

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**Os Mecanismos de Controle Preventivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**

**ODILON CARPES MORAES FILHO**

PORTO ALEGRE, 2007

ODILON CARPES MORAES FILHO

**Os Mecanismos de Controle Preventivo de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior

PORTO ALEGRE, 2007

Dedico este trabalho a minha esposa, pelo apoio e  
companheirismo.



Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir: pasado y futuro se ligan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda de futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional. (ZAGREBELSKI, Gustavo. Historia y constitucional. Madrid: Editorial Trotta. 2005: p. 91)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu mestre, professor e orientador Cezar Saldanha Souza Júnior, pela ajuda e compreensão ao longo das aulas e da elaboração desta dissertação.

Agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que contribuíram para minha formação acadêmica e, por conseguinte, para a construção deste trabalho.

Agradeço, principalmente, a minha esposa, meus pais, avós e irmãos, por tornarem esse trabalho possível, oportunidade em que deixo, também, minha homenagem póstuma aos avôs Eurides e Nilton, os quais lapidaram com dignidade e honradez a família a qual pertencço.

Por fim, agradeço a todos os que de alguma forma ajudaram a confecção deste trabalho.

## RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de catalogar e descrever os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade existentes no ordenamento pátrio. Tradicionalmente, costuma-se classificar o controle de constitucionalidade das leis em dois ou três modelos: americano e austríaco (alguns acrescem o modelo francês), em vista da origem dos controles: difuso e concentrado (e preventivo), respectivamente. Todavia, conforme se busca demonstrar, não há como, atualmente, considerar tal classificação de modo estanque, na medida em que cada país mescla características dos modelos apontados, a fim de adaptá-las à cultura jurídica do lugar. Nesse rumo, tem-se, em um ordenamento jurídico, mecanismos (e não modelos) de controle de constitucionalidade. Alguns são repressivos (em que controle se dá após publicado o ato normativo), outros são preventivos (quando o controle se opera durante o processo legislativo). Outra acepção ainda se vislumbra: quando o controle é exercido pelo Poder Judiciário e quando não é. Desta forma, o trabalho abordará os mecanismos, não-jurisdicionais e jurisdicionais, de controle preventivo de constitucionalidade encontrados no Brasil, quais sejam, controle de constitucionalidade realizado pelo presidente da Câmara dos Deputados, pelas comissões de constituição e justiça, o veto do presidente da República, a análise dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias no Congresso Nacional, o controle incidental realizado durante o processo legislativo, o controle preventivo de constitucionalidade de proposta de emenda constitucional tendente a abolir uma cláusula pétrea e a possibilidade de controle prévio pela ação de descumprimento de preceito fundamental.

Palavras-chave: Constituição – Controle de Constitucionalidade – Preventivo – Mecanismos – Veto – Comissões de Constituição e Justiça

## ABSTRACT

Questo lavoro ha lo scopo di catalogare e descrivere i meccanismi di controllo preventivo di costituzionalità esistente nella pianificazione patria. Tradizionalmente, è consuetudine di classificare il controllo della costituzionalità delle leggi in due o tre modelli: Americano e austriaci (alcuni aggiunto il modello francese), in vista della provenienza dei controlli: diffuso e concentrato (e preventivo), rispettivamente. Tuttavia, come mostra la ricerca, non vi è alcun modo, al momento, prendere in considerazione questa classificazione sono stagne, nella misura in cui ogni paese si fondono le caratteristiche dei modelli di cui, al fine di adeguarli alla cultura giuridica del posto. In questo corso, si è in un sistema giuridico, i meccanismi (non modelli) per il controllo di costituzionalità. Alcuni sono repressivi (dove il controllo avviene dopo la pubblicazione di atto legislativo), altri sono preventivi (quando il controllo è operato durante il processo legislativo). Un altro significato è ancora lì: quando il controllo è esercitato dalla magistratura e quando non lo è. Così, il lavoro affronterà i meccanismi, giudiziarie e non giudiziarie, il controllo preventivo di costituzionalità trovato in Brasile, cioè, il controllo di costituzionalità condotta dal presidente della Camera dei Deputati, per l'istituzione di commissioni i giustizia, il diritto di veto dei Presidente della Repubblica, l'analisi delle ipotesi di misure costituzionali e il Congresso Nazionale, il controllo effettuato accidentali durante il processo legislativo, il controllo di costituzionalità di preventivo proposto emendamento costituzionale che cercano di abolire una clausola pétrea e la possibilità di controllo dapprima per la Azione di violazione di obblighi fondamentali.

Parole chiave: Costituzione - Controllo Constitucionalidade - Preventivo – Meccanismi – Veto – Istituzione di Commissioni i Giustizia

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....</b>	<b>14</b>
<b>1.2 CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO AMERICANO E NO DIREITO EUROPEU.</b>	<b>18</b>
<b>1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE QUANTO AO SEU MOMENTO DE REALIZAÇÃO.....</b>	<b>25</b>
<b>1.3.1 Do controle preventivo de constitucionalidade das leis.....</b>	<b>27</b>
<b>1.3.2 A experiência francesa e portuguesa.....</b>	<b>29</b>
<b>1.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE QUANTO AO ÓRGÃO REALIZADOR.....</b>	<b>41</b>
<b>2. MECANISMOS NÃO-JURISDICIONAIS DE CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>44</b>
<b>2.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.....</b>	<b>44</b>
<b>2.2 DAS COMISSÕES DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3 DO VETO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.....</b>	<b>56</b>
<b>2.4 DA ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO CONGRESSO NACIONAL – ART. 62, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL..</b>	<b>70</b>

<b>3 MECANISMOS JURISDICIONAIS DE CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO BRASILEIRO...</b>	<b>88</b>
<b>3.1 DO CONTROLE INCIDENTAL REALIZADO DURANTE O PROCESSO LEGISLATIVO.....</b>	<b>88</b>
<b>3.2 DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL TENDENTE A ABOLIR UMA CLÁUSULA PÉTREA.....</b>	<b>98</b>
<b>3.3 DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE PRÉVIO PELA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF.....</b>	<b>105</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>116</b>
<b>OBRAS CONSULTADAS.....</b>	<b>120</b>

## INTRODUÇÃO

A eficácia de uma Constituição é assegurada pelo controle dos atos normativos. Na medida em que este controle se torna efetivo, a Constituição passa a ter força cogente. A supremacia constitucional é essencial ao Estado Democrático de Direito, vez que garante os princípios norteadores da Carta Política, os quais estão impregnados de valores éticos, vitais à busca do bem comum e ao desenvolvimento humano, assegurando a dignidade da pessoa humana.

Não há como negar que a lei, oriunda de uma assembléia representativa, possui presunção de constitucionalidade. Por outro lado, a enorme gama de ações diretas que discutem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos atos infra-constitucionais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – deflagra certa dúvida acerca dessa presunção. Some-se a isso o fato de o Brasil legitimar qualquer órgão jurisdicional a rejeitar uma norma, sob o manto da inconstitucionalidade. Há mais: os juízes de primeira instância mostram-se, algumas vezes, renitentes em acatar as decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal, seja quando a Corte Suprema atue no controle difuso, seja quando julga uma ação direta. Tudo isso faz pôr em cheque o dogma de que a lei presume-se constitucional, até decisão em contrário.

Partindo-se destes pressupostos, é salutar direcionar melhores olhos nos mecanismos possíveis de controle de constitucionalidade no seio do legislativo, durante a feitura da lei.

O objeto deste trabalho é catalogar os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade das leis no ordenamento pátrio e especificá-los. Ainda que o desiderato do estudo que ora é proposto não contemple teses ou críticas originais, algumas

ponderações, acerca dos institutos descritos, serão suscitadas, a fim enriquecer a presente dissertação, bem como instigar novos estudos sobre o tema.

A relevância deste trabalho está em que o tema carece de uma análise mais aprofundada, vez que a doutrina constitucional pátria é econômica quando aborda o assunto. Para tanto, em um primeiro momento, será esmiuçada a idéia de controle de constitucionalidade, colhendo-se as características dos mecanismos de controle experimentados na Europa e na América. Destaque especial ao controle prévio de constitucionalidade, destacando-se a experiência francesa e portuguesa.

Ainda no primeiro capítulo, será proposta a classificação dos mecanismos de controle de leis em jurisdicionais – em que o judiciário é o protagonista do controle – e em não-jurisdicionais – quando o controle não é exercido por órgãos do judiciário. Visa a presente acepção afastar os problemas advindos da classificação entre controle político e jurídico. Como se verá adiante, nem todo o controle jurídico é desprovido de conteúdo político, bem como poderão ser encontrados critérios políticos (oportunidade e conveniência) em um controle jurisdicional.

No segundo capítulo do trabalho, serão catalogados (e descritos) os mecanismos de controle preventivo não-jurisdicionais encontrados no direito brasileiro.

O primeiro momento em que uma lei receberá a análise de constitucionalidade é quando da proposição de seu projeto. Com efeito, antes de qualquer deliberação, seja nas comissões da Câmara ou no plenário, cabe ao Presidente da Casa, em um juízo prévio de admissibilidade da proposta, verificar os aspectos constitucionais. Além desse juízo preliminar, durante o processo legislativo, dois outros momentos de controle de constitucionalidade se vislumbram: as comissões de constituição e justiça e o veto do Presidente da República. Serão eles objeto de estudo no segundo capítulo do trabalho,

juntamente com a análise dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias no Congresso Nacional.

Já no terceiro capítulo, serão abordados os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade realizados pelo Poder Judiciário: o controle incidental realizado durante o processo legislativo, o controle preventivo das cláusulas pétreas e a possibilidade de controle prévio pela ação de descumprimento de preceito fundamental.

Para desenvolver todas estas temáticas, utiliza-se o método sistemático de interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. A par disso, realiza-se revisão doutrinária e jurisprudencial na tentativa de encontrar os pontos de consenso e de conflito entre ambas. Por fim, importa ressaltar que o trabalho busca mais provocar o debate do que propriamente apontar soluções definitivas sobre os temas propostos.

## 1. Do Controle de Constitucionalidade.

### 1.1 Considerações preliminares

Controlar não é apenas verificar e fiscalizar – da palavra *contrôle* na França – é também comando, regra – vindo do inglês *control* – como lembra, com a acuidade de sempre, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>1</sup>. É um exame de determinação.

Nessa esteira, controlar a constitucionalidade das leis é aferir, fiscalizar e delimitar a atuação do legislador ordinário, limitando-o e circunscrevendo-o nos ditames preconizados pelo Estado, momento em que foi fundado pela vontade soberana do Constituinte Original.

Assim como o Parlamento surgiu para deflagrar a limitação do Poder do Soberano, também os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis surgiram para inibir e coarctar o Poder do Parlamento.

Foi nos Estados Unidos, em um enfrentamento de poderes, no célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, em histórica decisão do *Chief Justice* John Marshall, a fim de evitar uma grave crise política na América recém inaugurada, que se firmou a necessidade de controle de leis. Marshall conquistou a vitória que COKE<sup>2</sup> não conseguiu, quando propugnou, diferentemente de JHERING<sup>3</sup>, a impossibilidade de abuso do parlamento.

Naquela oportunidade, Willian Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e Willian Harper, que haviam sido nomeados, em 1801, na calada da noite – nos últimos dias do governo do federalista John Adams –, para o cargo de juiz de paz no Distrito de

---

<sup>1</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 2003: 211

<sup>2</sup> O embate entre parlamento e judiciário, na Inglaterra, foi travado a partir do *Bonham's Case (1610)*, em que o juiz Edward Coke pretendia firmar a supremacia deste último, fato que não ocorreu.

<sup>3</sup> Ver citação do autor transcrita acima.

Columbia, tiveram negadas as suas posses pelo governo republicano de Thomas Jefferson. O caso foi parar na Suprema Corte americana.

O caso, em si, não seria de maior repercussão, se não fossem alguns detalhes. A começar que Marshall, então encarregado de decidir o caso concreto, foi o secretário de governo responsável pelos atos de nomeação daqueles juízes de paz. Portanto sabia que o novo secretário Madison era obrigado a dar-lhes posse. Por outro lado, dar provimento à demanda, poderia gerar uma séria resistência do Executivo à decisão favorável da Suprema Corte, mormente porque tal corte era composta majoritariamente por federalistas, enquanto que, devido à última eleição, que consagrou Jefferson, tanto o Congresso, quanto o Executivo, eram republicanos. Acresce-se que, uma crise no seio dos poderes instituídos poderia trazer abalos inimagináveis na recém inaugurada República americana. Com efeito, sabendo destas repercussões, amplamente noticiadas na época, Marshall, de forma inteligente, embora admitindo a pretensão da causa, fulminou o pedido veiculado por Marbury, invocando a constitucionalidade de uma regra de competência. Por entender que as competências da Suprema Corte são taxativamente previstas na Constituição – regra até hoje adotada, bem como constantemente argüida, também no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal –, declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da lei de 1789, que ampliava o rol originário de competências insculpidos no art. III, Seção II, do texto constitucional americano.<sup>4</sup>

De qualquer forma, o constitucionalismo europeu não seguiu a linha descortinada por MARSHALL. Na verdade, houve certa dificuldade da Europa em assumir a necessidade do controle de constitucionalidade das leis, surgindo, talvez como efeito colateral, um ambiente propício para o desenvolvimento do positivismo jurídico.

---

<sup>4</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, c1999 e MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

Ora, enquanto que, nos Estados Unidos, o poder do Estado foi eficientemente limitado pelo Judiciário; a Europa seguiu caminho inverso, legitimando ao Parlamento tal tarefa. A consequência foi a dificuldade em adotar o controle constitucional concebido pelos americanos. Até porque o direito europeu não é calcado no precedente, mas na lei.

A Europa bem que tentou adotar esta sistemática, qual seja, legitimar o juiz a afastar a aplicação da lei que não se coadunasse com os preceitos ou princípios constitucionais. Mas a cultura romano-germânica não permitiu tal adaptação. O direito europeu, a partir da Revolução Francesa, estabeleceu a supremacia do parlamento, sobre os demais poderes estatais. Esta proeminência do poder legislativo gerou, como influência inevitável, a supervalorização dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, abrindo as portas ao positivismo jurídico. Para o europeu do século XIX, legitimar qualquer juiz a afastar uma lei, fruto da vontade do povo – representado em um parlamento –, em um caso concreto, aceitando decisões díspares sobre um mesmo fato, era pôr em risco os pilares da segurança jurídica.

A propósito, vale transcrever o seguinte trecho de Mauro Cappelletti:

No método de controle ‘difuso’ de constitucionalidade – no denominado método ‘americano’, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns Países, ou seja, na Noruega, Dinamarca, Suécia e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método “difuso” de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de civil law, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de common law, do “stare decisis”. Pois bem, a introdução, nos sistemas de civil law, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei,

ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. (...) <sup>5</sup>

Somente a partir do pós-guerra, sente-se a necessidade, na Europa Continental, de criar mecanismos de controle de constitucionalidade, devido às experiências vividas na Alemanha.

As constituições européias buscaram aperfeiçoar os dois modelos existentes até então, o francês<sup>6</sup> e o americano, o político e o jurídico. Na verdade, a incessante busca de Kelsen foi salvaguardar a constituição, sem retirar a segurança jurídica do ordenamento – algo até então impossível na simples importação dos mecanismos americanos nos países europeus. Para alcançar este objetivo, o autor elaborou, seguindo uma linha semelhante a da *Teoria Pura do Direito*, uma hierarquia de jurisdições. Os legitimados a atuarem no plano da supra-legalidade (Jurisdição Constitucional) não seriam os mesmos personagens do plano infra-constitucional (Jurisdição Ordinária). Claro que a concentração, em contrapartida ao sistema difuso americano, foi uma consequência lógica, frente à inconveniência de legitimar tantos órgãos para uma tarefa similar a do parlamento – o legislador negativo. O Tribunal Constitucional seria um órgão político decidindo as questões constitucionais de forma racionalizada, judicializada.

MAURO CAPPELLETTI foi claro em considerar que a solução austríaca expressou uma solução intermediária entre o controle francês e o americano, *in verbis*:

Mas se eu quis aqui sublinhar esta radical contraposição, também ideológica, entre os dois sistemas, foi, sobretudo, porque desejei colocar, com isto, em evidência como as modernas Constituições européias, que, como a austríaca, a italiana e a alemã, adotaram um sistema de controle judicial certamente, mas concentrado, de constitucionalidade, puseram de tal modo em prática, em certo sentido, uma solução intermediária entre a francesa e a norte-americana,

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1999: p. 76-7

<sup>6</sup> Controle de leis realizado pelo Senado Conservador, logo após a Revolução Francesa, o qual será estudado em capítulo próprio.

um verdadeiro – e bem consciente, ao invés de irracional, como já se demonstrou – compromisso entre as duas contrapostas e tradicionais soluções.

Também nestas modernas Constituições européias, de fato, vale o tradicional princípio francês que aos juízes vedou o controle sobre a legitimidade constitucional das leis e toda ‘interferência’, portanto, em relação ao poder legislativo; pelo que, sob este aspecto, também na Áustria, na Itália e na Alemanha, está a salvo o princípio montesquieuiano da nítida separação dos poderes do Estado. E, no entanto, enquanto a França não admite derrogações ao princípio, nos outros Países, pode, ao invés, derrogá-lo um órgão, a ‘Corte Constitucional’ (...).<sup>7</sup>

Frente aos dois mecanismos contrapostos, um adotado pela América e o outro pela Europa continental, sistematizou-se o controle de constitucionalidade em dois modelos díspares: Modelo Europeu e Modelo Americano. Impõe-se, então, trazer as características de cada um desses *modelos*.

## **1.2 Características do controle de constitucionalidade das leis no direito americano e no direito europeu.**

A doutrina<sup>8</sup>, de um modo geral, sistematiza o controle de constitucionalidade separando-o em dois grandes modelos: Difuso (americano) e Concentrado (austríaco).

No *sistema* difuso, inspirado no modelo norte-americano, o controle se dá de forma **incidental**. Ou seja, o juiz, para julgar a causa – no caso concreto (na lide), que é a questão principal – terá que, incidentalmente, decidir sobre a inconstitucionalidade da norma por ventura em testilha.

O controle de constitucionalidade, portanto, será uma questão incidente, um obstáculo obrigatório para a decisão da lide. Claro que todo e qualquer magistrado, também na Europa,

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 1999:p. 99-100

<sup>8</sup> Entre eles: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 11<sup>a</sup> edição, São Paulo: Atlas, 2002.;BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.;CARVALHO, Kildade Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

onde o mecanismo difuso não foi adotado, tem legitimidade para afirmar a autoridade da constituição, bem como a sua compatibilidade com o ordenamento infra-constitucional. Entretanto, nos Estados Unidos da América, como também no Brasil, desde 1891, também poderá o juiz fazer a rejeição da lei considerada inconstitucional. Assim, devido a esta possibilidade de rejeição, cada processo poderá ser objeto de controle de constitucionalidade, sempre que uma questão de inconstitucionalidade (ato ou norma incompatível com a Constituição) for empecilho para decidir o caso concreto. Por conseguinte, é correto afirmar que há uma difusibilidade processual neste tipo de controle.

Em relação ao motivo do controle, perquiri-se se a sua motivação é a lei ou o caso concreto. Por tudo que já foi exposto, nota-se que o modelo americano irá efetivar e garantir a Constituição judicialmente, por meio de um processo que tratará sobre o bem da vida das partes: um caso **concreto**. Por isso este mecanismo é também intitulado como modelo concreto de controle de constitucionalidade.

Aqui, valem os comentários alinhavados em relação ao objeto de controle. Do mesmo modo que cada processo é passível de controle de constitucionalidade, também o caso concreto poderá ensejar a necessidade de rejeitar uma norma que esteja em discordância com os preceitos da Constituição. A via de controle, neste caso, é a de defesa, em que a argüição de inconstitucionalidade ocorre no curso do processo comum (incidentalmente, como visto acima), sendo possível a qualquer interessado suscitá-la (juiz, partes e terceiros que intervierem no feito). A apreciação de constitucionalidade será condição para a decisão do caso concreto, ou seja, uma relação de direito posta em juízo.

Pertinentes as observações de REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI:

A apreciação de inconstitucionalidade é feita para decidir determinada relação de direito, isto é, quando surge o problema da validade da lei ou ato normativo face à Constituição, ele deve ser resolvido para que possa haver a decisão sobre a relação de direito, objeto da ação. O objeto da ação não é constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de uma lei, cuja validade frente à Constituição é contestada, faz surgir a necessidade

de apreciação da mesma, para enfim decidir a questão proposta. Assim, a alegação de inconstitucionalidade aparece incidentalmente em um processo judicial e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso (...).<sup>9</sup>

Outra característica a ser apontada é quanto ao órgão competente para exercer o controle de constitucionalidade. O *sistema* difuso, tal qual inaugurado por MARSHAL, legitimou todo e qualquer juiz a exercer a fiscalização da justiça constitucional, rejeitando a norma inquinada de vício.

Em face da competência de cada magistrado, aponta-se a característica **difusa** deste controle de constitucionalidade, pois a jurisdição constitucional está dispersa em todo e qualquer órgão do Poder Judiciário.

Por conseguinte, outra característica já se revela: a jurisdição constitucional é **integrada** à jurisdição ordinária.

Frente às peculiaridades do presente *sistema*, que ainda serão contrastadas com o sistema europeu austríaco, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, da mesma forma, são particulares.

Em um primeiro momento seu efeito é *inter-partes*. Na verdade, o juiz, ao declarar a inconstitucionalidade da norma, é chamado a julgar o caso concreto, não decidindo em abstrato. Nesse passo, o magistrado não fulmina o ato normativo impugnado do ordenamento, apenas afasta sua aplicação ao caso concreto.

A lei impugnada em um processo comum, declarada incidentalmente como inconstitucional, continua vigendo. Portanto somente quem buscar o Judiciário é que terá a inconstitucionalidade ventilada. Claro que esta técnica não fomenta a segurança jurídica,

---

<sup>9</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Editora RT. 1992:p. 103

uma vez que a lei inconstitucional poderá permanecer dentro do ordenamento, perpetuando seus efeitos, muitas vezes nefasto. Por outro lado, não se pode perder de vista que tal mecanismo de controle foi criado em um país de *common law*. Nesse rumo, na medida em que o julgador afasta a aplicação de um ato normativo contrário à Constituição, ele estará criando o direito, por meio de um precedente, o qual terá o condão de vincular as demais decisões. Esta vinculação desencadeia um efeito colateral, pode-se dizer, do mecanismo americano de controle, qual seja, um efeito *erga omnes* reflexo. Assegurada, portanto, a segurança jurídica americana.

Outro efeito a ser apontado é o **declaratório**. A declaração é a obtenção de certeza da existência ou inexistência de uma relação jurídica<sup>10</sup>, ou, conforme GALENO LACERDA, a declaração busca eliminar uma incerteza<sup>11</sup>, alcançando a certeza jurídica de CHIOVENDA.<sup>12</sup>

Assim, tendo em vista este efeito declaratório, as decisões proferidas no controle de constitucionalidade americano retroagem, como se o ato normativo impugnado nunca tivesse existido, sendo nulo e írrito. Tal eficácia, nesta esteira, é *ex tunc*.

Já em relação ao *sistema* austríaco, outras peculiaridades são obedecidas. Em contrapartida aos instrumentos de controle americano, KELSEN elaborou uma outra dinâmica para garantir a eficácia da constituição.

Primeiramente, em relação ao objeto de controle, enquanto que no sistema difuso a inconstitucionalidade é argüida incidentalmente, aqui ela é a questão **principal**. O processo é impulsionado com o único e exclusivo desiderato de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, sendo a sua questão de fundo.

---

<sup>10</sup> SILVA, Ovídio A Batista da Silva. *Curso de Processo Civil. Volume I*. Porto Alegre: Fabris, 1996: p.

133

<sup>11</sup> LACERDA, Galeno. *A Extensão da Ação Declaratória*. Rev da Faculdade de Direito de Porto Alegre, n1 1950, p123

<sup>12</sup> BUZAID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986: p.247.

Em consequência disso, o motivo do controle – se a lei ou o caso concreto – é a própria norma, a qual deve ser julgada abstratamente. Decorre disso outra característica do mecanismo: **abstrato**. Com efeito, não mais se está diante de um caso concreto que aporta ao judiciário, mas de um processo direcionado ao exame da constitucionalidade de um ato normativo, como questão principal e ser abstratamente julgada.

Ora, tendo este novo modelo como único objetivo a declaração da inconstitucionalidade, sem qualquer lide adjacente, seria totalmente inconveniente legitimar qualquer magistrado para tanto. Afinal, suas características fogem do âmbito da função judiciária. Ao juiz cabe a resolução dos conflitos individuais – entre o indivíduo e o Estado e entre os indivíduos entre si – colocados a sua frente, pelo princípio dispositivo. De mais a mais, seria de extrema complexidade determinar as competências de cada órgão judicial, acerca deste controle constitucional, de modo a garantir a segurança jurídica. Como é cediço, foi a falta de segurança que levou o europeu a rechaçar o modelo americano de controle de constitucionalidade. Portanto a idéia foi concentrar este controle em um órgão só e, ainda, legitimar poucos agentes para intentarem a ação constitucional. Esta foi a idéia do gênio criativo de KELSEN que, embora contestado na época, vingou e consolidou-se nos dias atuais.

Pressupõe, então, a existência de um Tribunal Constitucional, legitimado a exercer a função de controle **concentrado** de constitucionalidade. A jurisdição constitucional, nos países que adotam este mecanismo de controle – caso da Europa Continental –, está limitada ao Tribunal Constitucional, não mais integrada em todo e qualquer órgão jurisdicional, com a jurisdição ordinária, como ocorre nos Estados Unidos da América.

Ao contrário da judiciedade da decisão incidental do mecanismo difuso, no controle concentrado a lei é retirada do ordenamento, emprestando um caráter de legislatividade negativa. Diante disso, não poderia ser outro o seu efeito: *erga-omnes*.

No entanto, mais tormentoso é saber se os efeitos da inconstitucionalidade são declaratórios ou constitutivos.

Para a doutrina clássica, da escola de RUI BARBOSA, alinhavada sobre as concepções americanas, o ato inconstitucional, por ser írrito, deve ser considerado como se nunca tivesse existido, devendo seus efeitos retroagir a data da publicação do ato impugnado – *ex tunc*. Mas a última palavra, a respeito da retroatividade ou não do ato impugnado por um Tribunal Constitucional, em ação própria, deve mesmo ficar com HANS Kelsen:

Em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão. Mas este mesmo interesse não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento em que anulação se produz, ainda não foram objeto de nenhuma decisão de uma autoridade pública e que, se fosse excluído qualquer efeito retroativo da sentença de anulação, deveriam sempre ser julgados de acordo com esta – pois a norma geral só é anulada pro futuro, isto é, para os fatos posteriores à anulação. A seqüência mostrara que esta retroatividade limitada é mesmo necessária em certa organização do procedimento do controle de constitucionalidade.

