

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

DANIEL HENRIQUE FERREIRA TOLENTINO

**O CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE
NO DIREITO BRASILEIRO**

BRASÍLIA-DF

2016

DANIEL HENRIQUE FERREIRA TOLENTINO

**O CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE
NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público, para obtenção do Título de Especialista em Direito Constitucional
Orientador: Professor Guido C. Café Mendes

BRASÍLIA-DF

2016

Para meus pais.

SUMÁRIO

Resumo	05
Introdução	06
1. Controle de constitucionalidade	08
1.1. Constituição e supremacia constitucional.....	08
1.2. Controle de constitucionalidade.....	11
1.3. Controle de constitucionalidade político e jurisdicional.....	14
1.4. Controle de constitucionalidade preventivo e repressivo.....	15
1.5. Modelos de controle judicial: difuso e concentrado.....	17
1.5.1. Modelo difuso-concreto-incidental de controle judicial de constitucionalidade (sistema americano)	17
1.5.2. Modelo concentrado-abstrato-principal de controle judicial de constitucionalidade (sistema austríaco ou europeu)	21
1.6. Noções gerais sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988.....	24
2. A constituição e o processo legislativo	32
2.1. Envergadura constitucional do processo legislativo.....	32
2.2. O processo legislativo na constituição federal brasileira de 1988.....	34
2.3. Controle de constitucionalidade no processo legislativo brasileiro.....	43
3. O controle preventivo judicial de constitucionalidade no direito brasileiro	47
3.1. O controle judicial preventivo de natureza concentrada-abstrata-principal: modelo base de controle prévio no direito comparado.....	47
3.2. O controle judicial preventivo de natureza difusa-concreta-incidental: mandado de segurança para proteção do direito de parlamentar ao devido processo legislativo constitucional.....	52
3.3. Impossibilidade de verificação, pelo judiciário, de aspectos materiais de projetos de lei para fins de impedir a deliberação parlamentar. O mandado de segurança 32.033/DF.	60
4. Conclusões	69
5. Referências bibliográficas	74

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo realizar um estudo acerca do controle judicial preventivo de constitucionalidade no Direito Brasileiro. O controle de constitucionalidade pode ser definido como o mecanismo de verificação da compatibilidade de leis e atos normativos à Constituição, de modo a não permitir a existência de normas contrárias à Lei Maior. O controle de constitucionalidade pode ser exercido por órgãos políticos (não jurisdicionais) ou judiciais – integrantes da estrutura do Poder Judiciário. O controle de constitucionalidade pode ser realizado tanto antes do nascimento da lei ou ato normativo (controle preventivo), de modo a impedir que normas contrárias ao texto constitucional ganhem existência; ou após a edição da norma (controle repressivo), para fins de, acaso se verificar que a mesma contém algum vício de inconstitucionalidade, retirá-la do ordenamento jurídico. Serão abordados, para fins de melhor compreensão do objeto principal do estudo, os conceitos de Constituição e supremacia constitucional, espécies de inconstitucionalidade, formas e modalidades de controle de constitucionalidade, bem como a disciplina de tal matéria no texto da Constituição Federal de 1988. Além disso, também será objeto de exame o processo legislativo constitucional. Partindo da premissa de que as normas de fabricação do Direito em determinado Estado – regras do procedimento de elaboração legislativa – apresentam envergadura constitucional, proceder-se-á ao exame do processo legislativo constitucional brasileiro, constante nos artigos 59 a 69 da Constituição de 1988. Serão analisadas as espécies normativas existentes no Direito pátrio, bem como o procedimento de elaboração de cada uma delas previsto no texto constitucional, tendo em vista que apenas aqueles atos normativos cuja elaboração possui, ao menos minimamente, um trâmite próprio é que podem ser objeto de controle preventivo de constitucionalidade, porquanto este, por definição, é realizado exclusivamente no âmbito do processo legislativo. Após, passa-se à abordagem das formas de controle preventivo previstas expressamente na Constituição de 1988, de natureza política: exercitada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Por fim, focar-se-á no estudo do controle preventivo judicial de constitucionalidade no Direito brasileiro propriamente dito, o qual, apesar de não ter sido previsto expressamente na Constituição de 1988, é admitido pelo Supremo Tribunal Federal: a utilização da ação de mandado de segurança por parlamentar, no qual se busque a sustação do processo legislativo em curso em razão da inobservância de normas constitucionais acerca do seu trâmite, protegendo, assim, direito líquido e certo do parlamentar ao respeito ao devido processo legislativo constitucional.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais relevantes do Direito Constitucional consiste no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, mais especificamente aquele exercido pela denominada jurisdição constitucional – controle de constitucionalidade realizado por órgãos judiciários.

O debate acerca do controle judicial de constitucionalidade, que já é bastante palpitante no meio jurídico, ganha ares ainda mais controvertidos se examinado sob a ótica do controle preventivo, vale dizer, exercitado antes mesmo do nascimento da lei ou ato normativo, de modo a impedir que norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. Isso porque a percepção de certa natureza interventiva da atuação do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo no exercício do controle de constitucionalidade apresenta exponencial elevação quando considerada a jurisdição constitucional preventiva – impedimento, por decisão judicial, da efetivação (resultado) de atividade própria dos Parlamentos: a elaboração de espécies legislativas.

Embora os regimes constitucionais pátrios nunca tenham previsto expressamente a possibilidade de controle prévio judicial de constitucionalidade, é certo que o Supremo Tribunal Federal, em algumas ocasiões, já se manifestou pela viabilidade, de modo concreto incidental, de tal espécie de controle.

Nesse contexto, busca o presente trabalho realizar um estudo acerca do controle judicial preventivo de constitucionalidade, mais especificamente no panorama do Direito brasileiro. Pretende analisar se o sistema constitucional brasileiro admite tal espécie de controle jurisdicional e, em caso positivo, as suas formas de exercício.

Para tanto, serão estudados, no primeiro capítulo, aspectos gerais acerca do controle de constitucionalidade, partindo da noção geral de Constituição e supremacia constitucional, para estabelecer o controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia da proeminência normativa constitucional. Serão examinadas os diversos modelos e formas de controle de constitucionalidade, com base na teorização utilizada no Direito comparado mas sempre com ênfase no Direito brasileiro sobre o tema.

No segundo capítulo, proceder-se-á à análise do processo legislativo (no âmbito do qual se exerce o controle preventivo de constitucionalidade).

Dissertar-se-á acerca da natureza eminentemente constitucional do processo legislativo, bem como de que maneira o tema tem sido tratado pelas Constituições brasileiras, especialmente pela Constituição de 1988. Será feita uma abordagem minuciosa do tratamento conferido pela atual Constituição Brasileira ao processo legislativo, com estudo das espécies legislativas previstas na Lei Maior e o respectivo procedimento de formação das mesmas também constante na Carta Magna, concluindo-se, ao final, em quais hipóteses de espécies normativas se afigura possível a adoção de um controle preventivo de constitucionalidade, e as formas de exercício de tal modalidade de controle prevista na Constituição: realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo (controle eminentemente político).

No terceiro e último capítulo, será examinado especificamente o controle de constitucionalidade judicial e preventivo no Direito Brasileiro. Partindo de um exame de como tal espécie de controle encontra previsão no Direito comparado, conclui-se no sentido de, apesar de a Constituição de 1988 não prever expressamente referida modalidade de controle judicial, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a admite em hipóteses bastante específicas e, ainda, de forma bem específica.

Sendo assim, espera-se, ao fim do trabalho, chegar à demonstração das possibilidades existentes, no Direito brasileiro, de exercício de controle preventivo judicial de constitucionalidade de leis e atos normativos.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. CONSTITUIÇÃO E SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

O termo Constituição abrange toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível – a Constituição em sentido etimológico, ou seja, relativo ao modo de ser das coisas, sua essência e qualidades distintivas - até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, Constituição *política*, isto é, a Constituição do Estado¹, objeto de estudo no presente trabalho.

A Constituição política pode ser concebida como um conjunto de normas que estruturam determinado Estado, disciplinando a organização do poder no âmbito do mesmo, o sistema de governo, o exercício da autoridade, com suas prerrogativas, limitações e obrigações (estas últimas correspondentes aos direitos fundamentais dos indivíduos que estão sob a sua égide). A Constituição do Estado corresponde, assim, a toda a normatização básica referente à composição e ao funcionamento da ordem política², ao corpo de regras que definem a organização fundamental de uma comunidade politicamente organizada.

Correspondendo à ideia de um plexo normativo disciplinador da estrutura política fundamental de um Estado, a noção de Constituição não é limitada aos tempos modernos. Desde a Antiguidade as civilizações já possuíam regramentos – em graus de sofisticação menores ou maiores – destinados à organização do poder político, relacionadas à fixação dos órgãos estatais, estabelecendo suas atribuições e seus limites, enfim, definindo a sua Constituição³. Na pertinente observação do professor Dirley da Cunha Junior, “*mesmo antes do advento do chamado Estado de Direito, já existia um Estado, chamado Absoluto, fundado numa Constituição que prescrevia a obediência irrestrita ao soberano*”⁴.

Embora se possa afirmar que a ideia de Constituição já existia em tempos remotos de organização política da civilização, certo é que são apanágio dos

¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014: pg. 80.

² Ibidem, p. 80.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 39ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013: pg. 33.

⁴ CUNHA JUNIOR. Dirley da. Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática. 8ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016, pg. 20.

Estados Modernos as Constituições escritas⁵, fruto do movimento denominado constitucionalismo, consolidado na segunda metade do século XVII, com a Revolução Francesa e a Independência Americana, o qual, em contraposição aos regimes absolutistas então prevalentes, idealizava a instituição, por meio de Constituições escritas, de limitações ao poder estatal – do Soberano – e de consolidação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Originado formalmente com o advento das Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, trata o constitucionalismo de um movimento político e jurídico que visa a estabelecer em toda a parte regimes constitucionais, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas⁶.

Nesse contexto, nos modelos jurídicos dos Estados modernos, prevalece o sistema regido por Constituições escritas e rígidas, de modo que a toda a institucionalização política do Estado, sua organização estrutural fundamental, seus princípios, projetos e finalidades essenciais, bem como os limites de sua atuação – estes últimos correspondendo também, quando observados por outro ângulo, aos direitos e garantias fundamentais da população previstos no texto constitucional –, encontram-se contidos num documento escrito, fruto da vontade soberana do povo, constituindo a Lei Maior do Estado, ocupando assim o ápice da estrutura normativa deste, de onde irradia seus preceitos para todo o sistema jurídico que lhe subjaz.

Com efeito, para além de deter toda a imperatividade e obrigatoriedade de observância inatas às normas jurídicas em geral, a Constituição guarda a característica de supremacia em face das demais normas do sistema jurídico, as quais devem respeito absoluto aos ditames constitucionais.

Dirley da Cunha Junior⁷ explica que a supremacia da Constituição frente às demais espécies normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: o poder constituinte originário, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. Para além disso, ainda vigora na doutrina a ideia de que a Constituição é suprema em razão da natureza de suas normas, na medida em que estas refletem

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014, pg. 1023.

⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 37.

⁷ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 25.

a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam.

Na lição do mencionado autor⁸:

“A noção de supremacia é inerente à noção de Constituição, desde que esta superioridade normativa implique a ideia de uma norma fundamental, de uma Fundamental Law, cujo incontrastável valor jurídico atua como pressuposto de validade de toda a ordem positiva estabelecida no Estado. A Constituição é a base da ordem jurídica e o fundamento de sua validade. Como norma jurídica fundamental, ela goza do prestígio da supremacia em face de todas as normas do ordenamento jurídico

(...)

A supremacia da Constituição, sem dúvida, é tributária da ideia de superioridade do poder constituinte sobre todas as instituições jurídicas e políticas vigentes no Estado, de sorte que uma Constituição haure o fundamento de sua supremacia na própria supremacia do poder que a originou. Isso faz com que o produto do exercício deste poder, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade a todas as demais normas, e de referência obrigatória à atuação do poder público, que a ela se encontra vinculado”.

Segundo Luís Roberto Barroso⁹, a supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

A noção de supremacia da Constituição está umbilicalmente relacionada à rigidez do texto constitucional, entendida esta como uma maior dificuldade para a modificação das normas constitucionais comparativamente ao processo de alteração das demais regras jurídicas. A supremacia constitucional só se verifica onde existe uma Constituição rígida, considerada como aquela que demanda um processo especial para sua alteração, que se apresenta distinto, mais solene, complexo e difícil do que aquele previsto para a elaboração das leis comuns. Difere das denominadas Constituições flexíveis, cujo processo de modificação é o mesmo daquele previsto para as demais normas, inexistindo, pois, quanto às Constituições flexíveis, qualquer diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional¹⁰.

⁸ Ibidem., p. 26-29.

⁹ BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1.

¹⁰ Ibidem., p. 28.

A supremacia constitucional encontra presença apenas nas Constituições rígidas, tendo em vista que a alteração das mesmas requer um procedimento mais árduo (daí decorre a superioridade) daquele necessário para a modificação das demais normas jurídicas. Nesse caso, a legislação ordinária que vier a ser inserida no ordenamento jurídico e for contrária à normatização constitucional não terá o condão de modificar esta última, cuja reforma exige um procedimento legislativo mais dificultoso. Já em se tratando de Constituições flexíveis, não é possível estabelecer hierarquia entre as normas constitucionais e as demais, uma vez que, inexistindo diferença na forma de alteração de ambas, a edição de normas em descompasso com a Constituição consubstancia meio de alteração – revogação – do próprio texto constitucional. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade¹¹.

Nesse contexto de reconhecimento do caráter de supremacia da Constituição, documento fruto do poder constituinte originário e que cria, organiza e fundamenta todo o sistema jurídico-político do Estado, tem-se que a Constituição apresenta máxima força normativa, de modo a vincular a atuação de todos os órgãos estatais aos desígnios nela previstos, além de impor a todos, inclusive – e sobretudo – ao próprio Estado, o dever inarredável de não agir de forma a violar as disposições nela contidas.

Fixadas essas premissas, dada a supremacia da Constituição e sua força vinculante em relação a toda a comunidade política que se encontra sob a sua égide, inclusive – e especialmente – ao Poder Público, imperiosa se revela a existência de mecanismos capazes de impedir e/ou reverter situações que se afigurem conflitantes com os ditames contidos no texto constitucional. É nesse cenário que se apresenta o controle de constitucionalidade.

1.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos impõe a ideia de subordinação de todos

¹¹ BARROSO, op. cit., p. 1.

os atos jurídicos aos ditames contidos no texto constitucional. Sendo a Constituição a norma fundamental, que estrutura e organiza o poder político do Estado, ocupando, assim, posição de proeminência em relação aos poderes constituídos, tem-se que todos os atos destes não de a ela se conformar, o que inclui os atos normativos.

Assim, para garantir a supremacia da Constituição, necessário um sistema que assegure a manutenção da superioridade e da força normativa do texto constitucional, impedindo a subsistência de atos do Poder Público – notadamente de atos normativos – que afrontem os ditames previstos na Lei Maior. O sistema em questão constitui o denominado controle de constitucionalidade, que se revela “*como uma importante garantia da supremacia da Constituição, haurindo daí a sua própria razão de ser*”¹².

Na lição de Dirley da Cunha Junior¹³:

De feito, partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar um sistema ou processo adequado para sua própria defesa, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, através das leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina controle da constitucionalidade das leis.

O controle de constitucionalidade pode, então, ser considerado como o mecanismo através do qual os órgãos competentes exercem o juízo de verificação de compatibilidade de determinada conduta – em geral, de edição de atos normativos – aos preceitos da Constituição, para que, constatada a contrariedade da situação examinada com os dispositivos da Lei Maior, seja rechaçada a detectada violação à ordem constitucional. Constitui, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados¹⁴.

¹² CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 34.

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁵ define controle de constitucionalidade como a “verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição, envolvendo a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade e do ato jurídico”.

Muito embora a supremacia e a força normativa da Constituição se espraíem por toda a comunidade política do Estado sob ela estruturado, impondo o respeito de todos – Poder Público e particulares – aos ditames constitucionais, o estudo do controle de constitucionalidade apresenta o foco voltado para a fiscalização de compatibilidade dos atos normativos do Poder Público em face da Constituição, situação de implicações mais complexas do que as relativas às hipóteses de desarmonia entre os demais atos do Poder Público (administrativos e jurisdicionais) e também dos particulares frente à Constituição.

