

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

CONSTITUIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO:

**Uma análise do controle de constitucionalidade preventivo, no paradigma do
Estado Democrático de Direito.**

Bruno de Almeida Oliveira

Belo Horizonte

2006

Bruno de Almeida Oliveira

CONSTITUIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO:

**Uma análise do controle de constitucionalidade preventivo, no paradigma do
Estado Democrático de Direito.**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de
Magalhães.

Belo Horizonte

2006

FICHA CATALOGRÁFICA

Oliveira, Bruno de Almeida
O48c Constituição e devido processo legislativo: uma
análise do controle de
constitucionalidade preventivo, no paradigma do Estado
democrático de
direito / Bruno de Almeida Oliveira. Belo Horizonte,
2006.
145f.

Orientador: José Luiz Quadros de Magalhães
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade
Católica de Minas
Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Bibliografia

1. Direito público. 2. Constituição. 3. Direito
constitucional. 4. Controle da constitucionalidade. 5.
Devido processo legal. 6. Processo legislativo. I.
Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-
Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 35:342.52



Bruno de Almeida Oliveira.

CONSTITUIÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO: Uma análise do controle de constitucionalidade preventivo, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães (Orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Bruno Wanderley Júnior – PUC Minas

Prof. Dr. Daury Cesar Fabris – UFES

*Aos meus pais e ao meu irmão, pelo
constante incentivo, apoio e amor
incondicional; a Viviane, meu amor
incondicional.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar.

Ao meu prezado orientador, Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães, que tornou possível a realização deste trabalho.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, pelo apoio e atenção na construção do projeto que ora se consolida.

Aos colegas estudantes do Mestrado em Direito da PUC Minas, novos e verdadeiros amigos.

Aos meus alunos, que, com suas inquietudes e aflições em sala de aula, comigo compartilhadas, trouxeram vida ao presente trabalho.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para essa importante conquista.

RESUMO

O presente estudo buscou investigar o método de controle de constitucionalidade preventivo como forma eficaz de contribuição para a garantia do devido processo legislativo e, assim, da possibilidade de se propiciar uma formação em maior grau democrática do Direito. Para tanto, abordaram-se inicialmente alguns aspectos da fundamentação do Direito, em especial as contribuições de Immanuel Kant e Hans Kelsen, passando à análise do movimento constitucionalista, passo decisivo para a consagração do princípio da supremacia da constituição. Analisando-se as características básicas do controle de constitucionalidade, em suas vertentes repressivas, concentrada e difusa, bem como a sua contextualização no cenário brasileiro, foram percebidos alguns de seus trunfos, mas também, e principalmente, suas insuficiências e dificuldades no desempenho da função de proteção do marco constitucional contra ataques de maiorias parlamentares momentâneas, chegando-se, assim, ao estudo do controle de constitucionalidade preventivo. Em busca de uma melhor resposta para a premente necessidade de proteção ao devido processo legislativo e, assim, da formação democrática do Estado de Direito, foram verificadas as contribuições das formas de controle de constitucionalidade preventivo existentes no Direito Comparado (França, Espanha e Portugal), bem como os mecanismos já existentes no Brasil: as Comissões de Constituição e Justiça, o veto do Chefe do Poder Executivo e o controle preventivo de caráter jurisdicional. Chegando-se à conclusão de que a riqueza instrumental existente no país nem sempre tem resultado na efetiva guarda da Constituição, propõe-se uma interpretação e aplicação que lhes propicie maior efetividade e real abertura democrática.

Palavras-chave: Direito Público; Constituição; Controle de constitucionalidade; Devido processo legislativo.

