constituição da República de 1934²).

Para os fins propostos no presente trabalho, as inovações relevantes encontram-se descritas nos itens (i) e (ii), uma vez que pertinentes ao modelo concreto-difuso de controle de constitucionalidade. Com efeito, decorridos praticamente oitenta anos desde a promulgação daquela Constituição, já sucedida por quatro outros textos e pela sofisticação do controle em razão da incorporação progressiva do modelo abstrato-concentrado, é fato que as duas novidades trazidas para o âmbito do controle concreto-difuso permanecem extremamente atuais e ainda suscitam perplexidades e interessantes debates.

Apenas para se ter uma pequena dimensão dessa atualidade, basta recordar as disputas ainda não finalizadas em torno de uma suposta mutação constitucional no sentido e no alcance da norma do artigo 52, inciso X, da Constituição da República de 1988³. Já em relação à fixação de quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, o tema foi recentemente reavivado por ocasião de discussões envolvendo a Proposta de Emenda Constitucional n. 33/2011⁴, que pretendia, dentre

² Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; (...). § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

³ A esse respeito, confira-se, na doutrina: MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 41, n. 62, abr./jun.2004, pp. 149/168. Sustenta o autor, em síntese, que a norma do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988 teria sofrido uma autêntica mutação constitucional, tendo seu sentido e alcance modificados sem expressa alteração no texto constitucional. Aduz o autor que “a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Artigo citado, p. 165). Essa temática encontra-se em apreciação no Supremo Tribunal Federal por conta do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, em que se discute o efeito vinculante de decisões adotadas pelo Plenário daquela Corte em sede de controle incidental-concreto de constitucionalidade para o fim de ensejar seu desafio por meio de reclamação.

⁴ A Proposta de Emenda à Constituição n.º 33/2011, que teve sua admissibilidade reconhecida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados em 24 de abril de 2013, pretende introduzir significativas mudanças no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente com vistas à redução do protagonismo das instâncias judiciais nessa tarefa. Uma das alterações mais controvertidas preconizadas pela PEC caminha no sentido da instauração de mecanismo de revisão parlamentar das decisões adotadas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. De acordo com a proposta, o Poder Legislativo assumiria papel de destaque no processo de definição de súmula vinculante, tendo o prazo de noventa dias para deliberar, em sessão conjunta e por maioria, sobre o efeito vinculante de enunciado aprovado pelo STF. Além disso, as decisões declaratórias de

outras medidas, elevar o quórum para a pronúncia de inconstitucionalidade (passando a exigir quatro quintos dos votos dos membros ou dos membros do respectivo Órgão Especial).

As perplexidades e incertezas geradas nos dias de hoje por institutos pensados e debatidos em padrões de excelência durante a elaboração da Constituição de 1934 instigam a que sejam revisitados os caminhos percorridos à época de sua adoção, mediante a investigação dos problemas que tais soluções pretendiam equacionar, das propostas apresentadas e de fórmulas alternativas eventualmente rejeitadas. É importante registrar, porém, que o recorte temático proposto neste ensaio circunscreve-se ao exame de questões relacionadas ao *judicial review*, de forma que não serão recuperados os conflitos ocorridos à época quanto a outros institutos que apenas guardam proximidade com o controle judicial de constitucionalidade.

A análise do tema seguirá a linha cronológica. Inicialmente, será examinado o anteprojeto da Comissão do Itamaraty, elaborado para subsidiar os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), e cuja defesa foi vigorosamente realizada por JOÃO MANGABEIRA. Em seguida, serão expostas as linhas seguidas pelo substitutivo elaborado pela Comissão Constitucional (a denominada “Comissão dos 26”), já no âmbito da própria ANC, momento importante em que foram abandonadas determinadas opções presentes no anteprojeto. Por fim, chegar-se-á ao texto final da Constituição da República de 1934, o qual, paradoxalmente, apesar de ter vigorado por apenas três anos e três meses, fincou bases sólidas no que tange ao controle concreto-difuso de constitucionalidade no Brasil.

2. O anteprojeto da Comissão do Itamaraty: o diagnóstico dos problemas do controle concreto-difuso e as alternativas pensadas

A instalação da segunda Constituinte republicana foi precedida da designação, por parte do Governo Provisório, de uma Comissão encarregada de elaborar um anteprojeto de Constituição⁵, vindo a ser conhecida como a Comissão do Itamaraty. Os seus trabalhos foram conduzidos, na realidade, por uma subcomissão presidida pelo Ministro das Relações Exteriores, AFRÂNIO DE MELLO FRANCO, e integrada por personalidades com perfis ideológicos heterogêneos, o que pode justificar o ecletismo do texto produzido ao final⁶.

inconstitucionalidade de emendas à Constituição passariam a se sujeitar à apreciação do Congresso Nacional, o qual, divergindo da decisão judicial, submeteria o conflito constitucional à consulta popular. Para o exame da íntegra dos termos da PEC e da movimentação do processo legislativo, consulte-se: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em 28 de abril de 2013.

⁵ A referida comissão foi criada por meio do Decreto do Governo Provisório n. 21.402, de 14 de maio de 1932, que estabeleceu que seria presidida pelo Ministro da Justiça e composta por tanto membros quantos fossem necessários para a elaboração do texto, com representação de todas as correntes organizadas de opinião e de classe, a juízo do Chefe do Governo. A íntegra do decreto encontra-se disponível em: MENDOÇA DE AZEVEDO, Jose Afonso. *Elaborando a Constituição Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 03.

⁶ Os demais membros da subcomissão foram Assis Brasil, Antonio Carlos Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro, Agenor de Roure, José Américo, Oswaldo Aranha, Oliveira Vianna, Góes Monteiro e Themistocles Cavalcanti. Em relação às críticas dirigidas ao anteprojeto, especialmente no sentido da ausência de unidade necessária a uma Carta Política, João Mangabeira as refutou todas argumentando que as Constituições, com exceção das hipóteses de

Em relação especificamente ao tema em análise neste ensaio, é importante desde logo registrar que os trabalhos da subcomissão foram permeados, em um primeiro momento, pelo diagnóstico dos problemas enfrentados com o exercício do controle de constitucionalidade sob a égide da constituição anterior⁷. E duas eram as inquietações fundamentais em relação ao assunto naquele momento.

Em primeiro lugar, havia o receio direcionado à extensão do poder confiado aos órgãos do judiciário no tocante à invalidação de atos dos demais poderes e eventual abuso no exercício dessa competência. Daí a necessidade de serem pensadas “válvulas de segurança” contra aquilo que se rotulava de possível “ditadura de juízes vitalícios e irresponsáveis diante da nação”⁸, preocupação que esteve sempre presente nos debates travados na subcomissão.

O segundo aspecto que mereceu enorme atenção por parte da subcomissão relacionava-se aos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade. O modelo instaurado na Constituição de 1891 limitava-se a atribuir competência ao Poder Judiciário para deixar de aplicar leis e atos normativos contrários ao texto constitucional – os quais, por tal razão, careceriam de validade. Como resultado, sendo o *judicial review* exercido como questão incidental e prejudicial para a resolução de casos concretos, o reconhecimento da inconstitucionalidade operava-se de maneira restrita às partes litigantes, sem que houvesse qualquer mecanismo de ampliação de sua eficácia, ainda que após inúmeras e incontáveis decisões a respeito da mesma lei ou ato do poder público.