Conforme explica Barroso:

De fato, os atos materialmente normativos, em geral oriundos do Executivo (mas, eventualmente, também do Legislativo e do Judiciário), sujeitam-se, da mesma forma, ao teste de constitucionalidade e são invalidáveis por juízes e tribunais. O mesmo se passa com as decisões judiciais, que comportam recursos tendo por fundamento sua contrariedade à Constituição. De modo que, em sentido amplo, o controle de constitucionalidade é exercido sobre atos de quaisquer dos Poderes. Todavia, estas duas últimas hipóteses –impugnação de atos administrativos ou de decisões judiciais – são muito mais corriqueiras, não tendo a complexidade e as implicações da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Por esta razão não exigem estudo à parte¹⁶.

Os vícios de inconstitucionalidade capazes de atingir os atos normativos editados pelo Poder Público podem ser de ordem material ou formal, tendo em vista a natureza da incompatibilizado da norma analisada e a Constituição. A inconstitucionalidade material se configura quando o próprio conteúdo ou aspecto substantivo de um ato normativo encontra-se em descompasso com as regras e princípios previstos na Constituição. Já a inconstitucionalidade formal decorre da incompatibilidade do processo de formação da lei aos preceitos constitucionais relativos ao procedimento legislativo que deveria ter sido obedecido. Nesta última, é

¹⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 64.

¹⁶ BARROSO, op. cit. p. 2.

o processo de elaboração do ato normativo, e não o seu conteúdo, que contrariou a Constituição, ao não obedecer as disposições constitucionais pertinentes ao trâmite legislativo.

A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo¹⁷. Sob essa perspectiva, a inconstitucionalidade forma, também denominada de procedimental, instrumental extrínseca ou orgânica, recai sobre as irregularidades que tenham ocorrido no procedimento formativo da lei arraigado na Constituição ou na sua edição por autoridade incompetente; há o desrespeito às normas constitucionais de forma. Já a inconstitucionalidade material, outrossim denominada substancial ou intrínseca, ocorre quando uma espécie normativa está em desconformidade com o conteúdo da Constituição, malgrado possa ser formalmente constitucional; há o desrespeito às normas constitucionais de fundo¹⁸.

1.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POLÍTICO E JURISDICIONAL

Dentre as diversas classificações existentes, o controle de constitucionalidade pode ser dividido em político e jurisdicional.

Controle de constitucionalidade político (ou não-judicial) é aquele exercido por órgão político e não por órgão jurisdicional. Nesse modelo, o controle da constitucionalidade das leis é exercitado por um órgão político, estranho à estrutura do Poder Judiciário ou cuja atuação não tem natureza jurisdicional¹⁹.

O controle político é associado à experiência constitucional francesa, tradicionalmente avessa à intervenção do Poder Judiciário nos atos normativos editados pelo Legislativo. Nos dizeres de Barroso, “*razões históricas e ideológicas levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e tribunais, coma conseqüente adoção de um modelo rígido de separação de Poderes. Daí a rejeição à fórmula do controle judicial*”²⁰.

¹⁷ BARROSO, op. cit. p. 11.

¹⁸ HELAL, João Paulo Castioglioni. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Evolução. Curitiba: Juruá, 2006. Pg. 62.

¹⁹ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 105.

²⁰ BARROSO, op. cit., p. 42.

Por outro lado, o controle jurisdicional (ou judicial) é aquele exercitado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário ou a ele exteriores, mas cuja atuação tem natureza jurisdicional (como as Cortes Constitucionais europeias, exceto a da Alemanha)²¹.

Anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho²² que o controle judiciário tem por si a naturalidade, pois a verificação de constitucionalidade não é senão um caso particular de verificação de legalidade, ou seja, da verificação da concordância de um ato qualquer, como de um regulamento, à lei, tarefa que rotineiramente é desempenhado pelo Judiciário.

No Brasil, prevalece o controle de natureza jurisdicional, conferindo-se ao Poder Judiciário a possibilidade de análise da constitucionalidade de ato normativo editado pelo Poder Público. No entanto, também existem, no sistema brasileiro, formas de controle político de constitucionalidade. Podem ser citados como exemplo de controle político no Direito Brasileiro: a) aquele exercido pelo próprio Parlamento quando da construção do ato normativo, mediante a rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade; b) a oposição de veto pelo Chefe do Poder Executivo a projeto de lei em razão da verificação de algum vício de inconstitucionalidade; c) a rejeição, pelo Congresso Nacional, de medida provisória editada pelo Chefe do Poder Executivo, em razão de inconstitucionalidade do ato normativo; d) a sustação, pelo Congresso Nacional, de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa.

A par da existência de hipóteses de controle político de constitucionalidade no Direito Brasileiro, certo é que prevalece o sistema de controle de natureza judicial, cabendo ao Poder Judiciário, tanto de forma difusa como concentrada – a serem estudadas mais a frente –, a verificação da constitucionalidade dos atos normativos.

1.4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO E REPRESSIVO

²¹ CUNHA JUNIOR, op. cit, p. 106.

²² FERREIRA FILHO, op. cit. P. 67.

Quanto ao momento da realização do controle de constitucionalidade, são encontrados os seguintes tipos: a) controle preventivo (ou *a priori*), que ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração e; b) controle sucessivo ou repressivo (ou *a posteriori*), que ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor²³.

O controle preventivo, exercido antes que o ato normativo se aperfeiçoe, visa evitar que normas inconstitucionais entrem em vigor. Tem por fito tolher que uma lei ou um ato normativo, eivado de inconstitucionalidade, ingresse no ordenamento jurídico, ou seja, é feito *a priori*²⁴.

No Brasil, existe espaço, embora reduzido, para o controle preventivo de constitucionalidade. Este é realizado pelo Poder Legislativo, no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça, que se manifestam acerca da constitucionalidade dos projetos de lei em curso na Casa Legislativa. Também é exercido pelo Poder Executivo, através do veto apostado a projetos de lei em virtude de vícios de inconstitucionalidade, impedindo assim a entrada em vigor do ato normativo contrário à Constituição. Quanto ao Poder Judiciário, também lhe é cabível o exercício do controle preventivo de constitucionalidade, mas em específicas hipóteses que serão objeto de estudo no presente trabalho.

O controle repressivo (sucessivo, posterior, corretivo), como dito, é realizado quando o ato normativo já foi produzido. Visa o exame da compatibilidade do ato normativo em vigor com o texto constitucional para que, se constatada desarmonia das normas em cotejo, seja expungida do ordenamento jurídico aquela contrária à Lei Maior.

No Direito Brasileiro, como regra, o controle repressivo é realizado pelo Judiciário, que tem o poder, de forma difusa ou concentrada, de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos contrários ao texto constitucional. Existem, no entanto, situações de controle repressivo exercitado pelo Poder Legislativo (como a rejeição de medias provisórias editadas pelo Executivo em razão de vício de inconstitucionalidade; ou de sustação de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou da delegação legislativa) e pelo Poder

²³ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 103

²⁴ HELAL, op. cit., p. 121

Executivo (como a recusa direta de aplicar norma inconstitucional)²⁵, embora esta última hipótese não seja unânime na doutrina.

1.5. MODELOS DE CONTROLE JUDICIAL: DIFUSO E CONCENTRADO

Conforme sublinha Gilmar Mendes²⁶, o controle judicial de constitucionalidade, desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, é dividido, para fins didáticos, em modelo difuso (sistema americano) e modelo concentrado (sistema austríaco ou europeu de controle). Existem, também, sistemas mistos (caso do brasileiro), que conjugam elementos dos dois modelos básicos.

1.5.1. MODELO DIFUSO-CONCRETO-INCIDENTAL DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE (SISTEMA AMERICANO)

O controle de constitucionalidade difuso-concreto-incidental, também denominado sistema americano, assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional²⁷.

Idealizado pelo constitucionalismo norte-americano a partir do célebre caso *Marbury v. Madison*²⁸, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, por

²⁵ BARROSO, op. cit., p. 46

²⁶ MENDES, op. cit., p. 1030.

²⁷ Ibidem, p. 1031.

²⁸ O caso é bem explicado por Raul Machado Horta: “O caso *Marbury v. Madison*, de 1803, favoreceu, finalmente, os desígnios de Marshall. Tratava-se de assunto de pequena importância, com origem na recusa dos republicanos de Jefferson de empossar modestos juizes de paz nomeados pelos Federalistas de Adams. É conhecido o episódio histórico. Adams, nos últimos instantes de seu mandato presidencial, nomeou algumas dezenas de juizes de paz. No aqodamento das providência finais, que antecederam à transmissão do cargo a Jefferson, eleito por partido adverso, o Secretário competente, na época o próprio Marshall, esqueceu-se, ou não teve tempo de providenciar o expediente necessário, deixando na mesa de trabalho os atos de nomeação. Ali os foi encontrar o Secretário Madison, sucessor de Marshall. Inteirado dos fatos, Jefferson ordenou que se expedissem apenas 25 dos atos, inutilizando os demais. Entre os prejudicados, figuravam *Marbury* e os três companheiros que recorreram à Suprema Corte, em 1801 (*William Marbury*, *Denis Ramsay*, *Robert Townsend Hooe* e *William Harper*), pleiteando um *writ of mandamus* contra o Secretário Madison, para empossa-los nos cargos. Marshall admitiu a justiça da pretensão. Preocupava-o, entretanto, a resistência do Executivo À decisão favorável da Suprema Corte. O caso, que não envolvia interesse material de monta, colocou mais à vontade o Chif Justice para firmar decisão com profundas consequências políticas. Entrando no exame do caso, Marshall invoca a inconstitucionalidade do artigo 13, da lei de 1789, no qual se basearam os recorrentes; artigo esse que deferia à Suprema

obra do *Chief Justice John Marshall*, no qual restou consagrado, pela primeira vez, não só a noção de supremacia da Constituição em face de todas as demais normas jurídicas, como também o poder-dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

Naquele julgado histórico, assentou-se que a interpretação as leis era um atividade específica dos juízes, e que entre essas figurava a lei constitucional, como a lei suprema, de tal modo que, em caso de conflito entre duas leis a aplicar a um caso concreto, o juiz deve aplicar a lei constitucional e rejeitar, não a aplicando, a lei inferior²⁹.

Em sua decisão, deixou o *Chief Justice* registrado o seguinte:

“Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligara a ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, substituirá como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-nos de insistir.

Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, não de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estado uma lei em antagonismo com a Constituição e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, desatendendo A Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será eleger, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.

Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, não de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aluiria os fundamentos de

Corte a faculdade de expedir, diretamente, *writ of mandamus*, em jurisdição de apelação, contemplando expressa e excepcionalmente os casos de jurisdição ordinária. Inicialmente, os interessados deveriam postular seu direito perante uma das Cortes de Distrito, para, em grau de recurso, se cabível submeter o caso à apreciação da Suprema Corte. Lançado o princípio, Marshall realiza uma retirada estratégica, no bom sentido militar, invocando a incompetência da Suprema Corte para decidir o caso concreto. Obra de arte política, a sentença reconhecia o princípio do controle judiciário de constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos À declaração de inconstitucionalidade. O que interessava fundamentalmente a Marshall era aquele reconhecimento, que servia a dois objetivos de longo alcance: o de neutralizar possível reação desfavorável do Governo federal e firmar valioso precedente jurisprudencial para impedir, se necessário, as transformações esperadas em virtude dos resultados do pleito de 1801. A eleição de Jefferson e da maioria republicana do Congresso equivaliam, no entender dos federalistas, a uma ampla delegação popular aos eleitos, para substituir o postulado federalista da supremacia do governo federal pelo postulado republicano da soberania dos Estados, agitado na campanha presidencial com os acenos aos ‘States rights’” (HORTA, Raul Machado. O controle de constitucionalidade das leis no regime parlamentar, p. 54).

²⁹ CUNHA JUNIOR, op. cit. p. 62.

todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato, de todo em todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, é, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz”.

Aquela decisão deixou consignada a competência própria do Judiciário de dizer o Direito, estabelecendo o sendo das leis. Sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Assim, na modalidade de controle difuso, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento³⁰. Em outras palavras, todos os juízes possuem o poder-dever de exercitar o controle de constitucionalidade das normas a serem analisadas nas demandas judiciais submetidas à sua apreciação.

Característica fundamental do sistema de controle difuso, além da de ser conferido a todos os juízes o poder-dever de examinar a constitucionalidade de atos normativos e deixar de aplicar aqueles contrários à Constituição, também é a natureza incidental do controle de constitucionalidade realizado, que é exercitável apenas em face de um caso concreto submetido à apreciação judicial.

Desse modo, no modelo difuso, não cumpre ao Poder Judiciário declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do poder público, estando limitado a reconhecer a inconstitucionalidade do ato somente em face de um caso concreto, paralisando seus efeitos no que tange ao conflito solucionado³¹. A declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame de mérito. A inconstitucionalidade da norma não constitui o cerne da demanda judicial, mas sim um dos fundamentos para a resolução do mérito do litígio.

Esses aspectos do controle difuso são abordados por João Paulo Castiglioni Helal³²:

“É denominado, também, descentralizado. O controle difuso é aquele pelo qual todos os juízes e tribunais podem apreciar a alegação de constitucionalidade da espécie normativa. Recebe o nome de difuso, pois sua realização se difunde por toda esfera do Judiciário. Seu fundamento

³⁰ BARROSO, op. cit., p. 47.

³¹ CUNHA JUNIOR, op. cit. p. 68.

³² HELAL, op. cit., p. 125.

doutrinário está, principalmente, na asseveração de que ao juiz compete aplicar o direito ao caso concreto.

Dessarte, caracteriza-se, precipuamente, por ser exercido pelo Poder Judiciário perante um caso concreto, isto é, analisando o litígio, o juiz deverá, antes de analisar o objeto principal da lide, verificar, incidentalmente, a constitucionalidade, ou não, da espécie normativa. Desse modo, o objeto da ação é solucionar o caso concreto e não a pronúncia de inconstitucionalidade da lei. É exercido pela via incidental”.

Acerca controle difuso, notadamente do seu caráter incidental, assevera Dirley da Cunha Junior³³:

“O que devemos entender, portanto, é que, no sistema americano de controle de constitucionalidade, as questões de constitucionalidade das leis e atos do poder público não podem ser submetidos ao julgamento dos órgãos judiciais ‘por via principal’. Estas questões só podem ser suscitadas incidentalmente, ou seja, no curso e por ocasião de uma demanda ou de um processo concreto, qualquer que seja sua natureza e seu rito.

(...)

Enfim, o modelo norte-americano da *judicial review* define-se como um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do poder público que qualquer juiz e tribunal, *ante um caso concreto*, pode desempenhar. É controle *judicial*, pois somente os órgãos do Poder Judiciário podem realizá-lo. É um controle *difuso* no sentido de que *todos* os órgãos do Poder Judiciário podem exercê-lo, pouco importado sua natureza e grau de jurisdição. E, finalmente, é um controle *incidental* ou *indireto* (provocado por via de exceção ou de defesa), no sentido de que somente no curso de uma demanda concreta, pressupondo controvérsia, pode ser efetivado, coo condição para a solução da *vexata quaestio*. Neste último sentido, diz-se também que se cuida de um controle *subjetivo*, pois desenvolvido em razão de um conflito de interesses intersubjetivos, cuja finalidade principal é a defesa de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo juridicamente protegido de alguém.”

Lição de Ruy Barbosa, invocado por Gilmar Medes³⁴, prescreve, sobre o controle difuso, que “a inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reinvidicação se discute”, uma vez que “o remédio judicial contra os atos inconstitucionais ou ilegais, da autoridade política não se deve pleitear por ação direta ou principal”, razão pela qual “imprescindível que a ação não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira à inconstitucionalidade dele apenas como fundamento, e não alvo, do libelo”.

Outro traço marcante do sistema americano de controle de constitucionalidade é a ideia de se considerar o ato inconstitucional absolutamente nulo. Prevalece a concepção de que o ato inconstitucional é natimorto, não

³³ CUNHA JUNIOR. Op. cit., p. 68-70.