Se uma norma geral é anulada sem efeito retroativo, ou pelo menos com efeito retroativo limitado que acabamos de indicar; se, por conseguinte, subsistem as conseqüências jurídicas que ela produziu antes de sua anulação, ou em todo caso as que se exprimiram em sua aplicação pelas autoridades, isso em nada diz respeito aos efeitos que sua entrada em vigor teve sobre as normas que regulavam até então o mesmo objeto, isto é, a ab-rogação das normas contrárias conforme o princípio *lex posterior derogat priori*. Isso significa que a anulação de uma lei, por exemplo pelo tribunal constitucional, não acarreta de forma alguma o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor, que ela não faz reviver a lei relativa ao mesmo objeto que havia sido ab-rogada. Resulta da anulação, por assim dizer um vazio jurídico. A matéria que era até então regulada deixa de sê-lo; obrigações jurídicas desaparecem; segue-se a liberdade jurídica.

Poderão resultar daí conseqüências desagradabilíssimas. Sobretudo se a lei não foi anulada por causa de seu conteúdo, mas apenas por causa de um vício de forma qualquer que se produziu quando da sua elaboração, em particular quando a elaboração de uma lei para regular um mesmo objeto requer um prazo muito longo. Para remediar este inconveniente, é bom prever a possibilidade de diferir a entrada em vigor da sentença de anulação até a expiração de certo prazo a contar da sua publicação.

Pode-se cogitar ainda de outro meio, que consistiria em autorizar o tribunal constitucional a pronunciar, na decisão que anula uma norma geral, que a entrada em vigor da anulação voltará

a fazer vigorar precisamente as normas gerais que regiam a matéria antes da intervenção da norma anulada. (...) <sup>13</sup>

Diante do quadro acima exposto por KELSEN, verifica-se que a sentença do tribunal cassa a lei inconstitucional, com efeitos *ex-nunc*, destruindo a obra do legislador. Isto é assim porque a lei inconstitucional entrou em vigor na data de sua publicação e, até ser definitivamente julgada inconstitucional, produziu, inegavelmente, efeitos jurídicos. Cabe ao Tribunal, por sua vez, adequar os efeitos, a fim de assegurar a segurança jurídica. Afinal de contas, o Tribunal Constitucional foi implementado e concebido para garantir esta segurança, bem como para dar eficácia à norma constitucional. Por conseguinte, seria contraproducente pré-determinar os efeitos de sua decisão – *ex tunc*, por exemplo –, quando, em grande parte das vezes, como ocorre em leis tributárias inconstitucionais, a título exemplificativo, a retroatividade é a conseqüência mais danosa.

Apontadas estas características, hoje, visitando os mecanismos de controle de constitucionalidade espalhados no mundo, constata-se que não existe um *sistema* americano ou austríaco vigendo. Na verdade, cada Estado tem adotado institutos compatíveis com seu ordenamento e com sua cultura jurídica. Para quem adota os exemplos americano e austríaco como *modelo* ou *sistema*, como se o mundo constitucional fosse bipartido em duas famílias distintas: difuso ou concentrado –, são inegáveis as dificuldades na classificação de certos países. Surgem, nesta esteira, outras classificações, como modelos mistos, em que são exemplificados com Espanha e Alemanha, ou modelos cumulados, caso em que se aponta o Brasil.

Atento a isso, VICTOR FERRERES COMELLA identifica que, de um modo geral, independentemente dos mecanismos de controle de constitucionalidade adotados em um Estado, há aqueles em que a jurisdição constitucional se mistura à jurisdição ordinária e aqueles em que há uma independência entre tais jurisdições. Nessa sistemática, o Brasil, por

---

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003: p. 147-8

exemplo, se aproximaria ao controle de constitucionalidade americano, na medida em que o órgão judiciário também é órgão constitucional.

Para o autor, duas estruturas se destacariam: a que centraliza a jurisdição constitucional (*estrutura dualista*), em contrapartida ao modelo descentralizado norte-americano, que seria de *estrutura monista* (jurisdição ordinária e constitucional integradas):

Propongo que digamos que el modelo centralizado de justicia constitucional está basado en una estructura dualista, por cuanto divide al poder judicial (entendido en um sentido amplio) en dos partes: los “tribunales ordinarios”, por un lado, y el “Tribunal Constitucional”, por el otro. Y asigna diferentes funciones a cada uno. Para simplificar, atribuye a los tribunales ordinarios la “función judicial ordinaria”, que consiste en aplicar la legislación a casos concretos, y asigna al Tribunal Constitucional la “función constitucional”, que consiste en controlar la validez de las leyes bajo la Constitución. Podemos decir que, en contraste, el modelo descentralizado (americano), está basado en una estructura monista, en la medida en que existe una única judicatura que ejerce las dos funciones al mismo tiempo.

Una de las ventajas potenciales de la estructura dualista es que es posible (aunque no necesario) configurar el Tribunal Constitucional de modo distinto que los tribunales ordinarios. Así, se puede optar por un procedimiento más “político” para seleccionar a los miembros del Tribunal Constitucional, mientras que se recurre a un procedimiento más “burocrático” o “profesional” para designar a los jueces ordinarios. Asimismo, se puede establecer un mandato limitado en el tiempo para los jueces del Tribunal Constitucional, mientras que se otorga a los jueces ordinarios un cargo vitalicio, o hasta la edad de jubilación marcada por la ley. Varias combinaciones son posibles, y el grado en el que el diseño del Tribunal Constitucional se apartará finalmente del que se establece para el poder judicial ordinario variará de un país a otro. La idea básica, sin embargo, es que la estructura dualista, en comparación con la monista, ofrece un mayor margen de maniobra para variaciones institucionales de este tipo.<sup>14</sup>

### 1.3 O Controle de Constitucionalidade quanto ao seu momento de realização

---

<sup>14</sup> COMELLA, Victor Ferreres. LAS CONSECUENCIAS DE CENTRALIZAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN UN TRIBUNAL ESPECIAL. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DEL ACTIVISMO JUDICIAL. in <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerreresPaperSpanishSELA2004.pdf>

Outro corte que a doutrina costuma fazer, ao sistematizar os mecanismos de controle de constitucionalidade, é dividi-lo em controle político (*a priori*) e controle jurídico. Entretanto, da mesma forma como ocorre com a classificação acima apontada, atualmente, nem todo o controle jurídico (*a posteriori*) será necessariamente repressivo. Conforme se verá adiante há mecanismos de controle preventivo de leis realizado pelo Judiciário. De outro lado, não há, da mesma forma, como asseverar que os órgãos judiciais, quando exercendo o controle repressivo das leis, não possam guardar base política em suas decisões. Vale lembrar que a composição dos Tribunais Constitucionais, mormente na Europa, é política. Ademais, como ocorre no Tribunal Alemão e no próprio STF, na modulação dos efeitos de suas decisões, no âmbito do controle concentrado de normas, os critérios políticos que norteiam o julgamento são inegáveis.

De qualquer sorte, em um primeiro momento, a classificação em dois modelos – político e jurídico – parece ter sido o primeiro desmembramento tipológico atinente ao controle de constitucionalidade. Além de estar mais afeito à proposta ora apresentada.

Com efeito, muitos autores apontam, como embrião do controle de constitucionalidade, a experiência francesa do Senado Conservador nas Constituições napoleônicas do Ano VIII da era republicana (1799) e na de 1852. As funções deste Tribunal consistiam em controlar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Primeiro Cônsul, bem como propor reformas à Constituição.<sup>15</sup>

A Constituição do ano VIII previu a formação do Senado por 80 membros inamovíveis, com idade de 40 anos, no mínimo, e inelegíveis para outra função pública. Os primeiros 60 membros foram nomeados por Napoleão Bonaparte, Sieyès, Roger-Ducos,

---

<sup>15</sup> [JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Las influencias del control de la constitucionalidad de las leyes em Francia. Palestra proferida no Congresso Internacional: Culturas y sistemas juridicos comparados de 9-14 de fevereiro de 2004. in http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs\\_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa2/39s.pdf](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa2/39s.pdf)

Cambacères e Lebrun,<sup>16</sup> os demais obedeceriam a um processo de escolha com indicações advindas do Parlamento, do Tribunado e do Primeiro Ministro<sup>17</sup>.

Já em 1852, Luis-Napoléon Bonaparte, sobrinho de Napoléon I e mais tarde Napoléon III, restabelece a experiência do Senado Conservador, agora tendo seus membros nomeados pelo Imperador.

Ainda que formalmente houvesse mecanismos de controle, o certo é que, consoante críticos como BARTHÉLEMY e GEORGES BORDEAU, a atuação do Senado Conservador foi modesta, não sendo nada conservador da constituição. Ao contrário, foi um agente ativo da sua transformação em benefício a um regime cesarista mais acentuado<sup>18</sup>. De qualquer sorte, não há como não apontá-lo como um embrião dos Tribunais Constitucionais.

A todas essas considerações acima, deve-se concluir que, embora didático, para fins de compreensão dos sistemas de controle de constitucionalidade, é temerário sistematizá-lo, como comumente se vê na doutrina, em modelos difuso e concentrado; político e jurídico. Como se verifica na atualidade, os países têm incorporado diversos institutos e mecanismos de controle, vindo a relativizar as propostas de sistematização.

O certo, no entanto, é que, sob o enfoque do momento em que o controle de constitucionalidade é realizado, não há como negar, que existem apenas duas possibilidades contrapostas: ou a fiscalização se faz de modo profilático, evitando-se que um ato normativo contrário à constituição ingresse no ordenamento jurídico; ou esta fiscalização se faz posteriormente à entrada em vigor do ato normativo, eliminando-o do ordenamento. Desta

---

<sup>16</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003: p 135.

<sup>17</sup> JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Artigo citado.

<sup>18</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003: p 135

feita, o primeiro divisor de águas, quando o tema é controle de constitucionalidade, é separá-lo em controle preventivo e repressivo.

### **1.3.1 Do Controle Preventivo de Constitucionalidade das leis ou atos normativos.**

A idéia de prevenção remete à profilaxia. Não é um remédio que buscará reparar uma lesão ou consequência danosa do ato normativo. Antes disso, evita-se a própria formação do ato. No entanto, não se estará aqui preocupado em catalogar, especificar e descrever institutos jurídicos que, mesmo que preventivos, em relação às consequências do ato normativo, não atacam o processo de formação da lei (ou seja, dentro do processo legislativo). Ora, muitas vezes uma lei poderá não ter ainda produzido efeitos no mundo jurídico e, ainda assim, ser objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade, porquanto publicada e acabada. A estas situações o presente trabalho não abordará.<sup>19</sup>

Fala-se em controle preventivo de constitucionalidade quando o ato normativo é fiscalizado ainda no seu processo de formação, durante a tramitação do projeto de lei ou de emenda à Constituição.

Pois bem, os mecanismos de controle preventivo seduzem, na medida em que, uma vez havendo uma fiscalização maior na produção legislativa do Parlamento, mormente por um controle externo, menor seria a probabilidade de uma lei inconstitucional. A presunção de legalidade do ato normativo estaria assegurada.

---

<sup>19</sup> Vale assinalar a competência exclusiva do Congresso Nacional, dada pelo art. 49, V, da CRFB, para editar decreto legislativo, sustando decretos presidenciais (CRFB, art. 84, IV) e até leis delegadas (CRFB, art. 68), possibilitando o controle de constitucionalidade de atos do Executivo, porquanto tenham sido emitidos em sentido contrário ao procedimento previsto na Constituição. Ora, tais decretos do Poder Legislativo poderão sustar atos normativos do Chefe do Executivo mesmo antes de provocar seus efeitos. Ainda assim, não poderemos considerar como espécie de controle preventivo de leis, tendo em vista que os atos presidenciais, quando eventualmente sustados, já se encontram acabados e perfeitos. A doutrina, nessa mesma esteira, cataloga o instituto em tela no rol dos mecanismos de controle repressivo de inconstitucionalidade das normas, citando-se Uadi Lammêgo Bulos (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 276).

Por outro lado, sabe-se que a lei é um ato de vontade, representando um comando geral e abstrato. Por conseguinte, muitas vezes, é difícil aferir o real potencial do ato normativo, quando recém inaugurado, não sendo extraordinária a necessidade de correções, ao longo de seu período de vigência. Portanto, muitas vezes os operadores do direito não conseguem identificar, de plano, em abstrato, certas inconstitucionalidades pontuais da lei quando promulgada. Não raro, apenas quando ela incide em um caso concreto, torna-se visível sua incongruência com algum preceito da Constituição.

Deve-se, nesse rumo, sem abrir mão da possibilidade repressiva de controle, quiçá a mais eficiente, aprimorar os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade, fortificando a presunção de legalidade do ato normativo, garantindo a segurança jurídica e possibilitando o caminho democrático do Estado.

Conclui-se, assim, que o controle preventivo de constitucionalidade é aquele realizado no momento de feitura do ato normativo, no seio do legislativo. Em um primeiro momento, poder-se-ia dizer que tal controle é eminentemente político, no entanto, há caminhos jurisdicionais de exercício preventivo de controle de constitucionalidade.

Para uma melhor compreensão dos institutos pátrios de controle preventivo de constitucionalidade, importante, mesmo que em breve síntese, visitar alguns mecanismos adotados, mormente as experiências francesa e portuguesa.

### **1.3.2 As Experiências Francesa e Portuguesa**

Neste tópico, não há o compromisso de comparar institutos jurídicos, como requer o estudo no Direito Comparado. Apenas, buscar-se-á mostrar alguns mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade, utilizados em outros ordenamentos jurídicos. Da mesma

forma que a comparação não é o objetivo do trabalho, não se buscará trazer, em propulsão, inúmeros exemplos de controle *a priori* de constitucionalidade; ao contrário, poucos países serão referidos, apenas aqueles em que os institutos de controle *a priori* foram ou são mais marcantes.

Feitas essas linhas introdutórias, não há como não referir, inicialmente, o exemplo francês. Como assentado anteriormente, o modelo francês, ainda que não tenha levado a cabo e à altura o compromisso propugnado na Constituição, foi o embrião dos tribunais constitucionais, bem como o primeiro mecanismo de controle verificado no mundo.

Para uma melhor leitura de como os mecanismos preventivos de controle de constitucionalidade das leis foram sedimentando-se na França, ilustrativa é a comparação fornecida por ALEXIS DE TOCQUEVILLE, após sua visita à América, em 1831, ao comentar as constituições americana, francesa e inglesa:

(...) os americanos reconheceram o direito de fundarem os juízes as suas decisões na **Constituição**, antes que nas **leis**. Noutras palavras, permitiram-lhes jamais aplicar as leis que lhe parecessem inconstitucionais.

(...) Na França, a constituição é uma obra imutável, ou pelo menos como tal considerada. Nenhum poder seria capaz de lhe fazer qualquer alteração: tal é a teoria recebida. Na Inglaterra, reconhece-se ao Parlamento o direito de modificar a Constituição. Ali, pois, a Constituição pode mudar incessantemente, ou melhor, não existe. O Parlamento, ao mesmo tempo que é um corpo legislativo, é um corpo constituinte. Na América, as teorias políticas são mais simples e mais racionais. Nunca uma constituição americana é tida por imutável, como na França; não poderia ser modificada pelos poderes ordinários da sociedade, como na Inglaterra. (...) <sup>20</sup> – grifo do original –

Mais adiante, na página seguinte, o próprio autor analisa as conseqüências destas peculiaridades:

(...) Na França, a Constituição é igualmente a primeira das leis e os juízes têm igual direito de toma-la como base das suas decisões; mas, ao exercer esse direito, não poderiam deixar de

---

<sup>20</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998: p 83

espezinhar outro ainda mais sagrado que o seu: o da sociedade em cujo nome agem. Neste passo, a razão ordinária deve ceder à razão de Estado.

Na América, onde a nação sempre pode, modificando a sua Constituição, reduzir os magistrados à obediência, semelhante perigo não precisa ser temido. Neste ponto, a política e a lógica acham-se, pois, de acordo e o povo, assim como o juiz, conservam nele igualmente os seus privilégios. (...)

Como se observa, a imutabilidade constitucional do ordenamento francês impediu a formatação de um sistema repressivo de controle das normas. Era inadmissível admitir que o magistrado francês pudesse, em suas decisões, rejeitar a lei, fruto da vontade geral (Rousseau) ou, por outro enfoque, desprestigiar a tarefa do legislador em descobrir a lei (Montesquieu). De outro lado, mesmo admitindo-se a hipótese de o Judiciário poder rechaçar a lei inconstitucional, é inegável que, em um ordenamento com uma constituição imutável, o engessamento do direito é consequência lógica.

Tendo em vista esta situação, apresentada pelas instituições francesas, duas hipóteses se descortinam: ou criar um controle político prévio de constitucionalidade, a fim de preservar, ao menos formalmente, a supremacia da constituição, sem sofrer as danosas consequências de um direito enrijecido; ou admitir uma constituição maleável, passível de mudança. Aliás, consoante já salientado em linhas atrás, optou-se pelo controle *a priori* de constitucionalidade das leis, por meio do Senado Conservador, ainda que sujeito às críticas, também já referidas.

Pois bem, a França, tão logo passadas as experiências do Senado Conservador, sob a égide de Napoleão, quando pouco se preservou a eficácia constitucional proposta pelo constituinte originário, abandonou, de certa forma, o controle de constitucionalidade das leis. Frente ao fracasso desses mecanismos, procurou-se afastar a imutabilidade do ordenamento constitucional. Com efeito, a Constituição de 1946, que estabeleceu a IV República, criou um *Comitê Constitucional*, composto pelo Presidente da República, os presidentes das duas casas legislativas – Presidente da Assembléia Nacional e Presidente do Conselho da República – e mais dez integrantes a serem escolhidos pelo Parlamento, mas não forneceu os meios adequados para a consecução do controle das leis, vez que excluiu do

controle as disposições preambulares, local onde foram reconhecidos os direitos do cidadão<sup>21</sup>. Ainda: nos casos de incompatibilidade da lei com a norma constitucional, o art. 93 da Constituição francesa de 1946 previa que a lei deveria ser reenviada à Assembléia Nacional para nova deliberação. Caso mantida a proposta legislativa, a lei não seria promulgada sem antes modificar a Constituição.<sup>22</sup> Ora, frente às características apontadas ao longo do trabalho, acerca da formatação do Estado francês pós Revolução Francesa, criou-se a cultura jurídica de nivelar a lei e a Constituição, já que ambos eram oriundos da vontade geral. A Constituição, assim, cedia à lei, pois ambos possuíam o mesmo valor jurídico.

Um verdadeiro controle de constitucionalidade das leis, com a criação de uma jurisdição constitucional, só surgiu, na França, com a V República, nas disposições da Constituição de 4 de outubro de 1958.<sup>23</sup> Ao limitar a atuação parlamentar, criando um âmbito legislativo ordinário, a Constituição de 1958 abandona a doutrina de supremacia legislativa – a soberania parlamentar – e legitima a um órgão – o Conselho Constitucional – a tarefa de garantir a eficácia da Constituição, inaugurando a Jurisdição Constitucional na França. Entretanto, é bom que se diga, o Conselho Constitucional deveria exercer,

---

<sup>21</sup> JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Artigo citado.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003: p 138

<sup>23</sup> O controle prévio de constitucionalidade das leis se dá no art. 46 da Constituição francesa de 1958, parte final, em que propugna que as leis orgânicas não poderão ser promulgadas até que o Conselho as declare conforme a Constituição: *Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil Constitutionnel de leur conformité à la Constitution. Também os artigos 61 e 62 prescrevem que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, ficando a disposição declarada inconstitucional impossibilitada de promulgação ou aplicação (Article 61: Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil Constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil Constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil Constitutionnel suspend le délai de promulgation. Article 62 : Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.)*

inicialmente, uma função muito mais política que propriamente jurídica, já que fora concebido como órgão auxiliar do Governo<sup>24</sup>, encarregado de fiscalizar as competências legislativas estabelecidas na Constituição, regulador da atividade normativa dos poderes públicos<sup>25</sup>. O Constituinte, portanto, não pretendeu criar um órgão de controle do conteúdo das leis ou de proteção dos direitos fundamentais<sup>26</sup>, apenas formatou um órgão capaz de dizer a última palavra no embate de forças entre o parlamento e o governo, ou seja, aferir a conformidade da lei dentro das regras de competências estabelecidas na Constituição, de modo a garantir a harmonia dos poderes, impedindo que o legislativo invadisse o âmbito do executivo<sup>27</sup>.

Mas o Conselho Constitucional francês não se restringiu, apenas, em fiscalizar a constitucionalidade formal do texto legal. Em célebre decisão, em 16 de julho de 1971<sup>28</sup>, o

---

<sup>24</sup> PAIVA, Domingos Augusto. *O controle de constitucionalidade na França*. Revista de Informação Legislativa, n° 144, ano 36, Brasília, 1999.

<sup>25</sup> FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994:p. 12

<sup>26</sup> JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Artigo citado.

<sup>27</sup> Vale salientar que a Constituição Francesa de 1958, sob a influência implacável do estadista Charles De Gaulle, fortaleceu o Executivo, em detrimento ao Legislativo, dando algumas ingerências daquele no processo legislativo, além do poder de dissolver a Assembléia Nacional, entre outros, demonstrando clara reação ao modelo anterior, em que vigia a ampla supremacia do Parlamento.

<sup>28</sup> Segue a decisão, *in verbs*:

Article 61 alinéa 2

Président du Sénat

Vu la Constitution et notamment son préambule ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;

Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

controle de constitucionalidade das leis francês sofreu radical mudança, talvez comparável, para aquele país, ao célebre *Marbury vs. Madison* (1803).

Além de sua competência primordial, em fiscalizar as atividade normativa dos poderes públicos, o tribunal francês, com o advento da referida decisão, assumiu o controle substantivo dos projetos e proposições de leis, ao incorporar, juntamente ao corpo da Constituição, o preâmbulo da Carta Política, constitucionalizando-o<sup>29</sup>. Até então, seguindo posicionamento já enraizado no império da Constituição de 1946, o preâmbulo não fazia parte do corpo da Constituição, ficando, assim, a margem de qualquer controle de constitucionalidade. Nesta decisão, ao contrário disso, um dos direitos fundamentais, no caso específico o direito de liberdade de associação, foi considerado um princípio fundamental reconhecido pelas leis da República, vez que reconhecidos no preâmbulo da

---

3. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

4. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

5. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

6. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

ARTICLE PREMIER - Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

ARTICLE 2 - Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.

ARTICLE 3 - La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française. (*in* FAVOREU, Louis e PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Éditions Dalloz, 11a édition, 2001: p. 241).

<sup>29</sup> O preâmbulo da Constituição francesa de 1958 declara que: '*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.*' Assim, consigna-se que o povo francês proclama sua ligação aos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, confirmada pelo preâmbulo da Carta precedente. O que se propôs, a partir da Decisão de 1971, foi alcançar ao Conselho Constitucional a legitimidade de averiguar a conformidade dos projetos e proposições legislativas com os direitos fundamentais insculpidos nos preâmbulos das constituições francesas.

Constituição de 1958, que solenemente reafirma os direitos declarados em 1789 e 1946.<sup>30</sup> Assim, o Conselho Constitucional se opôs à promulgação de uma lei que vedava a plena liberdade de associação, consagrando a tutela dos direitos fundamentais, por meio do controle preventivo de normas.

Com a reforma constitucional de 29 de outubro de 1974, restou possibilitado também a um grupo de 60 deputados ou 60 senadores a impulsionar o controle facultativo das leis ordinárias<sup>31</sup>, ampliando o restrito rol anterior, o qual legitimava apenas o Presidente da Assembléia, o Presidente do Senado, o Presidente da República e o Primeiro Ministro. A referida reforma proporcionou o controle de constitucionalidade à oposição, já que 1/8 da Assembléia Nacional ou 1/5 do Senado pode suscitar a inconstitucionalidade da lei ordinária, antes restrita aos representantes da maioria governamental.

A partir de então, o Conselho Constitucional assumiu uma firme posição de guardião da Constituição, implementando, definitivamente, uma Jurisdição Constitucional no ordenamento francês. Ainda assim, não se poupam críticas acerca da debilidade do controle feito *a priori*, vez que a lei, antes de promulgada, vista em abstrato, pode guardar vícios de inconstitucionalidades somente apreciáveis após sua entrada em vigor, quando, concretamente, poder-se-á verificar seu impacto na sociedade.

Sem contar que as máculas da lei, em confronto com a Constituição, quando não barradas pelo Conselho Constitucional, criam uma *cobertura* para futuras inconstitucionalidades, advindas de atos infralegais emanados com base nessa lei, na medida em que os tribunais não poderão rejeitar a norma que originou tais atos.

JULIEN-LAFERRIÈRE comentou este inconveniente do ordenamento constitucional de seu país:

---

<sup>30</sup> JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Artigo citado.

<sup>31</sup> Apenas as leis orgânicas passam obrigatoriamente pelo crivo do Conselho Constitucional, vide art. 61, segunda parte, colacionado na nota 24.

Los límites del control del Consejo constitucional son agravados por la jurisprudencia del Consejo de Estado – jurisdicción administrativa suprema – y de la Corte de casación – jurisdicción civil y penal suprema – que rehusan controlar la conformidad a la Constitución de un acto administrativo – por ejemplo, un decreto del presidente de la República, del Primer ministro o de un ministro – cuando dicho acto es dictado en base a una ley; en tal caso, el juez administrativo o civil controla la conformidad del acto administrativo a la ley, pero no a la norma constitucional.

La ley se interpone como una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución (por eso, esta jurisprudencia es llamada la teoría de la ‘ley pantalla’ o de la ‘pantalla legislativa’), de manera que, aún cuando la ley no esté conforme a la Constitución, el juez no sanciona dicha inconstitucionalidad que, sin embargo, vicia al acto administrativo que se funda en ella.<sup>32</sup>

A par disso, saliente-se a dificuldade do Conselho em apreciar a inconstitucionalidade do ato normativo adotado por um referendo popular. Entende o tribunal que sua função é de mediar o embate de forças entre os poderes públicos, instaurando a harmonia de poderes propugnada na Constituição, ficando passível de controle somente as leis advindas do Parlamento. Quando o povo, por meio de um referendo, vota um projeto de lei, estar-se-á diante da expressão direta da sua soberania, a margem de qualquer controle estatal<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Artigo citado na nota 22.

<sup>33</sup> Tal posicionamento foi exarado em 6 de novembro de 1962, após referendo popular que votou lei sobre a eleição do presidente da República francesa, consoante se vê, *in verba*: **Décision n° 62-20 du 6 novembre 1962**

**Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962**

Article 61 alinéa 2 Président du Sénat

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

1. Considérant que la compétence du Conseil constitutionnel est strictement délimitée par la Constitution ainsi que par les dispositions de la loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel prise pour l'application du titre VII de celle-ci ; que le Conseil ne saurait donc être appelé à se prononcer sur d'autres cas que ceux qui sont limitativement prévus par ces textes ;

2. Considérant que, si l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et des lois ordinaires qui, respectivement, doivent ou peuvent être soumises à son examen, sans préciser si cette compétence s'étend à l'ensemble des textes de caractère législatif, qu'ils aient été adoptés par le peuple à la suite d'un référendum ou qu'ils aient été votés par le Parlement, ou si, au contraire, elle est limitée seulement à cette dernière catégorie, il résulte de l'esprit de la Constitution qui a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics que les lois que la Constitution a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois

Em síntese, ainda que o controle de constitucionalidade na França tenha apresentado, ao longo dos anos, desde o Senado Conservador, grandes avanços, os mecanismos exclusivamente *a priori* não deixam de apresentar deficiências, as quais, para serem saneadas, passarão pela implementação de mecanismos repressivos de controle de constitucionalidade.