Como se pode imaginar, essa eficácia subjetiva limitada às partes no processo gerava grande inconveniente prático, pois frequentemente o judiciário era instado a reiterar pronúncias de inconstitucionalidade já consolidadas em sua jurisprudência, mas que, precisamente por não terem sido adotadas em tese, dependiam de afirmação

revoluções sociais, são sempre fruto de transações e compromissos entre ideias, correntes e interesses. Em suas palavras: “Os que accusam o ante-projecto de não haver adoptado integralmente a doutrina, e, procurando conciliar divergências, ter caído no erro do ecletismo, realçam exactamente nisto a sua virtude, ou o seu acerto, de fugir aos extremismos de qualquer natureza, conservando-se no meio termo da harmonização dos interesses, condição essencial a qualquer lei de grande porte”. (MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934, p. 10).

⁷ A Constituição de 1891 adotou o *judicial review* norte-americano e, portanto, o controle de constitucionalidade somente se operava diante de casos concretos, não se admitindo a fiscalização em tese ou em abstrato da constitucionalidade das leis e atos do poder público. O controle ocorria por via de exceção e a declaração de inconstitucionalidade figurava como questão prévia prejudicial (cuja resolução pressupunha um incidente processual). A atuação do Poder Judiciário limitava-se aos processos judiciais e às partes neles envolvidas, não lhe sendo reconhecido suspender a execução de leis e atos normativos. O Poder Judiciário, seguindo precisamente a inspiração norte-americana, apenas deixava de aplicar a lei ou ato inconstitucionais ao caso *sub judice*, e, assim, a pronúncia da inconstitucionalidade apenas atingia a esfera jurídica das partes no processo (efeitos inter partes). A respeito do controle de constitucionalidade sob a égide da Constituição de 1891, confira-se: LEITE, Fabio Carvalho. *1891: A Construção da Matriz Político-Institucional da República no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=3880@1. Acesso em 12 de setembro de 2013.

⁸ MANGABEIRA, João. Obra citada, p. 113. Segundo João Mangabeira: “(...) nenhuma ditadura seria mais abominável, que a desses juízes vitalícios e irresponsáveis deante da Nação, que não encontraria, em ditos casos, contra os desmandos de taes Ministros, outro curso que a revolução, tão moroso e complicado, num dia de crise ou de perigo, o da reforma constitucional, ante o povo exaltado pelos crimes da oligarchia judiciaria”.

em cada caso concreto. Em outras palavras, a Constituição de 1891 havia incorrido no equívoco de incorporar o sistema norte-americano de *judicial review*, sem, contudo, aderir à fórmula do *stare decises*, o que, na prática, significa que a lei, embora invalidada em relação a determinados litigantes, continua em pleno vigor e dotada de eficácia para os demais membros da coletividade.

Esses eram, portanto, os dois principais problemas a respeito do controle de constitucionalidade a serem solucionados pela futura constituição.

Nessa linha, alternativa bastante criativa foi apresentada por JOÃO MANGABEIRA. Apesar de defender com bastante convicção a conveniência de se deixar expresso no Texto Constitucional que ao Supremo Tribunal competiria “interpretar conclusivamente a Constituição em todo o território brasileiro” – o que, ao final, efetivamente prevaleceu no anteprojeto –, João Mangabeira propôs o estabelecimento de um mecanismo segundo o qual, uma vez instaurado um conflito entre a decisão do Supremo Tribunal sobre questão constitucional e os demais poderes do Estado, a matéria seria resolvida por plebiscito.

A proposta apresentada por JOÃO MANGABEIRA estatuiu, inicialmente, o quórum qualificado de dois terços dos membros do Tribunal – ou seja, dez membros, uma vez que o Supremo Tribunal seria composto de quinze Ministros – para que pudesse ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei. Esse quórum qualificado evitaria, assim, o “erro norte-americano das decisões *five to four*, ou, entre nós, das inconstitucionalidades por seis contra cinco votos”⁹. Segundo o proponente da medida:

O que não pode, absolutamente, continuar é o inconveniente de decisões do Supremo Tribunal por oito votos contra sete, em que um só ministro, com o seu voto, põe abaixo uma lei votada por uma Assembléa e sancionada pelo Presidente da República, em um caso de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade essa tão duvidosa que no próprio Supremo Tribunal teve sete votos contra ella¹⁰.

Além disso, como forma de se universalizarem os efeitos decorrentes da pronúncia de inconstitucionalidade, JOÃO MANGABEIRA propôs o seguinte mecanismo, particularizado por sua cautela política¹¹: caso uma lei fosse declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, caberia ao Presidente do Tribunal remeter, dentro de quarenta e oito horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordasse com a decisão, caber-lhe-ia expedir decreto revogando a lei, o que, indiretamente, significava conferir eficácia *erga omnes* à decisão judicial.

⁹ MANGABEIRA, João. Obra citada, p. 115.

¹⁰ Extraído de MENDOÇA DE AZEVEDO, Jose Afonso. *Elaborando a Constituição Nacional*. Obra citada, p. 537.

¹¹ Eis os termos originais da proposta apresentada por João Mangabeira: “Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem nesse sentido, pelo menos, dez Ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o Presidente do Supremo Tribunal remetterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Si este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Si nisso não aquiescer, comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença, à Assembleia Nacional ou a Comissão Permanente, em sua ausência. E, si uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Si a Assembleia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará, ipso facto, revogada.” (Extraído de MENDOÇA DE AZEVEDO, Jose Afonso. *Elaborando a Constituição Nacional*. Obra citada, p. 402).

Se o Presidente da República não aquiescesse com a pronúncia de inconstitucionalidade, comunicaria sua posição à Assembleia Nacional¹², que poderia divergir, por maioria qualificada de dois terços, do julgamento do Supremo Tribunal. Em tal caso, o dissídio entre os poderes do Estado quanto ao sentido constitucional seria objeto de consulta popular, por meio de plebiscito. Se, inversamente, a Assembleia Nacional concordasse com a decisão do Supremo Tribunal, a lei ficaria, *ipso facto*, revogada – e, portanto, a decisão declaratória de inconstitucionalidade teria, ainda que por via oblíqua, eficácia *erga omnes*.

A fórmula original de JOÃO MANGABEIRA solucionava os dois problemas fundamentais apresentados pela experiência do *judicial review* durante a Constituição de 1891: além de viabilizar a eficácia *erga omnes* por meio da “revogação” da lei inconstitucional pelo Presidente da República, ainda estabelecia claramente uma “válvula de segurança” contra eventual protagonismo ou exclusividade do Poder Judiciário na busca pelo significado da Constituição, compartilhando a tarefa com os demais poderes orgânicos do Estado. E, na hipótese de conflito entre eles, a função moderadora competiria à própria cidadania, mediante a convocação de um plebiscito.