³⁴ MENDES, op. cit., p. 1086

produzindo quaisquer efeitos desde a sua edição, pois contrário á Lei Maior. Assim, nesse sistema, o juiz, ao reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo, apenas declara sua (pré-existente) nulidade³⁵, de modo que sua decisão opera, em regra, efeitos *ex tunc*, ou seja, afasta a produção de quaisquer efeitos do ato inconstitucional, desde o seu nascimento.

Tem-se, portanto, o sistema difuso de controle judicial de constitucionalidade, com as seguintes notas características de relevo: a) controle de constitucionalidade de atos do poder público exercido por todos os juízes e tribunais; b) controle de constitucionalidade exercido de forma incidental, ou seja, no contexto de um caso concreto submetido á apreciação judicial, como questão prejudicial para a resolução da controvérsia principal; e c) reconhecimento do caráter nulo dos atos tidos como inconstitucionais.

1.5.2. MODELO CONCENTRADO-ABSTRATO-PRINCIPAL DE CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE (SISTEMA AUSTRÍACO OU EUROPEU)

O modelo concentrado-abstrato-principal de controle judicial de constitucionalidade (austríaco ou europeu) surgiu na Europa Continental, mais especificamente com a promulgação da Constituição austríaca em 1920. Nesse sistema, a atribuição para o exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público é confiada a um órgão jurisdicional especial (o chamado Tribunal Constitucional), situado na cúpula do Poder Judiciário ou, em alguns países, fora da estrutura deste Poder³⁶.

Nesse regime, ao contrário do modelo difuso, a competência para decidir sobre a inconstitucionalidade de uma espécie normativa é dada a um único órgão, isto é, concentra-se em um único órgão (daí o nome que lhe foi dado)³⁷.

Pontua Dirley da Cunha Junior³⁸ que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade difere do sistema difuso, basicamente, sob três aspectos: a) subjetivo, relativamente ao órgão que exerce o controle; b) modal, concernente à forma como o controle é exercido e a questão da constitucionalidade é resolvida; e

³⁵ Ibidem, p. 71.

³⁶ Ibidem, p. 73.

³⁷ HELAL, op. cit. p. 127.

³⁸ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 74.

c) funcional, vale dizer, referente aos efeitos que a decisão de reconhecimento de (in)constitucionalidade produz.

No tocante ao aspecto subjetivo – órgão responsável pelo controle –, diferentemente do sistema difuso, no qual o poder de examinar a constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais é conferido a todos os órgãos de natureza jurisdicional, no modelo concentrado tal poder é atribuído exclusivamente a um órgão específico (Corte Constitucional), cabendo somente a este reconhecer a inconstitucionalidade de atos normativos, falecendo tal prerrogativa aos demais órgãos jurisdicionais. O Tribunal Constitucional assume o monopólio do controle de constitucionalidade das leis, de tal modo que aos demais órgãos da justiça ordinária ficam interditas as vias da jurisdição constitucional³⁹.

O sistema de controle concentrado também difere substancialmente do sistema difuso quanto ao modo pelo qual a verificação da (in)constitucionalidade é realizada. Com efeito, enquanto no modelo difuso o controle de constitucionalidade é realizado exclusivamente pela via incidental, ou seja, a análise da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo é realizada como questão prejudicial para a resolução de um caso concreto submetido à apreciação judicial, no modelo concentrado o controle é exercitado, em regra, pela via principal⁴⁰, vale dizer, por meio de uma ação especial perante o Tribunal Constitucional, que tenha como objeto justamente a própria verificação da constitucionalidade de determinado ato normativo, independente de qualquer controvérsia concreta subjacente ao mesmo.

Nesse contexto, no modelo concentrado, exercido pela via principal, o papel do órgão responsável pelo controle se limita ao exame da (in)constitucionalidade da norma em tese, abstratamente considerada, inexistindo demanda de natureza subjetiva a ser resolvida.

Sobre a característica de ser exercido pela via principal, oportuno trazer a baila o escólio de Luís Roberto Barroso⁴¹:

³⁹ Ibidem, p. 75.

⁴⁰ Diz-se que o controle concentrado é exercido, em regra, pela via principal, em razão de existirem casos em que também pode ser realizado pela via incidental, situação que ocorre, por exemplo, na Alemanha e Itália, nos quais os juízes e tribunais ordinários podem suscitar junto ao Tribunal Constitucional o controle de constitucionalidade das leis questionadas nos casos concretos que perante eles tramitam (Dirley da Cunha Júnior, op. cit., p. 80).

⁴¹ BARROSO, op. cit., p. 50.

“Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional – e não de defesa de interesses -, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição”.

Quanto aos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, o sistema “austríaco” de controle concentrado distingue-se significativamente do sistema “americano” de controle difuso porque, enquanto neste os efeitos da decisão operam retroativamente (*ex tunc*) e geram a nulidade absoluta da lei, naquele os efeitos da decisão perfazem-se *ex nunc* (efeitos prospectivos) e causa apenas a anulação da lei⁴².

Com efeito, no sistema concentrado, o ato normativo reconhecido como inconstitucional pelo órgão competente se torna nulo a partir da decisão da Corte Constitucional. O pronunciamento do Tribunal relativamente à inconstitucionalidade da norma, portanto, apresenta natureza constitutiva, vale dizer, é ele que anula o ato normativo inconstitucional, que deixa de subsistir a partir de então, ao contrário do modelo difuso, no qual a decisão judicial que reconhece a inconstitucionalidade de determinada norma apenas declara o vício pré-existente, impedindo a produção de efeitos pela norma desde o seu nascimento (eis que a mesma é nula desde a sua edição – natimorta).

Por fim, também no tocante aos efeitos do controle de constitucionalidade, importa registrar que, no modelo concentrado, a decisão do órgão responsável pelo controle (Corte Constitucional) acerca da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo produz efeitos *erga omnes*, ou seja, possui eficácia geral, vinculando os demais órgãos jurisdicionais e administrativos à conclusão adotada pelo Tribunal Constitucional. Uma vez tendo este reconhecido a inconstitucionalidade de uma lei, a mesma é extirpada do ordenamento jurídico, independente do talante integrador de qualquer outro Poder da República, tendo a decisão, nesse controle, eficácia geral⁴³. Difere substancialmente, nesse quesito, quanto aos efeitos do controle de

⁴² CUNHA JUNIOR, op. cit. p. 81.

⁴³ HELAL, op. Cit., p. 127.

constitucionalidade no sistema difuso, no qual a declaração de (in)constitucionalidade de uma lei, realizada de forma incidental para a resolução de um caso concreto, produz efeitos restritos àquele caso, não tendo o condão de extirpar o ato normativo do plano jurídico na hipótese de ser declarada a sua inconstitucionalidade na demanda solucionada pelo Judiciário⁴⁴.

1.6. NOÇÕES GERAIS SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal de 1988, na esteira dos modelos adotados nos regimes constitucionais anteriores, manteve o modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, com a combinação dos métodos *difuso-concreto-incidental* e *concentrado-abstrato-principal*⁴⁵.

Pelo método difuso-concreto-incidental, todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial concreta, o controle da constitucionalidade de lei ou ato normativo⁴⁶.

O controle difuso, como já asseverado, ocorreu quando o Poder Judiciário aprecia uma controvérsia constitucional suscitada diante de um caso concreto a ele submetido, em sede de ações diversas (mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, ação civil pública, ação popular etc).

Sobre o sistema difuso de controle, assinala Ivo Dantas⁴⁷ que:

“Na hipótese de controle incidental ou difuso, poderá ele ser exercido em qualquer tipo de ação, ou seja, de natureza cível, penal, trabalhista, tributária, etc., em processos de conhecimento, cautelar ou de execução, sendo de destacar que, ocorrendo a arguição, esta é feita em relação processual onde a lide a resolver-se tem por objeto matéria estranha ao controle, entrando a arguição apenas como incidente, e por isto mesmo, podendo ser arguida em qualquer grau ou juízo.”

A Constituição Federal de 1988 traz regra específica relativa ao controle difuso exercido no âmbito dos Tribunais: estes só poderão o declarar a

⁴⁴ Apesar de, no modelo difuso, a decisão judicial de (in)constitucionalidade de uma lei, proferida em um caso concreto posto sob apreciação do Judiciário, não possuir eficácia geral, não tendo o condão de extirpar a lei inconstitucional do ordenamento jurídico, certo é que, em razão do sistema de *stare decisis* adotado nos Estados Unidos, a decisão de um órgão jurisdicional acerca da (in)constitucionalidade de atos normativos vincula os demais órgãos jurisdicionais inferiores.

⁴⁵ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 97

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ DANTAS, Ivo. Novo processo constitucional brasileiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 177

inconstitucionalidade das leis e dos demais atos do Poder Público pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou pela maioria absoluta dos membros do respectivo órgão especial⁴⁸. Essa regra específica para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais denomina-se “cláusula de reserva de plenário” (*full bench clause*).

O controle de constitucionalidade exercido pelos juízes e Tribunais no modelo difuso (diante de um caso concreto) produz efeitos tão somente em relação às partes do processo em que foi realizado, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário nem possuindo o condão de retirar do ordenamento jurídico o ato normativo reconhecido como inconstitucional na hipótese.

Nem mesmo a decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, possui, em regra⁴⁹, eficácia *erga omnes*, projetando efeitos tão somente ao caso concreto no bojo do qual foi realizado o exame da compatibilidade do ato normativo com a Constituição.

Declarada definitivamente a inconstitucionalidade da lei pelo STF no âmbito do controle difuso, a decisão é comunicada ao Senado Federal para que este, entendendo conveniente, suspenda a execução da lei, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão da Corte Suprema (art. 52, inciso X, da CF/88⁵⁰).

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso-incidental, a regra é de que opera efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos. No entanto, já decidiu a Suprema Corte que a disposição contida no art. 27 da Lei 9868/99⁵¹ (que versa sobre as ações diretas de inconstitucionalidade – cabíveis em se tratando de controle concentrado) também é aplicável ao controle difuso-

⁴⁸ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

⁴⁹ Existem hipóteses específicas em que o controle de constitucionalidade exercido de forma difusa pelo Supremo Tribunal Federal pode apresentar alguma eficácia vinculante - quando realizado sob a sistemática da repercussão geral, caso em que a decisão da Suprema Corte acerca da (in)constitucionalidade deverá ser aplicada nas hipóteses de interposição de eventuais recursos extraordinários que tenham como objeto a mesma controvérsia decidida - ou mesmo dar ensejo à produção de efeitos *erga omnes* - hipótese de edição de súmula vinculante com base na decisão acerca da (in)constitucionalidade de ato normativo pela Suprema Corte.

⁵⁰ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁵¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

concreto-incidental, podendo a Corte, por dois terços dos seus membros, em situações excepcionais, tendo em vista razões de segurança jurídica ou relevante interesse social, outorgar efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*) à sua decisão, ou mesmo fixar um outro momento para o início da eficácia de sua decisão.

Ao lado do controle difuso-concreto-incidental, a Constituição de 1988 também consagra o método concentrado-abstrato-principal, por meio do qual só o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em sede de ação direta, e em abstrato, o controle da constitucionalidade dos atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal. Nas hipóteses em que o parâmetro para o exame da constitucionalidade for as Constituições Estaduais, aos Tribunais de Justiça competem exercer, também por meio de ação direta e de forma abstrata, o controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais e municipais.

O controle concentrado-abstrato-principal é exercido por meio das seguintes ações constitucionais: ação direta de inconstitucionalidade (ADI); ação declaratória de constitucionalidade (ADC); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); ação direta de inconstitucionalidade interventiva e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é a ação típica do controle abstrato brasileiro. É proposta por um dos legitimados com vistas a que a Suprema Corte reconheça a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal ou estadual editados posteriormente à edição da Constituição Federal.

Diferentemente do que ocorria no regime da Carta de 1967/69, em que a legitimação ativa para a Ação Direta de Inconstitucionalidade pertencia exclusivamente ao Procurador-Geral da República, a Constituição de 1988 ampliou significativamente o rol dos legitimados ao exercício do controle concentrado.

No atual modelo constitucional, são legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da Constituição Federal): o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No regime brasileiro, diferentemente do modelo austríaco de controle concentrado, o reconhecimento da inconstitucionalidade, via ação direta, em abstrato de ato normativo opera, via de regra, efeitos *ex tunc*. A Suprema Corte, ao assentar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, tão somente declarando o vício que o inquinava desde o seu nascimento. A norma inconstitucional, assim, uma vez assentada a sua inconstitucionalidade pela Suprema Corte pela via principal, tem, em regra, excluídos todos os seus efeitos desde o seu nascimento. No entanto, a Lei 9868/99, em seu art. 27, dispõe que “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Dessa forma, a Suprema Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo pode, por maioria qualificada (dois terços de seus membros) conferir à decisão efeitos *ex tunc* ou mesmo prospectivos.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por sua vez, é proposta com a finalidade de que a Suprema Corte reconheça a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal. Na ação direta de inconstitucionalidade, o pedido do autor da ação é pela declaração da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo federal ou estadual, enquanto, na ação declaratória de constitucionalidade (ADC), é pela declaração da constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal. Por essa razão, doutrinariamente se diz que a ADC é uma ADI de sinal trocado. Os legitimados para a propositura da ADC são os mesmos da ADI.

Também diferenciam a ação declaratória de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade os seguintes aspectos: a) na ADC se exige a existência de controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo que se pretenda examinar, enquanto a ADI não demanda tal requisito; b) a ADC só pode ser proposta para se debater a constitucionalidade de leis ou atos normativos federais, enquanto a ADI pode ter como objeto leis ou atos normativos federais ou estaduais.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de

constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da CF/88).

Outra modalidade de Ação Direta prevista na Constituição de 1988 é a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Como modalidade abstrata de controle, a ADO destina-se a tornar efetiva disposição constitucional que dependa de complementação (norma constitucional não autoaplicável), não concretizada por causa da omissão do órgão encarregado da elaboração normativa, que fica inerte.

O objetivo da ADO é implementar a norma faltante no ordenamento jurídico, promovendo a função integrativa do sistema jurídico. Contrariamente ao que sucede na ADI, cuja finalidade é expelir a norma impugnada do ordenamento, o fim da ADO é a obtenção de uma sentença contendo um comando dirigido ao poder ou ao órgão competente para que ele atue em obediência à norma constitucional a fim de “colmatar a lacuna jurídica”.

Julgada procedente a ADO, e declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (art. 103, § 2º, da CF/88). Também os mesmos legitimados para o ajuizamento de ADI e ADC o são para a propositura de ADO.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva compõe o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a cargo do Supremo Tribunal Federal, consistindo em um controle objetivo, abstrato e na via de ação, previsto no art. 36, III, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a decretação da intervenção dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII⁵², e no caso de recusa à execução de lei federal.

⁵² Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Em suma, a Constituição Federal de 1988, no art. 34, VII, autoriza a União, excepcionalmente, a intervir nos Estados-membros e no Distrito Federal, para assegurar a observância dos princípios constitucionais que elenca - doutrinariamente denominados, em face de sua extrema relevância, de princípios constitucionais sensíveis⁵³ (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta, aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde – bem como na hipótese de recusa pelo ente estadual à execução de lei federal.

Para que a intervenção federal se efetive, é necessária a propositura, pelo Procurador-Geral da República, perante a Suprema Corte, de ação direta interventiva, na qual devem ser indicados os princípios constitucionais sensíveis que estão sendo descumpridos pelo Estado-membro, ou de que forma este estaria negando execução à lei federal, para que, julgada procedente a ação (constatando-se a situação de inconstitucionalidade na qual o Estado-membro esteja a incorrer), seja autorizada a intervenção federal.

Por último, outro mecanismo de controle concentrado da constitucionalidade das normas, previsto na Constituição Federal de 1988, é o instituto da Arguição (Ação) de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), previsto no artigo 102, § 1º da Constituição de 1988 (*“A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”*).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi regulamentada pela Lei 9882/1999, que estabelece como hipóteses de cabimento da ADPF: evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Esse novo instituto representou uma relevante alteração no sistema de controle de constitucionalidade. Até a instituição da ADPF, o direito municipal e o

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

⁵³ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 296

direito pré-constitucional não podiam ter a sua validade em abstrato impugnada perante o STF, uma vez que, conforme já demonstrado, a ADI e a ADC só admitem como objeto de questionamento as leis e os atos normativos praticados na vigência da Constituição Federal de 1988.