Ainda assim, não se deve perder de vista que a idéia primordial do Conselho Constitucional é referendar a atividade política do Parlamento, ao menos é essa a idéia repassada pelo constitucionalista francês LOIUS FAVOREU:

Em primeiro lugar, o controle exercido pelo Conselho Constitucional contribuiu, de maneira decisiva, para pacificar a vida política. Isto aconteceu em diversas ocasiões. A paixão sempre diminuía depois que a decisão do Conselho Constitucional era proferida. Se o controle das leis preenche esta função é porque a oposição tem à sua disposição um meio de assegurar que a maioria não ultrapasse os limites fixados pela Constituição.

Isso explica que a existência e a ação do Conselho Constitucional tenham facilitado e permitido a alternância em 1981-1982. De fato, diretamente por meio de suas decisões, ou

---

votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple à la suite d'un référendum, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale ;

3. Considérant que cette interprétation résulte également des dispositions expresses de la Constitution et notamment de son article 60 qui détermine le rôle du Conseil constitutionnel en matière du référendum et de l'article 11 qui ne prévoit aucune formalité entre l'adoption d'un projet de loi par le peuple et sa promulgation par le Président de la République ;

4. Considérant, enfin, que cette même interprétation est encore expressément confirmée par les dispositions de l'article 17 de la loi organique susmentionnée du 7 novembre 1958 qui ne fait état que des "lois adoptées par le Parlement" ainsi que par celles de l'article 23 de ladite loi qui prévoit que "dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le Président de la République peut promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander aux Chambres une nouvelle lecture" ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune des dispositions de la Constitution ni de la loi organique précitée prise en vue de son application ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée par laquelle le Président du Sénat lui a déféré aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution le projet de loi adopté par le Peuple français par voie de référendum le 28 octobre 1962 ;

Décide :

ARTICLE PREMIER - Le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour se prononcer sur la demande susvisée du Président du Sénat.

ARTICLE 2 - La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française. (*in* FAVOREU, Louis e PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Éditions Dalloz, 11a édition, 2001: p. 174).

mesmo indiretamente, através da autolimitação da maioria pelo temor de ser censurada, o juiz constitucional assegurou a regulação do processo de mudança, canalizando as reformas, isto é, indicando quais vias estavam abertas à maioria para criar novas normas jurídicas e quais vias estavam fechadas para elas por não dispor de um consenso suficiente.<sup>34</sup>

De qualquer forma, discutir os mecanismos de controle das leis na França não é objeto do presente estudo, ficando, por ora, apenas a constatação destas deficiências, verificadas em um Estado que adota somente controle de constitucionalidade durante a confecção do ato normativo.

Além da França, outro exemplo que pode ser citado, em relação à utilização de mecanismos preventivos de controle de constitucionalidade, é **Portugal**.

JORGE MIRANDA divide em três fases a evolução da fiscalização constitucional: uma incipiente fase de controle político, de 1822 a 1911; uma segunda fase, de 1911 a 1976 e uma última fase, iniciada com o advento da Constituição de 76.<sup>35</sup>

Ainda que muitos autores não reconheçam a primeira fase apontada por JORGE MIRANDA como um período em que houvesse controle de constitucionalidade das leis, não há como negar a existência de um controle político, mesmo que pouco efetivo, a exemplo da tentativa francesa, inaugurada com a Revolução de 1789. É inegável que Portugal, assim como a França, viveu um período marcado por governos despóticos e absolutistas, sendo normal a influência trazida pelas revoluções liberais. Assim, a tendência natural de supervalorizar as regras trazidas pelo Parlamento, símbolo da vontade geral, esvaziou os mecanismos, meramente políticos, realizados pelas Cortes, trazidos na Constituição de 1822, a primeira Constituição portuguesa, fruto de uma revolução ocorrida em 1820, que desaguou na eleição, em 1821, das *Côrtes Geraes, Extraordinárias, e Constituintes*, também

---

<sup>34</sup> FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004: p.102.

<sup>35</sup> MIRANDA, Jorge. *O controlo da constitucionalidade em Portugal. Antecedentes e criação do órgão da Justiça Constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século. Edição comemorativa do Cinquentenário (1947-1997). Porto Alegre: Edipucrs, 1997: p. 467

chamadas de *Soberano Congresso*, que elaboraram a referida Constituição, afastando a monarquia absolutista e criando a monarquia constitucional.

No segundo momento constitucional português, sob o império das Constituições de 1911 e 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975, permanecendo no ordenamento os mecanismos de fiscalização política, preponderou o controle judicial difuso de constitucionalidade das leis. Consagrada em 1911, a fiscalização judicial difusa sobreviveria na vigência da Constituição de 1933 (com modificações) e das leis revolucionárias de 1974-1976. A sua prática mostrar-se-ia, entretanto, sempre muito escassa, por causas derivadas das situações políticas envolventes, pela deficiente força normativa das Constituições e pela timidez dos juízes.<sup>36</sup>

Já a terceira fase, iniciada com a Constituição de 2 de abril de 1976, é marcada por uma fiscalização repressiva concentrada, inaugurando a Jurisdição Constitucional em Portugal, mormente após 1982, com a criação do Tribunal Constitucional. Ainda assim, existem elementos de controle judicial difuso, bem como fiscalização *a priori*. Pertinente, em face do tema proposto no trabalho, algumas considerações acerca deste controle realizado no seio do legislativo.

No controle preventivo, não é qualquer projeto ou protótipo de ato normativo que baterá às portas do Tribunal Constitucional. Ao contrário do amplo controle repressivo de normas previsto na Constituição Portuguesa, somente as normas das convenções internacionais, atos legislativos e decretos regulamentares regionais de leis gerais da República e leis orgânicas dão ensejo à fiscalização e confrontação com a Constituição.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. *Os dez anos de funcionamento do Tribunal Copnstitucional*. Texto extraído da internet no site: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030206.html?pesquisa=leis%20constitucionais%20revolucionarias%201974#PESQ001>. acessado em 16.08.2006.

<sup>37</sup> Artigo 278º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade)

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para

Ainda: esta fiscalização não é automática, exigindo-se que os legitimados solicitem a análise pelo Tribunal. São legitimados: o Presidente da República, para o caso de lei ou decreto-lei ou acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura, bem como leis orgânicas que devam ser promulgadas; os Representantes da República, quanto às normas constantes de decreto legislativo regional; o Primeiro Ministro ou 1/5 dos Deputados da Assembléia da República, em relação aos projetos de leis orgânicas enviadas ao Presidente da República. A Constituição portuguesa também prevê um prazo para requerer a apreciação preventiva do Tribunal, além de predeterminar um prazo máximo para o pronunciamento da Corte, podendo o lapso ser reduzido, em caso de urgência, solicitada

---

ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

2. Os Representantes da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura.

3. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma.

4. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções.

5. O Presidente da Assembleia da República, na data em que enviar ao Presidente da República decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, dará disso conhecimento ao Primeiro-Ministro e aos grupos parlamentares da Assembleia da República.

6. A apreciação preventiva da constitucionalidade prevista no n.º 4 deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data prevista no número anterior.

7. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o Presidente da República não pode promulgar os decretos a que se refere o n.º 4 sem que decorram oito dias após a respectiva recepção ou antes de o Tribunal Constitucional sobre eles se ter pronunciado, quando a intervenção deste tiver sido requerida.

8. O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

#### Artigo 279º (Efeitos da decisão)

1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

3. Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Representante da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

4. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.

pelo Presidente da República. Caso o Tribunal Constitucional se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme o caso, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

Saliente-se, ainda, segundo doutrina portuguesa, que havendo um ato normativo, declarado constitucional previamente pelo Tribunal, não estará afastada a possibilidade de um novo controle, pela via repressiva, seja na modalidade difusa, seja pelo controle em abstrato.<sup>38</sup>

Como já salientado neste mesmo trabalho, uma das deficiências da Supremacia Constitucional francesa é, exatamente, a falta de mecanismos repressivos de controle de constitucionalidade, fazendo com que as inconstitucionalidades verificadas posteriormente, após o impacto dos atos normativos no mundo jurídico, fiquem à margem de fiscalização. Interessante salientar a necessidade da comunhão de mecanismos prévios e repressivos de controle de constitucionalidade. JORGE MIRANDA, um dos autores do projeto de lei que criou o Tribunal Constitucional português, é enfático em defender os elementos de controle prévio de constitucionalidade, pois evita a consumação de atos legislativos com inconstitucionalidades grosseiras, além de entender ser a forma mais adequada de fiscalização constitucional dos acordos e convenções internacionais.<sup>39</sup>

Alinhavados estes dois exemplos, França e Portugal, os quais apresentam marcantes mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade – no primeiro caso por ser a única forma de controle das leis, no segundo porque se trata de um controle notadamente jurisdicional – cumpre uma análise acerca da classificação proposta nesta dissertação: mecanismos jurisdicionais e mecanismos não jurisdicionais.

---

<sup>38</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003:p.189

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da constitucionalidade – uma visão panorâmica*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, n.o. 5, Ano 3, p. 40-56, janeiro/junho de 1995.

#### **1.4 O Controle de Constitucionalidade das leis quanto ao órgão realizador: jurisdicionais e não-jurisdicionais.**

Conforme anteriormente assinalado, a doutrina pátria<sup>40</sup>, quando aborda o tema do controle de constitucionalidade das leis, costuma elencar duas classificações distintas: quanto ao momento de fiscalização e quanto ao órgão fiscalizador. Na primeira, duas possibilidades se descortinam, ou o controle é prévio ou será repressivo, conforme já tratado nas linhas anteriores. Já na segunda espécie de classificação, a doutrina elenca o controle político e o jurisdicional.

O controle político, para UADI LAMMÊGO BULOS<sup>41</sup>, é aquele realizado por órgão não pertencente ao Poder Judiciário, o qual se baseia muito mais em um juízo de conveniência, desprovido de respaldo técnico; por outro lado, será jurisdicional quando exercitado pelo Judiciário. Não raras vezes o controle político se confunde com o controle preventivo, vez que a doutrina<sup>42</sup> elenca somente as comissões de constituição e justiça e o veto do Presidente da República como mecanismos de fiscalização preventiva dos projetos de atos normativos. O mandado de segurança de parlamentar contra o Presidente da Mesa da Câmara ou Senado que visa recompor uma inconstitucionalidade do projeto de lei ou emenda constitucional, instituto que será abordado adiante, é arrolado juntamente no estudo do controle difuso de constitucionalidade. Isso acaba dando a falsa idéia de que o controle político é prévio. UADI LAMMÊGO chega a assentar que o controle repressivo é realizado pelo Judiciário, assinalando que há algumas exceções<sup>43</sup>. De outro turno, o que se verá no presente trabalho é que os mecanismos preventivos de controle de constitucionalidade

---

<sup>40</sup> Para fins exemplificativos, podemos citar ALEXANDRE DE MORAES, PEDRO LENZA, KILDARE GONÇALVES, UADI LAMMÊGO BULOS, entre outros.

<sup>41</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 109.

<sup>42</sup> Cite-se os autores mencionados na nota 40.

<sup>43</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 275-6.

carecem de uma maior tecnicidade, a fim de respaldá-lo, assegurando uma verdadeira presunção de constitucionalidade do ato normativo. Ainda: o juízo de conveniência e oportunidade nos mecanismos de controle do Legislativo e Executivo, quando se posicionam pela (in)constitucionalidade do projeto de lei, não é tão amplo como transparece, porquanto devem ser fundamentados, principalmente quando a opinião pública está atenta.

Diante disso, para uma melhor compreensão da matéria, deve-se cumular as duas classificações apontadas pela doutrina, como também evitar denominar o controle realizado pelos demais órgãos, senão o Judiciário, de controle político. O termo política é por demais amplo. Evitá-lo é dirimir confusões no estudo da matéria, mormente para quem considera os Tribunais Constitucionais Europeus como cortes essencialmente políticas. Ressalte-se, também, o comentário tecido linhas atrás acerca dos efeitos prospectivos da decisão do STF no julgamento de uma ação constitucional, em que os critérios políticos que norteiam o julgamento são inegáveis.

Assim, com a fusão das duas classificações, teríamos quatro possibilidades de controle de constitucionalidade: preventivo jurisdicional (exemplo: mandado de segurança de parlamentar contra o Presidente da Mesa da Câmara ou Senado que visa recompor uma inconstitucionalidade do projeto de lei ou emenda constitucional); preventivo não-jurisdicional (exemplo: veto do Presidente da república); repressivo jurisdicional (exemplo: julgamento de uma ADIN); e repressivo não-jurisdicional (exemplo: hipótese do art. 49, V, da CRFB).

Portanto, passível de classificar os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, tanto os preventivos quanto os repressivos, em jurisdicionais e não-jurisdicionais. Nesse rumo, nos capítulos seguintes serão abordados os institutos pátrios de controle prévio de leis, os quais serão divididos em: os fiscalizados pelo Poder Judiciário e os fiscalizados pelos demais Poderes.

## **2. Mecanismos não-jurisdicionais de controle preventivo de constitucionalidade das leis no Direito brasileiro.**

Nesse capítulo, serão descritos e detalhados os mecanismos de controle de constitucionalidade realizados no âmbito do processo legislativo brasileiro, em que o fiscalizador não faz parte do Poder Judiciário, ou seja, os institutos não-jurisdicionais de controle de leis.

### **2.1 Do Controle de constitucionalidade realizado pelo Presidente da Câmara dos Deputados.**

Antes de abordar a mecânica e a processualidade das comissões de constituição e justiça e do veto jurídico do Presidente da República, não se poderia deixar de referir a primeira fiscalização de constitucionalidade das propostas legislativas que ingressam na Câmara dos Deputados: o juízo de admissibilidade de toda e qualquer proposição, quanto aos aspectos constitucionais, realizado pelo Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados. Com efeito, prescreve o art. 137 do Regimento Interno da Casa, *in verbs*:

Art. 137. **Toda proposição** recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no *Diário da Câmara dos Deputados* e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões.

§ 1º Além do que estabelece o art. 125<sup>44</sup>, a **Presidência** devolverá ao Autor qualquer proposição que:

---

<sup>44</sup> Art. 125. O Presidente da Câmara ou de Comissão tem a faculdade de recusar emenda formulada de modo inconveniente, ou que verse sobre assunto estranho ao projeto em discussão ou contrarie prescrição

- I - não estiver devidamente formalizada e em termos;
- II - versar sobre matéria:
  - a) alheia à competência da Câmara;
  - b) **evidentemente inconstitucional**;
  - c) anti-regimental. (grifo nosso)

Como se denota pela literalidade do artigo acima mencionado, as propostas de emendas constitucionais ou os projetos de lei claramente inconstitucionais poderão ser, liminarmente, abortados pela Mesa da Câmara, por meio de seu Presidente. Realiza, assim, o Presidente da Câmara dos Deputados o primeiro juízo prévio de inconstitucionalidade do ato normativo. Vez que, sendo um juízo unipessoal, realizado muitas vezes por pessoa não técnica, apenas os vícios grosseiros e cristalinos merecerão a reprimenda do Presidente.

Muitas vezes, as proposições apresentadas à Mesa versam matérias já discutidas anteriormente, colidindo com o entendimento pacificado pela Casa, levando o Presidente a devolver a proposição ao seu autor, evitando-se tramitações desnecessárias. Ora, se em uma legislatura é apresentada proposta de lei, em que, em legislatura pretérita, a Comissão de Constituição e Justiça rechaçou a sua tramitação, não haveria sentido um novo trâmite, congestionando os trabalhos da Câmara dos Deputados, sobrecarregando o trabalho das comissões. Não é por outro motivo que a Comissão de Constituição e Justiça, como se verá mais adiante, possui súmulas de seus entendimentos, os quais devem vincular os membros da Casa.

Uma vez devolvida a proposição ao seu autor, poderá ele, caso não se resigne da decisão exarada pelo Presidente da Mesa, recorrer da decisão. Interposto o recurso, pelo autor da proposta inconstitucional, assim declarada pelo Presidente, no prazo de cinco sessões, a matéria será levada à Comissão de Constituição e Justiça, órgão especializado da Casa. Caso a comissão diverja da decisão da Mesa, voltará a proposição ao Presidente para o

---

regimental. No caso de reclamação ou recurso, será consultado o respectivo Plenário, sem discussão nem encaminhamento de votação, a qual se fará pelo processo simbólico.

devido trâmite, conforme preleciona o § 2º do art. 137 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.<sup>45</sup>

Após o juízo prévio de admissibilidade de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional, cumpre ao Presidente da Mesa despachá-la às Comissões técnicas da Câmara dos Deputados, conforme versar a matéria objeto de debate, bem como à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Cumpre salientar que as demais proposições poderão ser objeto de decisão direta do Presidente, sem ou com a oitiva prévia da mesa. Mas tais proposições, como, por exemplo, os pedidos de informação sobre a ordem do dia, não são objeto do presente trabalho.

Assim, o primeiro momento de fiscalização do projeto de lei é exercido pelo Presidente da Câmara dos Deputados, respaldado pelo disposto no regimento da Casa. Claro que, nesta fase do processo legislativo, não é viável um exame mais detalhado e minucioso dos aspectos constitucionais, bastará uma análise perfunctória, objetivando afastar o processamento de flagrantes inconstitucionalidades, saneando os trabalhos do Congresso, que não despenderá forças em deliberar acerca de projetos que mais tarde serão cassados do ordenamento, desgastando o trabalho parlamentar. Caso este primeiro crivo de inconstitucionalidade não derrube a proposição parlamentar, caberá às comissões de constituição e justiça a tarefa de analisar os aspectos constitucionais do projeto de norma, situação que será abordada a seguir.

## **2.2 Das Comissões de Constituição e Justiça**

No Direito brasileiro, existem alguns institutos jurídicos, previstos durante o processo legislativo (por isso preventivo), momento em que poderá ser realizada a fiscalização do

---

<sup>45</sup> § 2º Na hipótese do parágrafo anterior, poderá o Autor da proposição recorrer ao Plenário, no prazo de cinco sessões da publicação do despacho, ouvindo-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em igual prazo. Caso seja provido o recurso, a proposição voltará à Presidência para o devido trâmite.

futuro ato normativo, em face da Constituição da República, em que o legitimado não é qualquer órgão jurisdicional (por isso não-jurisdicional). Este controle pode ser exercido pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo. Neste último caso, o artigo 58 da CRFB prevê a criação de comissões, nas casas do Congresso Nacional, constituídas na forma do respectivo regimento ou do ato que resultar sua criação e com atribuições nelas previstas. Tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado Federal criaram, em seus regimentos internos, comissões encarregadas de fazer um prévio controle da constitucionalidade do projeto normativo, antes da deliberação parlamentar. Tais mecanismos funcionam como verdadeiro controle de constitucionalidade, na medida em que podem barrar a tramitação de futuras normas inconstitucionais.

A idéia de comissões, com o fim de aprimorar e otimizar a tarefa legislativa, não é nova. Já na Grécia, segundo MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, apoiado em Glotz, uma vez apresentada a proposta de lei pelo cidadão, ela era submetida a peritos – *syngrapheis* – e, com o parecer destes, discutida pelo Conselho, entrando, somente após o seu parecer favorável ou desfavorável, em debate na Assembléia popular<sup>46</sup>

CASCELLI DE AZEVEDO, por outro turno, em interessante monografia sobre o tema, aponta que, já nas primeiras formações do Congresso americano (1789-1809), havia a preocupação de que todos os parlamentares participassem dos temas submetidos à apreciação, no entanto existiam pequenas comissões *ad hoc* para cuidar de assuntos específicos, que se exauriam após a realização de seu desiderato. Relata, ainda, o autor que a Câmara, a partir dessas experiências, estabeleceu comissões de rotina, tendo em vista certas particularidades ou complexidades dos assuntos, como pela reiteração de determinados temas. As primeiras comissões permanentes americanas teriam sido a Comissão de Comércio Interestadual e Exterior (1795) e a Comissão de Meios (1802)<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002: p. 25-6

<sup>47</sup> AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. *O Controle Legislativo de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001:p.95

Atualmente, parece ser primordial a presença de comissões temáticas nos Parlamentos de todo o mundo. Pertinente trazer à baila pequeno trecho do Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, quando se debruça nas características do processo legislativo contemporâneo, em sua obra *Do Processo Legislativo*:

O ponto capital de toda a reforma do Legislativo pode ser resumido numa pergunta formulada pelo Prof. Griffith, ilustre especialista americano nesse problema: ‘Como pode um grupo de não-especialistas, eleitos como representantes do eleitorado, realmente funcionar numa época tecnológica e especializada?’. De fato, no *Welfarestate*, os parlamentos são chamados todos os dias a manifestar-se sobre questões técnicas, sobre assuntos onde a prudência do *bonus pater familias* é guia insuficiente. (grifo no original)<sup>48</sup>

Assim, se já se sentia a necessidade de um corpo técnico no Parlamento, com o intuito de colaborar com a boa técnica legislativa, nos primórdios das Revoluções Liberais, muito mais agora, em períodos de inflação normativa, em um momento complexo como o contemporâneo. A idéia é criar comissões temáticas, compostas por pessoas capacitadas (na medida do possível), possibilitando, ao legislador, a especialização acerca de determinado assunto. Desse modo, o parecer das comissões passa a ser preponderante no momento da confecção do ato normativo<sup>49</sup>.

No Brasil, as comissões, também, a exemplo da América do Norte, estiveram presentes no Congresso logo após a independência. Com efeito, ainda valendo-se do trabalho de pesquisa realizado por CASCELLI DE AZEVEDO, a referência a um órgão técnico, ao menos na Câmara dos Deputados, remonta ao Regimento vigente em 1823, que fazia expressa menção a uma *Comissão da Constituição*. Em 1826, o Regimento Interno estabelecia a existência de uma *Comissão da Guarda da Constituição*; em 1831, previu-se uma *Comissão de Constituição e Poderes*. Já sob a égide da Constituição de 1891, os Regimentos passaram a denominá-la de *Comissão de Constituição e Justiça*, os quais foram,

---

<sup>48</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002:p. 132

<sup>49</sup> A Câmara dos Deputados, hoje, conta com 18 comissões permanentes; já o Senado Federal é composto de 10 comissões permanentes.

ao longo da história, ampliando as atribuições dessa comissão, especializada em realizar um prévio controle das proposições instauradas pela Casa.<sup>50</sup>

Hoje, em seus regimentos, ambas as casas do Congresso Nacional adotam Comissões de Constituição e Justiça, encarregadas, entre outras atribuições, do exame dos aspectos constitucionais das matérias que lhe são submetidas à deliberação. No entanto, ainda que presentes há longa data no ordenamento, muitas críticas são feitas às Comissões de Constituição e Justiça, no sentido da pouca efetividade desta fiscalização (as inúmeras ações de inconstitucionalidade procedentes no STF a respaldam). Some-se a isso o fato do órgão encarregado de realizar esta tarefa confundir-se com o órgão legiferante, inspirando suspeição ao controle ora exercido.

A título ilustrativo, KILDARE GONÇALVES salienta:

Note-se que o controle assim estruturado, ou seja, político-preventivo, revela-se frágil e ineficaz, porquanto nele os controlados se confundem com os controladores, e a apreciação da matéria constitucional se faz à luz de aspectos concernentes à conveniência e oportunidade.<sup>51</sup>

Aqui, volta-se a uma questão já indagada anteriormente. O que é considerado político? O termo político estará relacionado ao órgão controlador, em contrapartida aos órgãos jurisdicionais? Ou a terminologia empregada refere-se ao caráter de mando-obediência, ínsito à política, designando algo definido discricionariamente? KILDARE, no trecho acima colacionado, dá sinais que opta, pelo menos, com a última alternativa, ao argumentar que as Comissões podem, facilmente, moverem-se por conveniência e oportunidade.

Não se discute a precariedade do controle de constitucionalidade preventivo não-jurisdicional, em comparação ao controle repressivo, mormente jurisdicional. No entanto,

---

<sup>50</sup> AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. Ob. cit. p.32-47

<sup>51</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006:p. 330.

reportando-se aos ensinamentos de JORGE MIRANDA, lembrado no capítulo anterior, não há que se negar a importância dos mecanismos de controle das normas realizado preventivamente, com o escopo de evitar inconstitucionalidades grosseiras.

De qualquer sorte, a maneira como é previsto o controle realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, militando um caráter técnico na análise das proposições e obstando a desnecessária tramitação de projetos incompatíveis com o ordenamento constitucional, bem demonstra a eficácia do instituto. Sempre lembrando os limites naturais que devem ser esperados por uma casa eminentemente política, ainda que criadora do Direito.

Inicialmente, cumpre abordar o trabalho da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, já que é a casa em que, ordinariamente, iniciam-se os projetos de lei e atos normativos, sendo, portanto, o primeiro momento em que a proposição legislativa é confrontada com a CRFB.

Na Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça está prevista no art. 32, IV, do Regimento Interno da Casa:

Art. 32. São as seguintes as **Comissões Permanentes** e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade:

(...)

**IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:**

- a) **aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;**
- b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
- e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;
- f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições;
- g) registros públicos;

- h) desapropriações;
- i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração;
- j) intervenção federal;
- l) uso dos símbolos nacionais;
- m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;
- n) transferência temporária da sede do Governo;
- o) anistia;
- p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas;
- q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral; (grifo nosso)

Trata-se, assim, de uma comissão permanente da Câmara dos Deputados, encarregada precipuamente, entre outras atribuições, da aferição da constitucionalidade das proposições<sup>52</sup> que tramitarão na casa.

No que toca aos projetos de lei e propostas de emenda constitucional, o encaminhamento destas proposições à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania é **obrigatório**, consoante preleciona a alínea *c* do inciso II do art. 139 do Regimento Interno da Câmara<sup>53</sup>. O controle de constitucionalidade, ainda que realizado pela própria casa

---

<sup>52</sup> O termo proposição está conceituado e delimitado no próprio Regimento Interno da Câmara dos Deputados no art. 100:

Art. 100. Proposição é **toda matéria sujeita à deliberação da Câmara.**

§ 1º As proposições poderão consistir em proposta de emenda à Constituição, projeto, emenda, indicação, requerimento, recurso, parecer e proposta de fiscalização e controle.

§ 2º Toda proposição deverá ser redigida com clareza, em termos explícitos e concisos, e apresentada em três vias, cuja destinação, para os projetos, é a descrita no § 1º do art. 111.

§ 3º Nenhuma proposição poderá conter matéria estranha ao enunciado objetivamente declarado na ementa, ou dele decorrente. (grifo nosso)

<sup>53</sup> Art. 139. A distribuição de matéria às Comissões será feita por despacho do Presidente, dentro em duas sessões depois de recebida na Mesa, observadas as seguintes normas:

I - antes da distribuição, o Presidente mandará verificar se existe proposição em trâmite que trate de matéria análoga ou conexa; em caso afirmativo, fará a distribuição por dependência, determinando a sua apensação, após ser numerada, aplicando-se à hipótese o que prescreve o parágrafo único do art. 142.

II - excetuadas as hipóteses contidas no art. 34, a proposição será distribuída:

a) às Comissões a cuja competência estiver relacionado o mérito da proposição;

b) quando envolver aspectos financeiro ou orçamentário públicos, à Comissão de Finanças e Tributação, para o exame da compatibilidade ou adequação orçamentária;

legislativa, uma vez sendo regra cogente de tramitação dos futuros atos normativos, evita, desta maneira, tramitações desnecessárias e aborta vícios grosseiros, otimizando o trabalho legislativo. Sempre haverá um parecer positivo à tramitação quanto à juridicidade e constitucionalidade da proposta, o que dará maior segurança ao plenário na votação do mérito.