Eis trecho relevante da defesa de JOÃO MANGABEIRA dos termos de sua proposta, enfatizando a necessidade de serem pensados mecanismos políticos de revisão do controle de constitucionalidade para casos extremos:

Por *ahi se vê* que a *hypothese* só ocorreria em casos de excepcional gravidade, capazes de determinar uma guerra interna ou externa. (...) São casos que ocorrem na vida política de todos os povos. Imagine-se que a Corte de Leipzig não houvesse aceito a emenda à Constituição *Allemã* sobre o Tratado de *Versailles*, e o *annullasse* sob o pretexto de que desmembrava o território *allemao*, *submettendo* populações *allemaes* a outra soberania! Que um juiz, por exemplo, decidindo de acordo com a prova dos autos, às *quaes* se tem de limitar e restringir, cumprindo o seu dever, profira uma sentença, impecável do ponto de vista jurídico, mas que leve o *paiz* à guerra civil! Foi o caso da decisão de Scott, impecável dentro do raciocínio jurídico, mas que levou o seu *paiz* à guerra civil. Portanto, nem tudo na vida de uma nação pode ser colocado exclusivamente no terreno jurídico. Há o terreno político, o econômico, o social, outras questões de muito mais alto interesse, que só mesmo a própria nação pode resolver¹³.

Percebe-se, portanto, que a decisão do Supremo Tribunal declaratória da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público poderia assumir eficácia *erga omnes* com a aquiescência do Presidente da República ou, alternativamente, poderia ser recusada a partir de critérios bastante rígidos, o que já denota a hipótese de excepcional gravidade para a qual fora concebida: contra a decisão judicial teriam

¹² É importante lembrar que o Poder Legislativo, de acordo com o anteprojeto, seria unicameral (artigo 20 do anteprojeto: O Poder Legislativo será exercido pela Assembleia Nacional, com a sanção do Presidente da República).

¹³ MENDOÇA DE AZEVEDO, Jose Afonso. Obra citada, p. 543.

que se manifestar a Chefia do Poder Executivo e o Poder Legislativo, por maioria de dois terços. E, ainda assim, a interpretação judicial poderia vir a ser prestigiada pelo povo que, em plebiscito, colocaria fim ao dissídio constitucional.

Ou seja, a tarefa interpretativa da constituição seria primariamente realizada pelas instâncias judiciais, mas concebia-se um instrumento por meio do qual seu significado poderia ser devolvido à definição popular, diante da divergência apresentada pelos demais poderes orgânicos do Estado.

Nada obstante a criatividade do mecanismo arquitetado por João Mangabeira, sua proposta acabou por não ser integralmente acolhida no âmbito da subcomissão do Itamaraty. Houve consenso em relação ao quórum qualificado de dois terços dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade¹⁴, mas o mesmo não se verificou em relação à possibilidade de “revogação” da lei declarada inconstitucional pelo Presidente da República, nem tampouco quanto ao compartilhamento da autoridade interpretativa da Constituição com os demais poderes do Estado¹⁵.

Ainda assim, concordavam os membros da subcomissão quanto à necessidade de se pensar em algum remédio que pudesse minimizar a anomalia resultante da declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos às partes no processo¹⁶. E, como resultado, a fórmula que acabou por ser consagrada no anteprojeto estabelecia o seguinte:

Art. 57. Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.

§1º. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros.

§2º. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República por inconstitucionalidade, recorrerá *ex officio* e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal.

§3º. Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para a garantia de todo direito certo e incontestável.

Como se percebe, a alternativa que se sagrou vitoriosa nos debates travados na

¹⁴ Essa proposta constou expressamente do anteprojeto apresentado pela Comissão do Itamaraty, especificamente no artigo 57, §1º, com a seguinte redação: “O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços dos seus Ministros.”

¹⁵ É interessante registrar o argumento utilizado por Agenor de Roure para votar contra a proposta de João Mangabeira. Argumentou que “quando o Supremo Tribunal julga inconstitucional uma lei, não compreende que se dê à massa eleitoral ignorante, e que não é obrigada a estudar o Direito Constitucional, o direito de dizer que o Supremo Tribunal errou”. (MENDONÇA DE AZEVEDO, José Afonso. Obra citada, p. 576).

¹⁶ MENDONÇA DE AZEVEDO, José Afonso. Obra citada, p. 539.

Comissão do Itamaraty acabava por mitigar, em grande parte, o controle difuso realizado pelos órgãos do poder judiciário, uma vez que estabelecia a obrigatoriedade de recurso *ex officio* ao Supremo Tribunal, ao qual competiria pronunciar-se definitivamente sobre a questão constitucional. E, enquanto não houvesse a manifestação do Supremo, a decisão declaratória de inconstitucionalidade adotada por um juízo ou tribunal não produziria efeitos. Tratava-se, de certa forma, de uma tentativa de se concentrar o controle de constitucionalidade no órgão de cúpula do Poder Judiciário, sem, porém, abdicar de sua natureza concreta.

De outro lado, o remédio previsto para que fossem generalizados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade permanecia na dependência de uma manifestação, caso a caso, do poder judiciário, embora passível de instrumentalização por uma via sumaríssima: o mandado de segurança, concebido, desde o anteprojeto, como remédio para garantia de direito certo e incontestável¹⁷. Em outras palavras, caso o Supremo Tribunal declarasse uma lei ou ato inconstitucional, essa decisão teria eficácia *inter partes*; mas aquele que se encontrasse na mesma situação do litigante favorecido com a declaração de inconstitucionalidade poderia buscar a mesma solução valendo-se da via mandamental. O mandado de segurança assim concebido aproximava-se, portanto, da utilização contemporânea da reclamação constitucional, manejada para a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, não se pode deixar de chamar atenção para o fato de que, além da previsão de quórum qualificado, outra sugestão de JOÃO MANGABEIRA acabou sendo acolhida pela Comissão do Itamaraty e constou do anteprojeto: tratava-se do estabelecimento de prazo extintivo para a declaração de inconstitucionalidade. Foi JOÃO MANGABEIRA quem propôs que se estabelecesse a impossibilidade de arguição de inconstitucionalidade contra leis aplicadas, sem reclamação do Judiciário, por dez anos¹⁸. O anteprojeto, como já se viu, acatou essa sugestão, diminuindo, porém, o prazo de dez para cinco anos.

Essas foram, pois, as soluções alvitadas pelo anteprojeto da Comissão do Itamaraty para os problemas diagnosticados em relação ao controle de constitucionalidade. A seguir, passa-se a analisar como tais propostas foram recebidas e influenciaram os debates no ambiente da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), cindindo-se o exame em duas fases: (i) a análise do substitutivo elaborado pela Comissão Constitucional e (ii) a diretriz seguida no texto final aprovado pela ANC.

3. O substitutivo adotado pela Comissão Constitucional da ANC

¹⁷ Artigo 102, § 21, do anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty.