O julgamento da ADPF, assim como de todas as ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, é de competência do Supremo Tribunal Federal, possuindo legitimidade ativa para a propositura as mesmas pessoas e entidades autorizadas a ajuizar a ADI genérica.

Cumpra-se também que as decisões proferidas pelo STF em sede de ADPF são dotadas de eficácia erga omnes e efeito vinculante, o que significa dizer que as orientações firmadas pela Corte Suprema nessa ação norteiam o juízo sobre a legitimidade ou a ilegalidade de atos de teor idêntico editados pelas diversas entidades federadas.

Percebe-se, das linhas gerais expostas acerca das possibilidades de controle judicial de constitucionalidade previstas na Constituição Federal de 1988, que acabou prevalecendo a forma de controle concentrado-abstrato, exercido por diversas espécies de ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

A ênfase dada ao controle concentrado pela Constituição de 1988 não passou à margem da percepção do professor Gilmar Mendes⁵⁴:

“A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência”.

A par da preponderância das hipóteses de controle concentrado na Constituição de 1988, certo é que o modelo brasileiro de controle judicial é considerado misto, pois abrange, além do sistema concentrado-abstrato-principal, também o controle difuso-concreto-incidental, não deixando este de apresentar notável relevância no cenário jurídico brasileiro, conforme bem realçado pelo professor Dirley da Cunha Junior⁵⁵:

⁵⁴ MENDES, op. cit., p. 1085

⁵⁵ CUNHA JUNIOR, op. cit. P. 99

“Podemos afirmar, efetivamente, que no Brasil a jurisdição constitucional não é privilégio dos tribunais ou do Supremo Tribunal Federal. Aqui todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, independentemente da instância (juiz ou tribunal), pode exercer o controle de constitucionalidade. Somente o controle de constitucionalidade pela via principal ou abstrata é exclusivo do Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal) ou dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal (em face da Constituição do Estado). Entretanto, não podemos ignorar que, com o novo arranjo jurídico-constitucional traçado pela Constituição vigente, determinante da amplitude das ações especiais e diretas de controle concentrado e da fixação de um extenso rol de legitimados para a propositura dessas ações, o controle difuso-incidental sofreu uma significativa restrição. Tal fato agravou-se com a previsão de efeito vinculante para todas as decisões proferidas no âmbito daquelas ações diretas. Mas essa circunstância, não obstante constatável à vista do texto de 1988, não retira a importância da jurisdição constitucional desempenhada pelos juízes e tribunais ordinárias, nos casos concretos, máxime quando exercida no controle das omissões do poder público violadoras de direitos fundamentais”.

2. A CONSTITUIÇÃO E O PROCESSO LEGISLATIVO

2.1. ENVERGADURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO

Entendendo a Constituição como a norma fundante e estruturante de um Estado, que define e organiza o sistema de poder, estabelecendo os delineamentos básicos para o seu exercício bem como suas limitações, é fácil perceber a estreita – senão indissociável – relação entre a Constituição de um Estado de Direito e o regramento acerca do processo legislativo – forma de produção das leis.

É a Constituição, norma base legitimadora de todo o ordenamento jurídico – que lhe subjaz –, o *locus* adequado para se arquitetar as linhas mestras sobre a forma de produção do Direito pelo Estado, vale dizer, sobre o processo legislativo.

A ideia de o processo de formação do Direito – consubstanciado especialmente nos textos legislativos – dever derivar necessariamente da Constituição, norma fundante do Estado, é bem lembrada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁶, para quem a sistemática de produção da lei “*há de, então, partir do ato normativo inicial, que, pondo-se de parte o ‘pressuposto lógico transcendental’, funda a ordem jurídica*”. Assevera o mencionado autor que “*esse ato é a Constituição e por ele se marcam todos os canais pelos quais se desdobram as demais normas jurídicas*”.

A propósito da indissociabilidade entre o conceito Constituição e o regramento básico sobre produção legislativa, prelecionada Gilmar Mendes, com base em lição de Kelsen, que a Constituição, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo⁵⁷.

Nesse contexto, apresentam conteúdo materialmente constitucional – razão pela qual merecem necessariamente constar nas Constituições –, as normas que dispõem sobre a competência legislativa, que tratam do processo de produção das leis, na medida em que dizem respeito à distribuição de competências dos poderes públicos e à disciplina do exercício de função estatal, pois, em

⁵⁶ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 216.

⁵⁷ MENDES, op. cit., p. 1023.

conformidade com a lição do professor Luís Roberto Barroso, a Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competência e procedimentos a serem observados em sua criação⁵⁸.

Germana de Oliveira Moraes⁵⁹ lembra a lição do Professor Jorge Miranda, segundo o qual “tanto no constitucionalismo como em qualquer período da história do Estado, a lei distingue-se dos demais atos jurídico-públicos por elementos formais pré-estabelecidos, que se referem, uns ao seu modo de revelação, e outros, ao seu modo de produção – quer dizer, aos diplomas donde constem as normas e à competência e ao processo de sua formação”. E acrescenta: “A forma de lei é, antes de mais, uma forma constitucionalmente definida: cabe à Constituição e, na medida em que ela o permita, às leis, com essas funções e regimentos de assembleias legislativas regulá-la, em qualquer desses aspectos”.

Portanto, a noção de lei é indissociável da Constituição, sendo que a tarefa de apontar quais atos jurídicos revestem a forma de leis, quem pode editá-los ou como se editam são indagações que somente se respondem à luz da ordem constitucional de cada Estado⁶⁰.

Desse modo, o processo legislativo – assim entendido como o processo de formação das leis – tem sua matriz prevista na Constituição.

No Brasil, a natureza constitucional – material e formal – das normas sobre o processo legislativo fora constatada em todas as Constituições, que sempre estabeleceram delineamentos – em menor ou maior grau – acerca do modo de produção das regras legais.

Com efeitos, as Constituições de 1824 (Império) e de 1891, 1934, 1937 e 1946 (Republicanas) estabeleciam normatização genérica e básica acerca do processo de elaboração das leis.

No escólio de Germana de Oliveira Moraes⁶¹:

“A Constituição de 1891 organizou o processo legislativo. Na Carta Política de 1934 registrou-se o sacrifício das atribuições do Senado, causando desequilíbrio do bicameralismo brasileiro. A Constituição de 1937, sob a égide da experiência autocrática do Estado Novo, encerrava técnicas extravagantes de legislação, com acentuada atuação do Poder Executivo e desprestígio do Poder Legislativo. À Carta Política de 1946, não obstante as

⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 26.

⁵⁹ MORAES. Germana de Oliveira. O controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo. São Paulo: Dialética, 1998, p. 19.

⁶⁰ Idem

⁶¹ Ibidem, p. 20.

críticas, deve reconhecer-se o mérito de restaurar os valores democráticos, com reflexos acentuados sobre o processo de elaboração das leis. No entanto, somente a partir do texto constitucional de 1967 a matéria do processo legislativo passou a ser tratada autonomamente. As Constituições anteriores tratavam do assunto genericamente, sob o título de elaboração das leis”.

A Constituição de 1967 conferiu tratamento ao autônomo à matéria, no título denominado “Do Processo Legislativo”, onde se apontava (art. 49) como seu objeto a elaboração de emendas à Constituição, Leis Complementares à Constituição, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Decretos-Leis, Decretos Legislativos e Resoluções.

A vigente Constituição Federal de 1988 adotou a terminologia “processo legislativo”, introduzida pela Carta Constitucional de 1967 e continua a tratar autonomamente a matéria. Na Seção VIII – Do Processo Legislativo”, inserida no Capítulo I – “Do Poder Legislativo”, contido no Título IV – “Da Organização dos Poderes”, elenca como espécies normativas que constituem seu objeto (art. 59) a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. A seguir, descreve os procedimentos, isto é, ritos de produção das emendas à Constituição (art. 60), e das leis ordinárias (art. 61 e 63/67), servindo este último de paradigma para a formação das demais espécies normativas. Refere-se ainda às medidas provisórias (art. 62), às leis delegadas (art. 68) e às leis complementares (art. 69)⁶².

2.2. O PROCESSO LEGISLATIVO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A vigente Constituição Federal Brasileira de 5 de outubro de 1988 contém normas acerca da competência legislativa e do processo de formação das leis, isto é, diz quais órgãos fazem as leis e como se fazem as leis. Em outros termos, define as diversas formas de atos normativos produzidas pelos órgãos federais (art. 59 da Constituição Federal); estabelece regras quanto à distribuição de competência legislativa entre a União, os estados e os municípios (arts. 22, 24 e 30 da Constituição Federal), e no âmbito federal, define o papel dos órgãos

⁶² Ibidem, p. 21.

constitucionais na produção legislativa, regulando ainda o procedimento ou rito de elaboração dos atos normativos (artigos 59 a 69 da Constituição Federal).

Sob a rubrica “DO PROCESSO LEGISLATIVO”, mesma terminologia usada originariamente na Constituição de 1967, abrangendo os artigos 59 a 69 da Constituição Federal, a Lei Maior aponta as diferentes espécies de atos normativos existentes no direito brasileiro, bem como, relativamente à maioria deles, estabelece um procedimento básico a ser observado para a sua edição.

Para os fins do presente trabalho, qual seja, o estudo acerca do controle – judicial – preventivo de constitucionalidade dos atos legislativos, importa demarcar a abrangência do processo legislativo na Constituição Federal Brasileira, isto é, primeiro, enumerar as espécies normativas no Direito Brasileiro, especialmente aqueles atos normativos gerais e abstratos – leis em sentido material –, para, em seguida, analisar o procedimento de formação de cada um deles previsto no texto constitucional, de modo a identificar as possibilidades de exercício de controle de constitucionalidade preventivo, realizado, em função de natureza *prévia* ao nascimento da norma, no próprio curso do processo legislativo – fase de formação do ato normativo sobre o qual se pretende exercer o exame de constitucionalidade.

O art. 59 da Constituição Federal estabelece que o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; e resoluções.

A enumeração contida no mencionado preceito constitucional aponta alguns dos atos normativos admitidos no Direito Brasileiro⁶³, embora os decretos legislativos e as resoluções não sejam expressão da função legislativa, mas sim da função fiscalizatória do Congresso Nacional.

Analisemos cada uma dessas espécies normativas e respectivos regramentos constitucionais acerca do procedimento de formação.

A primeira espécie normativa listada no art. 59 da Constituição brasileira são as emendas à Constituição, ou emendas constitucionais. Constituem atos normativos de hierarquia constitucional, resultantes da manifestação do poder

⁶³ Constituem também atos normativos existentes no Direito brasileiro, embora não expressamente elencados no art. 59 da Constituição: regimentos internos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, assim como os decretos e regulamentos do Poder Executivo, bem como os tratados internacionais (MORAES, op. cit., p. 26 e 28)

constituente derivado reformador (ou, simplesmente, poder reformador), e que criam, revogam ou modificam o texto constitucional⁶⁴.

A iniciativa quanto às emendas Constitucionais compete a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ao Presidente da República; e a mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60 da Constituição de 1988).

Reclama o novo texto constitucional o quórum de três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso, exigido em dois turnos, com apreciação em separado em cada Câmara, para aprovação de emenda constitucional (art. 60, § 2º da Constituição de 1988). No direito anterior, a exigência era de dois terços dos votos dos membros de cada uma das Câmaras⁶⁵.

Outro ponto importante acerca das emendas constitucionais é que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (art. 60, § 5º da Constituição de 1988).

A Constituição de 1988 prevê duas espécies de limitações ao poder constituinte derivado: as circunstanciais e as materiais.

Com efeito, é vedada a alteração da Constituição durante a vigência de estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal (art. 60, § 1º, da Constituição de 1988). São as chamadas limitações circunstanciais, ou seja, momentos (circunstâncias) durante os quais a Constituição não poderá ser emendada⁶⁶.

Relativamente às limitações materiais, preceitua o texto constitucional a inadmissibilidade de emendas à Constituição tendentes a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais (art. 60, § 1º, da Constituição de 1988). Tratam-se, tais matérias cuja abolição foi alçada à condição de intangibilidade pelo poder constituinte originário, das denominadas cláusulas pétreas, que não podem ser objeto de alterações que as sacrifiquem nem mesmo por meio de emendas à Constituição.

⁶⁴ TRINDADE, João. Processo Legislativo Constitucional. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 133

⁶⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 217.

⁶⁶ TRINDADE, op. cit., p. 143

Importante observação a ser feita é a de que as matérias protegidas podem ser modificadas. O que não se permite é a modificação restritiva que atinja o núcleo essencial das cláusulas (ou seja, não pode haver emenda tendente a abolir tais princípios)⁶⁷. Nesse sentido já assentou o Supremo Tribunal Federal:

“(...)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” (ADI 2024, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2007)

Vale ressaltar, por extrema importância para o presente trabalho, que o art. 60, § 1º, da Constituição de 1988 proíbe não só a edição de emendas tendentes a abolir alguma das mencionadas cláusulas pétreas, mas veda a própria deliberação da proposta de emenda constitucional nesse sentido⁶⁸. Conclui-se, portanto, que ao Parlamento é defeso a simples deliberação, vale dizer, votação de emendas constitucionais cujo conteúdo possa ferir as denominadas cláusulas pétreas.

Outra espécie normativa prevista no art. 59 da Constituição brasileira são as leis ordinárias, que representam espécie de ato legislativo típico. Constituem as leis ordinárias o paradigma de ato legislativo produzido pelo Poder Legislativo, que apresenta o procedimento padrão de formação, isto é, aplicável às demais espécies legislativas no que estas não tiverem de especificidade.

Considerada em sua elaboração, a lei ordinária, no Direito brasileiro, é um ato complexo. Isso porque a lei é formada através de um processo de formação constituído de várias fases: a iniciativa, uma fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação⁶⁹.

A iniciativa é o ato que desencadeia o processo legislativo. Consiste em uma declaração de vontade, que deve ser formulada por escrito e articulada; ato

⁶⁷ Ibidem, p.145.

⁶⁸ Eis o teor do dispositivo constitucional:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 221.

que se manifesta pelo depósito do instrumento, do projeto, em mãos da autoridade competente⁷⁰.

A iniciativa costuma ser classificada em iniciativa geral e iniciativa reservada, ou privativa. Esta última consiste na reserva a determinado titular do poder de apresentar projeto de lei sobre certa matéria. Tem assim esse titular a exclusividade quanto á proposição de normas sobre essa matéria.

Quanto a matérias não reservadas a um titular, a iniciativa é geral, ou seja, comum aos membros do Poder Legislativo (parlamentares e comissões deste), ao Presidente da República e aos cidadãos (iniciativa popular).

Embora o art. 61, caput, da Constituição de 1988, que trata da iniciativa, mencione também que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República tenham iniciativa, a melhor interpretação é a de que eles somente a possuem nas matérias a eles reservadas por outros preceitos constitucionais⁷¹.

Assim, o art. 61, § 1º, da Constituição de 1988 versa sobre as hipóteses em que a iniciativa das leis é privativa do Presidente da República⁷². Por sua vez, ao Supremo Tribunal Federal é reservada a iniciativa de lei complementar que disporá sobre o Estatuto da Magistratura. Também é dada iniciativa aos Tribunais Superiores e ao Ministério Público para as leis relativas à criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares (art. 93, 96, II, e 127, § 2º, da Constituição de 1988).

O aspecto fundamental da iniciativa reservada está em resguardar a seu titular a decisão de propor direito novo em matérias confiadas à sua especial

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Ibidem, p. 222.

⁷² § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

atenção, ou de seu interesse preponderante⁷³. As hipóteses de iniciativa reservada, no entanto, não estão excluídas da possibilidade de emenda por parte do Parlamento, salvo se as alterações propostas pelo Legislativo ao projeto de iniciativa reservada provocarem aumento de despesa, vedação contida no art. 63 da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 também confere iniciativa de leis complementares e leis ordinárias aos cidadãos. Dispõe, com efeito, o art. 61, § 2º, da Constituição de 1988: “a iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

A iniciativa de cada parlamentar é exercida perante sua Casa, pelo depósito do projeto junto à Mesa da Câmara a que pertence. A do Presidente da República, a do Supremo Tribunal Federal e a dos tribunais superiores, assim como a iniciativa popular devem ser exercidas perante a Câmara dos Deputados (art. 64 e 61, § 2º, da Constituição de 1988).