Outra característica marcante do mecanismo procedimental instaurado na proposição do ato normativo, no que tange ao controle prévio de constitucionalidade, é o caráter **terminativo** dos pareceres exarados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Com efeito, dispõe o Regimento da Casa que será terminativo o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria, e da Comissão de Finanças e Tributação, sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição, e da Comissão Especial, sobre proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada.<sup>54</sup> Assim, enquanto os pareceres das comissões permanentes, em regra, são meramente consultivos, não vinculando a votação da proposição, nos casos acima

---

c) obrigatoriamente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as Comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso;

d) diretamente à primeira Comissão que deva proferir parecer de mérito sobre a matéria nos casos do § 2º do art. 129, sem prejuízo do que prescrevem as alíneas anteriores;

<sup>54</sup> Art. 54. Será terminativo o parecer:

I - da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria;

II - da Comissão de Finanças e Tributação, sobre a adequação financeira ou orçamentária da proposição;

III - da Comissão Especial referida no art. 34, II, acerca de ambas as preliminares.

Art. 34. As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre:

I - proposta de emenda à Constituição e projeto de código, casos em que sua organização e funcionamento obedecerão às normas fixadas nos Capítulos I e III, respectivamente, do Título VI;

II - proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada.

referidos, o juízo de desvalor destas comissões fulmina o projeto normativo, o qual não terá outro destino senão o arquivamento.

Tendo em vista as conseqüências da proposição julgada inconstitucional, admite-se, uma vez veiculada uma irresignação contra o parecer terminativo, a apreciação preliminar em Plenário, que deliberará sobre a inconstitucionalidade da matéria, podendo, inclusive, acolher emendas saneadoras do vício, nos termos dos artigos 144 e seguintes do Regimento Interno.<sup>55</sup>

Em um primeiro momento, pode-se dizer sensata a possibilidade de recurso, quando é abortado o projeto de ato normativo, já no seu nascedouro, durante a apreciação pelas Comissões, cujos pareceres sejam terminativos. Afinal, toda e qualquer decisão preliminar, recomenda a boa técnica, mormente de caráter terminativo, deve contar com a possibilidade de revisão. No entanto, como se percebe, ao longo das características apontadas até então, a possibilidade da derrubada do parecer contrário à proposição, em face de possível inconstitucionalidade, por meio de uma deliberação eminentemente política, destoa do caráter técnico empregado ao procedimento.

---

<sup>55</sup> Art. 144. Haverá apreciação preliminar em Plenário quando for provido recurso contra parecer terminativo de Comissão, emitido na forma do art. 54.

*Parágrafo único.* A apreciação preliminar é parte integrante do turno em que se achar a matéria.

Art. 145. Em apreciação preliminar, o Plenário deliberará sobre a proposição somente quanto à sua constitucionalidade e juridicidade ou adequação financeira e orçamentária.

§ 1º Havendo emenda saneadora da inconstitucionalidade ou injuridicidade e da inadequação ou incompatibilidade financeira ou orçamentária, a votação far-se-á primeiro sobre ela.

§ 2º Acolhida a emenda, considerar-se-á a proposição aprovada quanto à preliminar, com a modificação decorrente da emenda.

§ 3º Rejeitada a emenda, votar-se-á a proposição, que, se aprovada, retomará o seu curso, e, em caso contrário, será definitivamente arquivada.

Art. 146. Quando a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ou a Comissão de Finanças e Tributação, apresentar emenda tendente a sanar vício de inconstitucionalidade ou injuridicidade, e de inadequação ou incompatibilidade financeira ou orçamentária, respectivamente, ou o fizer a Comissão Especial referida no art. 34, II, a matéria prosseguirá o seu curso, e a apreciação preliminar far-se-á após a manifestação das demais Comissões constantes do despacho inicial.

Art. 147. Reconhecidas, pelo Plenário, a constitucionalidade e a juridicidade ou a adequação financeira e orçamentária da proposição, não poderão essas preliminares ser novamente argüidas em contrário.

Não se está, de maneira alguma, pregando a impossibilidade de recurso das decisões terminativas da Comissão de Constituição e Justiça, mas é questionável, sob o aspecto técnico, que uma decisão, ao que tudo indica, de caráter jurídico – o parecer terminativo, quanto à constitucionalidade e juridicidade da matéria – seja, em grau de recurso, decidida politicamente.

De qualquer sorte, não há como negar que o objetivo do Parlamento não é o de realizar o controle de constitucionalidade, função precípua dos Tribunais Constitucionais. E, além disso, mesmo eles, muitas vezes, modificam os entendimentos exarados anteriormente sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, demonstrando a dificuldade na interpretação das normas, tarefa que deve ser destinada a juristas.<sup>56</sup>

Feitas estas observações, cumpre dizer que quis a rotina parlamentar e a cultura brasileira que o instituto do recurso contra parecer terminativo da Comissão de Constituição e Justiça fosse pouquíssimo utilizado, ao menos até a presente legislatura, conforme se apurou em pesquisas ao *site*, na Internet, da Câmara brasileira. Ainda: dos poucos recursos, não foi encontrado, ainda que em uma análise perfunctória, nenhum provimento do Plenário.

No Senado Federal o papel das comissões não são diferentes. Com efeito, está previsto, no art. 101 do Regimento Interno da Casa que uma das funções da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) é *opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por*

---

<sup>56</sup> Vale lembrar a decisão da Suprema Corte Americana, em 1857, no caso *Dred Scott vs Sandford*, em que restou inconstitucional um ato normativo abolicionista. Segundo preceitos da Constituição Americana, no entendimento da Corte, não poderia uma lei determinar a perda da propriedade – no caso os negros foram reconhecidos como propriedade – dos senhores escravocratas sem o devido processo jurídico. Mais tarde, em nova leitura dos princípios constitucionais insculpidos na Constituição americana, restou assentada a inconstitucionalidade da escravidão. Recentemente, no Brasil, pertinente ilustrar a decisão, em *habeas corpus* impetrado perante o STF, que julgou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei Federal n.º 8.072/90, porquanto determinava o regime integralmente fechado para o cumprimento das penas relativas aos crimes hediondos, contrariando a pacífica jurisprudência anterior, inclusive sumulada (Súmula do STF n.º 698: Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.)

*despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário.* Outra importante atribuição desta comissão no âmbito do controle de constitucionalidade é a de propor, por projeto de resolução, a suspensão, no todo ou em parte, de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 101, inciso II, do Regimento Interno). Assim, é na seara de atribuições da CJC que está a oportunidade e conveniência para o cumprimento do papel constitucional do Senado Federal dado no art. 52, inciso X, da Constituição.

No exercício do controle preventivo de constitucionalidade, caberá à Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e antijuridicidade de qualquer proposição, assim como acontece na Câmara dos Deputados. Há um prazo de 20 dias para a manifestação das comissões acerca das proposições apresentadas, nos termos do art. 118, inciso I, do Regimento Interno. Tal prazo poderá ser prorrogado, como também poderá ser suspenso, como se observa nos seguintes parágrafos do mencionado artigo do Regimento, *in verbs*:

(...)

§ 1º Sobre as emendas, o prazo é de quinze dias úteis, correndo em conjunto se tiver que ser ouvida mais de uma comissão.

§ 2º Se a comissão não puder proferir o parecer no prazo, tê-lo-á prorrogado, por igual período, desde que o seu Presidente envie à Mesa, antes de seu término, comunicação escrita, que será lida na hora do expediente e publicada no Diário do Senado Federal. Posterior prorrogação só poderá ser concedida por prazo determinado e mediante deliberação do Senado.

§ 3º O prazo da comissão ficará suspenso pelo encerramento da sessão legislativa, continuando a correr na sessão imediata, salvo quanto aos projetos a que se refere o art. 375, e renovar-se-á pelo início de nova legislatura ou por designação de novo relator.

§ 4º Será suspenso o prazo da comissão durante o período necessário ao cumprimento das disposições previstas no art. 90, II, III, V e XIII.

§ 5º O prazo da comissão não se suspenderá nos projetos sujeitos a prazo de tramitação.

As suspensões mencionadas acima no § 4º referem-se às audiências públicas da sociedade civil, às convocações de autoridades públicas para prestarem informações ou depoimentos (neste último caso, inclui-se qualquer cidadão por ventura convocado) e a realização de diligência.

A rejeição da proposição pela comissão importa em arquivamento definitivo. Entretanto, tal definitividade, tal qual ocorre na Câmara, também comporta certo grau de relativismo. Nesse rumo, não sendo unânime o parecer exarado, poderá haver a interposição de um recurso, nos termos propugnados no § 1º do art. 101 do Regimento Interno da casa.

O recurso por ventura interposto deverá receber a assinatura de um décimo dos membros do Senado no sentido de sua tramitação, no prazo de dois dias úteis contados da comunicação (art. 254 do Regimento Interno).

Vale dizer que a cultura da Casa é a de respeitar a decisão da Comissão, vez que seu parecer tende a ser técnico. Como se observa, nesse condão, é de que todos os comentários até então tecidos no estudo da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados são válidos, também, na comissão do Senado Federal. Evitando-se tautologia, apenas reitera-se as palavras acima delineadas.

Uma vez estudado este importante mecanismo de controle de constitucionalidade, cumpre analisar outro mecanismo prévio e não-jurisdicional previsto no âmbito do processo legislativo: o veto do Presidente da República.

### **2.3 Do veto do Presidente da República**

Como visto, além das comissões, outro mecanismo não-jurisdicional utilizado para aferir o projeto de lei, em relação à CRFB, utilizado no ordenamento pátrio, é o veto do Presidente da República. Ou seja, a possibilidade do Chefe do Executivo em cassar o projeto de lei, retirando do cenário político (ainda que possa ser derrubado, por uma maioria qualificada) a proposta votada pela maioria parlamentar. Por óbvio que o veto poderá guardar um caráter eminentemente político, quando movido apenas pela conveniência e

oportunidade, segundo às diretrizes adotadas pelo Governo. Mas há, também, o veto subsidiado em aspectos puramente jurídicos, em que se busca afastar a lei inconstitucional da sua normal promulgação e publicação. O primeiro é chamado, pela doutrina, de veto político, enquanto este é conhecido como veto jurídico. Em face dos propósitos do presente trabalho, é este último que será estudado, mas antes, mesmo que em breves linhas, pertinente lançar algumas palavras sobre as **origens** do presente instituto.

Em monografia sobre o tema, ERNESTO RODRIGUES, diferentemente de outros estudiosos que imputavam aos romanos as origens históricas do veto, verifica que os *hititas* (civilização da Antigüidade, situada na Ásia Menor), como também os gregos, tinham noção do veto. Aqueles, nas palavras do autor, vivenciavam uma monarquia constitucional com características parlamentarista.<sup>57</sup>

Em Roma, dois institutos se destacam, podendo ser apontados como predecessores do veto presidencial. Um foi o poder exercido pelos tribunos da plebe – *Tribunus plebei* –, que invalidavam o *Senatusconsultum*. Para obter força de lei, as medidas tomadas pelos senadores, deveriam passar pelo crivo, aprovação ou consentimento do povo. O outro foi o poder, provindo dos cônsules, de neutralizar as deliberações e opor à execução do decreto de um magistrado ou senador: a intercessão – *intercessio*.<sup>58</sup> Tais institutos, por guardarem tão-somente o caráter negativo e proibitivo, mostrando-se como uma verdadeira cassação, são lembrados como precursores do veto, presente no processo legislativo, tanto clássico quanto contemporâneo.

Mais tarde, foi o povo inglês, na construção de sua monarquia parlamentar, quem trouxe o instituto à baila, atribuindo à Coroa a possibilidade de vetar as determinações

---

<sup>57</sup> RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993: p. 13-

4

<sup>58</sup> RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993: p. 19-

20

parlamentares. Porém, por longo período da história inglesa, ficou em desuso.<sup>59</sup> Destaca-se, como uma das primeiras incursões do instituto hoje conhecido como veto, no Direito inglês, a recusa do Rei Carlos II ao *Bill of Exclusion* – 1679/1682 –, reenviando o projeto de lei ao Parlamento para uma segunda discussão, oportunidade em que foi aprovado por maioria esmagadora.<sup>60</sup>

Afora os exemplos trazidos acima, é nas revoluções liberais que o veto surge com força, devido ao nascimento do Estado de Direito e dos mecanismos de harmonia entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mormente em países presidencialistas. HAMILTON, MADSON e JAY, nos clássicos panfletos que passaram a defender o federalismo americano, propagavam a necessidade de mecanismos de controle entre os poderes estatais. Juntamente com os honorários do Presidente, uma importante característica a assegurar o ‘*vigor da Autoridade do Primeiro Magistrado*’<sup>61</sup> da Nação é o poder de veto, ou seja, ‘*poder de restituir qualquer projeto, apresentando objeções que impedem sua transformação em lei, a menos que, posteriormente, seja ratificado por dois terços dos integrantes de cada casa do Legislativo .*’<sup>62</sup> Na oportunidade, em sintonia com os iluministas europeus que precederam a Revolução Francesa, já referidos em passagens anteriores deste trabalho, os autores entendiam que, sem o veto, haveria clara propensão do Parlamento Bicameral americano em *invadir e absorver os poderes dos demais ramos do governo*<sup>63</sup>. Assumia o veto vital importância, podendo ser ele **absoluto** ou **suspensivo**. Ao primeiro, presente estaria a característica de definitividade, em que, uma vez posta a objeção ao projeto de lei, sepultada estaria a proposta legislativa. Já ao segundo, a objeção presidencial ficaria relativizada, bastando uma maioria qualificada, seja por dois terços dos

---

<sup>59</sup> RODRIGUES, Ernesto. Ob. cit. p. 19-20

<sup>60</sup> RODRIGUES, Ernesto. Ob. cit. p. 95

<sup>61</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Unb, 1984: p. 547

<sup>62</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. Ob. cit. p. 548

<sup>63</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. Ob. cit. p. 548

membros de cada casa, como propugnado à Federação americana, seja pela maioria absoluta da casa parlamentar, tal qual se encontra hoje no ordenamento positivo brasileiro.

Vale destacar que o veto absoluto poderia representar um enorme poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo, visto que, com um único ato, poderia inibir toda e qualquer ação do Poder Legislativo, destituindo toda a autoridade deste último na sua precípua função de legislar. Ficaria o Parlamento refém do Executivo, na medida em que só poderia exercer seu múnus quando em estrita concordância deste. Não se deve esquecer, no entanto, que os defensores da separação dos poderes nos moldes propugnados por MONTESQUIEU, em que cada órgão estatal deve inibir e aniquilar o outro, propondo-se a inação estatal, em encontro com os propósitos do Estado Liberal, irá defender e simpatizar-se com o veto absoluto. Em contrapartida, seguindo-se o mesmo princípio da separação dos poderes, poder-se-ia sustentar tão-somente o caráter suspensivo do veto. Assim, poderia, no máximo, o Presidente ou Monarca suspender a tramitação do projeto legislativo, restando a possibilidade do Parlamento em reiterar a tramitação na próxima legislatura. Esta foi a característica do veto na primeira Constituição francesa em 3 de setembro de 1791.

Atualmente, defender o caráter absoluto do veto representa a defesa da Supremacia do Executivo frente aos demais poderes. Algo impensável em um Estado Democrático de Direito. O sempre lembrado constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO chega a afirmar que *o veto absoluto pertence ao passado. Ou seja, a recusa de sanção por parte do chefe de Estado implica apenas uma nova deliberação por parte do Legislativo.*<sup>64</sup>

Por outro lado, a falta de previsão deste instituto representaria a incapacidade do chefe do Poder Executivo em defender-se dos abusos do Parlamento, *‘expondo-se a ser*

---

<sup>64</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002: p. 155

*gradualmente destituído de sua autoridade por efeito de sucessivas resoluções ou mesmo completamente anulado por um único ato*'.<sup>65</sup>

Também TOCQUEVILLE, no capítulo VII, em sua obra *Democracia na América*, ressalta a importância do instituto do veto presidencial:

(...) o presidente é armado do veto suspensivo, que lhe permite deter, enquanto em discussão, leis que poderiam destruir a porção de independência que a Constituição lhes deixou. Só seria possível, entretanto, haver uma luta desigual entre o presidente e a legislatura, pois esta, perseverando nos seus objetivos, tem sempre meios de vencer as resistências que são impostas, mas o veto suspensivo ao menos a força a retroceder sobre os seus passos; obriga-a a considerar de novo a questão e, desta vez, não pode mais cair, senão pela maioria de dois terços dos opinantes. O veto, aliás, é uma espécie de apelo para o povo. O poder executivo, ao qual se poderia talvez, à falta dessa garantia, oprimir em segredo, defende então a sua causa e faz ouvir as suas razões.<sup>66</sup>

Cumprido referir, ainda, acerca do veto suspensivo, a possibilidade de ser **simples** ou **qualificado**.

O **veto suspensivo simples** ocorre quando a recusa de sanção do chefe do Executivo possa ser derrubada, ou superada, pelo voto da maioria simples do Parlamento. A maioria simples é obtida com o voto da maioria dos presentes no momento da votação.

Sempre que, para a derrubada do veto presidencial, que obriga o Presidente da República à promulgação do projeto de lei<sup>67</sup>, for preciso uma votação superior ao acima mencionado, será ele classificado como **suspensivo qualificado**. Ou seja, será dito qualificado quando não bastar apenas a vontade da maioria dos presentes da Casa para manter intacto o projeto de lei original.

---

<sup>65</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Unb, 1984: p. 548

<sup>66</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998: p.98

<sup>67</sup> O § 5º do art. 66 da CRFB assim prevê: Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

Os países presidencialistas costumam adotar, em suas constituições, o veto suspensivo qualificado. Visa-se, com a necessidade de uma maioria qualificada para rejeitar o veto do Presidente da República, estabelecer um maior poder ao chefe de Estado. A maioria qualificada possibilita uma maior influência de um poder sobre o outro, intensificando a harmonia dos poderes, corolário do Estado de Direito.

Já os países parlamentaristas, em contrapartida, prescindem desta maioria qualificada, visto que o fundamento do jogo parlamentar é exatamente o embate de forças da maioria e da minoria parlamentar. Afinal, quem governa é a maioria da bancada do Parlamento, deixando menos nevrálgica a questão da rejeição do veto.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO foi perspicaz nesse sentido:

(...) a recusa de sanção por parte do chefe de Estado implica apenas uma nova deliberação por parte do Legislativo. Entretanto, as Constituições de fundo parlamentarista, como a francesa (art. 10), a italiana (art. 74), se contentam em prever então nova deliberação, decidida por maioria simples, o que é razoável já que, dependendo o governo da maioria parlamentar, é dificilmente concebível que esta teime em aprovar texto por aquele considerado inconveniente. Outra é a situação nas Constituições presidencialistas. Nestas, o veto só pode ser rejeitado por uma maioria qualificada (...)<sup>68</sup>

Por fim, ainda acerca do **veto suspensivo qualificado**, cumpre assinalar que o adjetivo que o qualifica pode se dar de várias maneiras, a depender das previsões normativas de cada Estado. Em geral, as Constituições costumam estabelecer a necessidade da maioria absoluta dos membros da Casa legiferante, como é o caso do veto no Brasil<sup>69</sup>, ou de dois terços do Parlamento, como assim foi defendido pelos federalistas, redundando na previsão americana.

---

<sup>68</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002: p. 155

<sup>69</sup> CRFB, art. 66, § 4º: O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

Interessante, também, a fim de ilustrar o presente trabalho, é trazer à baila a discussão que se formou em torno da natureza do veto: executiva ou legislativa.

Na esteira da doutrina minoritária, ERNESTO RODRIGUES sustenta o caráter executivo do veto, tendo em vista que ele é de modalidade executiva, sendo uma das funções do chefe deste poder.<sup>70</sup> Em contrapartida, podendo-se citar PINTO FERREIRA<sup>71</sup>, quem aborda o tema, os defensores do caráter legislativo do veto apontam que, por estar o presente instituto inserido na função precípua do Poder Legislativo, não poderia ser outra a natureza do veto: legislativa. Ora, na verdade, ainda que, tanto uma corrente quanto a outra tecem críticas àqueles que não comungam com suas idéias, ambas não deixam de ter razão. Se formos analisar o caráter do veto quanto à sua origem, ou seu sujeito, não resta dúvida que razão assiste a primeira corrente. Caso a análise do caráter do veto seja quanto ao objeto, sendo ele (o veto) parte do processo de elaboração da lei, não se estará afastada a sua natureza legislativa. Assim, sem querer desmerecer o debate travado, trata-se de uma questão de classificação da natureza do veto: quanto ao sujeito – caráter executivo – ou quanto ao objeto – caráter legislativo. Poder-se-ia dizer, portanto, que trata-se de um instituto bifronte, no que toca a sua natureza jurídica.

Traçadas as linhas iniciais acerca da natureza do veto, pode-se, ainda que em breves linhas, apontar outra interessante característica, qual seja, a possibilidade do **veto parcial**. O Presidente da República (ou o chefe de Estado, se for o caso) poderá, além de vetar (excluir/eliminar) todo o projeto de lei aprovado pelo Parlamento, obstar apenas parte do projeto. Claro que, esta possibilidade de excluir a lei aprovada, deve se dar sobre o texto integral de algum artigo, parágrafo ou inciso. Jamais em uma palavra ou expressão de um dispositivo, sob pena de desvirtuamento da *mens legis* insculpida no projeto de lei. Aliás, o § 1º do art. 66 da CRFB veda expressamente o veto de apenas palavras ou expressões contidas em um dispositivo legal.

---

<sup>70</sup> RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993: p. 94

<sup>71</sup> FERREIRA, Pinto. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990: p. 198

O veto no Brasil sempre esteve presente em nossas constituições. Mesmo tratando-se de um instituto clássico dos modelos presidencialistas, a Constituição outorgada em 1824 do Brasil Império já contava com a figura do veto (que nada mais é que uma negativa de sanção – nos termos propugnados por aquela Constituição) em seus artigos 64-67.<sup>72</sup> Daí em diante, em todas as Constituições, o veto era instituto presente no ordenamento pátrio. Destaca-se a introdução do veto parcial na Constituição de 1891, em reforma ocorrida em 03.09.1926, com largueza e flexibilidade inexistentes nas demais Constituições, dando-lhe caracteres próprios e originais.<sup>73</sup>

Outro ponto que merece destaque no Brasil é acerca da rejeição, por parte do Parlamento (Congresso Nacional), do veto apostado pelo Presidente da República. Nas

---

<sup>72</sup> Art. 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação.

Art. 65. Esta denegação tem effeito suspensivo sómente: pelo que todas as vezes, que as duas Legislaturas, que se seguirem áquella, que tiver approvado o Projecto, tornem successivamente a apresental-o nos mesmos termos, entender-se-ha, que o Imperador tem dado a Sancção.

Art. 66. O Imperador dará, ou negará a Sancção em cada Decreto dentro do um mez, depois que lhe for apresentado.

Art. 67. Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo effeito, como se expressamente negasse a Sancção, para serem contadas as Legislaturas, em que poderá ainda recusar o seu consentimento, ou reputar-se o Decreto obrigatorio, por haver já negado a Sancção nas duas antecedentes Legislaturas.

Art. 68. Se o Imperador adoptar o Projecto da Assembléa Geral, se exprimirá assim - O Imperador consente - Com o que fica sancionado, e nos termos de ser promulgado como Lei do Imperio; e um dos dous autographos, depois de assignados pelo Imperador, será remettido para o Archivo da Camara, que o enviou, e o outro servirá para por elle se fazer a Promulgação da Lei, pela respectiva Secretaria de Estado, aonde será guardado.

Art. 69. A formula da Promulgação da Lei será concebida nos seguintes termos - Dom (N.) por Graça de Deos, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que a Assembléa Geral decretou, e Nós Queremos a Lei seguinte (a integra da Lei nas suas disposições sómente): Mandamos por tanto a todas as Autoridades, a quem o conhecimento, e execução do referida Lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contém. O Secretario de Estado dos Nogocios d.... (o da Repartição competente) a faça imprimir, publicar, e correr.

<sup>73</sup> RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993: p. 155

constituições de 1891<sup>74</sup> e 1937<sup>75</sup>, era preciso o sufrágio de 2/3 dos presentes das Casas do Congresso. Na Constituição de 1934, necessária a maioria absoluta da Câmara dos Deputados e, depois, a maioria absoluta do Senado para derrubar o veto do Presidente da República.<sup>76</sup> Já a Constituição de 1946, mantendo o quórum de 2/3 dos presentes, simplificou o procedimento, determinando a apreciação do Legislativo em sessão conjunta (ambas as Casas).<sup>77</sup> No entanto, a EC n° 4/61, juntamente com a instituição do sistema

---

<sup>74</sup> Art 37 - O projeto de lei adotado em uma das Câmaras será submetido à outra, e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Poder Executivo, que, aquiescendo, o sancionará e promulgará.

§ 1° - Se, porém, o Presidente da República o julgar inconstitucional ou contrário aos interesses da Nação, negará sua sanção, dentro de dez dias úteis, daquele em que recebeu o projeto, devolvendo-o nesse mesmo, prazo à Câmara, onde ele se houver iniciado, com os motivos da recusa.

§ 2° - O silêncio do Presidente da República no decêndio importa a sanção; e, no caso de ser esta negada quando já estiver encerrado o Congresso, o Presidente dará publicidade às suas razões.

§ 3° - Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, aí se sujeitará a uma discussão e à votação nominal, considerando-se aprovado, se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara que, se o aprovar pelos mesmos trâmites e pela mesma maioria, o enviará como lei ao Poder Executivo para a formalidade da promulgação.(grifo nosso)

<sup>75</sup> Art 66 - O projeto de lei, adotado numa das Câmaras, será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará e o promulgará.

§ 1° - Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á total ou parcialmente, dentro de trinta dias úteis, a contar daquele em que o houver recebido, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada à Câmara onde ele se houver iniciado.

§ 2° - O decurso do prazo de trinta dias, sem que o Presidente da República se haja manifestado, importa sanção.

§ 3° - Devolvido o projeto à Câmara iniciadora, aí sujeitar-se-á a uma discussão e votação nominal, considerando-se aprovado se obtiver dois terços dos sufrágios presentes. Neste caso, o projeto será remetido à outra Câmara, que, se o aprovar pelos mesmos trâmites e maioria, o fará publicar como lei no jornal oficial.

<sup>76</sup> Art 45 - Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o receber, devolvendo nesse prazo, e com os motivos do veto, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados.

§ 1° - O silêncio do Presidente da República, no decêndio, importa a sanção.

§ 2° - Devolvido o projeto à Câmara dos Deputados, será submetido, dentro de trinta dias do seu recebimento, ou da reabertura dos trabalhos, com parecer ou sem ele, a discussão única, considerando-se aprovado se obtiver o voto da maioria absoluta dos seus membros. Neste caso, o projeto será remetido ao Senado Federal, se este houver nele colaborado, e, sendo aprovado pelos mesmos trâmites e por igual maioria, será enviado como lei, ao Presidente da República, para a formalidade da promulgação.