¹⁸ MENDONÇA DE AZEVEDO, José Afonso. Obra citada, p. 542. João Mangabeira justifica a proposição nos seguintes termos: “Ainda outra questão: a de uma lei executada durante 15 ou 20 anos, como o imposto de renda dos Estados Unidos, durante perto de cem anos, sem reclamação alguma, e que, no entanto, depois de cimentadas e estabilizadas diversas séries de relações jurídicas de direito privado daí decorrentes, eram postas abaixo, em virtude de uma inconstitucionalidade muitas vezes duvidosa. (...) Porque se não, os direitos individuais se tornarão incertos na vida civil e na execução das leis, à sombra das quais cresceram muitas séries de interesses, que não podem ficar ao arbitrio de uma decisão do Supremo Tribunal, declarando-as inconstitucionais, após tão longo tempo. Isso traria, como conseqüência, a desorganização de todo o mundo jurídico”.

“Comissão dos 26” e a revisão do anteprojeto

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 15 de novembro de 1933 e, já no dia seguinte, foi formada uma Comissão Constitucional, composta por vinte e seis membros, sendo um representante de cada estado da Federação (totalizando vinte membros), quatro representantes das categorias profissionais, um representante do Distrito Federal e um representante do então território do Acre¹⁹. A Comissão foi presidida por CARLOS MAXIMILIANO e teve LEVI CARNEIRO, na qualidade de Vice-Presidente, e RAUL FERNANDES, Relator-Geral, como figuras de destaque (dando origem à chamada “Comissão dos Três”, que subscreveu o substitutivo ao anteprojeto do Governo Provisório).

Os trabalhos da Comissão Constitucional efetivamente tiveram por base o anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty, que correspondia ao projeto apresentado à ANC pelo Governo Provisório. Foram apreciadas mais de mil emendas ao texto e, após duas deliberações plenárias, foi aprovado um projeto substitutivo.

Especificamente em relação ao controle de constitucionalidade, foram apresentadas diversas emendas pretendendo suprimir ou modificar os termos do artigo 57 do anteprojeto, transcrito anteriormente. Dentre tais emendas, destacam-se:

- (i) a emenda n. 273, de autoria do Deputado Godofredo Vianna, que pretendia acrescentar o § 4º ao artigo 57, estabelecendo que “sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será tida como inexistente”. A emenda aditiva visava a aproximar o sistema de controle de constitucionalidade ao modelo austríaco, utilizado como referência pelo próprio autor da emenda²⁰;
- (ii) a emenda n. 435, de autoria do Deputado Luiz Cedro, que pretendia suprimir o artigo 57, por considerar inconveniente conferir-se ao Supremo Tribunal o direito de julgar, em tese, inconstitucional uma lei, além de rejeitar a fixação de prazo extintivo para o reconhecimento da inconstitucionalidade. A emenda supressiva visivelmente preferia que a Constituição silenciasse a respeito do controle de constitucionalidade, fazendo com que o Supremo Tribunal permanecesse com essa faculdade reconhecida apenas de maneira implícita²¹;
- (iii) a emenda n. 776, de autoria do Deputado Alcântara Machado e outros, que pretendia acrescentar dispositivo com o seguinte teor: “Quando o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de algum feito, declarar por maioria absoluta de votos, inconstitucional um dispositivo de lei ou regulamento,

¹⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p.291.

²⁰ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume III*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935, pp. 443/445. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8008>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

²¹ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume III*. Obra citada, p. 451.

comunicará ao Presidente da República ou do Estado, conforme na espécie, a insubsistência do dispositivo”. Buscava a emenda, mais uma vez, solucionar as incongruências que, na experiência prática, eram verificadas com a aplicação do modelo difuso-concreto, advertindo ser “preciso tornar insubsistente o dispositivo declarado inconstitucional pelo guarda e intérprete máximo da Constituição, que é o Supremo Tribunal²²”;

(iv) a emenda n. 1.107, de autoria do Deputado Nilo Alvarenga, que pretendia romper drasticamente com o modelo adotado no anteprojeto e seguir a tendência do modelo concentrado de inspiração austríaca, preconizando a criação de uma Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente competente para conhecer da arguição de inconstitucionalidade, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público. Segundo a proposição, a decisão da Corte invalidaria a lei ou o ato do poder público, tornando-os inexecutáveis para todos. Tal emenda, como se vê, pretendia criar a jurisdição constitucional no Brasil, “cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*²³”.

O substitutivo da Comissão Constitucional, aprovado na 93ª Sessão da ANC (ocorrida em 13 de março de 1934)²⁴, acolheu algumas emendas em relação à temática do controle de constitucionalidade, o que, por óbvio, o distanciou – *embora não radicalmente* – do projeto pensado pela Subcomissão do Itamaraty.

Nesse contexto, foi acolhida a sugestão no sentido de se eliminar a previsão de um prazo para arguição de inconstitucionalidade, rejeitando-se, portanto, a tese de que o vício de inconstitucionalidade poderia ser sanado ou convalidado pelo decurso do tempo, em prestígio à segurança das relações jurídicas. Igualmente houve acolhimento da sugestão de se diminuir o quórum para a declaração de inconstitucionalidade, o qual, de acordo com o anteprojeto, encontrava-se estabelecido em dois terços dos membros do Tribunal, sendo reduzido a uma exigência de maioria absoluta no substitutivo.

De outro lado, foram rejeitadas as sugestões que buscavam permitir uma declaração de inconstitucionalidade, em tese, pelo Supremo Tribunal, mantendo-se o substitutivo fiel à trajetória de controle concreto, admitindo-se o “aproveitamento” ou a “extensão” da pronúncia de inconstitucionalidade a outros interessados pela via do mandado de segurança, exatamente como estabelecido no âmbito da Comissão do Itamaraty.

Por fim, o substitutivo rechaçou a emenda n. 1.107, de autoria do Deputado NILO

²² *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume III*. Obra citada, pp. 474/475.

²³ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume III*. Obra citada, p. 513.

²⁴ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume XI*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, pp. 215/260. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8167>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

ALVARENGA, que intencionava criar uma Corte Constitucional no padrão austríaco. Por sua relevância, o relatório que acompanhou a apresentação do substitutivo ao Plenário da ANC justificou expressamente as razões que conduziram à rejeição da medida:

Tribunal de Garantias Constitucionais

O nobre Deputado Sr. Nilo Alvarenga ofereceu a emenda, que tomou o n. 1.107, justificada brilhantemente da tribuna, para a criação de uma “Corte de justiça constitucional”.

Não aderimos à sugestão, supondo que as nossas condições não a recomendam. Acreditamos, com o Sr. Pontes de Miranda, que a criação de tribunais dessa espécie, adstritos unicamente a questões constitucionais, não é mesmo recomendável.

Demais, o nosso Supremo Tribunal Federal tem preenchido, vantajosamente, a missão que se atribuiria ao tribunal proposto – sem prejuízo das demais funções que exerce em relação a todo o Direito Privado.

A Corte proposta, anulando a maior rapidez, as leis e atos inconstitucionais, revogando-os para todos os efeitos, e constituída por nove juízes nomeados por três anos, absorveria parte relevantíssima das funções do Supremo Tribunal Federal, diminuindo-o, e se tornaria provavelmente um órgão político. As suas decisões não se ateriam à apreciação jurídica e legal, que, aliás, é a própria justificativa do pronunciamento judicial da inconstitucionalidade das leis²⁵.