O sistema parlamentar bicameral impõe que a produção das leis perpassa pelas duas Casas Legislativas: Câmara dos Deputados e Senado Federal. O projeto de lei é aprovado, conforme prescreve o art. 47 da Constituição, se obtiver maioria de votos, quando presente a maioria absoluta dos membros da Casa. Aprovado o projeto por uma das Casas, é encaminhado à outra para revisão.

Na casa revisora, após o regular trâmite, o projeto pode ser aprovado tal como veio, ser aprovado com emendas, ou ser rejeitado. Na primeira hipótese, o projeto é enviado ao Presidente da República para sanção ou veto. Na última circunstância – rejeição do projeto, o mesmo é arquivado. Em caso de aprovação do projeto com emendas, o mesmo volta à Casa de origem, para a apreciação das emendas exclusivamente. Se estas forem aceitas, com elas é encaminhado o projeto ao Presidente da República. Se rejeitadas, sem elas é remetido o projeto para o Chefe do Poder Executivo.

Completa a fase constitutiva do processo legislativo a apreciação pelo Executivo do texto aprovado pelo Congresso. Essa apreciação pode resultar no assentimento – a sanção – ou na recusa – o veto.

⁷³ Idem.

Na lição de FERREIRA FILHO⁷⁴, “a sanção é que transforma o projeto aprovado pelo Legislativo em lei”, sendo “operação integradora da feitura da lei”, por meio da qual se conjugam as vontades do Congresso e do Presidente para a formação da lei ordinária.

A sanção pode ser expressa, caso o Presidente formalize a sua aquiescência no prazo de quinze dias contados do recebimento do projeto (art. 66 da Constituição Federal), ou tácita, quando deixa escoar tal prazo sem manifestação, hipótese na qual se considera sancionado – tacitamente – o projeto⁷⁵.

Caso o Presidente não concorde com o projeto de lei, pode vetá-lo, total ou parcialmente, impedindo, assim, a transformação do projeto de lei – ou de parte dele – vetado em lei (art. 66, § 1º, da Constituição de 1988)⁷⁶.

O veto deve ser sempre fundamentado. São dois os motivos aptos a justificar o veto pelo Poder Executivo: inconstitucionalidade do projeto de lei (veto jurídico) ou inconveniência, isto é, desvantagem para o interesse público (veto político).

Enquanto o veto por inconveniência apresenta o Presidente como defensor do interesse público, o veto por inconstitucionalidade o revela como guardião da ordem jurídica⁷⁷. O veto jurídico constitui nítido controle político de constitucionalidade preventivo exercido pelo Executivo.

O veto do Presidente ao projeto de lei – ou a parte dele – é apreciado pelo Congresso Nacional, que pode mantê-lo ou derrubá-lo. Sobre a natureza e efeitos do veto, precisa a lição de FERREIRA FILHO⁷⁸:

O veto, em nosso Direito, é suspensivo ou superável. Não é ele um ato de deliberação negativa, do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, consequência do chamado veto absoluto, mas é ato de recusa, do qual resulta o reexame do projeto pelo próprio Legislativo, que poderá superá-lo por maioria qualificada.

Seu efeito, pois, não é suspender a entrada em vigor da lei, já que não é lei o ato que sofre o veto, mas alongar o processo legislativo, impondo a reapreciação do projeto pelo Congresso, à luz da discordância presidencial.

⁷⁴ Ibidem, p. 227.

⁷⁵ Art. 66 da Constituição de 1988:

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

⁷⁶ § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 228.

⁷⁸ Ibidem, p. 230.

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 (art. 66, § 4º, da Constituição de 1988). Se a apreciação não ocorrer no prazo estipulado de trinta dias, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final (art. 66, § 6º, da Constituição de 1988).

Após a sanção – ou a derrubada do veto – a lei deve ser promulgada e publicada para que possa produzir seus regulares efeitos.

Outra modalidade de ato normativo previsto pela Constituição é a lei complementar.

As leis complementares são atos legais a serem editadas nas matérias às quais o constituinte quis dar maior relevância que o conferido à legislação ordinária. Na lição de André Ramos Tavares:

“Algumas matérias há que o legislador constituinte entendeu serem importantes, mas para cuja alteração reconheceu a necessidade de ser mais flexível, deixando de inseri-las no contexto constitucional. Não obstante isso, não se pretendeu deixar para regulamentação de lei ordinária o tratamento desses temas. Foi por isso que se criou a espécie normativa denominada lei complementar”⁷⁹.

Onde, portanto, o constituinte não cobrou a regulação de matéria por meio de lei complementar, há assunto para lei ordinária.

Quanto à elaboração, a lei complementar segue o rito previsto para a formação da lei ordinária, com uma única diferença: a exigência de maioria absoluta em cada uma das Casas do Congresso Nacional para sua aprovação. Dispõe, com efeito, o art. 69 da Constituição Federal: “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”.

Portanto, as leis complementares diferem das leis ordinárias sob dois aspectos: a) são cabíveis para regular matérias que a Constituição expressamente outorga regramento à lei complementar; b) as aprovadas por maioria absoluta dos membros de cada Casa Legislativa, e não por maioria simples, como ocorre com as leis ordinárias.

⁷⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1280.

Outra espécie normativa admitida pela Constituição de 1988 é a lei delegada, elaborada pelo Presidente da República mediante delegação do Congresso Nacional, conferida através de resolução, que especificará os conteúdos e os termos da delegação (art. 68 da Constituição de 1988)⁸⁰.

O texto constitucional não admite delegação legislativa ao Presidente da República acerca de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, de matéria reservada à lei complementar, ou de legislação que disponha sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; ou de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A Constituição de 1988 também estabelece como espécie normativa, listando-as no art. 59, as medidas provisórias. São elas atos normativos, com força de lei, expedidos pelo Presidente da República, em caso de relevância e urgência, submetidos a posteriori ao Congresso Nacional (art. 62 da Constituição Federal).

A inserção das medidas provisórias no contexto do processo legislativo feita pelo art. 59 da Constituição Federal é alvo de críticas da doutrina. Isso porque a formação das medidas provisórias não é objeto de processo legislativo, pois são elas simplesmente editadas pelo Presidente da República⁸¹. Com efeito, o texto constitucional não traz regramentos acerca da forma de produção das medidas provisórias, apenas estabelece os requisitos que autorizam a sua edição, as hipóteses em que a utilização de tal espécie normativa não é permitida, e o procedimento de apreciação das mesmas, depois de já editadas, pelo Parlamento.

Inexiste, a rigor, um processo legislativo constitucional no que concerne às medidas provisórias, pois a Constituição não impõe qualquer rito específico que deva ser adotado para a expedição de tal ato normativo pelo Presidente da

⁸⁰ Art. 68: As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992. P. 458.

República. O que a Constituição disciplina é apenas, além dos pressupostos para a edição de tal espécie normativa e as hipóteses em que a mesma não é permitida, o procedimento de exame das medidas provisórias pelo Parlamento, para fins de conversão ou não em lei. Nesse sentido, não há previsão constitucional de um *procedimento* legislativo para a *formação* em si – *nascimento* – de medidas provisórias.

Por fim, também constantes no rol do art. 59 da Constituição Federal estão os decretos legislativos e as resoluções. Os primeiros são atos expedidos pelo Congresso Nacional, no exercício de sua competência exclusiva, isto é, atos para os quais a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República⁸². Já as resoluções compreendem as deliberações dos órgãos colegiados, as quais se exaurem na própria Câmara de origem e independem de sanção⁸³. Os decretos legislativo e e as resoluções não são leis em sentido material – normas dotadas do caráter de generalidade e abstração –, e também não possuem um procedimento de formação constitucionalmente estabelecido.

2.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO LEGISLATIVO BRASILEIRO

Consoante já abordado no presente trabalho, o controle de constitucionalidade pode ser classificado, quanto ao momento em que é exercido, em preventivo e repressivo. Aquele realizado antes da entrada em vigor do ato normativo, de modo a impedir que norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. Por outro lado, o controle repressivo é exercitado em face de ato normativo já editado, visando excluir do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição.

O controle preventivo, por sua natureza prévia em relação ao nascimento do ato normativo objeto do exame de constitucionalidade, é, necessariamente, exercitado no curso do processo legislativo, isto é, durante o procedimento de formação da norma legal, antes do seu definitivo nascimento.

Nesse sentido, somente aquelas espécies normativas sobre as quais a Constituição Federal traçou, ao menos minimamente, um procedimento legislativo a

⁸² MORAES, op. cit. P. 25.

⁸³ Idem.

ser percorrido para a sua edição é que naturalmente podem ser objeto de controle preventivo de constitucionalidade. São elas: as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas.

As demais espécies normativas, na medida em que a Constituição não lhes regrou uma fase preliminar necessária para a sua formação (fase essa na qual exclusivamente se pode exercer o controle preventivo), não possibilitam que sobre elas seja realizado o controle prévio.

Esse é o motivo pelo qual não se mostra cabível controle preventivo de constitucionalidade das medidas provisórias. Como não há um procedimento traçado para a sua formação, sendo elas simplesmente editadas pelo Presidente da República, inexistente momento próprio para a realização de controle prévio (a não ser, obviamente, pelo próprio idealizador do ato normativo, quando da sua elaboração). Quanto às medidas provisórias, o texto constitucional normatiza apenas o procedimento de exame das mesmas pelo Parlamento, para fins de conversão ou não em lei. Assim, qualquer controle de constitucionalidade a ser exercido nesses casos de medidas provisórias é de caráter repressivo – eis que a norma já fora editada pelo Executivo.

Na lição de Michel Temer⁸⁴: “*nem todos os projetos de atos normativos se submetem, constitucionalmente, a esse controle preventivo. Incorre, por exemplo, no caso de medidas provisórias, resoluções dos Tribunais e decretos*”, acerca dos quais inexistente um processo de formação constitucionalmente definido.

Fixadas a premissa de que o controle preventivo de constitucionalidade é sempre exercido no transcorrer do processo legislativo – processo de formação do ato normativo –, analisemos as hipóteses de exercício desse controle prévio no âmbito do processo legislativo brasileiro.

Embora prevaleça no Direito brasileiro o controle de constitucionalidade jurisdicional, ou seja, exercido por órgãos do Poder Judiciário, certo é que, quando se tem por mira o controle preventivo, sobressai o papel dos Poderes Legislativo e Executivo na verificação da constitucionalidade das normas *in fieri*. Pode-se, afirmar, assim, que o controle preventivo, exercido no curso do processo legislativo, é primordialmente político – realizado essencialmente por órgãos políticos, não judiciários.

⁸⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 43.

Com efeito, embora existam específicas hipóteses em que o Poder Judiciário acaba exercendo controle preventivo de constitucionalidade, este é realizado com destaque, no modelo constitucional brasileiro, pelo Legislativo e Executivo.

O controle preventivo é exercido pelo Poder Legislativo no próprio processo de elaboração das leis, no qual o Parlamento, através de seus membros e comissões, examina, além da conveniência e adequação política da norma em gestação, também sua viabilidade jurídica em face do texto constitucional.

No âmbito do processo legislativo, existe um momento especialmente cunhado para a verificação da (in)constitucionalidade do projeto de lei em formação, qual seja, o exame das Comissões de Constituição e Justiça de cada Casa, que devem manifestar-se sobre a constitucionalidade e juridicidade do projeto.

As Comissões Permanentes de Constituição e Justiça têm por objetivo principal examinar a constitucionalidade do projeto de lei ou da proposta de emenda constitucional, emitindo parecer⁸⁵.

A importância do parecer de inconstitucionalidade das Comissões de Constituição e Justiça, que tem natureza terminativa, ou seja, ensejam o arquivamento do projeto reconhecidamente inconstitucional, é lembrada por João Paulo Castiglioni Helal:

“No Senado Federal, sendo negativo o parecer das referidas comissões, declarando a inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será ela considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, ressalvada, não sendo unânime o parecer, a hipótese de interposição de recurso por um décimo dos membros do Senado no sentido de sua tramitação. Tratando-se, todavia, de inconstitucionalidade parcial, as Comissões poderão dar prosseguimento à proposição caso ofereçam emenda retificando a pecha.

Na Câmara dos Deputados, da mesma guisa, o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania será terminativo quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria. Da referida deliberação, no entanto, caberá recurso para o plenário da Casa”.

Ademais, o Poder Legislativo também pode exercer o controle preventivo de constitucionalidade pelo próprio Plenário da Casa, quando houver rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

Além do Legislativo, o Poder Executivo também tem importante papel no controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, exercido quando

⁸⁵ HELAL, op. cit. P. 191.

estes, aprovados pelo Parlamento, são submetidos ao Chefe do Poder Executivo, que poderá vetá-los por razões de inconstitucionalidade.

Concluída a votação e aprovado o projeto de lei pelo Poder Legislativo, ele o envia ao Chefe do Poder Executivo, o qual poderá sancioná-lo ou vetá-lo total ou parcialmente⁸⁶.

O veto jurídico é a discordância do chefe do Poder Executivo com determinado projeto de lei por entender ser o mesmo inconstitucional. Nesse caso, desempenha o Poder Executivo o papel de guardião da ordem jurídica⁸⁷. O veto há de ser sempre expresse e fundamentado. Caso o projeto de lei não seja vetado no prazo de 15 dias de seu recebimento pelo chefe do Poder Executivo, considera-se sancionado o projeto de lei.

Uma vez aposto o veto, cabe ao Congresso Nacional apreciá-lo, de modo a mantê-lo ou derrubá-lo. E esse papel de apreciação do veto jurídico também caracteriza um momento de exercício de controle preventivo de constitucionalidade por parte do Legislativo, eis que examinará a adequação do projeto de lei ao texto constitucional, verificando a legitimidade de ingresso do ato normativo questionado no ordenamento jurídico.

Além do Legislativo e Executivo, também ao Poder Judiciário é dado, em situações específicas, o exercício de controle preventivo de constitucionalidade – realizado no curso do processo legislativo, durante a formação da lei. O tema em questão será objeto do próximo capítulo.

⁸⁶ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 228.

3. O CONTROLE PREVENTIVO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Uma vez examinadas as formas de controle preventivo de constitucionalidade de natureza política – exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo, órgãos não jurisdicionais –, passemos ao estudo do controle preventivo de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

A clássica divisão do controle judicial nos sistemas concentrado-abstrato-principal e difuso-concreto-incidental também se aplica à modalidade preventiva de controle jurisdicional. E é justamente com espeque nessa dualidade básica dos sistemas de controle judicial existentes que será realizado o exame do controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário no Direito Brasileiro.

Primeiramente, abordar-se-á o controle preventivo judicial na modalidade concentrada-abstrata-principal, padrão adotado nas Constituições dos países que admitem o controle jurisdicional prévio, mas que não ganhou lugar na experiência constitucional brasileira.

Após, será examinada a modalidade de controle de constitucionalidade judicial prévio reconhecido no Direito brasileiro, de natureza concreta-incidental, fruto de construção jurisprudencial pátria. Nesse contexto, imprescindível a análise da jurisprudência relativamente ao tema em questão, para fins da exata delimitação da estrutura do sistema de controle judicial prévio realizado no Brasil.

3.1. O CONTROLE JUDICIAL PREVENTIVO DE NATUREZA CONCENTRADA-ABSTRATA-PRINCIPAL: MODELO BASE DE CONTROLE PRÉVIO NO DIREITO COMPARADO

No sistema concentrado-abstrato-principal de controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, conforme já mencionado no primeiro capítulo desse estudo, há a previsão da existência de um Tribunal Constitucional, ao qual compete o exame da (in)constitucionalidade do ato normativo, mediante provocação por ação direta de um dos legitimados pela Constituição para tanto.

Nesse modelo, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal Constitucional pela via principal, vale dizer, por meio de uma ação específica proposta perante a Corte que tenha como objeto justamente a própria verificação da constitucionalidade de determinado ato normativo, independente de qualquer controvérsia concreta subjacente ao mesmo. Assim, a Corte Constitucional examina a (in)constitucionalidade da norma em tese, abstratamente considerada, inexistindo demanda de natureza subjetiva a ser resolvida.