<sup>77</sup> Art 70 - Nos casos do art. 65, a Câmara onde se concluir a votação de um projeto enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, a sancionará.

parlamentar de governo, estipulou a necessidade de 3/5 dos parlamentares presentes, em sessão conjunta, para a derrubada do veto. A EC n° 6/63, quando retomou o presidencialismo no país, revogou a EC n° 4. Posteriormente, passadas as instabilidades jurídicas do início da década, sacramentando-se o presidencialismo no país, a Constituição de 1967, seguindo a linha adotada na Constituição de 1946, preservou a simplificação no procedimento – sessão conjunta – e o quórum – dois terços dos presentes – na tramitação, no Congresso Nacional, do veto presidencial.<sup>78</sup>

A Emenda Constitucional n° 1, de 1969, a qual mudou o cenário constitucional do país, em nada alterou as regras relativas ao veto, que já vinham desde as constituições anteriores (1934 e 1946).<sup>79</sup>

Atualmente no art. 59<sup>80</sup> da Constituição, as mudanças são mínimas: o prazo para o veto, já que o silêncio importa sanção tácita, passa a ser de 15 dias; e a votação, para a

---

§ 1º - Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou, em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.

§ 2º - Decorrido o decêndio, o silêncio, do Presidente da República importará sanção.

§ 3º - Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que obtiver o voto de dois terços dos Deputados e Senadores presentes. Nesse caso, será o projeto enviado para promulgação ao Presidente da República.(grifo nosso)

<sup>78</sup> Art 62 - Nos casos do art. 46, a Câmara na qual se concluiu a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados, daquele em que o receber, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo,. parágrafo, inciso, item, número ou alínea.

§ 2º - Decorrido o decêndio, o silêncio do Presidente da República Importará em sanção.

§ 3º - Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que obtiver o voto de dois terços dos Deputados e Senadores presentes, em escrutínio secreto. Neste caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

<sup>79</sup> <sup>9</sup>MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n° 1 de 1969. Tomo III.* São Paulo: Revista dos Tribunais; 1973:p. 320

derrubada do veto, pelo Congresso, passa a não ser mais conjunta. Saliente-se, também, que, como na Constituição de 1969 há uma esdrúxula previsão de que, em caso de urgência, assim assinalada pelo Presidente da República, deve o projeto de lei ser votado em 45 dias, importando em aprovação tácita, também nesse caso, passado o prazo estipulado, poderá o Presidente da República vetar seu próprio projeto legislativo.

Apresentada, em apertada síntese, a evolução do veto no Brasil, desde 1824, cumpre dizer que são as experiências posteriores às Revoluções Liberais, as quais delinearão o Estado de Direito, que solidificaram o veto como instituto jurídico essencial ao procedimento de confecção das leis, garantindo a tripartição dos poderes. Nessa fase histórica, entretanto, o veto não tinha sua característica de mecanismo de controle de constitucionalidade, até porque, a idéia de supremacia da constituição não estava bem delineada, tanto que, consoante já expressado no capítulo primeiro, a idéia essencial dos revolucionários do século XVIII, até então, fora limitar o poder do rei.

No Brasil, tal situação não foi diferente. Basta verificar que, na Constituição do Império, a negativa de sanção (que nada mais era que o instituto do veto) era ato de autoridade do Imperador, não se empregando um caráter jurídico ao instituto. Já a primeira Constituição republicana, impregnada pelos ares norte-americanos, é enfática em determinar que o chefe do Poder Executivo negará sanção ao projeto de lei julgado *inconstitucional*. A partir daí, o caráter jurídico do veto manteve-se intocado nas constituições que se seguiram.

---

<sup>8</sup> Art. 59 - Nos casos do art. 43, a Câmara na qual se haja concluído a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará; para o mesmo fim, ser-lhe-ão remetidos os projetos havidos por aprovados nos termos do § 3º do art. 51.

§ 1º - Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo em parte, inconstitucional em contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de 15 dias úteis, contados, daquele em que o receber, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Se a sanção for negada, quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto.

§ 2º - Decorrida a quinzena, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 3º - Comunicado o veto ao Presidente do Senado Federal, este convocará as duas Câmaras para, em sessão conjunta, dele conhecerem, considerando-se aprovado o projeto que, dentro de 45 dias, em votação pública, obtiver o voto de dois terços dos membros de cada uma das casas. Nesse caso, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

Este **caráter jurídico** do veto, ainda que de forma embrionária, em paralelo à característica política inerente ao instituto, está presente já na doutrina do fim do século XVIII.

Com efeito, os pais federalistas americanos apontam esta finalidade adicional do veto:

Não apenas serve como escudo para o Executivo, mas ainda permite uma segurança suplementar contra a aprovação de leis inconvenientes, criando um controle salutar sobre o Poder Legislativo, com o fim de proteger a comunidade contra os malefícios das facções, das decisões precipitadas ou de qualquer iniciativa prejudicial ao bem público, que porventura predomine na maioria daquele órgão.<sup>81</sup>

Um controle ao Poder Legislativo, de forma a reprimir leis inconvenientes, prejudiciais ao poder público, além de político, também é jurídico, uma vez que, para os desígnios deste tipo de fiscalização, imprescindível, também, uma fundamentação técnica. Aliás, a previsão de responsabilidade do Rei que sancionasse qualquer deliberação do Corpo Legislativo que não observasse o processo de elaboração das leis no ordenamento francês, expresso na Constituição de 1791, como também a mesma previsão aos ministros que promulgassem tais leis que não obedecessem as formalidades constitucionais, representa um verdadeiro controle formal preventivo de constitucionalidade.

Frisa-se, no entanto, a dificuldade dos juristas da época em identificar, como resultado de um mecanismo de controle, a retirada do ato viciado do ordenamento pátrio. Antes de 1803, no caso *Marbury vs. Madison*, como se vê, o resultado final era apenas a responsabilização do autor do ato, persistindo o vício inquinado de ilegal (ou inconstitucional).

---

<sup>8</sup> <sup>1</sup> HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Unb, 1984: p. 548

Em 1928, KELSEN criticava os ordenamentos que previam mecanismos que simplesmente responsabilizassem os órgãos ou autores de atos inconstitucionais, sem, em contrapartida, tratar de sanear os vícios criados no sistema jurídico.

Pertinente a transcrição do seguinte trecho:

Uma constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória. Toda a lei, todo o regulamento, e mesmo todo o ato jurídico geral produzido pelos indivíduos, tem força jurídica superior a de tal Constituição, à qual no entanto são subordinados e da qual todos eles deduzem sua validade. O direito positivo zela para que possa ser anulado todo o ato – excetuada a Constituição – que esteja em contradição com uma norma superior. Esse grau deficiente de força obrigatória real está em desacordo com a aparência de firmeza, que chega ao extremo da fixidez, conferida à Constituição ao submeter sua reforma a condições estritas. Por que tantas precauções, se as normas da Constituição, embora quase imodificáveis, são na realidade quase sem força obrigatória? Claro, mesmo uma Constituição que não preveja tribunal constitucional ou instituição análoga para anulação dos atos inconstitucionais, não é totalmente privada de sentido jurídico. Sua violação pode receber certa sanção, pelo menos quando estabelece a responsabilidade ministerial, sanção dirigida contra certos órgãos associados à sua elaboração dos atos inconstitucionais, supondo-se que sejam culpados. Mas, à parte o fato de que tal garantia, conforme já observamos, não é em si eficaz, por deixar subsistir a lei inconstitucional, não se pode admitir nesse caso que a Constituição deixe de estabelecer processo legislativo único, e de fixar princípios quanto ao conteúdo das leis. A Constituição diz sem dúvida em seu texto e quer dizer que as leis só devem ser elaboradas desta ou daquela maneira e que não devem ter este ou aquele conteúdo; mas, admitindo-se que as leis inconstitucionais também serão válidas, ela indica na realidade que as leis podem ser elaboradas de outro modo e que seu conteúdo pode ir de encontro aos limites assinalados; (...)<sup>82</sup>

Como lembra o constitucionalista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, o *graphé paramonon*, antigo mecanismo ateniense de controle dos atos legislativos, era dirigido contra as autoridades que toleravam leis inconvenientes.<sup>83</sup>

Acerca do instituto ateniense acima referido, o próprio autor refere que:

<sup>82</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003: p. 163

<sup>83</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit. p.74

Todavia, mais importante para moderar a demagogia legislativa era a ação de ilegalidade (*graphé paramonon*) prevista no Direito Constitucional ateniense.

Se todo cidadão tinha, em Atenas, o direito de iniciativa, esse poder envolvia a responsabilidade do proponente pelo mérito da proposta. Tal responsabilidade era apurada por meio da ação de ilegalidade, que podia ser movida por qualquer cidadão, contra quem a propusera e contra o presidente da Assembléia que a votara, no prazo de um ano depois de sua aprovação.<sup>84</sup>

O certo é que o veto passou a ser importante mecanismo, à disposição do chefe de Estado (ou de Governo), de controle de constitucionalidade. Com efeito, também no Brasil o veto assumiu esta função, mormente hoje, em que o chefe do Executivo conta com qualificado quadro jurídico, tanto na Casa Civil, quanto na Advocacia-Geral da União. Assim, poderá ele, mesmo que não considere um certo projeto de lei inconveniente, lançar seu veto somente com fundamento jurídico. Afinal, de nada adianta um texto legal, que produza efeitos por certo período de tempo, ainda que conveniente ao governo, se for rejeitado, logo em seguida, pelo STF, gerando os mais desagradáveis efeitos. Muitos deles (efeitos) onerando os cofres públicos.

Não se discute a natureza eminentemente política do veto do Presidente da República no ordenamento pátrio, entretanto, não há como negar que, quando bem utilizado, configura-se (o veto) em importante mecanismo de controle de constitucionalidade. Nesse rumo, para cumprir esse desiderato jurídico, assumiu vital importância as razões de veto do Presidente da República lançadas ao Congresso. É por meio da justificativa do Presidente da República, alertando acerca da inconstitucionalidade (ou inconveniência, no caso de ser puramente político), que o Parlamento pautará seu julgamento final: mantendo-o ou derrubando-o. Não é conveniente (ao menos em países em que a Democracia está sedimentada) que o Legislativo, sabendo que um projeto normativo é inconstitucional, persistir na sua promulgação, simplesmente porque o Governo não conta com uma base aliada capaz de legitimar suas decisões. Afinal de contas, saberá a opinião pública (mais uma vez balizando-se em países democraticamente consolidados) que o fundamento do veto (atualmente

---

<sup>8</sup> <sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit. p.26

verificável no próprio sítio, na Internet, da Presidência da República) foi eminentemente jurídico. Por conseguinte, quando o Tribunal Constitucional vier a se manifestar, os atos parlamentares demagógicos restarão visíveis.

Assim, seus motivos são de vital importância à legitimação do instituto. Tanto que, desde o momento em que surgiu tal instituto no ordenamento brasileiro, em 1891, já estabelecia o Constituinte que o Presidente da República deveria explicitar os motivos da recusa de sanção, consoante § 1º do art. 37 daquela Constituição<sup>79</sup>, encaminhando-os à Câmara. Da mesma forma, a atual Constituição contemplou a necessidade de explicitar os motivos de veto, ditando, no entanto, em seu § 1º do art. 66, que eles deverão ser encaminhados ao Presidente do Senado Federal.

Os congressistas, quando forem, em plenário e em sessão conjunta, deliberar sobre o veto, saberão, de antemão, os porquês que levaram a negativa de sanção. Por conseguinte, em sendo os motivos unicamente jurídicos, estarão impingidos a votarem com cuidado. Além disso, não se deve esquecer que, nesta nova deliberação, o antigo projeto de lei, após o veto presidencial, somente voltará a ser, como originalmente saiu da Casa, se passar por uma maioria qualificada. Enquanto que, para aprovação do projeto de lei é necessária uma maioria simples – maioria dos presentes, em cada uma das casas –, a derrubada do veto, conforme já explicitado anteriormente, demanda a maioria dos membros do Congresso, em sessão conjunta. Nesta esteira, pode-se dizer que, na aprovação da lei, quem se articula é a base governista (a contar que grande maioria dos projetos é impulsionado pelo Governo), já na derrubada do veto, a articulação passa a ser compromisso da oposição.

Quanto à deliberação do plenário, para a derrubada do veto, vale lembrar a posição defendida por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na qual o autor manifesta que na sessão, ainda que conjunta, deputados e senadores deverão votar separadamente em

---

<sup>79</sup> Ver nota de rodapé nº 74.

escrutínio secreto.<sup>80</sup> Assim, estaria preservado o peso institucional de cada Casa, vez que o número de senadores é reduzido, se comparada a bancada de deputados. No entanto, não há qualquer menção expressa na Constituição a respeito.

Todas estas características conferem ao veto num bom mecanismo de controle de constitucionalidade, o qual poderia ser muito melhor trabalhado, afinal, não são somente os meios jurisdicionais aptos ao controle. Também os demais poderes, além do Judiciário, devem estar imbuídos em dar efetividade da Constituição.

#### **2.4 Da análise dos pressupostos constitucionais das Medidas Provisórias pelo Congresso Nacional – art. 62, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil.**

No que toca aos mecanismos não-jurisdicionais de controle preventivo de constitucionalidade, cumpre tecer algumas considerações sobre o juízo prévio acerca da constitucionalidade das medidas provisórias, quando de sua deliberação em cada uma das Casas do Congresso Nacional, conforme preleciona o § 5º do art. 62 da CRFB.<sup>81</sup>

A medida provisória, nos termos da própria Constituição, é uma espécie normativa, estando elencada no art. 59 do texto constitucional. Ela está prevista no art. 62 da CRFB, sendo um ato privativo do Presidente da República, com força de lei, somente adotada em certas circunstâncias constitucionais (há também limitações ao poder de editar medidas provisórias pelo Presidente da República).

---

<sup>80</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002: p. 226

<sup>81</sup> Art. 62 Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

(...) § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

Sua inspiração vem do instituto do Decreto-lei, constante na Constituição anterior. Este, por sua vez, foi inspirado no *provvedimento provvisorio*, previsto no art. 77 da Constituição italiana de 1947, usualmente chamado de *decreto-legge*.<sup>82</sup>

O Decreto-lei, consoante previsto no ordenamento constitucional anterior, autorizava o Presidente da República a editar atos normativos com força de lei, em caso de urgência ou de interesse público relevante, atendidos alguns pressupostos, como, por exemplo, desde que não importasse em aumento de despesa. Em que pese o caráter extraordinário da medida, desde lá os abusos eram verificados, como observou MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

Na prática, enquanto em vigor a Constituição de 1967, o decreto-lei se tornou forma 'normal' de legislação. O presidente da República obviamente preferia essa fórmula do que aquela mais onerosa politicamente de apresentar projeto de lei à apreciação do Congresso Nacional. Isto, na verdade, foi possível apenas porque se deu uma interpretação amplíssima ao conceito

---

<sup>82</sup> O art. 47 conta com o seguinte teor: *Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.*

*Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciote, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.*

*I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.* (Tradução livre: O Governo não pode, sem delegação da Câmara, editar decretos que tenham valor de lei ordinária.

Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-lo para conversão às Câmaras que, mesmo quando dissolvidas, serão convocadas para esse propósito e se reúnem dentro de cinco dias.

Os decretos perdem a eficácia desde o início, se não são convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por lei as relações jurídicas havidas com base em decretos não convertidos)

Ainda que tenha o texto constitucional italiano referido-se a provimento provisório, restou popularizado o termo decreto-lei (tanto que a Constituição brasileira de 1967 adotou tal nome), como deixa claro JOSÉ LEVI DO AMARAL JÚNIOR (*in* AMARAL JUNIOR, José Levi do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004: p. 59-60). Na oportunidade, o autor afirma, trazendo à baila as explicações de PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, que o Constituinte não quis falar em norma, expressão tecnicamente mais exata, devido ao caráter temporário e transitório do provimento em comento. A palavra provimento daria o caráter de provisoriedade. Ocorre que o art. 15, n. 1, da Legge 400/1988 rendeu-se a expressão e utilizou-se do nome *decreto-legge*, quando disciplinou a atividade do Governo em editar os provimentos temporários.

de segurança nacional, de modo a fazê-lo abranger tudo, ou quase tudo. Afinal o que não toca, embora mui indiretamente, a segurança nacional.<sup>83</sup>

Abolir o decreto-lei era obrigação do Constituinte de 1987, mas, em contrapartida, não se poderia abrir mão totalmente de alguma medida urgente, vez que o procedimento de elaboração das leis é muito moroso. A demanda regulatória, mormente em países romano-germânicos, em que a lei é a fonte principal do Direito, é grande. Necessários, por conseguinte, mecanismos capazes de garantir a efetividade normativa em momentos extraordinários. Assim, achou por bem o Constituinte adotar o mesmo *decreto-legge*, mas com nova roupagem: o *provvedimenti provvisori*. Foi, assim, adotado o mesmo instituto, mas com mais limitações constitucionais, em que o caráter de provisoriedade da medida foi acentuado, tal qual a idéia perpassada na Constituição italiana de 1947.

A idéia foi disponibilizar ao Governo uma medida, com força de lei, mas *excepcional, precária, suscetível de perder a eficácia desde o início e cabível ante questões relevantes que demandem urgente suprimento (...) a natureza da medida deve ser compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário*.<sup>84</sup>

Ocorre que o convívio da medida provisória, no impúbere ordenamento constitucional brasileiro pós-88, *mostrou-se uma emenda pior que o soneto* (sic). Com efeito, frente à permissão da mais alta corte jurisdicional – o STF –, foi possível as desmedidas reedições das medidas provisórias – que de provisória e precária restara somente o nome. Além disso, o STF firmou posição de que o mérito da relevância e urgência caberia ao próprio Executivo aferir<sup>85</sup>, ficando o instituto praticamente alheio ao controle jurisdicional quanto a sua

---

<sup>83</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002: p.236

<sup>84</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001: p. 118

<sup>85</sup> O STF, desde o início, quando chamado a decidir sobre o tema, asseverou que seria intromissão indevida de um poder sobre o outro a aferição da relevância e urgência da medida provisória. Com base no art. 2º da CRFB, que prega a independência e harmonia dos poderes, o STF deixava de analisar o critério constitucional da relevância e urgência, o qual estava compreendido na esfera de discricionariedade do Governo. Entendia, também, o Supremo que somente em casos de abusos (visíveis) poder-se-ia anular os

excepcionalidade, a qual somente seria atacada pelo Judiciário quando verificado o abuso do chefe do Governo.

Assim, as mesmas críticas aos decretos-leis foram tecidas pelos doutrinadores pátrios, em relação às medidas provisórias.<sup>86</sup>

A multiplicação das medidas provisórias, juntamente com suas infundáveis reedições, inspirou o legislador constituinte a efetuar uma série de mudanças constitucionais, limitando o seu uso e, realmente, conferindo-a as características de temporariedade, precariedade e excepcionalidade.<sup>87</sup> Com efeito, em 11 de setembro de 2001, a Emenda Constitucional n° 32, dispôs acerca da medida provisória da seguinte forma:

---

efeitos normativos da medida provisória. Ao que parece, passados vinte anos, sustenta-se a mesma tese, sacramentada também na nova formação da Corte Constitucional brasileira, como se depreende em recente julgado:

*EMENTA: AGRADO REGIMENTAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MEDIDA PROVISÓRIA. REQUISITOS DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. O entendimento desta Corte é no sentido de que o exame dos requisitos da urgência e relevância somente pode ser submetido ao Judiciário quando se configurar abuso da discricionariedade pelo chefe do Poder Executivo. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 489108 / RS - RIO GRANDE DO SU, AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 02/05/2006, Órgão Julgador: Segunda Turma)*

O grande administrativista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é cético quanto a impossibilidade do Judiciário, ou melhor, a limitação do magistrado, em sopesar o caráter relevante e urgente da medida provisória: *O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricionariedade administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência existem ou não existem. Uma vez que a Constituição só admite medidas provisórias em face de situação relevante e urgente, segue-se que ambos são, cumulativamente, requisitos indispensáveis para irrupção da aludida competência. É dizer: sem eles inexistirá poder para editá-las. Se a Carta Magna tolerasse edição de medidas de emergência fora destas hipóteses, não haveria condicionado sua expedição à pré-ocorrência destes pressupostos normativos. Segue-se que têm de ser judicialmente controlados, sob pena de ignorar-se o balizamento constitucional da competência de editar medidas provisórias. Com efeito, se a 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário inconstratável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreriam da Constituição, mas da vontade do Presidente da República, pois teria o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar.* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 10ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001: p. 120)

<sup>86</sup> Entre os autores, podemos citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes e Celso Antônio, obras citadas em notas anteriores.

<sup>87</sup> É curioso o fato de as inovações ao instituto em comento terem sido propostas pelo próprio Governo, ou seja, o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que tanto se utilizou da medida provisória para implementar sua plataforma de governo, foi o maior defensor da mudança normativa, a fim de conferir

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

---

moralidade ao instituto. Talvez a surpreendente simpatia à inovação constitucional deveu-se ao término de seu segundo mandato, oportunidade em que estava vedada sua reeleição.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Feita as linhas introdutórias sobre a medida provisória, cumpre tecer os comentários acerca do § 5º do artigo acima transcrito, pois é ele que dispõe sobre o controle de constitucionalidade realizado pelo Congresso Nacional.

Adiante-se, no entanto, uma controvertida questão. Muitos doutrinadores<sup>88</sup> costumam elencar os mecanismos de controle de constitucionalidade do art. 62 (outros sequer comentam tal possibilidade de controle, quando abordam o tema<sup>89</sup>) como sendo modalidade de controle repressivo de constitucionalidade.

ALEXANDRE DE MORAES é enfático nesse sentido:

Uma vez editada a medida provisória pelo Presidente da República, nos termos do art. 62 da Constituição Federal, ela terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional, que poderá aprová-la, convertendo em lei, ou rejeitá-la.

Na hipótese de o Congresso Nacional rejeitar a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada no parecer da comissão temporária mista, estará exercendo controle de constitucionalidade repressivo, pois retirara do ordenamento jurídico a medida provisória flagrantemente inconstitucional.

Note-se que, enquanto espécie normativa, a medida provisória, uma vez editada, esta perfeita e acabada, já tendo ingressado no ordenamento jurídico com força de lei independentemente de sua natureza temporária. Assim, o fato de o Congresso Nacional rejeitá-la, impedindo que se converta em lei, o mesmo que fosse reeditada por ausência de deliberação, em face de flagrante inconstitucionalidade, consubstancia-se em controle repressivo.<sup>90</sup>

Atente-se, no entanto, que há, sem dúvida, um prévio controle de constitucionalidade da lei de conversão da medida provisória, na qual será analisado o mérito da medida, sob os aspectos constitucionais. Nesse prisma, ainda que a medida provisória tenha força de lei, ensejando, até

---

<sup>88</sup> Entre eles podemos citar Alexandre de Moraes (*in MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo: Atlas, 2002:p. 634*) e Pedro Lenza (*in LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Editora Método, 10ª edição, 2006: p. 107*)

<sup>89</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Márcio F. Elias e SANTOS, Marisa F.. *Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2005*

<sup>90</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional, 17ª edição, São Paulo: Atlas, 2002:p. 634*

mesmo, a propositura de uma ação de inconstitucionalidade, o fato é que o Congresso, antes da sua conversão em lei, deverá, por meio de uma comissão mista, fazer o controle de constitucionalidade.

Este pensamento que ora se propõe, sem desmerecer a doutrina clássica, já que é defensável a idéia de um controle repressivo de constitucionalidade, em relação a medida provisória acabada e com força de lei, se dá por dois motivos.

O primeiro é porque, segundo a nova redação conferida ao instituto, a partir da Emenda Constitucional n° 32, de 11 de setembro de 2001, em uma tentativa de moralizar e frear o ímpeto legislativo do Poder Executivo, a medida provisória passou a assumir, verdadeiramente, um caráter transitório.

Com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n° 32, há um prazo de 60 dias para que ela seja convertida em lei, o qual somente poderá ser prorrogado uma única vez. Diferentemente da medida provisória adotada antes de setembro de 2001, a qual podia ser reeditada dezenas de vezes, prolongando sua vida, mascarando o caráter temporário e provisório do instituto, as novas medidas provisórias já nascem com data para morrer. Ou seja, em no máximo 60 dias, em situações normais, a medida provisória pós Emenda Constitucional n° 32 trancará a pauta do Congresso Nacional, obrigando sua apreciação e a sua conversão em lei.

Poderá haver situações excepcionais, as quais prolongarão o prazo de existência da medida provisória. Se for editada medida provisória durante o período de recesso do Congresso Nacional, a contagem dos prazos somente é iniciada no primeiro dia de sessão legislativa (ordinária ou extraordinária) que se seguir à publicação da medida provisória, como bem lembra JOSÉ LEVI DO AMARAL JÚNIOR, com base no art. 18 da Resolução n° 1/2002. O autor vai mais longe e lembra que a suspensão da contagem do prazo de eficácia da medida provisória é inovação do direito brasileiro, não tendo paralelo no direito italiano, direito esse que não admite qualquer hipótese de suspensão ou interrupção do prazo

de eficácia do *decreto-legge*, ainda que as Câmaras sejam dissolvidas<sup>91</sup>. De qualquer forma, bem se denota a preocupação do Constituinte Derivado na tentativa de limitar a função legiferante do Executivo. Ainda assim, como se percebe, caso seja adotada medida provisória em recesso parlamentar, o prazo inicialmente previsto de 60 dias será superado em muito.

De qualquer sorte, o certo é que a medida provisória, no ordenamento vigente, é precária. Em sendo precária, assume a lei de conversão grande importância, na medida em que será ela que irá inovar, definitivamente, o ordenamento. Nesse rumo, deslocando-se o foco para a lei de conversão, o juízo de constitucionalidade das medidas passa ser preventivo em relação a lei.

O segundo motivo a sustentar a idéia de um mecanismo de controle preventivo de constitucionalidade no § 5º do art. 62 da CRFB é que a lei de conversão é espécie normativa primária e autônoma, não se confundido com nenhuma outra, nem mesmo com a medida provisória que lhe serviu de pressuposto.<sup>92</sup>

Ora, a lei de conversão é ato normativo formal diverso da medida provisória. Na lei de conversão é adotado um procedimento próprio, em que o Legislativo utiliza-se de toda a sua prerrogativa legiferante. Além disso, a própria Constituição determina um processo legislativo específico.

Com efeito, a lei de conversão não tem o condão de transformar ou simplesmente convalidar a medida provisória. Cada qual é um ato normativo autônomo, ocorrendo, na

---

<sup>91</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004: p. 65

<sup>92</sup> A característica de ato normativo primário da lei de conversão é defendida por JOSÉ LEVI. Anota o autor que o fato de ela não constar no rol do art. 59 da CRFB não tem o condão de comprometer a tese em tela. Para tanto, lembra que o decreto autônomo, previsto no inciso VI do art. 84 da CRFB, também introduzido pela Emenda Constitucional nº 32, não está no referido rol e nem por isso lhe é negada a natureza de ato normativo primário. (AMARAL JUNIOR, José Levi do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004: p. 284)

verdade, uma novação legislativa: a medida provisória é um ato privativo (e normativo) do Executivo, em momentos excepcionais, enquanto que a lei de conversão é uma lei específica que sucederá a medida provisória, em face do seu caráter precário. A primeira com caráter provisório (temporário), a segunda, definitivo. Ainda: independentemente do resultado da medida provisória, após a manifestação parlamentar, seja ratificando o ato normativo do Governo, seja modificando-o, o produto final será a lei de conversão.