À luz dos elementos apresentados até o momento, bem como a partir da cronologia das propostas e das posturas assumidas desde o anteprojeto da Comissão do Itamaraty até a aprovação do substitutivo da Comissão Constitucional, pode-se apresentar o seguinte quadro comparativo em relação ao controle de constitucionalidade nessas duas fases de elaboração da Constituição de 1934:

QUADRO I

Anteprojeto do Itamaraty	Substitutivo da Comissão Constitucional
Prazo de cinco anos para a arguição de inconstitucionalidade de lei federal (artigo 57)	Suprimido
Quórum qualificado de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal para declaração de inconstitucionalidade (artigo 57, §1º)	Redução do quórum qualificado para maioria absoluta dos juízes do Tribunal (artigo 101)
Só o Supremo Tribunal poderia declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz deixasse de aplicar uma lei federal, ou anulasse um ato do Presidente da República por inconstitucionalidade, deveria recorrer <i>ex officio</i> e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal (artigo 57, §2º)	Supressão do recurso <i>ex officio</i> . Previsão de que o Procurador-Geral da República comunicaria ao Presidente da República ou à Assembleia Nacional o julgamento de inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato governamental pela Corte Suprema - o Supremo Tribunal foi substituído pela Corte Suprema (artigo 120, §3º)
Extensão da eficácia subjetiva da pronúncia de inconstitucionalidade a outros interessados em idêntica situação pela via do mandado de segurança	Mantido o cabimento do mandado de segurança para a extensão da eficácia subjetiva, com sua colocação no capítulo pertinente à declaração de direitos (parágrafo único do artigo 142, item 34)

Vê-se, portanto, que foi obra da Comissão Constitucional o estabelecimento daquilo que hoje se conhece como “cláusula de reserva de plenário”, a qual segue persistente no controle de constitucionalidade no Brasil, constando atualmente da norma do artigo 97 da Constituição da República de 1988.

De outro lado, percebe-se que a solução adotada pelo substitutivo para o problema da eficácia *inter partes* da declaração de inconstitucionalidade seguiu basicamente o caminho trilhado pela Comissão do Itamaraty, mantendo a previsão de cabimento do mandado de segurança para aqueles que estejam “em condições idênticas à de outro litigante que haja obtido o pronunciamento judicial definitivo da inconstitucionalidade da lei ou de ato do Executivo”²⁶.

Nota-se, portanto, que, até aquela fase de elaboração da Constituição de 1934, não se havia cogitado de qualquer atuação do Senado Federal no controle concreto-difuso de constitucionalidade. E não poderia ser diferente, uma vez que, até aquele momento, a própria repartição orgânica do poder representativo ainda dividia posições. Explica-se: o anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty optou por

²⁵ *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. Volume X. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 351. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8026>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

²⁶ Conforme parágrafo único do artigo 142, item 34, do Substitutivo da Comissão Constitucional.

recepção a tese defendida por JOÃO MANGABEIRA²⁷ e rompeu com o bicameralismo presente na Constituição de 1891, adotando o sistema unicameral para o Poder Legislativo, que seria exercido pela Assembleia Nacional, com a sanção do Presidente da República²⁸. O Senado Federal seria suprimido e, paralelamente, seria instituído um Conselho Supremo, órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas, ao qual competiria manter a continuidade administrativa nacional e auxiliar os órgãos do Governo e os Poderes Públicos²⁹.

Contudo, o substitutivo da Comissão Constitucional seguiu orientação diversa e restaurou o dualismo cameral de forma temperada ou híbrida, estabelecendo que o Poder Legislativo seria exercido pela Câmara dos Representantes, com a colaboração da Câmara dos Estados – órgão que corresponderia ao antigo Senado e que seria uma espécie de câmara especializada em questões federativas³⁰.

Como se passa a examinar no próximo tópico, essa suposta restauração do bicameralismo e todos os debates travados em Plenário a seu respeito acabaram por repercutir significativamente no controle de constitucionalidade, dando origem à atuação do Senado Federal no modelo concreto-difuso de *judicial review*, papel que lhe foi preservado pelas Constituições posteriores, com exceção, apenas, da Carta outorgada de 1937.

4. A segunda fase de discussões na ANC e o texto final da Constituição de 1934

Após a aprovação do substitutivo, a ANC iniciou a segunda fase de discussões para a elaboração do texto final, com a apreciação e o debate de diversas propostas de novas emendas. A questão relativa ao quórum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade não sofreu, nessa etapa final, qualquer alteração de conteúdo, vindo apenas a ser renumerado, passando a integrar, ao final, o capítulo pertinente às disposições gerais, especificamente no artigo 179³¹.

²⁷ Segundo João Mangabeira, o bicameralismo seria um modelo decadente e elitista, que apenas se justificaria “quando uma das Camaras representa a nobreza, a riqueza, uma aristocracia qualquer, outra classe, enfim, diferente da que constitui a Câmara baixa, eleita por sufrágio popular. As Camaras altas foram sempre órgãos do patriciado, opostos às reivindicações das classes pobres.” Além disso, segundo Mangabeira, a existência de duas casas legislativas escolhidas pelo mesmo processo, pelos mesmos eleitores e para os mesmos fins seria, no mínimo, uma “futilidade dispendiosa”, além de estar na contramão da tendência de inúmeras constituições do pós-guerra. Finalmente, Mangabeira desconstruiu o argumento usualmente levantado em favor do bicameralismo, demonstrando que o sistema bicameral não é estruturante ou essencial a um Estado Federal, seja porque existem Estados unitários que adotam o modelo bicameral, seja porque vários Estados Federais adotam modelos em que as unidades federativas se representam de maneira desigual. (MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Obra citada, pp. 53/65).

²⁸ Artigo 20 do anteprojeto da Comissão do Itamaraty.

²⁹ Dispunha o artigo 68 do anteprojeto do Itamaraty: “O Conselho Supremo será órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas; manterá a continuidade administrativa nacional; auxiliará, com o seu saber e experiência, os órgãos do Governo e os poderes públicos, por meio de pareceres, mediante consulta; deliberará e resolverá sobre os assuntos de sua competência, fixada nesta Constituição.”

³⁰ Eis os termos dos artigos 22 do substitutivo, o qual versava sobre o Poder Legislativo: “Art. 22. O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Representantes, e, nos casos privativos nesta Constituição, com a colaboração da Câmara dos Estados”. *Anaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume XI*. Obra citada, p. 221.

³¹ Artigo 179 da Constituição de 1934: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público”.

Já o ponto referente à extensão ou à generalização dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade sofreu notável alteração. E, para sua melhor compreensão, é necessário recuperar, mais uma vez, a temática do bicameralismo, que sempre foi um assunto disputado nos trabalhos da Constituinte de 1934.