O papel do Tribunal Constitucional, ao julgar a ação direta proposta, se resume na aferição da compatibilidade entre a norma e a Constituição. A controvérsia a ser decidida consiste tão somente na verificação de tal compatibilidade entre a norma questionada e a norma superior – Constituição, inexistindo uma demanda concreta sobre a qual se tenha de aplicar o ato normativo objurgado.

Feitas essas considerações acerca do modelo concentrado-abstrato-principal de controle judicial de constitucionalidade, tem-se que o mesmo terá aplicação, sob a perspectiva do controle preventivo, na hipótese de se possibilitar ao Tribunal Constitucional o exame da constitucionalidade de lei ou ato normativo, abstratamente considerados, antes de entrarem em vigor.

No controle preventivo abstrato, a Constituição define o órgão jurisdicional competente para apreciar a constitucionalidade da lei previamente, indica os titulares da iniciativa de deflagrar o processo judicial de controle preventivo, fixa os prazos da ação e delimita seus efeitos⁸⁸.

É exercido de forma concentrada, pelo Tribunal Constitucional ou órgão semelhante, a quem couber a guarda da Constituição, e tem por finalidade verificar a constitucionalidade da lei *in potència*, como virtual resultado do procedimento legislativo. Em regra, tal controle é realizado após a aprovação da lei ou ato normativo pelo Parlamento, mas antes da sua publicação e entrada em vigor.

Tal espécie de controle preventivo é previsto na Constituição de diversos países europeus, como na França, Portugal e Itália.

O exemplo por excelência do controle preventivo abstrato de constitucionalidade é o modelo francês⁸⁹. Na França, antes do advento da reforma

⁸⁸ MORAES, op. cit., p. 43.

⁸⁹ O controle de constitucionalidade preventivo exercido na França, no entanto, não é judicial, mas político. Isso porque a Corte Constitucional francesa (Conselho Constitucional) não é órgão

constitucional de 2008, o controle preventivo era a única modalidade de fiscalização de constitucionalidade admitida⁹⁰.

No modelo francês, o Conselho Constitucional realiza o controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos no decorrer do processo legislativo, obrigatoriamente em algumas hipóteses e, em outras, mediante provocação do Governo ou do Parlamento (presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores)⁹¹. Dessa guisa, analisa-se a conformidade do projeto de lei ou do ato normativo, ou da proposta de emenda constitucional, com a Constituição, antes de sua promulgação, ou seja, antes de ter vigência⁹².

Em Portugal também é admitido o controle preventivo da constitucionalidade das leis, sob forma abstrata, perante o Tribunal Constitucional. Tal forma de controle preventivo pode ser provocada mediante ação do Presidente da República, do Primeiro Ministro, dos Representantes da República ou de um quinto dos deputados, sendo realizada após a fase de deliberação legislativa e antes da promulgação do ato⁹³. Segundo J. J. gomes Canotilho, “trata-se de uma

jurisdicional, apresentando feição marcadamente política, pois diretamente vinculado ao Poder Legislativo. Apesar de não poder ser classificado como controle judicial, o sistema francês de controle preventivo de constitucionalidade – consistente na previsão de um órgão constitucionalmente definido para o exame prévio (antes da entrada em vigor) da constitucionalidade das leis e atos normativos – serve de modelo para os demais países europeus que também adotaram o controle prévio concentrado-abstrato, mas a cargo de órgãos de natureza judicial.

⁹⁰ Desde 2008, com a promulgação da Lei de Reforma Constitucional n° 724, o *Conseil Constitutionnel* incorporou às suas atribuições o exercício do controle abstrato de constitucionalidade repressivo (a posteriori), aproximando, assim, o modelo francês do praticado nas demais democracias europeias.

⁹¹ ARTIGO 61° da Constituição Francesa: As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.

⁹² HELAL, op. cit., p. 117.

⁹³ Art. 278 da Constituição Portuguesa:

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 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.

verdadeira decisão jurisdicional sobre a constitucionalidade de projectos de actos normativos”⁹⁴.

Na Itália, há o controle preventivo da constitucionalidade das leis regionais exercido pelo Tribunal Constitucional⁹⁵.

O sistema de controle jurisdicional abstrato preventivo das leis e atos normativos não é – e nunca foi – admitido pela Constituição brasileira. No Brasil, o controle preventivo abstrato das leis é confiado apenas a órgãos políticos: órgãos internos das Casas Legislativas e Presidente da República.

Na lição de Anna Cândida Ferraz:

“ante o sistema vigente, não existe a previsão do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, nos moldes existentes no direito comparado. Não é prevista a possibilidade de o Judiciário, em tese, impedir a tramitação (frustrando a iniciativa, discussão ou aprovação) de projetos de lei em curso no Congresso Nacional e a conseqüente conversão destes em lei, fundado em motivo de inconstitucionalidade.

(...) 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, em abstrato.

(...) Atos normativos *in fieri*, ainda em fase de formação, com tramitação não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas”⁹⁶.

A propósito do tema, adverte Gilmar Ferreira Mendes:

“O controle abstrato de normas pressupõe, também na ordem jurídica brasileira, a existência formal da lei ou do ato normativo após a conclusão definitiva do processo legislativo. Não se faz mister, porém, que a lei esteja em vigor. Essa orientação exclui a possibilidade de se propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade de caráter preventivo”⁹⁷.

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.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 872

⁹⁵ MORAES, op. cit., p. 41.

⁹⁶ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.36, n.142, p.279-296, abr./jun. 1999

⁹⁷ MENDES, op. cit. p. 1063.

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, rechaçando a possibilidade de controle concentrado preventivo no Direito Brasileiro. É o que ficou assentado na ADI 466/DF, relatada pelo Ministro Celso de Mello, em que se pretendia, mediante ação direta, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 1-B, de 1988, que submetia a plebiscito popular a instituição de pena de morte para os crimes nela indicados.

Eis a ementa do referido julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, 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 supõe - 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 à apreciação 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 idôneo, 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 à 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, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º 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. (ADI 466 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/1991, DJ 10-05-1991 PP-05929 EMENT VOL-01619-01 PP-00055) – Grifos nossos

Conclui-se, portanto, que o sistema constitucional brasileiro não autoriza o controle judicial preventivo abstrato, ou seja, somente se autoriza à Suprema Corte, mediante ação direta, a verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, após a regulação, edição, promulgação e publicação do mesmo, sendo incabível o exercício de tal espécie de controle ainda no transcorrer do processo legislativo.

3.2. O CONTROLE JUDICIAL PREVENTIVO DE NATUREZA DIFUSA-CONCRETA-INCIDENTAL: MANDADO DE SEGURANÇA PARA PROTEÇÃO DO DIREITO DE PARLAMENTAR AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO CONSTITUCIONAL

Foi dito que a Constituição Federal Brasileira de 1988 não prevê nem autoriza o controle judicial preventivo abstrato de constitucionalidade, sendo tal conclusão corroborada pelo entendimento da Suprema Corte nacional. Também é fato que a Carta Magna brasileira não estabelece expressamente hipótese de controle de constitucionalidade judicial preventivo *in concreto*. Com efeito, quanto ao modelo de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis, a Constituição de 1988 adota com exclusividade o sistema de fiscalização sucessiva, sem qualquer referência expressa à fiscalização preventiva por Juízes e Tribunais⁹⁸.

Sucedo, no entanto, a par da inexistência de previsão constitucional expressa de controle judicial preventivo de constitucionalidade, que a Suprema Corte brasileira acabou construindo, jurisprudencialmente, um modelo bastante peculiar de controle de constitucionalidade jurisdicional de natureza prévia.

Trata-se da utilização da ação de mandado de segurança por parlamentar, no qual se busque a sustação do processo legislativo em curso em razão da inobservância de normas constitucionais acerca do seu trâmite,

⁹⁸ MORAES, op. cit., p. 15.

protegendo, assim, direito líquido e certo do parlamentar ao respeito ao devido processo legislativo constitucional.

O mandado de segurança é uma ação com previsão constitucional e que se destina a proteger direito líquido e certo, individual ou coletivo, violado ou ameaçado de violação por ato ou omissão de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições públicas, praticado ilegalmente ou com abuso de poder.

Cuida-se de uma invenção brasileira, instituída pela Constituição de 1934, desprezada pela Carta autoritária de 1937, mas restabelecida pela Constituição democrática de 1946 e mantida pelas demais que a sucederam. No Direito comparado não há ações similares, aproximando-se, em particular, do *judicio* de amparo do direito mexicano. Sua principal fonte foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*⁹⁹.

Tendo em vista que a Constituição brasileira estabelece um regramento básico acerca do processo legislativo, isto é, disciplina determinadas questões que devem ser respeitadas pelo Parlamento quando do exercício da atividade legiferante, o descumprimento das balizas constitucionais relativas ao procedimento de formação das leis caracteriza, por si só, situação de inconstitucionalidade, que pode ser objeto de intervenção judicial para fins de garantir o cumprimento dos ditames constitucionais. Essa intervenção judicial pode ser concretizada por meio de provimento jurisdicional emitido em ação de mandado de segurança, de modo a, tutelando direito líquido e certo do parlamentar à observância do regramento constitucional quanto ao procedimento legislativo, emitir o Judiciário ordem mandamental no sentido de adequar o processo legislativo à disciplina constitucional.

José Alcione Bernardes Junior assevera cabível a impetração de mandado de segurança no controle jurisdicional preventivo das atividades legiferantes, tendo em vista o “direito líquido e certo que toca a cada parlamentar de participar de um procedimento de elaboração normativa marcado pela lisura e observância das normas que o disciplinam”¹⁰⁰.

⁹⁹ CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 161.

¹⁰⁰ BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. O controle jurisdicional do processo legislativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 102.

Nessa ordem de ideias, a jurisprudência da Suprema Corte admite a possibilidade do uso do mandado de segurança para arguir vício formal de inconstitucionalidade das leis em processo de formação, com base no fundamento de que os parlamentares têm direito ao cumprimento do devido processo legislativo constitucional na fase de elaboração dos projetos de lei e emendas à Constituição.

A título de exemplo, colha-se o seguinte precedente da Suprema Corte brasileira:

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.
(MS 24642, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2004, DJ 18-06-2004 PP-00045 EMENT VOL-02156-02 PP-00211)

Vale ressaltar que essa espécie de controle preventivo judicial de constitucionalidade admitido pelo Supremo Tribunal Federal é exercido de forma *incidental*, ou seja, como questão prejudicial ao exame da controvérsia principal, consistente na legitimidade da tramitação do processo legislativo tal como esteja sendo encaminhado no âmbito das Casas Legislativas.

No mandado de segurança interposto, o pedido principal é a sustação/invalidação do trâmite do processo legislativo em curso no Parlamento, *fundamentado* na alegação de desrespeito às normas constitucionais que disciplinam o procedimento de elaboração legislativa. Assim, uma vez reconhecido a violação ao regramento constitucional acerca do processo legislativo, a Suprema Corte concede a segurança para o fim de sustar o processamento irregular, devendo o Parlamento, em se tratando de vício de constitucionalidade que possa ser sanado, adequar o procedimento à disciplina constitucional. Nessa modalidade de controle, a inconstitucionalidade é suscitada como fundamento da pretensão do autor

(parlamentar) de ver obstado procedimento legislativo em desconformidade com os preceitos da Constituição aplicáveis à fase de formação das espécies legislativas.

Tendo em vista que a autoridade coatora nesses casos de mandado de segurança, em se tratando de processo legislativo no âmbito federal, é a mesa diretora da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (órgão ao qual compete a condução do procedimento legislativo e, em razão disso, responsável em adotar as providências para que os trâmites da atividade legiferante sigam os contornos traçados na Constituição), cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar a referida ação constitucional¹⁰¹.

João Paulo Castiglioni Helal bem sintetiza o sistema de controle preventivo de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte brasileiro em casos de mandado de segurança ajuizados por parlamentar em razão de inconstitucionalidades ocorridas no processo legislativo:

“É cabível, também, o controle jurisdicional da constitucionalidade durante o tramite do processo legislativo, malgrado não exista, efetivamente, uma lei ou ato normativo, mas projeto de alguma espécie normativa. Tal controle se dará, incidentalmente, por meio do controle difuso, com o ajuizamento de mandado de segurança, cujos legitimados serão os parlamentares que forem prejudicados durante o processo legislativo, sob alteração de que tiveram ferido o direito líquido e certo de participação de um processo de elaboração de normas de acordo com a Constituição. Trata-se de direito público subjetivo dos parlamentares de participarem de um processo legislativo que esteja de acordo com as normas constitucionais.

Dessa guisa, o controle preventivo pode ser realizado pelo Poder Judiciário quando existir violação e/ou vedação do procedimento da espécie normativa arraigado na Constituição.

(...)

Logo, o Poder Judiciário poderá ser provocado, por meio de mandado de segurança, impetrado por um parlamentar, contra ato concreto da autoridade coatora, para analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um projeto de espécie normativa em tramite no Poder Legislativo, com o desiderato de tolher o desrespeito às normas procedimentais marchetadas na Constituição, fazendo com que os parlamentares não sejam coagidos a participar de um procedimento inconstitucional.

Dessarte, o Poder Judiciário realiza o controle preventivo sobre um projeto de lei em trâmite no Poder Legislativo, garantindo ao parlamentar o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo sem vício, isto é, compatível com a Constituição. Trata-se de controle difuso da constitucionalidade exercido pelos parlamentares, no caso concreto, pela via incidental ou de defesa. Devem-se colimar as regras procedimentais

¹⁰¹ Importa registrar que se se cuidar de processo legislativo estadual ou municipal, a competência para julgar eventual mandado de segurança no qual se alega vício de inconstitucionalidade procedimental é do órgão judicial previsto na legislação infraconstitucional (Constituições Estaduais ou leis locais).

ínsitas na Constituição (arts. 59 a 69), quando da feitura das espécies normativas”¹⁰².

Sobre o tema também é precisa a lição de Pedro Lenza:

“O controle prévio ou preventivo de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário sobre PEC ou projeto de lei em tramite na Casa Legislativa busca garantir ao parlamentar o respeito ao devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição. Trata-se, como visto, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental”¹⁰³.

A legitimidade ativa para a impetração do Mandado de segurança com alegação inconstitucionalidade no tramite do procedimento legislativo é exclusiva do parlamentar, na medida em que o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido (devido processo legislativo) pertence somente aos membros do Poder Legislativo. Foi o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos mandados de segurança nº 24.576 (relatora ministra Ellen Gracie – julgado em 27 de junho de 2003) e nº 24.593 (relator ministro Maurício Corrêa – julgado em 31 de julho de 2003).

Percebe-se que o juízo de (in)constitucionalidade exercido pela Suprema Corte ao apreciar mandados de segurança impetrados por parlamentares com alegação de inconstitucionalidade do processo legislativo se circunscreve basicamente, a vícios de inconstitucionalidade de natureza formal/procedimental. Analisa-se, nesses casos, se o trâmite, o procedimento, que está sendo impresso pelo Parlamento no processo legislativo está em consonância com as regras constitucionais disciplinadoras do rito de elaboração legislativa.

É o caso, por exemplo, de projeto de lei proposto por um parlamentar que veicule matéria que já fora objeto de proposição rejeitada na mesma sessão legislativa, o que configura desrespeito à regra do processo legislativo prevista no art. 67 da CF. Do mesmo modo, o trâmite de emenda constitucional proposta por apenas um parlamentar, quando a Constituição somente autoriza proposta de emenda constitucional apresentada por, no mínimo, um terço dos membros de qualquer das casas do Parlamento.

Esses são exemplos de desrespeito às regras constitucionais que orientam o andamento do processo legislativo, de modo que, por caracterizarem, de

¹⁰² HELAL, op. cit. p. 164.

¹⁰³ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 306.

pronto, vulneração a normas da Constituição, podem ensejar controle das proposições legislativas pelo Poder Judiciário. Vale registrar que, aqui, não se examina a constitucionalidade do conteúdo da proposição legislativa, mas tão somente a congruência do trâmite legislativo que lhe fora imprimido com aquele previsto na Constituição.

Portanto, em regra, o vício que justifica a impetração desse tipo de mandado de segurança é de natureza formal (falta do número mínimo de assinaturas, quando cabível; apresentação de PEC durante estado de defesa, estado de sítio ou intervenção federal; desrespeito à irrepetibilidade)¹⁰⁴.