Pertinente a seguinte observação de JOSÉ SAULO RAMOS:

A superveniência das leis de conversão não se reduz a mera substituição das medidas provisórias. Antes, pelo contrário, ocorre, em hipótese tal, uma novação de fontes e de títulos jurídicos. Medidas provisórias e leis de conversão possuem, em consequência, âmbitos temporais de vigência e de eficácia próprios.<sup>93</sup>

Por conseguinte, a análise de constitucionalidade da medida, na formatação da lei de conversão, constitui-se em um mecanismo prévio de controle. Cabe lembrar o pensamento alinhavado no item 1.2.1, em que considerou-se controle preventivo de constitucionalidade aquele realizado quando o ato normativo é fiscalizado ainda no seu processo de formação, durante a tramitação do projeto de lei. Ora, se a lei de conversão da medida provisória é espécie autônoma, um controle constitucional realizado no seio do parlamento, enquanto projeto de norma, será preventivo.

Claro que a medida provisória que lhe antecedeu entrou, irrefutavelmente, no plano jurídico, inovando o ordenamento, mas, em relação a ela, existem mecanismos próprios de controle (até mesmo uma ação direta de constitucionalidade). Apenas se quer demonstrar, por enquanto, que há um controle preventivo no § 5º do art. 62 da CRFB, no que toca à lei de conversão que está sendo confeccionada.

---

<sup>93</sup> RAMOS, José Saulo. *Parecer SR-92*, de 21 de junho de 1989, da Consultoria-Geral da República (DOU de 23.06.1989).IOB – Suplemento Especial, p. 8, set 1989 *apud* AMARAL JUNIOR, José Levi do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004: p. 296

Com efeito, a deliberação do mérito da medida provisória dependerá de uma análise anterior da sua constitucionalidade. Para tanto, a fim de dar um caráter mais técnico neste controle de constitucionalidade, ainda que não seja possível afastar suas características eminentemente políticas, prevê o Constituinte a criação de Comissões Mistas de Deputados e Senadores, que examinarão a medida provisória, antes de sua deliberação pelas Casas, realizada separadamente, forte no § 9º do art. 62 da CRFB. Aliás, deve-se registrar que, antes do advento da Emenda Constitucional nº 32, já existiam mencionadas comissões, as quais eram regulamentadas pela Resolução nº 1/1989. Houve, na verdade, uma constitucionalização, com a referida emenda, das Comissões Mistas de Deputados e Senadores no exame prévio do mérito das medidas normativas adotadas pelo Presidente da República.

Ainda que os mecanismos de controle de constitucionalidade devam estar expressos na Constituição, a forma de controle pode se dar por outras fontes de Direito. A processualidade das ações constitucionais, por exemplo, está disposta em leis ordinárias, as quais, invariavelmente, recebem a chancela do STF. No presente trabalho, como já foi visto, são os regulamentos internos de cada uma das Casas Legislativas que delinearam o controle de constitucionalidade exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça. Como se observou, a lei interna do Parlamento é quem sistematizou este importante mecanismo de defesa da ordem constitucional. Aqui também é um ato normativo infraconstitucional que dá os moldes do controle prévio realizado pelo Parlamento quanto ao mérito da medida provisória. A Resolução nº 1 de maio de 2002, parte integrante do Regimento Comum do Congresso Nacional<sup>94</sup>, dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias, estabelecendo como será exercido o controle de constitucionalidade em questão.

Caberá opinar sobre o controle prévio da constitucionalidade da medida provisória uma Comissão Mista, a qual será designada, pelo próprio Congresso Nacional, nas 48 horas

---

<sup>94</sup> Resolução nº 1, art. 1º: Esta Resolução é parte integrante do Regimento Comum e dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de Medidas Provisórias adotadas pelo Presidente da república, com força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição Federal.

que se seguirem à publicação do ato normativo, e será composta por doze senadores e doze deputados, com igual número de suplentes, indicado pelos respectivos líderes, guardando a proporcionalidade dos partidos políticos existente no Parlamento (ou blocos parlamentares – oposição e situação).<sup>95</sup> Em caso de medida provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual, a comissão mista será a mesma prevista no art. 166 da CRFB, nos termos do § 5º do art. 2º da referida resolução.

Uma vez designada, a Comissão terá o prazo de 24 horas para se instalar, oportunidade em que será eleito um Presidente e um Vice-Presidente, sendo que o primeiro designará um relator, pertencente à Casa diversa da sua.<sup>96</sup> Somente nos seis primeiros dias

---

<sup>95</sup> Resolução nº 1, art. 2º: Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de Medida Provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela.

§ 1.º No dia da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato.

§ 2.º A Comissão Mista será integrada por doze Senadores e doze Deputados e igual número de suplentes, indicados pelos respectivos Líderes, obedecida, tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa.

§ 3.º O número de membros da Comissão Mista estabelecido no § 2.º é acrescido de mais uma vaga na composição destinada a cada uma das Casas do Congresso Nacional, que será preenchida em rodízio, exclusivamente, pelas bancadas minoritárias que não alcancem, no cálculo da proporcionalidade partidária, número suficiente para participar da comissão (Res. 2, de 2000-CN).

§ 4.º A indicação pelos Líderes deverá ser encaminhada à Presidência da Mesa do Congresso Nacional até às doze horas do dia seguinte ao da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União.

§ 5.º Esgotado o prazo estabelecido no § 4.º, sem a indicação, o Presidente da Mesa do Congresso Nacional fará a designação dos integrantes do respectivo partido ou bloco, recaindo essa sobre o líder e, se for o caso, os Vice-Líderes.

§ 6.º Quando se tratar de Medida Provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual, conforme os arts. 62 e 167, § 3.º, da Constituição Federal, o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1.º, da Constituição, observando-se os prazos e o rito estabelecidos nesta Resolução.

§ 7.º A Constituição da Comissão Mista e a fixação do calendário de tramitação da matéria poderão ser comunicadas em sessão do Senado Federal ou conjunta do Congresso Nacional, sendo, no primeiro caso, dado conhecimento à Câmara dos Deputados, por ofício, ao seu Presidente.

<sup>96</sup> Resolução nº 1, art. 3º: Uma vez designada, a Comissão terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para sua instalação, quando serão eleitos o seu Presidente e o Vice-Presidente, bem como designados os relatores para a matéria.

§ 1.º Observa-se-á o critério de alternância entre as Casas para a Presidência das Comissões Mistas constituídas para apreciar Medidas Provisórias, devendo, em cada caso, o relator ser designado pelo Presidente dentre os membros da Comissão pertencentes à Casa diversa da sua.

que se seguirem à publicação da medida provisória poderão ser propostas emendas, as quais serão protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, não podendo ser proposta emenda senão nos termos da resolução, bem como é defeso emenda que verse sobre matéria estranha a medida provisória que será analisada<sup>97</sup>.

A Comissão de que trata deste capítulo emitirá parecer, manifestando-se sobre os aspectos constitucionais de mérito, incluindo-se aí os pressupostos de relevância e urgência, da medida provisória, como também sobre sua adequação financeira e orçamentária. Preleciona o art. 5º, § 2º, da Resolução 01/2002 que, ainda que se manifeste pelo não atendimento dos requisitos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária,

---

§ 2.º O Presidente e o Vice-Presidente deverão pertencer a Casas diferentes.

§ 3.º O Presidente designará também um relator, pertencente à Casa diversa da do relator e integrante, preferencialmente, do mesmo Partido deste.

§ 4.º Compete ao relator revisor exercer as funções de relatoria na Casa diversa da do relator da Medida Provisória.

§ 5.º O Presidente designará outro membro da Comissão Mista para exercer a relatoria na hipótese de o relator não oferecer o relatório no prazo estabelecido ou se ele não estiver presente à reunião programada para a discussão e votação do parecer, devendo a escolha recair sobre Parlamentar pertencente à mesma Casa do Relator e também ao mesmo Partido deste, se houver presente na reunião da Comissão outro integrante da mesma bancada partidária.

§ 6.º Quando a Medida Provisória estiver tramitando na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, a substituição de relator ou relator revisor, na hipótese de ausência, ou a designação desses, no caso de a Comissão Mista não haver exercido a prerrogativa de fazê-lo, será efetuada de acordo com as normas regimentais de cada Casa.

<sup>97</sup> Resolução nº 1, art. 4º: Nos seis primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal.

§ 1.º Somente poderão ser oferecidas emendas às Medidas Provisórias perante a Comissão Mista, na forma deste artigo.

§ 2.º No prazo de oferecimento de emendas, o autor de projeto sob exame de qualquer das Casas do Congresso Nacional poderá solicitar à Comissão que ele tramite, sob a forma de emenda, em conjunto com a Medida Provisória.

§ 3.º O projeto que, nos termos do § 2.º, tramitar na forma de emenda à Medida Provisória, ao final da apreciação desta, será declarado prejudicado e arquivado, exceto se a Medida Provisória for rejeitada por ser inconstitucional, hipótese em que o projeto retornará ao seu curso normal.

§ 4.º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

§ 5.º O autor da emenda não aceita poderá recorrer, com o apoio de três membros da Comissão, da decisão da Presidência para o Plenário desta, que decidirá, definitivamente, por maioria simples, sem discussão ou encaminhamento de votação.

§ 6.º Os trabalhos da Comissão Mista serão iniciados com a presença, no mínimo, de um terço dos membros de cada uma das Casas, aferida mediante assinatura no livro de presença, e as deliberações serão tomadas por maioria de votos, presente maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas.

a Comissão deverá se manifestar sobre o mérito da medida. Tal parecer, que deverá ser emitido no prazo improrrogável de 14 dias, irá pronunciar-se pela rejeição da medida provisória ou pela sua aprovação, com ou sem modificações saneadoras, opinando pela apresentação de projeto de lei de conversão ou, se for o caso, pela apresentação de projeto de decreto legislativo. Aprovado o parecer, será ele encaminhado à Câmara dos Deputados, tais quais são encaminhados os projetos de lei propostos pelo Presidente da República.<sup>98</sup>

Acaso a Comissão deixe transcorrer o prazo de manifestação *in albis*, o processo relativo à matéria será encaminhado à Câmara de Deputados para exame, situação em que caberá ao Plenário proferir o parecer.<sup>99</sup> Na prática, muitas vezes é o relator quem verdadeiramente impulsiona o parecer da Comissão.

---

<sup>98</sup> Resolução n° 1, art. 5°: A comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1.º do art. 2.º.

§ 1.º O exame de compatibilidade e adequação orçamentária e financeira das Medidas Provisórias abrange a análise da repercussão sobre a receita ou a despesa pública da união e da implicação quanto ao atendimento das normas orçamentárias e financeiras vigentes, em especial a conformidade com a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária da União.

§ 2.º Ainda que se manifeste pelo não atendimento dos requisitos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária, a Comissão deverá pronunciar-se sobre o mérito da Medida Provisória.

§ 3.º Havendo emenda saneadora da inconstitucionalidade ou injuridicidade e da inadequação ou incompatibilidade orçamentária ou financeira, a votação far-se-á primeiro sobre ela.

§ 4.º Quanto ao mérito, a Comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial ou alteração da Medida Provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresentada, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto:

I – pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria; e

II – pela apresentação de projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, o qual terá sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados.

§ 5.º Aprovado o parecer, será este encaminhado à Câmara dos Deputados, acompanhado do processo e, se for o caso, do projeto de lei de conversão e do projeto de decreto legislativo mencionados no § 4.º.

<sup>99</sup> Resolução n° 1, art. 6°: A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28.º (vigesimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1.º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5.º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

Como se observa da resolução ora estudada, para cada medida provisória adotada pelo Presidente da República, há uma comissão mista encarregada de verificar a constitucionalidade daquele ato normativo. Por conseguinte, a sua duração estará estritamente vinculada à duração do projeto de conversão em lei da própria medida provisória.

Vale destacar, também, que, ao contrário do parecer terminativo exarado pelas Comissões de Constituição e Justiça, o parecer das Comissões Mistas, quando atuando no estrito cumprimento da Resolução n° 1/2002, não tem o condão de barrar a tramitação da medida provisória. Ademais, também não vincula a votação que será realizada em cada uma das casas. Até porque, em última análise, não é ela quem exerce o controle de constitucionalidade ora em questão. A competência é de cada uma das Casas, ficando o parecer da Comissão Mista como um instrumento de auxílio. De qualquer sorte, mesmo quando julgado prescindível o trabalho da Comissão, não poderá ser ele suprimido, já que, em face da sua constitucionalização, o seu desrespeito passa a ser vício formal, passível de controle de constitucionalidade, ao contrário do que ocorria antes da Emenda Constitucional n° 32, em que a matéria ficava adstrita às questões *interna corporis*.<sup>100</sup>

Assim, durante a votação da medida provisória, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, os pressupostos constitucionais novamente deverão ser aferidos, realizando-se o verdadeiro controle de constitucionalidade, o qual pautar-se-á no parecer da Comissão Mista.

---

§ 2.º Na hipótese do § 1.º, a Comissão Mista, se for o caso, preferirá, pelo relator ou relator revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

§ 3.º Na hipótese do § 2.º, se o parecer de plenário concluir pela apresentação de Projeto de Lei de Conversão, poderá, mediante requerimento de Líder e independentemente de deliberação do Plenário, ser concedido prazo até a sessão ordinária seguinte para a votação da matéria.

<sup>100</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*, São Paulo: RT, 2004, p. 281 e 282

Relevante, ainda, destacar **dois** aspectos destas Comissões Mistas. Um refere-se à maneira como ela é instituída; o outro é quanto ao seu tempo de duração (permanente ou temporária).

No que toca ao **modo de constituição da Comissão Mista**, reza a resolução que dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias, que tais comissões devem guardar, *tanto quanto possível, a proporcionalidade dos partidos ou blocos parlamentares em cada Casa*, nos termos do § 2º do art. 2º da Resolução nº 1/2002.<sup>101</sup> Nesse panorama, a comissão está sujeita ao jogo político, compondo a política partidária do Congresso Nacional. Assim, o caráter técnico que deveria ser exercido pela Comissão fica mascarado pela sua composição, restando pouco crível que uma medida provisória importante para o Governo seja refutada por eventual inconstitucionalidade, quando a composição do Congresso for majoritariamente governista.

A discussão do mérito da medida provisória passa a ser uma discussão política, na medida em que as forças partidárias de cada uma das Casas estarão refletidas no âmago da Comissão. A tecnicidade esperada acaba não ocorrendo. Tanto que o trabalho destas comissões passa totalmente despercebido do grande público, não recebendo qualquer destaque na cobertura política realizada pela opinião pública, diferentemente com que ocorre com outras comissões, como as comissões parlamentares de inquérito e as comissões de constituição e justiça.

A consequência não poderia ser outra: o mecanismo de controle de constitucionalidade realizado nas medidas provisórias, a cargo do Congresso, mesmo sendo uma incumbência constitucional, restou inócuo. Esta ineficiência acaba sobrecarregando o Judiciário e desvirtuando o mecanismo criado na Emenda Constitucional nº 32. O § 9º do art. 62 da CRFB, seguindo o raciocínio, passa a ser: ou um entrave à agilidade da tramitação do processo atinente à medida provisória; ou, simplesmente, uma prévia do comportamento

---

<sup>101</sup> Vide nota 98.

do Congresso, antes da verdadeira votação. De qualquer sorte, em nada contribui à aferição prévia de constitucionalidade, como pretende a Resolução nº 1/2002, o que serviria de paradigma à análise dos pressupostos constitucionais como prevê o § 5º do mesmo artigo da CRFB.

Daria um caráter técnico à Comissão Mista se os embates partidários do Congresso Nacional não influenciassem o seu parecer. Para cumprir este desiderato, poderia a Comissão Mista ser composta por um número equivalente de deputados e senadores representantes da oposição e da situação. Estaríamos, assim, diante de uma comissão paritária, ou seja, haveria uma paridade de forças entre governistas e oposição, tal qual ocorre com o “**Comitê para a legislação**” (“*Comitato per la legislazione*”) havido na Câmara dos Deputados italiana. Trata-se de uma comissão composta por dez deputados, escolhidos pelo presidente da Câmara de modo a garantir a representação paritária da maioria e da oposição<sup>102</sup>, encarregado de emitir *pareceres sobre a qualidade dos textos legislativos relativamente à homogeneidade, simplicidade, clareza e propriedade das suas formulações*<sup>103</sup>, atuando, também, no processo de conversão em lei do *decreto-legge*.<sup>104</sup>

Ao comentar a atuação do referido comitê legislativo italiano, NADIA MACCABIANI ressalta que ele possui certa independência de juízo, em contrapartida às influências políticas do grupo que o compõe, devido, entre outros motivos, pela sua composição paritária<sup>105</sup>, assegurando uma maior qualidade na confecção legislativa.

Ora, devendo a Comissão Mista emitir parecer sobre o mérito e a constitucionalidade da medida provisória, é desejável assegurar um caráter técnico à comissão. Entretanto, quando esta comissão guarda a mesma proporcionalidade encontrada no Congresso Nacional, pouco provável que a discussão do mérito da medida provisória fique alheia ao

---

<sup>102</sup> artigo 16-bis, nº 1, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados italiana

<sup>103</sup> artigo 16-bis, nº 4, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados italiana

<sup>104</sup> artigo 96-bis, nº 1, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados italiana

<sup>105</sup> MACCABIANI, Nadia. *La conversione dei decreti legge davanti alla Camera dei deputati. La prassi del Comitato per la legislazione*, Brescia: Promodis Italia, 2001, p. 9

panorama político que a permeie. O perfil técnico acaba sendo encoberto pelo jogo político. Em contrapartida, sendo a Comissão Mista paritária, restando, no seu interior, igualado e equilibrado os blocos partidários, qualquer tentativa *politiqueira* em forçar um parecer neste ou naquele sentido tende a fracassar, na medida em que *oposição e situação* encontrar-se-ão em paridade de armas. A tendência, já que as ideologias estarão neutralizadas, é, realmente, buscar uma discussão técnica. O argumento na confecção do parecer deixa de gravitar na órbita política. Deputados e Senadores, tanto governistas quanto oposicionistas, buscarão uma persuasão técnica, no plano jurídico, na defesa do ato legislativo.

Destacam-se, ainda, algumas considerações acerca do tempo de duração (permanente ou temporária) das comissões mistas previstas na CRFB.

Reportando-se à Resolução nº 1/2002, constata-se que o ordenamento pátrio adotou Comissões Mistas temporárias, uma para cada medida provisória. A decisão em adotar tal sistemática foi fruto de um acirrado debate entre o então senador José Fogaça, que propôs a adoção de uma comissão permanente, e o senador Lúcio Alcântara.

A defesa do senador Fogaça continha os seguintes argumentos:

Ora, Sr. Presidente, essa comissão, sendo um fórum único, sendo um ambiente único, necessário, inevitável, reunindo-se toda semana, ali, sim, vão ser debatidas as matérias; ali, sim, os pareceres vão ser dados; ali, sim, a discussão vai ter consequências; ali, sim, vão ser produzidos pareceres que vão resultar em matéria aprovada em plenário relativamente às medidas provisórias.

Ouso afirmar que 95% das medidas provisórias irão praticamente sumir do mapa institucional do País, no momento em que se criar e se estabelecer essa comissão mista permanente, única, tal como é a Comissão de Orçamento (...). A única situação que não se reproduz é a de um relator único. Porque como são medidas provisórias de assuntos tematicamente os mais distintos, os mais diversos, evidentemente deverá haver um relator específico pra cada matéria, observada também uma alternância equilibrada entre senadores e deputados.<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> José Fogaça, Ata da 178ª Sessão Deliberativa Ordinária em 23 de outubro de 1996, Diário do Senado Federal, 24.10.1996, p. 17.501 *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*, São Paulo: RT, 2004, p. 241

Ao final, entendeu-se que, frente à diversidade de temas que seriam tratados pela Comissão Mista, diferentemente do que ocorre com a Comissão Mista do orçamento (art. 166, § 1º, da CRFB), seria inviável a composição permanente. No entanto, a objeção poderia ser superada pela interação da Comissão Mista permanente proposta pelo Senador José Fogaça com as comissões temáticas permanentes competentes para a matéria objeto da decretação de urgência.<sup>107</sup>

Na verdade, mais uma vez, frente à infinidade de medidas provisórias, o trabalho simultâneo de diversas comissões acaba fragilizando a qualidade dos pareceres. Uma única comissão especializada, com a interação das comissões temáticas, concentraria o trabalho. Ademais, o fato de haver inúmeras medidas provisórias sobrecarregando a pauta poderia ser compensado pela divisão de trabalho, reforçando o trabalho dos relatores e revisores, tal qual ocorre nas Câmaras dos Tribunais de Justiça.

Por fim, cabe gizar que os mecanismos de controle preventivo de constitucionalidade não-jurisditionais, embora sem a merecida importância, constituem-se em eficazes meios de garantir a supremacia da ordem constitucional, carecendo, no entanto, de alguns ajustes. Entretanto, como já ressaltado anteriormente, há a possibilidade de um controle prévio na via judicial, situação que será tratada no próximo capítulo.

---

<sup>107</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e a sua conversão em lei*, São Paulo: RT, 2004, p. 242

### **3. Mecanismos jurisdicionais de controle preventivo de constitucionalidade no Direito brasileiro.**

Nesse capítulo, serão descritos e detalhados os mecanismos de controle de constitucionalidade realizados no âmbito do processo legislativo brasileiro, em que o órgão fiscalizador é o Poder Judiciário, ou seja, os institutos de controle jurisdicionais de leis.

#### **3.1. Do controle incidental realizado durante o processo legislativo.**

O controle prévio de constitucionalidade das leis, como tem se demonstrado no presente trabalho, não é, necessariamente, político. Além dos exemplos trazidos do Direito comparado, soma-se o importante mecanismo, encontrado no Direito pátrio, em que o STF, em sede de controle difuso, verifica se o projeto de lei ou de emenda constitucional está, formalmente, respeitando os ditames da CRFB. A tarefa que ora se propõe é discutir e analisar, ainda que sem qualquer propósito definitivo, a possibilidade de exercício do controle judicial dos atos parlamentares, durante a feitura das leis e reformas constitucionais.

Adianta-se, no entanto, que o controle difuso, em sede de controle preventivo, é exceção à regra, já que, desde a inauguração do controle de constitucionalidade no Brasil, sempre primou-se pela supressão da norma pronta e acabada, ao menos (na situação do controle difuso) em relação ao caso concreto. Poderia, uma vez decidido pelo Senado Federal, suspender-se a norma declarada inconstitucional pelo STF. Ainda: como o controle de constitucionalidade realizado em ações substantivas era o único previsto no ordenamento pátrio, ao menos até a Constituição de 1934, com a previsão das ações interventivas, antecessoras das ações diretas de constitucionalidade, muito se discutiu na doutrina se a

suspensão realizada pelo STF deveria ter seus efeitos *ex nunc* (como seria o esperado nos casos de suspensões) ou *ex tunc* (que daria maior segurança jurídica ao ordenamento<sup>108</sup>).

Como já assinalado anteriormente, o único mecanismo judicial de efetivação da supremacia constitucional, dando o caráter rígido à Constituição brasileira, de 1891 à 1934, foi a declaração de inconstitucionalidade em meio ao processo substantivo. Poucos anos após a promulgação da Constituição de 1891, editou-se a Lei nº 221/1894, que veio complementar a organização judiciária do país, reforçando a legitimidade do Judiciário na realização do controle de constitucionalidade na aplicação da lei no caso concreto, estabelecendo que *juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição*.

Somente após mais de um século de experiência no controle de constitucionalidade aplicado nos casos concretos, o STF passou a admitir a possibilidade de um controle preventivo jurisdicional, assunto que passa-se a abordar.

Para tanto, impõem-se considerações sobre o objeto de controle; diferenças entre ato político e ato *interna corporis*; o controle judicial e a separação dos poderes; o instrumento adequado para a realização deste mecanismo constitucional; a legitimidade ativa para ingressar com a ação constitucional e, por fim, a evolução da jurisprudência do STF no controle preventivo difuso jurisdicional.

Por **objeto do controle preventivo jurisdicional**, entende-se a matéria passível de controle. A Supremacia Constitucional, ou seja, a hierarquia das normas constitucionais, frente aos demais atos normativos, pressupõe mecanismos que garantam a superioridade da Constituição e, por conseguinte, priorizem a rigidez da Lei Fundamental. A análise da

---

<sup>108</sup> Vale lembrar a discussão trazida no primeiro capítulo do trabalho acerca das dificuldades do controle difuso de constitucionalidade nos países romano-germânicos.

constitucionalidade das espécies normativas consubstancia-se, nesse compasso, em compará-las com determinados requisitos, os quais poderão ser meramente formais e/ou substantivos (também chamados pela doutrina de requisitos materiais). Os primeiros dizem respeito às regras atinentes ao processo legislativo, bem como, à iniciativa dos projetos de norma. Já os últimos, fazem a aferição material da norma, ou seja, verificam a compatibilidade do objeto (assunto) da lei ou do ato normativo frente à Constituição.

Destaca-se que, em princípio, não há restrições ao controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, em sede preventiva, em um hipotético caso concreto, quando identificada alguma inconstitucionalidade. Giza-se as palavras de JORGE MIRANDA, quando elenca os pressupostos da fiscalização concreta de constitucionalidade:

A fiscalização concreta pressupõe três poderes: o de determinar a norma aplicável ao caso, o de apreciar sua conformidade com a Constituição e, como consequência, o de não aplicar quando desconforme.<sup>109</sup>

Já o controle abstrato de constitucionalidade não atinge projetos de norma, vez que pressupõe um ato normativo em vigor, pronto e acabado. Até mesmo atos normativos revogados durante a tramitação de uma ação direta de inconstitucionalidade acabam não sendo julgados, pois entende o STF que a declaração em tese de ato normativo que não mais existe transformaria a ação direta em instrumento processual de proteção de situações jurídicas pessoais e concreta.<sup>110</sup> Assim, somente no controle concreto poder-se-ia aventar a possibilidade do Judiciário se pronunciar sobre a constitucionalidade do projeto de norma. Ainda: tendo em vista o caráter rígido da CRFB, em que o Poder Constituinte Derivado Reformador sofre as limitações impostas pelo Poder Constituinte Originário, admite-se o controle do projeto de lei como também do projeto de emenda constitucional. No entanto,

---

<sup>109</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Lisboa: Cimbra, 2001: 62  
<sup>110</sup> STF – Pleno – Adin 649-5/RN; Adin 870/DF

somente os requisitos formais (subjetivos – vícios de iniciativa; e objetivos – respeito às fases constitutivas e complementar do processo legislativo) ficam a mercê de controle.<sup>111</sup>

Especial atenção merece a questão do controle preventivo das cláusulas pétreas, objeto que será abordado em item próprio a seguir.

Ainda quanto ao objeto de controle, vale destacar outro importante aspecto. Mesmo que o controle ora em questão restrinja-se ao requisito formal, vale questionar até que ponto o Judiciário poderá imiscuir-se no mérito da competência legiferante do Parlamento. A fim de melhor compreender o posicionamento doutrinário e jurisprudencial no ponto, vale alguma digressão acerca de **atos políticos** e **atos interna corporis**.

Os atos parlamentares, porque políticos, em sua essência, são praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição<sup>112</sup> Ainda que discricionário, merece o controle judicial, vez que amparado pelo Constituinte, *expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal*<sup>113</sup>, como observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO.