Como já se registrou, o substitutivo da “Comissão dos 26” restaurou, de forma mitigada, o bicameralismo. Nada obstante, sua arquitetura ainda teria importantes desdobramentos durante o segundo momento de discussões na ANC. Com efeito, foi a emenda n. 1.949 – uma das chamadas “emendas das grandes bancadas” – que estabeleceu o desenho que viria a ser adotado para o Senado Federal na Carta de 1934, sendo que, naquela fase, o órgão ainda aparecia sob a denominação de Conselho Federal.

O modelo imaginado pela referida emenda³² para o então Conselho Federal³³ concebia-o como um aparelho com funções, ao mesmo tempo, legislativas, fiscalizadoras e moderadoras, competindo-lhe velar pela coordenação e pelo equilíbrio dos três poderes fundamentais da República. Seria, assim, um verdadeiro “superórgão” ou um “órgão de cúpula do regime”³⁴, com a missão de coordenar e garantir o funcionamento autônomo e harmônico dos três poderes. E, precisamente no âmbito dessa missão coordenadora, é que lhe competiria suspender a execução, no todo ou em parte, das leis e atos do poder público declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

A ideia de um “Poder Coordenador” inspirava-se no pensamento de ALBERTO TORRES, que o defendeu, em sua obra “A Organização Nacional”, ao elaborar um projeto de revisão constitucional ainda na Primeira República. A criação dessa espécie de “quarto poder” seria uma das inovações mais importantes de seu trabalho:

Depara-se neste artigo com uma das inovações mais importantes — senão a principal — deste trabalho: a criação do Poder Coordenador. É instituição nova, no Direito Público; não é,

³² A emenda n. 1.949, de 13 de abril de 1934, foi prestigiada pelo líder da maioria e por muitos deputados das bancadas mais numerosas: Bahia, São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Distrito Federal. Veja-se, a esse propósito: *Anaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume XX*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, pp. 07/25. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8147>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

³³ O Conselho Federal passou a ser denominado Senado Federal em virtude de uma emenda de redação. Além disso, também a Comissão de Redação entendeu por separar tal órgão do Ministério Público, do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos, órgãos que também estavam originalmente incluídos na rubrica “Da Cooperação dos poderes”. Eis a justificativa: “Na mesma ordem de idéas, foi imprescindível separar o Conselho Federal dos demais órgãos englobados com ele na rubrica genérica de coordenadores de poderes ou cooperadores em atividades governamentais (o Tribunal de Contas, o Ministério Público e os Conselhos Técnicos). De todos eles, só o Conselho Federal, e este mesmo no exercício de apenas duas das suas numerosas atribuições, pode-se dizer que “coordena” outros poderes, competindo-lhe suspender a execução das leis ou actos julgados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, e cancelar dispositivos de regulamentos executivos que lhe pareçam contrários às leis regulamentadas. Os demais não “coordenam” dois ou mais poderes em nenhum caso, e apenas cooperam: — o Tribunal de Contas, na fiscalização da gestão financeira; o Ministério Público, na promoção do interesse geral, vinculado à observância judiciária de certas leis ou à repressão de determinadas infrações; os Conselhos Técnicos, na assistência aos Ministérios”. (CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935, p. 303).

³⁴ *Anaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. Volume XX*. Obra citada, p. 10.

porém, um invento de imaginação, como tantas outras. Se se lhe perscrutar a natureza íntima, chegar-se-á à conclusão de que é o Órgão necessariamente integrante, nos países da nossa índole, do regime presidencial federativo.

(...).

As idéias do projeto aqui desenvolvido são destinadas a corrigir os defeitos do regime democrático e a indicar os meios de o adaptar, bem como o regime federativo, à nossa terra e ao nosso povo. (...) A criação do Poder Coordenador coroa, por fim, estas disposições — tendentes, todas, a fortalecer a ação governamental, a ligar solidariamente as instituições do país e a estabelecer a continuidade na prossecução dos ideais nacionais, a “realizar”, em suma, a soberania da lei, a democracia, a república, a autonomia e a federação — com um órgão, cuja função será concatenar todos os aparelhos do sistema político, como mandatário de toda a Nação — da Nação de hoje, como da Nação de amanhã — perante seus delegados. Não é uma criação arbitrária: é o complemento do regime democrático e federativo, sugerido pela observação da nossa vida e pela experiência das nossas instituições³⁵.

O projeto de ALBERTO TORRES reconhecia ao denominado “Poder Coordenador” papel protagonista na guarda da Constituição, conferindo-lhe a atribuição de “declarar, genérica e obrigatoriamente, a inconstitucionalidade das leis e atos dos poderes federais, das províncias e das autoridades municipais, mediante representação de qualquer autoridade ou cidadão, ou *ex officio*”³⁶.

Precisamente aí está a inspiração da competência do Senado Federal para atuar como coadjuvante no *judicial review*. Afinal, o denominado “Poder Coordenador” acabou sendo atribuído, pela Constituição de 1934, ao Senado, incumbido de “promover a coordenação dos poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis e praticar os demais atos de sua competência”³⁷.

E, coerente com o espírito das funções coordenadora e moderadora dos poderes da República, estabeleceu a Constituição de 1934 — na linha do preconizado pela emenda 1.949 das “grandes bancadas” — competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”³⁸. Por sua vez, a comunicação da decisão judicial adotada pela Corte Suprema ao Senado era atribuição do Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 96.

A novidade foi recebida pela doutrina da época de forma oscilante. ARAUJO

³⁵ TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Digitalização da 3ª edição. 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/torresec.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2013.

³⁶ Artigo 60, item 4º do Projeto de Revisão Constitucional (TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Obra citada, p. 569).

³⁷ Artigo 88 da Constituição da República de 1934.

³⁸ Artigo 91, inciso IV, da Constituição da República de 1934.

CASTRO, por exemplo, criticou duramente a inovação, reputando uma aberração conferir-se a um poder político a prerrogativa de se imiscuir no processo de controle de constitucionalidade:

Não se nos afigura acertada a inovação, pois que a matéria, por sua própria natureza, nunca deveria ser deslocada da esfera judiciária. Acresce que, em se tratando de uma faculdade conferida ao Senado Federal, poderá este suspender logo a execução de uma lei considerada inconstitucional em um único aresto, deixando, entretanto, subsistentes outras, cuja inconstitucionalidade tenha sido declarada em varias decisões³⁹. (...) como a Corte Suprema é tida geralmente como o interprete final da Constituição, poder-se-ia, quando muito, considerar inexistente a lei declarada inconstitucional, mas o que de modo algum se justifica é conferir a prerrogativa de suspender a execução de um acto legislativo ou executivo a um poder político, como é o Senado Federal, e ainda com a agravante de poder este distinguir entre as leis ou actos declarados inconstitucionaes, suspendendo uns e deixando que outros continuem em vigor⁴⁰.