No entanto, apesar de o exame de constitucionalidade nos casos de impetração de mandado de segurança por parlamentar se limitar, basicamente, a aspectos formais do processamento de elaboração legislativa, existe uma hipótese em que, para o reconhecimento de vício de inconstitucionalidade formal é necessária a análise da matéria veiculada na proposição legislativa. Trata-se do caso de propostas de emendas à Constituição tendentes a abolir as denominadas cláusulas pétreas, cuja própria deliberação é vedada pelo texto constitucional, em seu art. 60, § 4º, *verbis*:

Art. 60

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

O supratranscrito dispositivo constitucional proíbe a deliberação de emendas constitucionais tendentes a abolir as intituladas cláusulas pétreas. Quer isto dizer que o Parlamento não tem autorização constitucional sequer para proceder à votação de emendas constitucionais que apresentem conteúdo apto a suprimir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Portanto, para além de impedir a edição de emendas constitucionais que violem as denominadas cláusulas pétreas, a Constituição proíbe a mera deliberação, ou seja, discussão, votação, pelo Poder Legislativo, de emendas constitucionais dessa natureza.

¹⁰⁴ TRINDADE, op. cit., p. 261.

Verifica-se, assim, a existência de uma limitação de ordem formal (impossibilidade de deliberação de emenda constitucional pelo Parlamento) vinculada a aspecto de cunho material (emenda constitucional que veicule conteúdo vedado pela Constituição).

Nesse caso, portanto, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade formal perpassa, necessariamente, pela prévia verificação do conteúdo da proposta de emenda à Constituição, de modo que, constatada que a matéria nela veiculada ofende alguma das cláusulas pétreas, impõe-se o reconhecimento da impossibilidade de sua deliberação pelo Congresso Nacional.

Em tais hipóteses, o parlamentar pode impetrar mandado de segurança para impedir a deliberação de propostas de emendas constitucionais ofensivas às cláusulas pétreas pelo Congresso Nacional (eis que a simples votação de propostas de emendas à Constituição desse teor já desrespeito o devido processo legislativo, nos termos do art. 60, § 4º, da Lei Maior). E, nesses casos, a Suprema Corte, para reconhecer o vício formal de inconstitucionalidade do processo legislativo – relativo à (im)possibilidade de pautar a PEC para votação – haverá, obrigatoriamente, de analisar a constitucionalidade material do texto da proposta, aferindo se a mesma agride ou não algumas das cláusulas pétreas indicadas nos incisos do § 4º do art. 60 da Constituição.

Portanto, nesses casos, a Suprema Corte exercerá verdadeiro controle preventivo material de constitucionalidade da proposta de emenda constitucional para que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da mesma (em razão de ferir as matérias previstas os incisos do § 4º do art. 60 da Constituição) impedir a sua deliberação, vedada pelas regras constitucionais que disciplinam o processo legislativo.

O cabimento do mandado de segurança na tutela do direito líquido e certo do parlamentar ao devido processo legislativo, notadamente em razão da impossibilidade de deliberação de emendas constitucionais afrontosas às cláusulas pétreas, foi admitido pela primeira vez no voto-vista do Ministro Moreira Alves no julgamento do MS n. 20.257-DF.

Na ocasião, os então senadores Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale impetraram o *writ* contra ato da mesa do Congresso Nacional que admitiu deliberação de proposta de emenda constitucional que prorrogava os mandatos de prefeitos, vice-prefeitos e vereadores de dois para

quatro anos. Argumentavam os parlamentares que a referida proposta de emenda à Constituição “tendia a abolir a Federação ou a República”.

Na ocasião, embora conhecido o mandado, sua segurança foi denegada “por ser manifesta a improcedência de sua fundamentação”. Isso porque a proposta de emenda à Constituição impugnada não violaria a cláusula pétrea da República, nem levaria a mandatos “eternos” ou abriria caminho a infinitas prorrogações. Em outras palavras, não fora desrespeitada qualquer cláusula pétrea, não estava diante do Supremo Tribunal Federal proposta cujo trâmite fosse de antemão proibido pela Constituição¹⁰⁵.

Eis a ementa do referido julgado paradigmático:

- 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 é o caso previsto no parágrafo 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, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já 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 conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido.

(MS 20257, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1980, DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 RTJ VOL-00099-03 PP-01031)

A partir de então, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º. Em mais de um precedente, a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emendas a Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MORAES, op. cit., p. 42.

¹⁰⁶ BARROSO, op. cit. p. 46.

Diante desse obstáculo constitucional à simples deliberação de proposta de emenda de conteúdo afrontoso à Constituição é que foi construído o entendimento jurisprudencial de que o Judiciário pode, ao julgar mandado de segurança impetrado por parlamentar, sustar o andamento do próprio projeto de emenda, garantindo ao impetrante o direito líquido e certo de não se submeter a deliberação legislativa desautorizada pela Lei Maior.

Nestas situações, o Poder Judiciário deverá examinar o mérito da proposta de emenda constitucional em curso no Poder Legislativo, e, uma vez constatado que o conteúdo da proposição legislativa em questão fere alguma das cláusulas pétreas do §4º do art. 60 da CF, cabe-lhe sustar o trâmite do projeto de emenda em referência.

Dessa forma, tem-se que, apesar de a Constituição não prever expressamente o controle judicial preventivo de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite essa modalidade de controle realizada tão somente de forma incidental, em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a garantia de seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo constitucionalmente hígido, vale dizer, aquele que não fere diretamente normas constitucionais que regulam o próprio procedimento legislativo.

Nesses casos, o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa (salvo na hipótese de propostas de emendas à Constituição que firam cláusulas pétreas, caso em que, para o reconhecimento da inconstitucionalidade formal consistente na impossibilidade de deliberação das mesmas pelo Parlamento, também há de ser verificada a inconstitucionalidade material da proposta de emenda).

Sendo provocado por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar, compete ao Poder Judiciário analisar a constitucionalidade ou não do projeto da espécie normativa em tramite no Poder Legislativo, isto é, se ele está em conformidade com as normas procedimentais arraigadas na Constituição, tolhendo que os parlamentares participem de um processo legislativo eivado de pecha de inconstitucionalidade (direito líquido e certo), vedado pela Constituição¹⁰⁷.

¹⁰⁷ HELAL, op. cit., p. 197.

3.3. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DE ASPECTOS MATERIAIS DE PROJETOS DE LEI PARA FINS DE IMPEDIR A DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. O MANDADO DE SEGURANÇA 32.033/DF.

Consoante analisado anteriormente, duas são as hipóteses admitidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas quais se afigura possível ao Poder Judiciário, através do julgamento de mandado de segurança impetrado por parlamentar, exercer o controle preventivo de constitucionalidade de proposições legislativas: a) nos casos em que o trâmite destas não obedece ao procedimento legislativo estabelecido na Constituição; e b) em se tratando de propostas de emendas constitucionais cujo conteúdo afronte as denominadas cláusulas pétreas da Constituição, previstas nos incisos do §4º de seu art. 60 (situação que também configura desrespeito ao trâmite das propostas de emendas à Constituição, cuja deliberação, em tais casos, é vedada pelo texto constitucional).

Quanto às duas situações explicitadas, a jurisprudência da Suprema Corte sedimentou-se no sentido de reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário exercer o controle preventivo de constitucionalidade, de modo a intervir no processo legislativo e sustar o trâmite de proposições legislativas em curso no âmbito do Parlamento cujo processamento esteja a desrespeitar as regras constitucionais relativas ao processo legislativo (o que inclui a situação de vedação à deliberação de proposta de emenda à Constituição violadora de cláusulas pétreas, na qual se apresenta imprescindível o exame da inconstitucionalidade do próprio teor da proposta).

Existe corrente de pensamento que defende que a impossibilidade de deliberação de propostas de emendas à constituição tendentes a abolir alguma das cláusulas pétreas também deve se estender às hipóteses de projetos de lei, os quais, segundo essa corrente, também poderiam ter sua votação impedida caso se constatasse que os mesmos apresentam conteúdo ofensivo às cláusulas pétreas. Portanto, para os adeptos desse entendimento, qualquer parlamentar poderia impetrar mandado de segurança visando que o Poder Judiciário impeça a Casa Legislativa de proceder á deliberação de projeto de lei alegadamente violador de alguma das cláusulas pétreas. E, para tanto, o Judiciário haveria de examinar a própria matéria do projeto de lei, assim como é admitido que o faça nos casos de

proposta de emenda constitucional em descompasso com a regra do art. 60, §4º, da Constituição.

Para essa corrente, não existiria razão para que fosse autorizado o controle preventivo acerca de propostas de emendas constitucionais afrontosas a cláusulas pétreas e não se admitisse o mesmo controle para os projetos de lei que veiculassem matérias de igual modo violadoras dos preceitos do §4º do art. 60 da Constituição Federal. Sustentam, com base no brocardo de que “*quem pode o mais, pode o menos*”, que se é possível sustar o andamento de propostas de emendas constitucionais de conteúdo conflitante com o §4º do art. 60 da CF, com mais razão seria possível impedir a deliberação de projetos de lei de semelhante natureza. Asseveram que a legislação infraconstitucional também pode representar mácula às cláusulas pétreas, inclusive de maneira mais fácil do que as emendas constitucionais, dado o procedimento mais dificultoso para a aprovação destas.

Nessa linha de raciocínio, concluem que não só as propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir cláusulas pétreas, mas também os projetos de lei de equivalente teor também podem ser objeto de controle preventivo de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, o qual está autorizado, para garantir o direito individual do parlamentar de não participar de deliberações legislativas vedadas pela Constituição, a sustar o andamento de proposições legislativas (sejam elas de emendas constitucionais ou de leis) materialmente conflitantes com as cláusulas pétreas previstas no §4º do art. 60 da CF.

A controvérsia em questão foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no mandado de segurança 32.033/DF. Tratava o caso de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Senador da República visando impedir a deliberação de projeto de lei em trâmite no Senado Federal, com base no fundamento de que o conteúdo do projeto em questão representaria desrespeito à cláusula pétrea contida no §4º do art. 60 da Constituição Federal.

Ao julgar o *writ*, os Ministros Gilmar Mendes (relator), Dias Toffoli e Celso de Mello concediam a segurança, sob o entendimento de que o projeto de lei questionado de fato continha matéria que caracterizava afronta à cláusula pétrea, e que, se a Corte tem o entendimento de ser possível impedir a deliberação de propostas de emendas constitucionais desse jaez, também seria viável determinar que o Parlamento deliberasse sobre projeto de lei de igual natureza.

No entanto, a maioria dos ministros da Suprema Corte entendeu que tal visão ampliada, no sentido de possibilitar a intervenção do Poder Judiciário na atividade legislativa do Parlamento, de modo a conferir àquele a prerrogativa de exercer controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei supostamente violadores de cláusulas pétreas, não encontra resguardo no ordenamento constitucional.

Concluiu a Suprema Corte, por maioria de votos, não ser possível que o Judiciário impeça a deliberação de meros projetos de lei cujo conteúdo represente suposta ofensa às cláusulas pétreas.

Isso porque, primeiramente, a literalidade do texto constitucional apenas impede a deliberação de propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir qualquer das cláusulas pétreas contidas no §4º do art. 60 da CF. Não há previsão de vedação aos projetos de lei, mas tão somente às emendas constitucionais. A Carta Magna se limita a indicar as propostas de emendas constitucionais como passíveis de terem sua deliberação obstaculizada em razão do grave vício de inconstitucionalidade que eventualmente carreguem. Contudo, não contém previsão semelhante para os projetos de lei ou outras espécies normativas.

Dessa forma, tratando-se de norma excepcionalíssima o dispositivo constitucional que proíbe a própria discussão legislativa de emendas constitucionais tendentes a abolir quaisquer dos preceitos expostos no §4º do art. 60 da CF, eis que possibilita a intervenção do Poder Judiciário nas competências precípua do Poder Legislativo, deve aquela norma ser interpretada restritivamente, de modo a não estender o seu alcance, na medida em que a extensão interpretativa da norma constitucional em questão certamente acarreta tensão na harmonia que deve imperar na relação dos Poderes do Estado, nos termos do art. 2º da CF.

Portanto, consistindo situação excepcional e taxativa prevista no texto constitucional, que permite categoricamente apenas a limitação da deliberação de emendas constitucionais, não fazendo qualquer alusão aos projetos de lei, tem-se que, quanto a estes, inexistente vedação, no que concerne ao seu conteúdo, à respectiva tramitação/deliberação nas casas legislativas.

Além de mencionar textualmente apenas a vedação à deliberação das emendas constitucionais, não fazendo qualquer alusão aos projetos de lei, a conclusão de que a proibição de votação parlamentar somente se aplica às primeiras proposições legislativas também pode ser extraída do fato de,

topograficamente, o art. 60, § 4º, da CR/88 se localizar na Subseção atinente às emendas constitucionais (Subseção II da Seção VIII do Capítulo I do Título IV), que não se aplica aos projetos de lei.

Consoante consta no voto do Ministro Luiz Fux:

“Caso o constituinte pretendesse emprestar o mesmo regime jurídico às propostas de emendas à Constituição e aos projetos de lei, não teria apartado o regramento de tais espécies normativas primárias. Na realidade, há uma disciplina normativa específica para cada uma delas. Mais que isso, quando quis utilizar um tratamento normativo parecido entre ambos os atos normativos, assim o fez, como no art. 60, § 5º (“Art. 60 § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”) e no art. 67 (“Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.”). E esta técnica legislativa, repisa-se, não foi empregada no tocante ao exame de projetos de lei. Ou seja: inexistente norma constitucional expressa que se assemelhe ao art. 60, § 4º, da Constituição, prevendo a possibilidade de controle prévio, sob o prisma material, de projetos de lei”.

Além disso, a maioria da Corte rechaçou o argumento fundado no brocardo de “*quem pode o mais, pode o menos*”, no sentido de que, se a Constituição autoriza o controle preventivo pelo Judiciário de propostas de emendas constitucionais dependendo da gravidade do vício de inconstitucionalidade material que as inquina, automaticamente também permitiria o mesmo controle relativamente aos projetos de lei.

Tal raciocínio apenas seria válido se não houvesse fundamento bastante para o tratamento diferenciado conferido às emendas constitucionais e aos projetos de lei no tocante à recomendação de impedir a própria deliberação legislativa das respectivas proposições em casos de verificada inconstitucionalidade consubstanciada em afronta a cláusulas pétreas. Entretanto, se mostram evidentes as razões do *discrímen* constitucional em relação à viabilidade de censura das deliberações de propostas de emendas à Constituição e de projetos de lei, autorizando a medida apenas quanto a primeira.

Com efeito, a disposição contida no art. 60, § 4º visa, em última análise, a preservar o que se poderia chamar de “*cerne imutável*” ou de “*núcleo duro*” da Constituição, de modo a impedir a modificação, pelo constituinte derivado, de determinadas cláusulas alçadas, pela sua estatura fundamental para a ordem

constitucional posta, à condição de perenes e inalteráveis pelo Poder Constituinte Originário.

A norma inserta no art. art. 60, § 4º, da CF, ao impedir a deliberação de emendas tendentes a abolir as denominadas cláusulas pétreas, buscou resguardar a identidade original dos parâmetros constitucionais estabelecidos pelo constituinte originário como imutáveis. E a modificação de tais parâmetros, consubstanciados nas cláusulas pétreas, apenas pode ser feita através de emenda constitucional, único instrumento normativo apto a alterar o texto promulgado pelo Constituinte originário. Por seu turno, os projetos de lei não representam nenhuma ameaça à existência e estruturação dos preceitos inalteráveis da Constituição, na medida em que a legislação infraconstitucional não tem o condão de realizar mudanças, retirando-lhes eficácia, nos parâmetros intangíveis da Constituição¹⁰⁸.

Portanto, a vedação à deliberação de proposições legislativas tendentes a abolir os preceitos contidos nos incisos do art. 60, § 4º, da CF apenas se limita às propostas de cláusulas pétreas em razão da maior gravidade de eventual modificação legislativa que tais espécies normativas podem acarretar (modificação do núcleo sensível da Constituição).