O saudoso HELY LOPES MEIRELLES, admitindo que os atos políticos podem escapar ao controle judicial, também não nega esta possibilidade de fiscalização:

---

<sup>111</sup> Destacamos parte do voto do Ministro Moreira Alves, no MS 20.257/DF, em 08.10.1980: “Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum dispositivo constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vier a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente de Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois de existência de uma ou de outra”.

<sup>112</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001:357

<sup>113</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001: 357

A só invocação da natureza política do ato não é o suficiente para retirá-lo da apreciação ao judiciário. Necessário é que, sendo um ato com fundamento político, não se tenha excedido dos limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que o praticou.<sup>114</sup>

De qualquer sorte, entre os administrativistas acima referidos, não há que se apontar antagonismo de posicionamento. As pequenas diferenças, no tratamento dos atos políticos quanto à fiscalização judicial, deve-se a maior abrangência dada ao conceito de ato político por HELY LOPES MEIRELLES. Para ele, atos políticos são aqueles que:

(...) praticados por agentes de Governo, no uso de competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração. São atos de condução dos negócios públicos, e não simplesmente de execução de serviços públicos. Daí seu maior discricionarismo e, conseqüentemente, as maiores restrições para o controle judicial. Mas nem por isso afastam a apreciação da Justiça quando argüidos de lesivos a direito individual ou ao patrimônio público.<sup>115</sup>

Há atos, no entanto, mormente no seio das câmaras legislativas, que estarão imunes à apreciação judicial. Tais atos são *interna corporis*.

Nas precisas lições de HELY LOPES MEIRELLES, *interna corporis* são:

só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a **valoração das votações**.<sup>116</sup> - grifou-se

O autor vai mais longe:

---

<sup>114</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995: 610.

<sup>115</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995: 612

<sup>116</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 612.

Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si só, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência (...)<sup>117</sup>

Aliás, pensar diferente é admitir a indevida interferência judicial no âmbito do Poder Legislativo, infringindo-se, claramente, a independência e a harmonia dos poderes instituídos na República Federativa do Brasil.

Também por isso, não se admite esta via de controle (incidental e preventivo) no que diz respeito ao mérito da proposta legislativa. A valoração da lei, pelo Parlamento, é sua função ínsita, não violando, *a priori*, nenhum direito subjetivo, impossibilitando, por conseguinte, contrastar o projeto de lei em face da Constituição.

Assim, é possível o controle judicial dos atos parlamentares, desde que as questões, objeto de fiscalização, não se restrinjam aos assuntos de âmbito interno do Parlamento.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 612.

<sup>118</sup> Nesse sentido os seguintes arestos:

**MS 24356 / DF** - Publicação - DJ 12-09-2003 PP-00029 - EMENT VOL-02123-02 PP-00319 - EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL. I. - Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato interna corporis, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo. II. - Mandado de Segurança não conhecido.

**MS22503 / DF** - Publicação - DJ 06-06-1997 PP-24872 - EMENT VOL-01872-03 PP-00385 - RTJ VOL-00169-01 PP-00181 EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS **NORMAS DO REGIMENTO INTERNO** E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO; CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC Nº 33-A, DE 1995). I - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda

Em monografia sobre o controle judicial no processo legislativo, CRISTIANO VIVEIROS asseverou:

Pode-se arriscar então uma divisão do gênero 'questões políticas' em duas espécies: a primeira, a matéria *interna corporis* – os assuntos de economia interna do Parlamento –, e uma outra, a que se poderia chamar 'questões políticas *stricto sensu*' – as que tenham repercussão externa à casa legislativa, como a orientação das políticas públicas, a *policy decision* a que se refere Loewenstein, a matéria que recai sob o domínio da discricionariedade do legislador.

No primeiro caso, a justificativa para o monopólio decisório da casa legislativa encontra-se no princípio da independência ou da autonomia, que se veriam infirmadas caso sua organização interna – por exemplo, o número e as competências de suas comissões, a distribuição de cargos e funções, bem como o nível de remuneração de funcionários, entre outros temas – ficassem submetidos a outro poder.

Mas a exclusividade decisória da casa legislativa com respeito a tais matérias não a torna imune ao respeito às regras gerais estabelecidas para o Estado, ou livre de qualquer tipo de controle ou crítica por parte dos demais poderes, principalmente o Judiciário. Evidentemente, também o legislador sujeita-se ao princípios e normas firmados na Constituição. Não teria sentido, ademais, do ponto de vista lógico-racional imaginar que as regras do processo legislativo, ou as normas regimentais, não precisassem conformar-se a princípios gerais (...) <sup>119</sup>

Estando as regras atinentes ao processo legislativo expressas na Constituição, passam elas a ser de observância obrigatória pelos parlamentares quando em tramitação o projeto de lei ou de emenda constitucional. Nessa via, não haverá qualquer arbitrariedade, mormente porque não se tratam de questões internas do Congresso, a intervenção do Judiciário, que estará, além de fiscalizando na via apropriada o trabalho parlamentar, realizando, efetivamente, o controle de constitucionalidade. A **separação dos poderes**, com efeito, não estará violada. <sup>120</sup>

---

aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nesta parte. (...) - grifou-se

<sup>119</sup> CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle Judicial e Processo Legislativo – A observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002: 105-6.

<sup>120</sup> A jurisprudência do STF firma-se no sentido de autorizar o controle judicial dos atos parlamentares, sem que esteja ameaçada a separação dos poderes, consoante se depreende o seguinte trecho da seguinte decisão: *MS23452 / RJ. E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º) - LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS - LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO - NECESSIDADE DE*

Resta discussão no que diz respeito às normas regimentais, já que, como se viu na jurisprudência do STF, ao longo do presente trabalho, não se tem admitido ingressar no mérito da legislação interna das casas do Congresso. Pertinente, no ponto, trazer o pensamento de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, corroborando as linhas traçadas anteriormente por VIVEIROS:

E pode até o Judiciário descer à apreciação do respeito às normas regimentais, segundo entende, por exemplo, a Corte Constitucional italiana. Esta, conforme relata Biscaretti de Ruffia, julgou-se competente para apreciar os *atos interna corporis* das Câmaras quando concernente à formação das leis. Aqui, porém, é forçoso restringir. Se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentais não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode

---

*FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO - DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - (...) O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. (...)*

verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas.<sup>121</sup>

Uma vez admitida a interferência judicial no âmbito do processo legislativo, o certo é que o Judiciário somente será legitimado a lançar seu veredito quando motivado para tanto, forte no princípio basilar da inércia desse poder estatal. A provocação judicial, no entanto, somente será passível por meio de um adequado remédio processual. Não será qualquer ação ordinária que terá o condão de obrigar o Legislador a corrigir eventual vício configurado durante o processo legislativo. Não seria crível que qualquer juiz ordinário pudesse interferir no seio do Poder Legislativo, durante a tramitação de um projeto de lei ou de emenda constitucional. Vale lembrar que durante a tramitação de um projeto normativo, em tese, não há que se falar em lesão ou ameaça de direito passível de controle judicial, como determina o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição.<sup>122</sup>

Isso significa que não é qualquer cidadão que estará com algum direito ameaçado, durante a votação de um projeto normativo, porquanto não se trata de ato cogente, como também não será certo que tal projeto venha, realmente, a inovar no mundo jurídico, seja pela falta de maioria no Congresso, seja em virtude do veto presidencial.<sup>123</sup> Nessa esteira, somente as pessoas envolvidas no projeto normativo – os parlamentares – poderão alegar ameaça ou lesão a direito, legitimando-os a baterem às portas do Judiciário. Nessa esteira, surge o mandado de segurança como o remédio processual adequado a reparar algum vício na tramitação do protótipo de ato normativo. Com efeito, o mandado de segurança está previsto no inciso LXIX do art. 5º da Constituição como instrumento hábil para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o

---

<sup>121</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002: p. 252.

<sup>122</sup> Art. 5º, XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>123</sup> Nesse sentido a decisão do STF: MS-AgR 21303 / DF -Publicação DJ 02-08-1991 PP-09917 - EMENT VOL-01627-01 PP-00061RTJ VOL-00139-03 PP-00783 – Ementa: Mandado de segurança requerido pelo Impetrante na qualidade de cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária. Falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa.

reponsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Consoante ensinamento do saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

nosso mandado de segurança inspirou-se no *juicio de amparo* do Direito Mexicano, que vigora desde 1841, para a defesa de direito individual, líquido e certo, contra atos de autoridade.<sup>124</sup>

HELY assim conceitua ato de autoridade:

é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.<sup>125</sup>

Adiante o autor leciona que:

Os atos praticados por parlamentares na elaboração da lei, na votação de proposições ou na administração do Legislativo entram na categoria de atos de autoridade e expõem-se a mandado de segurança, desde que infrinjam a Constituição ou as normas regimentais da Corporação e ofendam direitos e prerrogativas do impetrante.<sup>126</sup>

Do que foi alinhavado até então, percebe-se que será o mandado de segurança o instrumento processual de controle judicial dos atos de autoridade, incluindo-se os parlamentares, sendo os legitimados para motivar o controle os próprios parlamentares.

Já a autoridade coatora<sup>127</sup>, nos órgãos colegiados, considera-se o presidente, que subscreve o ato impugnado e responde pela sua execução.<sup>128</sup> No caso em tela, será o

---

<sup>124</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994: p. 17.

<sup>125</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 22.

<sup>126</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 23.

<sup>127</sup> Por autoridade coatora entende-se a pessoa que ordena ou emite a prática do ato impugnado. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato

Presidente da Câmara ou do Senado, a depender do estágio de tramitação do projeto normativo, a autoridade coatora do mandado de segurança. Por conseguinte, será o STF o órgão judicial competente para julgar o presente caso concreto, por força do art. 101, I, *d*, da CRFB.

Nesse sentido trilha a jurisprudência do STF, admitindo o controle de constitucionalidade difuso e preventivo, na via do mandado de segurança, em que somente os congressista titularizam o poder de agir em sede jurisdicional para discutir, em juízo, controvérsias constitucionais em meio ao processo legislativo.<sup>129</sup>

### **3.2. Do controle preventivo de constitucionalidade de proposta de emenda constitucional tendente a abolir cláusula pétrea.**

Como visto no capítulo precedente, a fiscalização do projeto de norma restringe-se aos seus aspectos formais, já que, *a priori*, não poderá o Judiciário apreciar seu conteúdo, porquanto não se estará diante de qualquer lesão ou ameaça a direito passível de apreciação judicial. Se a inconstitucionalidade do projeto de lei ou de emenda constitucional está no seu conteúdo, só será possível sua argüição quando a lei for publicada. Com efeito, ella é tida como inexistente no mundo jurídico antes de sua publicação.

---

impugnado e responde por suas conseqüências administrativas in MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994: p. 43

<sup>128</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 45

<sup>129</sup> MS24642/DF – Publicação DJ 18-06-2004 PP-00045 -EMENT VOL-02156-02 PP-00211-EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case), RTJ 99/1031; MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello, RDA 191/200; MS 21.303-Agr/DF, Ministro Octavio Gallotti, RTJ 139/783; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 12.09.2003. III. - Inocorrência, no caso, de ofensa ao processo legislativo, C.F., art. 60, § 2º, por isso que, no texto aprovado em 1º turno, houve, simplesmente, pela Comissão Especial, correção da redação aprovada, com a supressão da expressão "se inferior", expressão dispensável, dada a impossibilidade de a remuneração dos Prefeitos ser superior à dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. IV. - Mandado de Segurança indeferido.

Agora, questão interessante surge quando uma proposta de emenda constitucional desafia um limite material do Poder Constituinte Derivado. Nesse caso, uma vez possibilitada a tramitação da proposta de emenda que viole uma **cláusula pétrea**, estar-se-á violando os preceitos da Constituição. Reza o art. 60, § 4º, da CRFB, que *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.*

Em torno das cláusulas pétreas circundam três correntes, as quais foram sintetizadas por GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO COELHO E e PAULO GUSTAVO BRANCO:

Os argumentos dos que sustentam ser juridicamente inaceitável as cláusulas pétreas (Loewenstein e Joseph Barthélemy) apegam-se à idéia de que não haveria uma diferença de substância entre o poder constituinte de revisão e o originário, sendo ambas formas de expressão da soberania do Estado. Ambos são exercidos, num regime democrático, por representantes do povo, por ele eleitos. Não haveria por que considerar o poder constituinte exercido num certo momento como superior à vontade do poder de revisão expressa posteriormente. Diz-se desarrazoado supor a existência de uma autolimitação da vontade nacional operada pelo constituinte originário. A declaração de intangibilidade, por isso, teria uma função política, mas não força jurídica.

Outros entendem que as normas que impedem a revisão de certos preceitos básicos são juridicamente vinculantes, mas não seriam ellas próprias imunes a alterações e à revogação. Se forem suprimidas, num primeiro momento, abre-se o caminho para, em seguida, serem removidos os princípios petrificados. Esse procedimento ganha o nome de dupla revisão.

(...)

O argumento dos que têm a limitação como absolutamente vinculante e imprescindível ao sistema parte do pressuposto de que o poder de revisão, criado pela Constituição, deve conter-se dentro do parâmetro das opções essenciais feitas pelo constituinte originário.

Aponta-se que se o poder revisional enfrenta a lógica da Constituição que o previu, e se desgarrar do núcleo essencial dos princípios que a inspiraram e que lhe dão unidade, ocorreria um desvio de poder.

Lembra-se que o propósito do poder de revisão não é criar uma nova Constituição, mas ajustá-la – mantendo sua identidade – às novas conjunturas.

(...)

As cláusulas pétreas, portanto, além de assegurarem a imutabilidade de certos valores, além de preservarem a identidade do projeto do constituinte originário, participam, elas próprias, como tais, também da essência inalterável do projeto do constituinte originário garantidos por ela. Predominam, no Brasil, o entendimento propugnado pela última das correntes acima vista.<sup>130</sup>

Partindo-se da posição majoritária, acima esposada, existe uma absoluta limitação material do Poder Constituinte Derivado Reformador, no que toca aos princípios insculpidos no § 4º do art. 60 da CRFB, considerados como um núcleo essencial que deverá ser preservado. Destarte, as cláusulas pétreas configuram os princípios constitucionais imutáveis do ordenamento. Na verdade, não tem por escopo as cláusulas pétreas impedir a modificação da redação de uma norma constitucional. Busca-se proibir a deliberação de uma proposta que mitigue, reduza ou desnature o significado e a eficácia que lhe são dadas pelo Constituinte Originário. O STF já assinalou que as limitações materiais ao Poder Constituinte de reforma não significa a *intangibilidade literal* dos preceitos estabelecidos pelo Constituinte Originário, mas *a proteção do núcleo essencial dos princípios instituídos cuja preservação nelas se protege*.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007

<sup>131</sup> **ADI2024 / DF** – Publicação DJE-042 DIVULG 21-06-2007 PUBLIC 22-06-2007 - DJ 22-06-2007 PP-00016 - EMENT VOL-02281-01 PP-00128 - **EMENTA:** I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - sedimentado na jurisprudência do Tribunal - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedentes. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. A **"forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege**. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047-MC, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos -

Quis o Constiuinte Originário, consoante se depreende da leitura do § 4º do art. 60 da Constituição vigente, acima transcrita, que sequer a deliberação da proposta de emenda constitucional que desafie os preceitos petrificados fosse possível.

Nesse rumo, abre-se uma exceção às regras antes trazidas, no sentido de não ser possível o controle prévio de constitucionalidade para verificação da adequação de projeto de lei ou emenda constitucional frente à Constituição, porquanto resultaria atacar lei em tese. Nos casos em que a tramitação de proposta de emenda vise desfigurar os princípios intangíveis da Constituição, parece viável o controle judicial. Com efeito, a proibição constitucional estende-se até mesmo na deliberação sobre proposta que atinja as chamadas cláusulas pétreas.

O caso foi apreciado pelo STF, na vigência da Constituição anterior, quando se buscou o Judiciário para sustar a deliberação de uma proposta de emenda constitucional em que se pretendia prorrogar o mandato dos cargos de prefeito e vereadores. Arguía-se, na oportunidade, que tais mudanças constitucionais feririam a cláusula pétrea do art. 47, § 1º, da Constituição de 67, segundo a qual, *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República.*

---

inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que o princípio da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, a) - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - não pode ser invocado na hipótese de contribuições previdenciárias. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta. - grifou-se

Os impetrantes, os então senadores ITAMAR FRANCO e ANTÔNIO MENDES CANALE, em agosto de 1980, ingressaram com mandado de segurança, contra ato do Presidente do Senado Federal, alegando que a Emenda n° 03, acima referida, afrontava o princípio republicano representativo e a autonomia municipal. Ainda que a proposta de emenda já tivesse sido apreciada pela então Comissão Mista do Congresso Nacional, encarregada da aferição da constitucionalidade da proposição, pediam os impetrantes a sustação da tramitação da proposta.

O Procurador-Geral da República, FIRMÍNO FERREIRA PAZ, entendeu que os impetrantes não tinham direito líquido e certo à não deliberação de proposta de emenda constitucional, opinando pela improcedência do pleito. Ainda: asseverou, ao defender a impossibilidade jurídica do pedido, que *submeter à deliberação do plenário do Congresso Nacional proposição legislativa é ato de rotina, praticado de ofício, inerente às próprias funções da Mesa do Senado Federal. Não ofende direito a ninguém. Não cria direito. Não é ato jurídico ilícito. Nem abusivo. Nem ilegal.*<sup>132</sup>

O relator, DÉCIO MIRANDA, julgou prejudicado o mandado de segurança, vez que, antes do julgamento, em 9 de setembro de 1980, restou promulgada a Emenda Constitucional n° 3. O julgamento se encaminhava nesse sentido, quando o voto vista do ministro MOREIRA ALVES, pedindo vênias aos colegas, mesmo julgando que a referida emenda não afrontava a República e a Federação, considerou cabível a ação de segurança para sustar, preventivamente, a votação de proposta de mudança constitucional tendente a abolir uma das cláusulas pétreas do país.

Assinalou, naquela oportunidade, que:

---

<sup>132</sup> Extraído do relatório do **MS 20257/ DF** - Relator(a): Min. DECIO MIRANDA – Julgamento: 08/10/1980 - Publicação DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 - RTJ VOL-00099-03 PP-01031

Cabível, portanto, no momento que o presente mandado de segurança foi impetrado, sua impetração preventiva, uma vez que visava ele a impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a proposta de emenda. Aprovada esta, o mandado de segurança – como tem entendido esta Corte – se transforme de preventivo em restaurador da legalidade.<sup>133</sup>

Assim, embora improcedente o pedido em tela, formatava-se o *leading case* que permitiria o controle judicial durante a tramitação de um projeto de lei ou de emenda constitucional.<sup>134</sup>

Conforme exposto neste capítulo, bem como no capítulo precedente, são os parlamentares que possuem legitimidade ativa para ingressar no Judiciário, na via mandamental, porquanto detêm direito subjetivo à votação das proposições legislativas segundo os ditames da Constituição.

No caso de projetos de lei, vislumbra-se que, enquanto não publicada a norma, não há que se falar em direito ou ameaça a direito, já que, como já dito linhas atrás, resultaria em possibilitar atacar a lei em tese, usurpando-se das competências do STF. De outro lado,

---

<sup>133</sup> Extraído do voto do ministro MOREIRA ALVES do MS 20257/ DF - Relator(a): Min. DECIO MIRANDA – Julgamento: 08/10/1980 - Publicação DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 - RTJ VOL-00099-03 PP-01031

<sup>134</sup> Segue a ementa do mandado de segurança referido nas notas anteriores: **Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO QUE ADMITIU A DELIBERAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE A IMPETRAÇÃO ALEGA SER TENDENTE A ABOLIÇÃO DA REPUBLICA. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM HIPÓTESES EM QUE A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL SE DIRIGE AO PRÓPRIO PROCESSAMENTO DA LEI OU DA EMENDA, VEDANDO A SUA APRESENTAÇÃO (COMO E O CASO PREVISTO NO PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 57) OU A SUA DELIBERAÇÃO (COMO NA ESPÉCIE). NESSES CASOS, A INCONSTITUCIONALIDADE DIZ RESPEITO AO PRÓPRIO ANDAMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO, E ISSO PORQUE A CONSTITUIÇÃO NÃO QUER - EM FACE DA GRAVIDADE DESSAS DELIBERAÇÕES, SE CONSUMADAS - QUE SEQUER SE CHEGUE A DELIBERAÇÃO, PROIBINDO-A TAXATIVAMENTE. A INCONSTITUCIONALIDADE, SE OCORRENTE, JA EXISTE ANTES DE O PROJETO OU DE A PROPOSTA SE TRANSFORMAR EM LEI OU EM EMENDA CONSTITUCIONAL, PORQUE O PRÓPRIO PROCESSAMENTO JA DESRESPEITA, FRONTALMENTE, A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDADE, UMA VEZ QUE A PRORROGAÇÃO DE MANDATO DE DOIS PARA QUATRO ANOS, TENDO EM VISTA A CONVENIENCIA DA COINCIDENCIA DE MANDATOS NOS VARIOS NIVEIS DA FEDERAÇÃO, NÃO IMPLICA INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE OS MANDATOS NÃO MAIS SÃO TEMPORARIOS, NEM ENVOLVE, INDIRETAMENTE, SUA ADOÇÃO DE FATO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. - grifou-se.

firmou-se posicionamento no sentido de, na via da ação direta, está descartada a possibilidade de um controle preventivo de leis. Ocorre que, no caso de proposta de emenda constitucional que viole princípios constitucionais imutáveis, atinentes às cláusulas pétreas, a simples deliberação já ensejaria inconstitucionalidade.

Ainda que se possa afastar a possibilidade de ingressar com uma ação direta de inconstitucionalidade, vez que o controle preventivo de normas não integra o rol taxativo do art. 102, I, *a*, da CRFB<sup>135</sup>, consoante jurisprudência assentada pelo Supremo<sup>136</sup>, resta saber

---

<sup>135</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

<sup>136</sup> Nesse sentido: **ADI466 / DF** - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO- Julgamento: 03/04/1991 - Publicação - DJ 10-05-1991 PP-05929 - EMENT VOL-01619-01 PP-00055 -RTJ VOL-00136-01 PP-00025 - **Ementa** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PREVIA CONSULTA PLEBISCITARIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLICITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, PAR. 4., IV) - **INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. - O DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO BRASILEIRO, AO LONGO DE SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA, JAMAIS AUTORIZOU - COMO A NOVA CONSTITUIÇÃO PROMULGADA EM 1988 TAMBÉM NÃO O ADMITE - O SISTEMA DE CONTROLE JURISDICIONAL PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE, EM ABSTRATO. INEXISTE, DESSE MODO, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, A POSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA PREVENTIVA DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DE MERAS PROPOSIÇÕES NORMATIVAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATOS NORMATIVOS "IN FIERI", AINDA EM FASE DE FORMAÇÃO, COM TRAMITAÇÃO PROCEDIMENTAL NÃO CONCLUÍDA, NÃO ENSEJAM E NEM DÃO MARGEM AO CONTROLE CONCENTRADO OU EM TESE DE CONSTITUCIONALIDADE, QUE SUPOE - RESSALVADAS AS SITUAÇÕES CONFIGURADORAS DE OMISSÃO JURIDICAMENTE RELEVANTE - A EXISTÊNCIA DE ESPÉCIES NORMATIVAS DEFINITIVAS, PERFEITAS E ACABADAS. AO CONTRÁRIO DO ATO NORMATIVO - QUE EXISTE E QUE PODE DISPOR DE EFICÁCIA JURÍDICA IMEDIATA, CONSTITUINDO, POR ISSO MESMO, UMA REALIDADE INOVADORA DA ORDEM POSITIVA -, A MERA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA NADA MAIS ENCERRA DO QUE SIMPLES PROPOSTA DE DIREITO NOVO, A SER SUBMETIDA A**

se a ação de descumprimento de preceito fundamental se presta a tal escopo, sendo o ponto que será abordado a seguir.

### **3.3 Da possibilidade de controle prévio pela ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF.**

A Constituição prevê, em seu art. 102, § 1º, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na

---

APRECIACÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE, PARA QUE DE SUA EVENTUAL APROVAÇÃO, POSSA DERIVAR, ENTÃO, A SUA INTRODUÇÃO FORMAL NO UNIVERSO JURÍDICO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM REFLETIDO CLARAMENTE ESSA POSIÇÃO EM TEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, EXIGINDO, NOS TERMOS DO QUE PRESCREVE O PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL - E RESSALVADA A HIPÓTESE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - QUE A AÇÃO DIRETA TENHA, E SÓ POSSA TER, COMO OBJETO JURIDICAMENTE IDONEO, APENAS LEIS E ATOS NORMATIVOS, FEDERAIS OU ESTADUAIS, JÁ PROMULGADOS, EDITADOS E PUBLICADOS. - A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE CONTROLE ABSTRATO PREVENTIVO DE MERAS PROPOSTAS DE EMENDA NÃO OBSTA A SUA FISCALIZAÇÃO EM TESE QUANDO TRANSFORMADAS EM EMENDAS A CONSTITUIÇÃO. ESTAS - QUE NÃO SÃO NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS - NÃO ESTÃO EXCLUÍDAS, POR ISSO MESMO, DO ÂMBITO DO CONTROLE SUCESSIVO OU REPRESSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. O CONGRESSO NACIONAL, NO EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA E NO DESEMPENHO DE SUA FUNÇÃO REFORMADORA, ESTA JURIDICAMENTE SUBORDINADO A DECISÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO QUE, A PAR DE RESTRIÇÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL, INIBITÓRIAS DO PODER REFORMADOR (CF, ART. 60, PAR. 1.), IDENTIFICOU, EM NOSSO SISTEMA CONSTITUCIONAL, UM NÚCLEO TEMÁTICO INTANGÍVEL E IMUNE À AÇÃO REVISORA DA INSTITUIÇÃO PARLAMENTAR. AS LIMITAÇÕES MATERIAIS EXPLÍCITAS, DEFINIDAS NO PAR. 4. DO ART. 60 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, INCIDEM DIRETAMENTE SOBRE O PODER DE REFORMA CONFERIDO AO PODER LEGISLATIVO DA UNIÃO, INIBINDO-LHE O EXERCÍCIO NOS PONTOS ALI DISCRIMINADOS. A IRREFORMABILIDADE DESSE NÚCLEO TEMÁTICO, ACASO DESRESPEITADA, PODE LEGITIMAR O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, E MESMO A FISCALIZAÇÃO JURISDICIONAL CONCRETA, DE CONSTITUCIONALIDADE.

forma da lei. Trata-se de uma ação constitucional dependente de regulamentação infraconstitucional, aliás a única hipótese<sup>137</sup> de competência do STF cuja a eficácia é dita limitada.<sup>138</sup> Com efeito, o STF, em 1996, assentara que a ação de descumprimento de preceito fundamental, para garantir aplicabilidade, necessitava de legislação ulterior.<sup>139</sup>

Frente à lacuna legislativa, mormente porque legitima o legislador infraconstitucional a acrescentar competência à Corte Suprema do país, os juristas CELSO BASTOS, IVES GANDRA, ARNOLDO WALD, OSCAR DIAS CÔRREA e GILMAR FERREIRA MENDES, em julho de 1997, reuniram-se em uma comissão, cujo o fim específico era apresentar sugestões ao Poder Executivo para regulamentar o dispositivo constitucional que

---

<sup>137</sup> Pinto Ferreira, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins são alguns dos doutrinadores que comentam tal característica do art. 103, § 3º, da CRFB.