Já PONTES DE MIRANDA destacou que a novidade fazia com que o modelo de controle de constitucionalidade no Brasil se aproximasse mais do denominado “veto judicial”. Em suas palavras:

A tacha de inconstitucionalidade não tinha conseqüências formais no Direito constitucional brasileiro de 1891-1934. A Constituição de 1934 não ousou transformar o julgamento *in concreto*, no caso examinado pelos juízes, em julgamento definitivo, geral, da lei, nem, tão-pouco, em apreciação *in abstracto* e derriscante da lei. Se bem que escritores norte-americanos falassem de veto judicial, o sistema dos Estados Unidos da América e do Brasil é o de simples declaração *in casu* da inconstitucionalidade, mas o artigo 91, IV, cria algo de novo, algo de mais próximo do veto, se bem que só nos resultados, que é a suspensão da execução⁴¹.

De outro lado, é importante registrar que, como caberia ao Senado Federal emprestar efeitos *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade, entendeu-se não ser mais necessária a previsão de um instrumento processual específico e de rito abreviado — o mandado de segurança — para resguardar os direitos de litigantes em

³⁹ CASTRO, Araujo. Obra citada, p. 247.

⁴⁰ CASTRO, Araujo. Obra citada, p. 304-305.

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Tomo I (Artigos 1 – 103). Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1938, p. 771.

igualdade de condições, tal como haviam estabelecido o anteprojeto do Itamaraty e, na mesma linha, o substitutivo da “Comissão dos 26”. Assim, o texto final da Constituição de 1934 não fez menção ao cabimento de mandado de segurança para tal hipótese, deixando a tarefa de generalização dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade exclusivamente para o Senado.

Finalmente, a partir da narrativa realizada, é possível apresentar o seguinte quadro comparativo para retratar as etapas do pensamento constitucional que se formou durante os debates tendentes à elaboração da Constituição de 1934 e que resultaram na introdução de dois institutos duradouros no controle concreto-difuso no Brasil.

QUADRO II

Anteprojeto do Itamaraty	Substitutivo da Comissão Constitucional (“dos 26”)	Constituição de 1934
Prazo de cinco anos para a arguição de inconstitucionalidade de lei federal (artigo 57)	Suprimido	Suprimido
Quórum qualificado de dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal para declaração de inconstitucionalidade (artigo 57, §1º)	Redução do quórum qualificado para maioria absoluta dos juízes do Tribunal (artigo 101)	Mantida a redução do quórum qualificado para maioria absoluta dos juízes dos tribunais (artigo 179)
Só o Supremo Tribunal poderia declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz deixasse de aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República por inconstitucionalidade, deveria recorrer <i>ex officio</i> e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal (artigo 57, §2º)	Supressão do recurso <i>ex officio</i> . Previsão de que o Procurador-Geral da República comunicaria ao Presidente da República ou à Assembleia Nacional o julgamento de inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato governamental pela Corte Suprema - o Supremo Tribunal foi substituído pela Corte Suprema (artigo 120, §3º)	Previsão de que o Procurador-Geral da República comunicaria a decisão declaratória de inconstitucionalidade adotada pela Corte Suprema ao Senado Federal para fins de suspensão da lei ou ato do poder público (artigo 96)

Sem correspondência	Sem correspondência	Competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (artigo 91, inciso IV).
Extensão da eficácia subjetiva da pronúncia de inconstitucionalidade a outros interessados em idêntica situação pela via do mandado de segurança	Mantido o cabimento do mandado de segurança para a extensão da eficácia subjetiva, com sua colocação no capítulo pertinente à declaração de direitos (parágrafo único do artigo 142, item 34)	Suprimido o cabimento do mandado de segurança para essa finalidade (artigo 113, item 33).

5. Reflexões finais

Os registros históricos recuperados nesta pesquisa são valiosos para a compreensão do modelo concreto-difuso de controle de constitucionalidade no Brasil, especialmente no momento atual em que grande parte do discurso constitucional aponta, progressivamente, para a abstrativização do *judicial review* e sua concentração no âmbito do STF.

A primeira ilação importante a ser fixada concerne à forma extremamente arejada e sensata com que foi debatido o papel do poder judiciário como autoridade interpretativa da Constituição durante os trabalhos da Subcomissão do Itamaraty e, posteriormente, durante a própria Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934. O receio de se conferirem poderes em excesso ao judiciário permeou constantemente as discussões travadas em torno do tema, especialmente por influência das intervenções de JOÃO MANGABEIRA e das desconfianças dirigidas às atribuições da Suprema Corte à luz da perspectiva paradigmática norte-americana.

Preocupações de tal natureza são, hoje em dia, cada vez mais raras. A afirmação do significado da Constituição como tarefa primordialmente exercida por instâncias judiciais não tem sido fortemente problematizada ou desafiada pela comunidade acadêmica brasileira e, pior ainda, aceitam-se acriticamente decisões do STF em que nitidamente a Corte se autocoloca como a intérprete exclusiva e final da Constituição, recusando qualquer tarefa interpretativa aos poderes legislativo e executivo, predominando claramente o impulso juriscêntrico tão temido por JOÃO MANGABEIRA quando aludia a uma possível ditadura da “oligarquia judiciária”.

A esse propósito, não se pode deixar de registrar que o anteprojeto da Comissão do Itamaraty, ao preconizar o quórum de dois terços dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, refletia proposta bem mais lúcida e ponderada do que o reduzido quórum de maioria absoluta que acabou prevalecendo já na “Comissão dos 26”, sendo mantido no texto final da Constituição de 1934 e de todas as que lhe sucederam, inclusive na Constituição de 1988.

Sobre o tema, é importante destacar que a recente tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011 – apesar do intenso debate que provocou ao estabelecer uma engenharia constitucional que rompe significativamente com marcos já tradicionais no nosso constitucionalismo⁴² – teve o mérito de, ao menos, reanimar a discussão em torno do quórum para a pronúncia de inconstitucionalidade. Em verdade, repensar a questão relativa ao quórum qualificado implica a retomada de uma postura de valorização da presunção de constitucionalidade das decisões adotadas pelos órgãos do edifício representativo de poder, ideia que se encontra totalmente desprestigiada contemporaneamente, mas que, em absoluto, não pode ser negligenciada.

O controle de constitucionalidade, como de conhecimento convencional, ostenta uma “dificuldade contramajoritária”⁴³. Com efeito, quando o poder judiciário declara a inconstitucionalidade de atos emanados dos poderes eleitos, “contraria a vontade dos representantes do povo do aqui e agora; (...) exerce controle não em nome da maioria prevalente, mas contra ela”⁴⁴. Daí a imprescindibilidade de se assegurar que o judiciário não invalide leis e atos das instâncias de representação por decisões adotadas por maiorias apertadas. Essas maiorias são fluidas e não parece sensato admitir-se que a diferença de apenas um único voto na decisão judicial seja suficiente para afastar a presunção de legitimidade e de constitucionalidade de medidas aprovadas pelas maiorias representativas.

O outro aspecto importante a ser enfrentado a partir da recuperação histórica empreendida neste ensaio diz respeito ao papel do Senado Federal no controle concreto-difuso. Como se examinou, sob a égide da Constituição de 1934, a competência do Senado Federal para suspender a execução das leis e atos normativos declarados inconstitucionais decorria claramente da natureza que lhe fora conferida de “poder coordenador”, dotado de competências fiscalizadoras e moderadoras dos demais poderes da República.