Nos dizeres da Ministra Carmem Lúcia, em seu voto no MS 32033-DF:

“Tanto significa dizer que emendada a Constituição, a depender da matéria e da extensão promovida pelo novo regramento, modificada estará a estrutura jurídico-política de todo o Estado brasileiro. Daí a preocupação em se obstar toda e qualquer tentativa inadvertida de alteração do núcleo sensível, que fundamenta todo o sistema jurídico, no qual se contém a identidade constitucional”.

Tal risco, repita-se, não se verifica no tocante aos projetos de lei, os quais, pela própria natureza, não podem implicar mudança no texto constitucional.

Ademais, existe outra peculiaridade que distingue as propostas de emendas constitucionais dos projetos de lei e que, por isso, também justifica o tratamento diferenciado quanto à possibilidade de controle preventivo pelo Judiciário das respectivas deliberações legislativas: o fato de que, ao contrário dos projetos de lei, cuja aprovação está subordinada a uma segunda instância de Poder – a do Executivo, que poderá vetá-las –, a proposta de emenda constitucional é aprovada

¹⁰⁸ Considerando o modelo de Constituição rígida adotado no Brasil, assim como na maioria dos Estados modernos

por deliberação de instância única, qual seja, o Congresso Nacional, que a promulga sem a necessidade do crivo do Poder Executivo. Mais um *discrímen*, portanto, que abre a possibilidade de controle preventivo pelo Poder Judiciário apenas relativamente às propostas de emenda, mas não aos projetos de lei.

Dito isso, revela-se inadequada a utilização do argumento de que “*quem pode o mais, pode o menos*” para sustentar a possibilidade de controle judicial preventivo também dos projetos de lei, porquanto demonstradas as diferenças marcantes – de estruturação, efeitos, procedimentos e controle – entre as emendas constitucionais e as deliberações legislativas ordinárias, de modo que plenamente plausível a viabilidade de controle judicial preventivo apenas quanto às primeiras sem implicar em aplicação automática do mecanismo às segundas.

O exame do tema sob outro aspecto também serve para rechaçar a aventada possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade, pelo Poder Judiciário, do mérito de projetos de lei: é que, uma vez admitido tal expediente, restaria deturpado o próprio sistema de controle abstrato de constitucionalidade desenhado na Constituição.

É cediço que a Constituição estabeleceu o sistema repressivo de constitucionalidade como regra, além de fixar, *in numerus clausus*, quanto à modalidade de controle em abstrato, os legitimados a acionar a Suprema Corte para que exerça o controle de constitucionalidade pela via da ação. Também é evidente que, nas hipóteses de controle preventivo de proposições legislativas em razão de suposta incompatibilidade destas com as cláusulas pétreas, a Suprema Corte deverá aferir a adequação do texto normativo aos preceitos constitucionais em abstrato.

Uma vez admitida a possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade de projetos de lei tendo como base suposto conflito destes com as cláusulas pétreas, a consequência imediata seria a modificação drástica do regime de controle de constitucionalidade arquitetado pela Constituição. Isso porque o regramento geral previsto no Texto Magno acerca do modelo de controle de constitucionalidade vigente no país, consistente no sistema de controle repressivo, de iniciativa exclusiva dos órgãos e instituições arrolados no art. 103 da CF, mediante ações próprias previstas na Constituição, acabaria por ceder lugar a um regime totalmente diverso, nunca imaginado pelo constituinte originário: um controle de constitucionalidade material preventivo de projetos de lei, por mandado de segurança, estendendo a legitimidade de originar o controle a qualquer parlamentar.

Assim, de uma só vez, restaria modificada toda a estrutura do controle de constitucionalidade racionalizada na Constituição: passaria do modelo de controle repressivo, exercido através de determinadas espécies de ações ajuizadas por legitimados específicos – todo esse regime previsto expressamente no texto constitucional – para um modelo de controle preventivo, exercido através de mandado de segurança ajuizado por parlamentar, sistemática essa – espécie de controle (preventivo de projeto de lei), ação judicial (mandado de segurança) e legitimado (parlamentar) – não cogitada pelo texto constitucional.

Por fim, a extensão interpretativa dada ao art. 60, § 4º, da CF, no sentido de possibilitar o controle de constitucionalidade material prévio, pelo Judiciário, de projetos de lei, acaba por ferir a harmonia e o equilíbrio que devem permear as relações entre os Poderes.

Conforme bem exposto pelo Ministro Teori Zavascki em voto vencedor proferido nos autos do MS 32033/DF, no qual o STF assentou a impossibilidade de controle preventivo de constitucionalidade material de projeto de lei,

“Outra relevante consequência da prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento é a de subtrair, dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de, eles próprios, exercerem o controle preventivo da legitimidade das normas.

Convém enfatizar que a manutenção e a preservação do Estado Constitucional de Direito é poder-dever comum aos três Poderes, a ser exercido e exaurido no âmbito das suas correspondentes atividades, no seu devido tempo e segundo seus métodos e sua pauta. Não há dúvida que a antecipada intervenção do Judiciário no processo de formação das leis, ressalvadas as excepcionais hipóteses antes indicadas e justificadas, retira do Poder Legislativo a prerrogativa constitucional de ele próprio, através do debate parlamentar, aperfeiçoar o projeto e, quem sabe, sanar os seus eventuais defeitos.

Reside justamente nesse debate a tipicidade e a essência da atividade parlamentar, com sua lógica e sua logística peculiares, que, embora diferentes das do Judiciário, devem ser igualmente respeitadas e preservadas. Não se pode desacreditar ou dispensar, por antecipação, a eficácia depuradora e enriquecedora da função parlamentar.

O mesmo se diga, aliás, da prerrogativa de controle de constitucionalidade que a Constituição atribui ao Presidente da República, investido que está do poder, do qual não pode ser restituído por antecipação, de apor vetos a projetos inconstitucionais (CF, art. 66, §1º)”.

O referido Mandado de Segurança 32.033/DF ficou assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle

jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança.

3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificção plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico.

4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330)

Concluiu a Suprema Corte, assim, que a possibilidade de o Poder Judiciário analisar a constitucionalidade material de propostas emendas à Constituição para, constatado o vício, impedir a deliberação da proposta pelo Congresso Nacional (nos termos do art. 60, § 4º, da CF), não se aplica aos casos de projetos de lei, os quais somente podem ser objeto de controle preventivo judicial de constitucionalidade, de maneira incidental (por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar), nas hipóteses de desrespeito ao trâmite do processo legislativo constitucionalmente previsto.

4. CONCLUSÕES

A Constituição de um Estado corresponde a toda a normatização básica referente à composição e ao funcionamento da ordem política, ao corpo de regras que definem a organização do poder, o sistema de governo, o exercício da autoridade, com suas prerrogativas, limitações e obrigações.

A supremacia da Constituição frente às demais espécies normativas decorre da soberania da fonte que a produziu - o poder constituinte originário -, circunstância que a distingue, sobremaneira, das outras normas do sistema jurídico, que são postas pelos poderes constituídos. A supremacia da Constitucional também se ampara na própria natureza de suas normas, na medida em que estas refletem a real estrutura da organização do poder político de determinado Estado, que elas retratam e disciplinam. É a Constituição o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Para garantir a supremacia da Constituição, necessário um sistema que impeça a subsistência de atos do Poder Público – notadamente de atos normativos – que afrontem os ditames previstos na Lei Maior. Trata-se do controle de constitucionalidade, mecanismo através do qual os órgãos competentes exercem o juízo de verificação de compatibilidade de determinada conduta – em geral, de edição de atos normativos – aos preceitos da Constituição.

Os vícios de inconstitucionalidade capazes de atingir os atos normativos editados pelo Poder Público podem ser de ordem material ou formal. A inconstitucionalidade material se configura quando o próprio conteúdo do ato normativo encontra-se em descompasso com as normas da Constituição. Já a inconstitucionalidade formal decorre da incompatibilidade do processo de formação da lei aos preceitos constitucionais relativos ao procedimento legislativo que deve ser obedecido

O controle de constitucionalidade pode ser político – exercido por órgão político, e não jurisdicional – ou jurídico – realizado por órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário ou a ele exteriores, mas cuja atuação tem natureza jurisdicional. Também pode ser preventivo – realizado antes da própria existência ou

perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração – ou repressivo – exercitado após a conclusão do processo de elaboração do ato.

O controle judicial de constitucionalidade é dividido, basicamente, em dois modelos: difuso-concreto-incidental (sistema americano) concentrado-abstrato-principal (sistema austríaco ou europeu de controle). Existem, também, sistemas mistos (caso do brasileiro), que conjugam elementos dos dois modelos básicos.

O controle de constitucionalidade difuso-concreto-incidental (modelo americano) é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, de maneira incidental, ou seja, em face de um caso concreto submetido à apreciação judicial.

O controle de constitucionalidade concentrado-abstrato-principal (modelo austríaco ou europeu) é aquele exercido por um Tribunal Constitucional, e não por todos os órgãos do poder judiciário. Nesse sistema, o controle de constitucionalidade da norma é exercitado pela via principal vale dizer, por meio de uma ação especial perante o Tribunal Constitucional, que tenha como objeto justamente a própria verificação da constitucionalidade de determinado ato normativo, independente de qualquer controvérsia concreta subjacente ao mesmo.

A Constituição Federal de 1988, na esteira dos modelos adotados nos regimes constitucionais anteriores, manteve o modelo misto de controle jurisdicional de constitucionalidade, com a combinação dos métodos *difuso-concreto-incidental* e *concentrado-abstrato-principal*

É a Constituição, norma base legitimadora de todo o ordenamento jurídico – que lhe subjaz –, o *locus* adequado para se arquitetar as linhas mestras sobre a forma de produção do Direito pelo Estado, vale dizer, sobre o processo legislativo. No Brasil, todas as Constituições ao longo de sua história estabeleceram delineamentos – em menor ou maior grau – acerca do modo de produção das regras legais.

A atual Constituição brasileira de 1988, sob a rubrica “DO PROCESSO LEGISLATIVO”, abrangendo os artigos 59 a 69, aponta as diferentes espécies de atos normativos existentes no direito brasileiro, bem como, relativamente à maioria deles, estabelece um procedimento básico a ser observado para a sua edição.

Somente aquelas espécies normativas sobre as quais a Constituição Federal traçou, ao menos minimamente, um procedimento legislativo a ser percorrido para a sua edição é que naturalmente podem ser objeto de controle preventivo de constitucionalidade. São elas: as emendas constitucionais, as leis

complementares, as leis ordinárias e as leis delegadas. As demais espécies normativas, na medida em que a Constituição não lhes regrou uma fase preliminar necessária para a sua formação (fase essa na qual exclusivamente se pode exercer o controle preventivo), não possibilitam que sobre elas seja realizado o controle prévio.

Embora prevaleça no Direito brasileiro o controle de constitucionalidade jurisdicional, certo é que, quando se tem por mira o controle preventivo, sobressai o papel dos Poderes Legislativo e Executivo na verificação da constitucionalidade das normas *in fieri*. Pode-se, afirmar, assim, que o controle preventivo, exercido no curso do processo legislativo, é primordialmente político – realizado essencialmente por órgãos políticos, não judiciários.

O controle preventivo é exercido pelo Poder Legislativo no próprio processo de elaboração das leis, no qual o Parlamento, através de seus membros e comissões, examina, além da conveniência e adequação política da norma em gestação, também sua viabilidade jurídica em face do texto constitucional.

O Poder Executivo também tem importante papel no controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, exercido quando estes, aprovados pelo Parlamento, são submetidos ao Chefe do Poder Executivo, que poderá vetá-los por razões de inconstitucionalidade.

O sistema constitucional brasileiro não autoriza o controle judicial preventivo abstrato, ou seja, somente se autoriza à Suprema Corte, mediante ação direta, a verificação da constitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, após a regulação, promulgação e publicação do mesmo, sendo incabível o exercício de tal espécie de controle ainda no transcorrer do processo legislativo.

A par da inexistência de previsão constitucional expressa de controle judicial preventivo de constitucionalidade, a Suprema Corte brasileira acabou construindo, jurisprudencialmente, um modelo bastante peculiar de controle de constitucionalidade jurisdicional de natureza prévia: trata-se da utilização da ação de mandado de segurança por parlamentar, no qual se busque a sustação do processo legislativo em curso em razão da inobservância de normas constitucionais acerca do seu trâmite, protegendo, assim, direito líquido e certo do parlamentar ao respeito ao devido processo legislativo constitucional.

No mandado de segurança impetrado, o pedido principal é a sustação/invalidação do trâmite do processo legislativo em curso no Parlamento,

fundamentada na alegação de desrespeito às normas constitucionais que disciplinam o procedimento de elaboração legislativa. Assim, uma vez reconhecido a violação ao regramento constitucional acerca do processo legislativo, a Suprema Corte concede a segurança para o fim de sustar o processamento irregular. Nessa modalidade de controle, a inconstitucionalidade é suscitada como fundamento da pretensão do autor (parlamentar) de ver obstado procedimento legislativo em desconformidade com os preceitos da Constituição aplicáveis à fase de formação das espécies legislativas.

O juízo de (in)constitucionalidade exercido pela Suprema Corte ao apreciar mandados de segurança impetrados por parlamentares com alegação de inconstitucionalidade do processo legislativo se circunscreve, basicamente, a vícios de inconstitucionalidade de natureza formal/procedimental. Analisa-se, nesses casos, se o trâmite, o procedimento que está sendo impresso pelo Parlamento no processo legislativo está em consonância com as regras constitucionais disciplinadoras do rito de elaboração legislativa.

Existe uma hipótese, no entanto, em que se torna necessária a verificação de (in)constitucionalidade material para fins de se aferir vício de inconstitucionalidade formal do processo legislativo. É o caso das propostas de emendas à Constituição, cuja própria deliberação é vedada pelo texto constitucional se a proposição contiver matéria afrontosa às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição). Verifica-se, assim, a existência de uma limitação de ordem formal (impossibilidade de deliberação de emenda constitucional pelo Parlamento) vinculada a aspecto de cunho material (emenda constitucional que veicule conteúdo vedado pela Constituição). Nesse caso, portanto, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade formal perpassa, necessariamente, pela prévia verificação do conteúdo da proposta de emenda à Constituição, de modo que, constatada que a matéria nela veiculada ofende alguma das cláusulas pétreas, impõe-se o reconhecimento da impossibilidade de sua deliberação pelo Congresso Nacional.

Em tais hipóteses, a Suprema Corte poderá, por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar, exercer verdadeiro controle preventivo material de constitucionalidade da proposta de emenda constitucional para que, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da mesma (em razão de ferir as matérias previstas os incisos do § 4º do art. 60 da Constituição) impedir a sua deliberação, vedada pelas regras constitucionais que disciplinam o processo legislativo.

A possibilidade de verificação, pelo Poder Judiciário em sede de mandado de segurança impetrado por parlamentar, da constitucionalidade material das propostas de emendas constitucionais (para fins de impedir a deliberação das mesmas pelo Parlamento, a teor do art. 60, § 4º, da Constituição Federal) não se estende aos projetos de lei, ainda que se alegue que estes apresentem conteúdo ofensivo a cláusula pétrea. Em se tratando de projetos de lei, somente podem ser objeto de controle preventivo judicial de constitucionalidade, de maneira incidental (por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar), nas hipóteses de desrespeito ao trâmite do processo legislativo constitucionalmente previsto, ou seja, em razão de vício de natureza exclusivamente formal. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no mandado de segurança 32.033/DF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. O controle jurisdicional do processo legislativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 29ª Edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2001.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. Controle de Constitucionalidade. Teoria e Prática. 8ª Edição. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DANTAS, Ivo. Novo processo constitucional brasileiro. Curitiba: Juruá, 2010.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.36, n.142, p.279-296, abr./jun. 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 39ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

HELAL, João Paulo Castioglioni. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Evolução. Curitiba: Juruá, 2006.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACEDO, Cristiane Branco. A Legitimidade e a Extensão do Controle Judicial sobre o Processo Legislativo no Estado Democrático de Direito. 2007. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014

MORAES. Germana de Oliveira. O controle jurisdicional de constitucionalidade do processo legislativo. São Paulo: Dialética, 1998.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEMER. Michel. Elementos de Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

TRINDADE, João. Processo Legislativo Constitucional. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.