<sup>138</sup> Conforme tradicional classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA. São de eficácia limitada as normas constitucionais que apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhe desenvolva a aplicabilidade. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2004: p. 7)

<sup>139</sup> **Pet-AgR 1140 / TO** - Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES- Julgamento: 02/05/1996 - Publicação DJ 31-05-1996 PP-18803 - EMENT VOL-01830-01 PP-00001 - **EMENTA:** - DIREITO CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO. Arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e art. 126 do Código de Processo Civil. 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". 2. Vale dizer, **enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o S.T.F. não pode apreciá-la.** 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, "caput"). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao S.T.F. elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da C.F.). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, "sub judice", no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". É que não se trata de lei existente e omissa, mas, sim, de lei inexistente. 7. Igualmente não se aplica à hipótese a 2a. parte do art. 126 do Código de Processo Civil, ao determinar ao Juiz que, não havendo normas legais, recorra à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, para resolver lide "inter partes". Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o S.T.F., exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito". 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo S.T.F. 9. Agravo improvido. Votação unânime.

instituiu a ação de descumprimento de preceito fundamental.<sup>140</sup> Naquela oportunidade, buscou-se criar um mecanismo processual de controle de constitucionalidade que pudesse abarcar lacunas do controle concentrado até então disponibilizado pelas ações constitucionais vigentes. Entre elas podemos citar a questão da inconstitucionalidade de leis municipais, leis anteriores à Constituição que não teriam sido recepcionadas pelo novo ordenamento constitucional e a possibilidade de um controle preventivo de constitucionalidade. Além disso, achou-se interessante ampliar a legitimidade para a apresentação da argüição a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, conferindo-se ampla legitimação, tal qual a dada à ação popular.

Com efeito, após discussões prévias na comissão acima comentada e dos trabalhos desenvolvidos pelo Congresso Nacional, restou aprovado os seguintes dispositivos, acerca das hipóteses de cabimento da ação e de seus legitimados ativos:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

Ocorre que houve veto do Presidente da República no inciso II do parágrafo único do art. 1º e no inciso II do art. 2º do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional. Achou por bem o Presidente da República dar à ação de descumprimento de preceito fundamental um caráter mais conservador, afastando-se a ampla legitimação ativa, bem como a possibilidade de fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis ou a observância dos

---

<sup>140</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental : lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo : Saraiva, 2001: p. 24.

regimentos internos das Casas do Congresso. Em relação a este último, afeto ao tema do presente trabalho, vale destacar que o argumento utilizado foi o da inconstitucionalidade do dispositivo. Assim, fazendo uso de sua legimação em fiscalizar a constitucionalidade dos projetos de lei, de forma preventiva, assentou o Presidente da República que as questões atinentes aos regimentos internos das Casas do Congresso contituem-se em questões *interna corporis*. Portanto permitir a interferência judicial nesse âmbito feriria a cláusula de independência dos poderes estatais, vez que somente a Constituição poderá legitimar as interferência de um poder sobre as funções de outro.<sup>141</sup>

Nesse rumo, não tendo o veto sido derrubado, aprovou-se o texto acima transcrito com as supressões destacadas. Destarte, com o advento da Lei 9.882/99, que regulamentou o art. 102, § 1º, da Constituição, a lacuna legislativa estava suprida, possibilitando o julgamento, pelo STF, de descumprimento de preceito fundamental.

Ainda que, em um primeiro momento, esteja descartado o controle constitucional durante o processo legislativo, em face do veto referido, algumas considerções devem ser feitas. Primeiramente, deve-se aferir os limites que devem ser dados ao termo **preceito**

---

<sup>141</sup> Razões do veto presidencial: Impõe-se o veto das disposições acima referidas por inconstitucionalidade.

Não se faculta ao Egrégio Supremo Tribunal Federal a intervenção ilimitada e genérica em questões afetas à "interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas casas, ou regimento comum do Congresso Nacional" prevista no inciso II do parágrafo único do art. 1º. Tais questões constituem antes matéria interna corporis do Congresso Nacional. A intervenção autorizada ao Supremo Tribunal Federal no âmbito das normas constantes de regimentos internos do Poder Legislativo restringe-se àquelas em que se reproduzem normas constitucionais. Essa orientação restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança no 22503-DF, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 06.06.97, p. 24872. Do mesmo modo, no julgamento do Mandado de Segurança no-22183-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal assentou: "3. Decisão fundada, exclusivamente, em norma regimental referente à composição da Mesa e indicação de candidaturas para seus cargos (art. 8º). 3.1 O fundamento regimental, por ser matéria interna corporis, só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário. 3.2 Inexistência de fundamento constitucional (art. 58, § 1º), caso em que a questão poderia ser submetida ao Judiciário" (DJ 12-12-97, p. 65569). Dito isso, impõe-se o veto da referida disposição por transcender o âmbito constitucionalmente autorizado de intervenção do Supremo Tribunal Federal em matéria interna corporis do Congresso Nacional. No que toca à intervenção constitucionalmente adequada do Supremo Tribunal Federal, seria oportuno considerar a colmatação de eventual lacuna relativa a sua admissão, em se tratando da estrita fiscalização da observância das normas constitucionais relativas a processo legislativo. (Mensagem 1.807 de 03 de dezembro de 1999)

**fundamental.** Ademais, não se pode negar o **caráter subsidiário** da presente ação, mormente acerca do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99: *Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*

No que toca ao termo **preceito fundamental**, JOSÉ AFONSO DA SILVA afirma que:

'Preceitos fundamentais' não é expressão sinônima de 'princípios fundamentais'. É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais.<sup>142</sup>

Para DANIEL SARMENTO, preceito fundamental seria:

(...) os direitos fundamentais, as demais cláusulas pétreas inscritas no art. 60, § 4º, da Constituição da república, bem como os princípios fundamentais da República, previstos nos arts. 1º ao 5º do Texto Magno.<sup>143</sup>

O certo é que o Constituinte não conceituou o que é preceito fundamental, o que fez bem. Também o legislador infraconstitucional não arrolou taxativamente o que seria violação a preceito fundamental; ao contrário, conferiu maleabilidade ao instituto. Caberá ao STF limitar, por meio de sua jurisprudência, o conceito de preceito fundamental. O Ministro NÉRI DA SILVEIRA, relator da ADPF–QO n° 1, em seu voto, assentou o seguinte trecho, o qual traduz o pensamento acima ventilado:

Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo o desrespeito pode ensejar a argüição regulada na Lei n° 9.882, de 03.12.99.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997: p. 530

<sup>143</sup> TAVARES, André Ramos e outros. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei n° 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001: p.91.

<sup>144</sup> Extraído do voto do Ministro Néri da Silveira, relator da ADPF QO1/RJ

Assim, caberá ao requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, cabendo ao STF tal reconhecimento.<sup>145</sup>

Outro aspecto a ser considerado no presente estudo, conforme explicitado anteriormente, é o caráter subsidiário dado à ADPF. À falta de uma via adequada para sanear uma lesão ou ameaça de lesão aos princípios constitucionais considerados como preceitos fundamentais pelo STF, surge a argüição prevista no art. 102, § 1º, da CRFB, como o remédio adequado. Desta forma, enquanto houver meio eficaz para solver a controvérsia judicial, acerca de um preceito fundamental constitucional, não se poderá manejar o presente instituto. Por outro lado, não será a falta de um meio processual que obstará o STF de salvaguardar o ordenamento constitucional, evitando-se ou reparando-se os ditames violados na Constituição.

---

<sup>145</sup> **ADPF-QO1 / RJ** - Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA - Julgamento: 03/02/2000- Publicação DJ 07-11-2003 PP-00082 - EMENT VOL-02131-01 PP-00001 - **EMENTA:** Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. **Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental.** 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. **Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal.** 4. Argüição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da "separação de poderes", previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público", para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Argüição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado

A doutrina e a jurisprudência do STF perfilham desse entendimento, o qual foi sintetizado nas palavras do ministro GILMAR FERREIRA MENDES:

Uma leitura mais cuidadosa há de revelar, porém, que na análise sobre a eficácia da proteção do preceito fundamental nesse processo deve predominar um enfoque objetivo ou de proteção da ordem constitucional objetiva. Em outros termos, o princípio da subsidiariedade – inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesão –, contido no § 1º do art. 4º da Lei n. 9882/99, há de ser compreendido no contexto da ordem constitucional global.<sup>146</sup>

Mais adiante conclui:

A própria aplicação do princípio da subsidiariedade está a indicar que a argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser aceita nos casos que envolva aplicação direta da Constituição (...)<sup>147</sup>

A partir do panorama esquematizado até então, no sentido de que o conceito de preceito fundamental permite certa maleabilidade, a qual será conferida pelo Judiciário, no caso o STF, evidenciando-se, senão uma cláusula aberta, um conceito indeterminado, somado ao caráter subsidiário da ação constitucional em tela, não há como descartar a possibilidade do controle preventivo de constitucionalidade. Aliás, já no art. 1º da Lei 9882/99, vislumbra-se um caráter preventivo do instituto, porquanto o legislador explicita que o objeto da ação é **evitar** lesão ou ameaça a preceito fundamental.<sup>148</sup>

UADI LAMMÊGO, no entanto, descarta tal hipótese:

(...) somente atos do Poder Público já concretizados comportam o mecanismo. Atos legislativos em fase de formação não podem ser submetidos, preventivamente, ao crivo da ADPF. É o caso das propostas de emenda constitucional e dos projetos de lei. Em tais hipóteses, o uso preventivo do instituto não se afigura idôneo porque o Supremo Tribunal

---

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 1097

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 1100

<sup>148</sup> Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto **evitar** ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. - grifou-se

Federal não detém competência para interferir em matérias *interna corporis* do Legislativo, sob pena de macular a cláusula da separação de poderes.<sup>149</sup>

Tal entendimento se coaduna ao pensamento já explicitado pelo STF, quando, por votação unânime, inadmitiu o ajuizamento de ADPF para análise de proposta de emenda constitucional, em fevereiro de 2004.<sup>150</sup>

Algumas vozes doutrinárias já sinalizaram no sentido de que a ADPF pode ser meio idôneo de controle preventivo de constitucionalidade. ROBERTO MENDES MANDELLI JÚNIOR comentou que, mesmo após o veto do Presidente da República, não se pode afastar a fiscalização *a priori*. Em suas razões, asseverou, *in verbs*:

No direito brasileiro, não obstante o veto, a lei foi editada permitindo a sindicabilidade dos atos do Poder Público. Não se pode negar que os atos *interna corporis* do Congresso Nacional sejam atos do Poder Público, igualmente passíveis de fiscalização por meio da arguição, caso descumpram preceito fundamental.

A lei, ao ingressar no ordenamento jurídico, assume realidade própria, independentemente da vontade dos órgãos competentes que participaram da sua elaboração.

A edição da Lei 9.882/99 proporcionará, certamente, mais uma vez, a possibilidade do STF enfrentar a possibilidade de realização de um controle de constitucionalidade dos atos *interna corporis*. Espera-se que, na oportunidade, a mais alta Corte do país altere sua decisão anterior, reafirmando sua posição de guardião da Constituição.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 236

<sup>150</sup> **AgRg ADPF 43-2/DF** - Relator(a): Min. CARLOS BRITTO - Julgamento: 20/11/2003 - Publicação - DJ 19-12-2003 PP-00049 - EMENT VOL-02137-01 PP-00001 - **EMENTA**: AGRAVO REGIMENTAL ADVERSANDO DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, UMA VEZ QUE, À LUZ DA LEI Nº 9.882/99, ESTA DEVE RECAIR SOBRE ATO DO PODER PÚBLICO NÃO MAIS SUSCETÍVEL DE ALTERAÇÕES. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO NÃO SE INSERE NA CONDIÇÃO DE ATO DO PODER PÚBLICO PRONTO E ACABADO, PORQUE AINDA NÃO ULTIMADO O SEU CICLO DE FORMAÇÃO. ADEMAIS, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM SINALIZADO NO SENTIDO DE QUE A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL VEIO A COMPLETAR O SISTEMA DE CONTROLE OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE. ASSIM, A **IMUPGNAÇÃO DE ATO COM TRAMITAÇÃO AINDA EM ABERTO POSSUI NÍTIDA FEIÇÃO DE CONTROLE PREVENTIVO E ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, O QUAL NÃO ENCONTRA SUPORTE EM NORMA CONSTITUCIONAL-POSITIVA**. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- grifou-se

<sup>151</sup> MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003: p. 145-6

Em tratado sobre a ADPF, ANDRÉ RAMOS TAVARES, lembrando que CLÈMERSON MERLIN CLÈVE também compartilha de sua posição, concluiu que o controle preventivo de constitucionalidade é possível na via abstrata.

O controle pela via da argüição de descumprimento abarcaria, neste sentido, a fiscalização e possível correção do ato normativo ou do comportamento tido por inconstitucional, inclusive o não normativo, mas oriundo do Estado.<sup>152</sup>

Vê-se que não é questão fechada a alternativa da ADPF como meio processual de controle jurisdicional dos projetos de lei e propostas de emenda constitucional, durante o processo legislativo. Ocorre que, a contar pela forte posição já esposada do STF, dificilmente, com a composição atual da Corte, se vislumbre a realização de uma fiscalização parlamentar nos moldes acima propugnados.

De qualquer sorte, há uma hipótese que não poderá ser rechaçada, qual seja: a utilização da ação de descumprimento de preceito fundamental com o fim de barrar a tramitação de proposta de emenda constitucional **tendente a abolir uma cláusula pétrea**. Senão vejamos.

Primeiramente, em vista das linhas anteriormente traçadas, restou caracterizado que, no conceito de preceito fundamental, estão, inegavelmente, compreendidas as cláusulas pétreas listadas no art. 60, § 4º, da CRFB, por mais estreita que seja a interpretação desse conceito indeterminado. Afinal, se sequer as cláusulas pétreas estão circunscritas no termo *preceito fundamental*, o que se poderia incluir em tal conceito?

De outra banda, conforme item precedente, o controle preventivo das emendas constitucionais violadoras das cláusulas petrificadas pelo Constituinte é passível de julgamento pelo STF. A sua jurisprudência, já colecionada no trabalho, é clara em

---

<sup>152</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental : lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo : Saraiva, 2001: p. 204

considerar que a proibição constitucional, insculpida no § 4º do art. 60 da CRFB, estende-se até mesmo na deliberação sobre proposta que infrinja o núcleo essencial da Constituição.

Entretanto, ainda subsidiando-se do item anterior, somente o parlamentar envolvido na deliberação da proposta de emenda é parte legítima para ingressar às portas do Judiciário, porquanto tem direito subjetivo relativo ao processo legislativo em conformidade com os ditames constitucionais. De qualquer sorte, não se pode perder de vista que, tratando-se de ação de descumprimento de preceito fundamental, a questão dos legitimados resta alterada. Com efeito, na ADPF os legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, inteligência do art. 2º, inciso I, da Lei 9.882/99. Assim, na via abstrata da ADPF, poderá qualquer dos legitimados ingressar com a ação visando evitar lesão a preceito fundamental, no qual se inclui, inexoravelmente, as cláusulas pétreas. No ponto, não é demais lembrar que o Constituinte vedou a deliberação, ou seja, sequer será objeto de **votação** uma proposta tendente a abolir uma cláusula pétrea.

Há mais: o caráter subsidiário, já estudado, permite a utilização desse instrumento processual, na medida em que não há remédio jurídico adequado para efetivar este controle constitucional. Não se poderá dizer que o mandado de segurança de parlamentar por ser medida eficaz, afastaria a possibilidade da ADPF, em vista da disciplina legal conferida pelo art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. A pensar assim, restritas seriam as possibilidades de apreciação, pelo Supremo, de preceito fundamental violado ou ameaçado, na medida em que sempre se poderá perquirir se os remédios constitucionais – *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular – ou o recurso extraordinário são meios eficazes de sanar a lesividade.

Pertinente trazer o pensamento de GILMAR FERREIRA MENDES no ponto:

Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários deva excluir, *a priori*, a utilização da arguição de descumprimento de preceito

fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.<sup>153</sup>

A questão ainda não foi posta ao STF, mas, na esteira do precedente conferido pelo julgamento do MS 20257/ DF<sup>154</sup>, admitindo-se o controle preventivo material para aferir a preservação das cláusulas pétreas, poderá, na via da ADPF, sustar-se a deliberação de uma emenda constitucional tendente a abolir *a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais.*

---

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007: p. 1100

<sup>154</sup> Ementa transcrita na nota de rodapé n. 136.

## CONCLUSÃO.

Um Estado Democrático somente estará implementado quando os valores nucleares de um povo forem preservados. É na Constituição do Estado, documento ímpar, que estarão os princípios, valores e regras cruciais da sociedade. Portanto preservar o adjetivo *democrático* desse Estado é garantir a eficácia de sua Constituição, alcançável por meio de mecanismos de controle de constitucionalidade.

Nos países em que o Direito é calcado na cultura romano-germânica, o controle de constitucionalidade somente foi solidificado após o surgimento dos Tribunais Constitucionais, mormente a partir de 1919, com a Constituição austríaca. Nesse novo *modelo*, buscou-se uma adaptação, para os países da Europa continental, nos dois sistemas até então conhecidos: o difuso (americano) e o político (francês).

Atualmente, não se pode falar em modelos ou sistemas de controle de constitucionalidade, na medida em que os países, em suas constituições, têm mesclado mecanismos de controle de constitucionalidade, adaptando-os às suas peculiaridades e à cultura existente. No Brasil, diz-se que há cumulação de modelos: austríaco e americano; já, na Alemanha, fala-se em sistema misto. Outro equívoco que surge, também mencionado no presente trabalho, é confundir o controle preventivo de constitucionalidade como um controle político. Ainda: não admitir critérios políticos nas decisões dos Tribunais Constitucionais ou Supremas Cortes, quando, por exemplo, dão, às suas decisões, efeitos prospectivos. Assim, o estudo ora apresentado defende a idéia de esquecer-se o critério de *modelos* ou *sistemas*, partindo-se da premissa que hoje existem *mecanismos* de controle de constitucionalidade. Já quanto à classificação desses mecanismos, dois cortes devem ser

feitos: em relação ao momento de realização do controle das leis; e em relação ao órgão realizador. Assim, quatro hipóteses se abrem: mecanismos preventivos jurisdicionais; mecanismos preventivos não-jurisdicionais; mecanismos repressivos jurisdicionais e mecanismos repressivos não-jurisdicionais. Afinal, como se viu, nem todo o controle político é preventivo, como também há controle repressivo pautado por critérios políticos, a exemplo do art. 49, V, da CRFB. Nesse rumo, tendo em vista o objeto do trabalho, catalogou-se as possibilidades de controle preventivo de constitucionalidade dos atos normativos: jurisdicionais e não-jurisdicionais.

Ainda que o controle repressivo de constitucionalidade seja o mais eficiente, demonstrou-se que é salutar a existência de mecanismos prévios de controle dos atos normativos, evitando-se, assim, inconstitucionalidades grosseiras, corroborando a presunção de constitucionalidade das leis. A realização de tais controles prévios, nesse rumo, merecem maior atenção da doutrina e operadores do Direito. Como se viu, ao longo do trabalho, a doutrina, nos manuais de Direito Constitucional, tem sido econômica no estudo da matéria; também os operadores do Direito não dispensam maiores atenções ao ponto. Exemplo disso é que os manuais de Direito Constitucional não arrolam a possibilidade de controle de constitucionalidade realizado pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Ressalte-se, também, que nem todo o controle de constitucionalidade, mormente o realizado pelas comissões de constituição e justiça, estão previstos na Constituição. É o Regimento Interno de cada uma das Casas do Congresso Nacional que irá disciplinar este controle. Por conseguinte é discutível a possibilidade de o STF ingressar no mérito desses regimentos, porquanto desrespeitada, flagrantemente, uma regra previamente estipulada pela Casa. Não se pode olvidar que um dos compromissos de um Estado Democrático é, além de governar conforme os ditames da maioria, respeitar e ouvir as minorias.

Nesta fase conclusiva, merece destaque algumas considerações acerca da análise dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias no Congresso Nacional. Em vista da

precariedade da medida provisória no ordenamento vigente, assume a lei de conversão grande importância, vez que será ela que irá inovar, definitivamente, o ordenamento. Nesse rumo, deslocando-se o foco para a lei de conversão, o juízo de constitucionalidade das medidas passa ser preventivo em relação a lei. Com efeito, foi defendido no trabalho que a lei de conversão é espécie normativa primária e autônoma, não se confundido com nenhuma outra espécie normativa, nem mesmo com a medida provisória que lhe serviu de pressuposto. Assim, a lei de conversão é ato normativo formal diverso da medida provisória, momento em que é adotado um procedimento próprio, oportunidade em que o Legislativo utiliza-se de toda a sua prerrogativa legiferante, já que a própria Constituição determina um processo específico.

Outro destaque, em relação ao controle de constitucionalidade da lei de conversão das medidas provisórias, é quanto a composição da Comissão Mista. Ela, guardando a proporcionalidade dos blocos partidários, está sujeita ao jogo político, compondo a política partidária do Congresso Nacional. Assim, o caráter técnico que deveria ser exercido pela Comissão fica mascarado pela sua composição, restando pouco crível que uma medida provisória importante para o Governo seja refutada por eventual inconstitucionalidade, quando a composição do Congresso for majoritariamente governista. Caso a composição se desse de forma paritária, neutralizado estaria o jogo de forças dos partidos, obrigando seus participantes em discutir aspectos técnicos, realizando um controle de constitucionalidade.

Também na via judicial poderá ser exercido o controle prévio das leis: o mandado de segurança de parlamentar, quem possui legitimidade para impugnar o processo legislativo, é o instrumento processual consagrado pela jurisprudência do STF para a análise da constitucionalidade das propostas de emenda constitucionais e projetos de lei. Nesses casos, os pressupostos formais do processo legislativo serão aferidos, sem ingressar-se em assuntos *interna corporis*. Também o mérito da lei não será sopesado, na medida em que, somente após pronto e acabado o ato normativo, é possível tal controle. Deve-se, no entanto, fazer a ressalva quanto às propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir uma cláusula

pétreas. Nesse último caso, quis o Constituinte que sequer a deliberação no Congresso fosse possível.

Por fim, mesmo que a jurisprudência do STF seja tranqüila em negar a existência de um controle prévio na via da ação direta, vislumbrou-se uma possibilidade concreta. Em vista do caráter subsidiário da ADPF, bem como os precedentes já firmados pelo próprio STF, admitindo-se o controle preventivo material para aferir a preservação das cláusulas pétreas, poderá um dos legitimados do controle concentrado, por meio da ADPF, buscar o Judiciário para sustar a deliberação de uma emenda constitucional tendente a abolir uma das cláusulas do § 4º do art. 60 da CRFB.

## OBRAS CONSULTADAS.

AMARAL JUNIOR, José Levi do. *Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade – Comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL JUNIOR, José Levi do. *Medida Provisória e a sua Conversão em Lei*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 42ª edição, São Paulo: Globo, 2001.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. *O Controle Legislativo de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na constituição*. São Leopoldo : Unisinos, 2003

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *O positivismo jurídico contemporâneo : uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo : Unisinos, 2001

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. 7ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Teoria dos elementos jurídicos*, 10ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUZUID, Alfredo. *Ação declaratória no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986

BUZANELLO, José Carlos. *Controle de constitucionalidade: a Constituição como estatuto jurídico do político*. Revista de Informação Legislativa, n.o. 136, ano 34, Brasília, 1997.

CAETANO, Marcelo. *Curso de Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra, 1980

CAMPO, Hélio Márcio. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra: Coimbra, 1978

CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre : S. A. Fabris, 1999

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle Judicial e Processo Legislativo – A observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARVALHO, Kildade Gonçalves. *Técnica Legislativa*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO, Kildade Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Márcio F. Elias e SANTOS, Marisa F.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2a edição, 2005.

COMELLA, Victor Ferreres. *Las Consecuencias De Centralizar El Control De Constitucionalidad De La Ley En Un Tribunal Especial. Algunas Reflexiones Acerca Del Activismo Judicial*. in <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pd>

DALLARI, Dalmo de A.. *Elementos de teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1993

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2002

FAVOREU, Louis e PHILIP, Loïc. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*. Paris: Éditions Dalloz, 11a édition, 2001: p. 241

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad.: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery Ferrari. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Editora RT. 1992:103

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2001.

FERREIRA, Pinto. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIERKE, Otto von. *La funcion del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española. 1904

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAMILTON, Alexander, MADISO, James e JAY, John. *O Federalista*. Tradução: Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Unb, 1984.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, c1999

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

JHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora. 1950

JULIEN-LAFERRIÈRE, François. Las influencias del control de la constitucionalidad de las leyes em Francia. Palestra proferida no Congresso Internacional: Culturas y sistemas juridicos comparados de 9-14 de fevereiro de 2004. in [http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs\\_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa2/39s.pdf](http://www.ijj.derecho.ucr.ac.cr/docs_bd/pub%20otras%20entidades/ijj%20unam/mesa2/39s.pdf)

KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione. La giustizia costituzionale*. Milão: Giuffré, 1981

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito. Introdução à problemática científica do direito. Versão condensada pelo próprio autor, 2ª edição*, São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LACERDA, Galeno. *A Extensão da Ação Declaratória*. Rev da Faculdade de Direito de Porto Alegre, n°1, 1950

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 10ª edição, 2006.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antigo y Moderno*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 15ª edição, São Paulo: Malheiros, 1994.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª. edição, São Paulo: Saraiva, 1999

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*. Revista da Procuradoria Geral da República, n.º 10, jan/jun. 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969. Tomo III*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1973

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Lisboa: Cimbra, 2001

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996. Reimpressão.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Fiscalização da constitucionalidade – uma visão panorâmica*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, n.o. 5, Ano 3, p. 40-56, janeiro/junho de 1995.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *O controlo da constitucionalidade em Portugal. Antecedentes e criação do órgão da Justiça Constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da PUCRS: O ensino jurídico no limiar do novo século. Edição comemorativa do Cinquentenário (1947-1997). Porto Alegre: Edipucrs, 1997

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*, 17ª edição, São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*, 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998

NEGRI, André Del. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo – Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

PALADINI, Alison Pinton. *Ação e processo da argüição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre, 2003

PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003

PAIVA, Domingos Augusto. *O controle de constitucionalidade na França*. Revista de Informação Legislativa, n.o. 144, ano 36, Brasília, 1999.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1998

RAZ, Joseph. *Razón práctica y normas*. Madrid: Closas-Orcoyen. 1990.

RODRIGUES, Ernesto. *O veto no direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.. 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Excesso de poder no exercício da função legislativa*. Revista de Informação Legislativa, n.o. 140, ano 35, Brasília, 1998

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *O Controle da Constitucionalidade e o Senado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997

SILVA, Ovídio A Batista da Silva. *Curso de Processo Civil. Volume I*. Porto Alegre: Fabris, 1996

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*, Porto Alegre: Tese para concurso a professor titular da USP, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes*, São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental : lei n. 9.868/99 e lei n. 9.882/99*. São Paulo : Saraiva, 2001

TAVARES, André Ramos e outros. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos normativos do poder público*. São Paulo : LTR, 1985

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, 1998

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas*. Revista de Informação Legislativa, n.o. 141, ano 36, Brasília, 1999.