Com exceção da Carta outorgada de 1937, todas as Constituições posteriores reafirmaram a competência do Senado Federal para suspender a execução das leis e dos atos do poder público declarados inconstitucionais, em definitivo, pelo STF. E, como se sabe, assim também o faz, até hoje, a Constituição de 1988, nos termos da norma do artigo 52, inciso X. Ocorre, porém, que o Senado Federal já não exerce o papel coordenador ou moderador que lhe pretendeu atribuir a Constituição de 1934. Muito pelo contrário, à luz da Carta de 1988, o Senado Federal participa da distribuição orgânica do poder representativo e aparece como co-partícipe do processo legislativo. A *ratio* que justificava a sua intervenção, *a posteriori*, no controle de constitucionalidade já não encontra paralelo desde a Carta de 1937.

Daí porque efetivamente parece importante se repensar essa atribuição senatorial. Da forma como se encontra projetado o controle concreto-difuso na Constituição de 1988, o Senado Federal acaba atuando, por via oblíqua, como uma espécie de casa revisora, cabendo-lhe o controle sobre os atos do legislador positivo (em que atua como co-partícipe) e do legislador negativo (Supremo Tribunal Federal). Trata-se de modelo que se conformava à estrutura de separação funcional de poderes cogitada pela Constituição de 1934, mas que se encontra absolutamente incongruente diante da atual Constituição.

⁴² Ver, a respeito, a nota de rodapé n. 04.

⁴³ Trata-se da expressão cunhada por Alexander Bickel na década de 60, em sua célebre obra: *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986.

⁴⁴ BICKEL, Alexander. Obra citada, pp. 16-17.

Essa matéria encontra-se na pauta de debates no STF, especialmente em razão da posição assumida pelo Ministro GILMAR MENDES, que sustenta, em síntese, que a norma do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988 teria sofrido uma autêntica mutação, tendo seu sentido e alcance modificados sem expressa alteração no texto constitucional. Ao apreciar, na qualidade de relator, a Reclamação n. 4.335/AC, o Ministro pontuou que “a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade” e que “se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso”⁴⁵.

Percebe-se que o raciocínio formulado segue lógica que rejeita diferença qualitativa no que tange aos efeitos produzidos pelas decisões do STF adotadas em matéria constitucional, sendo desimportante o fato de tratar-se de decisão adotada em sede de controle concentrado-abstrato ou difuso-concreto. Assim, por essa linha de pensamento, mesmo as declarações de inconstitucionalidade adotadas incidentalmente pela Suprema Corte já ostentariam a força normativa própria das decisões decorrentes de controle abstrato, sendo todas elas dotadas de efeitos gerais e vinculantes. Não seria mais, portanto, a atuação do Senado Federal que teria condão de conferir eficácia *erga omnes* ao julgado do STF; essa já seria uma qualidade inerente à decisão, que o Senado simplesmente tornaria pública.

A matéria é polêmica entre os próprios membros da Corte e ainda não foi conclusivamente apreciada pelo Plenário. A divergência foi aberta pelo então Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que rechaçou o projeto de mutação constitucional, embora reconhecendo que a atuação do Senado Federal no controle de constitucionalidade está se tornando cada vez mais obsoleta, especialmente em virtude da prevalência do controle concentrado-abstrato. Além disso, destacou que, com o advento da Emenda n. 45/04, o STF passou a dispor da possibilidade de outorgar efeito vinculante às suas decisões em matéria constitucional por meio da edição de enunciado de súmula, sem a necessidade de reduzir o Senado a mero órgão de publicidade de suas decisões.

Como se vê, o tema é instigante e polariza posições. O resgate histórico empreendido ao longo do trabalho demonstra que, de fato, a função coordenadora que sugestionou a intervenção do Senado Federal no controle concreto-difuso de constitucionalidade já se encontra totalmente superada, o que reforça a necessidade de se repensar tal competência senatorial.

Ocorre, porém, que a evidência histórica de suplantação do mecanismo inaugurado em 1934 não deve conduzir, pura e simplesmente, ao esvaziamento do papel do Senado e, de maneira concomitante, à juscentralização cada vez maior da interpretação constitucional. Em realidade, caso prospere o projeto de mutação defendido pelo Ministro GILMAR MENDES, duas serão as consequências imediatas: (i) as decisões adotadas pelo Plenário do STF em controle concreto-difuso passarão a ser dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante; e (ii) a atuação do Senado Federal não terá qualquer relevância nesse cenário, servindo, tão somente, para dar publicidade ao julgado do Supremo.

⁴⁵ STF, Rel n. 4.335/AC, relator Ministro Gilmar Mendes. Dados extraídos do Informativo n. 454 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>. Acesso em 04 de dezembro de 2013.

Ao que me parece, porém, esses dois eixos do controle concreto são independentes e, precisamente por isso, devem ser examinados autonomamente. Em outros termos, a atribuição suspensiva do Senado prevista no artigo 52, inciso X, da CRFB encontra-se realmente descontextualizada diante do modelo de separação funcional de poderes adotado em 1988. Mas disso não decorre que as decisões definitivas adotadas pelo STF em sede de controle concreto automaticamente passem a ter efeitos gerais. Repita-se: são duas perspectivas distintas, que demandam análise em separado.

A meu ver, o elemento que poderia eventualmente justificar uma mutação constitucional na matéria decorre da adoção do mecanismo de súmula vinculante a partir da Emenda n. 45/04, exatamente porque, por seu intermédio, solucionase o problema para o qual foi concebida a intervenção do Senado no controle de constitucionalidade. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade em concreto continua dotada de eficácia restrita às partes processuais, abrindo-se ao STF a possibilidade de, após reiteradas decisões, editar súmula com efeito vinculante e, dessa forma, ampliar a autoridade da sua interpretação.

Lamenta-se, porém, que essa constatação – que deriva de uma narrativa isenta de inclinações ideológicas – acaba por contribuir ainda mais para o protagonismo do judiciário na interpretação e na aplicação da Constituição. Longe disso, a meu ver o caminho a ser trilhado deveria ser precisamente o inverso, buscando-se fórmulas que pudessem favorecer a incorporação de atores não judiciais na definição do significado constitucional.

6. Referências Bibliográficas

ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. “A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 15, n. 57, jan./mar. 1978, pp. 223-328.

Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934. Volume III. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/8008>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934. Volume X. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8026>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934. Volume XI. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8167>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934. Volume XX. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, pp. 07/25. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/8147>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of Politics*. Binghamton: Vail-Ballou Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CASTRO, Araujo. *A Nova Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Livraria Editoria Freitas Bastos, 1935.

LEITE, Fabio Carvalho. *1891: A Construção da Matriz Político-Institucional da República no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=3880@1. Acesso em 12 de setembro de 2013.

MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934.

MENDES, Gilmar Ferreira. “O papel do senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: ano 41, n. 62, abr./jun.2004, pp. 149/168.

MENDOÇA DE AZEVEDO, Jose Affonso. *Elaborando a Constituição Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil*. Tomo I (Artigos 1 – 103). Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1938.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Digitalização da 3ª edição. 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/torresc.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2013.