ABSTRACT

The present study aimed at the investigation of the “preventive Judicial Review” as an efficient contribution to guarantee the legislation and thus the possibility to provide a more democratic formation of the Law. Thus some fundamental aspects of Law in special the contributions of Immanuel Kant and Hans Kelsen were approached, proceeding to the analysis of the constitutionalist movement, which brought about the consecration of the supremacy of the Constitution. Looking carefully into the basic features of the Judicial Review in its repressive, concentrated and diffuse aspects, as well as its contextualization in the Brazilian setting, some of its artifices emerged from this investigation, but also, and mainly, its constraints to perform its function of defender of the constitutional mark against the attacks of the Parliamentary majorities. In search of a better solution to the urgent need to guard the constitutionality of the legislation and thus the democratic formation of the Laws State, the contributions of the “preventive Judicial Review” in the Comparative Law (France, Spain and Portugal), as well as the mechanisms used in Brazil: the Law and Justice Committee, the Presidential veto and also the “preventive Judicial Review” made by the Judiciary Power. If we come to the conclusion that the vast review systems existing in the country do not always assure the constitutional order guard, a new interpretation and a new action to create reliable guarantees for democratic participation is being proposed in this study.

Key-words: Public Law; Constitution; Judicial Review; Legislation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO	16
2.1. Kant e o Direito como normatização externa fundada na liberdade	16
2.2. Kelsen e a Ciência Pura do Direito	19
3. O CONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO ...	23
3.1. A decisão do Chief Justice Marshall	25
3.2. O constitucionalismo e o fundamento de validade procedimental do Direito: a superação do normativismo kelseniano	34
3.2.1. Konrad Hesse e a força normativa da Constituição	38
3.2.2. Jürgen Habermas e a Teoria Discursiva do Direito	40
4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	49
4.1. O controle de constitucionalidade repressivo	51

4.1.1. Modelo de controle concentrado	52
4.1.1.1. O controle concentrado no Brasil	55
4.1.2. Modelo de controle difuso	62
4.1.2.1. O controle difuso no Brasil	64
4.1.3. O modelo de controle misto	68
4.2. O controle de constitucionalidade preventivo	71
4.2.1. O controle preventivo no Direito Comparado	73
4.2.1.1. França	73
4.2.1.2. Espanha	78
4.2.1.3. Portugal	86
4.2.2. O controle preventivo no Brasil	90
4.2.2.1. A Constituição e o devido processo legislativo	91
4.2.2.2. As Comissões de Constituição e Justiça	97
4.2.2.3. O veto	108
4.2.2.3.1. A sanção do Chefe de Estado	109
4.2.2.3.2. O veto como instrumento do controle de preventivo	111
4.2.2.4. O controle de constitucionalidade preventivo de caráter jurisdicional	116
4.2.2.4.1. Da impetração de mandado de segurança contra inconstitucionalidade ocorrida no curso do processo legislativo	118
5. CONCLUSÕES	135
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	1401.
INTRODUÇÃO.	

Uma inquietação deu origem ao presente trabalho: enquanto vários autores, não só da doutrina pátria, mas também de outros lugares, são enfáticos ao dizer que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é extremamente rico e avançado, pois sintetiza instrumentos de origem norte-americana com outros de índole européia continental, uma gama de normas inconstitucionais tem insistentemente nascido e sobrevivido em nosso ordenamento positivo.

A análise dos estudiosos do direito tem normalmente se detido sobre os mecanismos do chamado controle repressivo de constitucionalidade, seja em seu aspecto difuso, concentrado ou misto (caso específico do Brasil), o qual é chamado a atuar quando a norma inconstitucional já se encontra produzindo efeitos no ordenamento jurídico, pois goza de necessária presunção de constitucionalidade e, assim, visa rechaçá-la e, então, recompor as situações que, de forma ilegítima, aquela norma modificou enquanto vigente. E é exatamente o trato dos efeitos inexoravelmente produzidos pela norma inconstitucional, enquanto não é extirpada do ordenamento jurídico, que tem gerado as calorosas e intermináveis discussões acerca da chamada “modulação de efeitos” das decisões no controle de constitucionalidade, em especial em sede concentrada. No Brasil, também a insegurança gerada pela provisoriedade indefinida das ações que logram impor a suspensão cautelar da eficácia de normas, dispositivos de lei, ou mesmo de determinada interpretação legal, bem demonstra que a efetividade do sistema de controle repressivo necessita ser reavaliada e, propomos, solidificada com o fortalecimento do controle de índole preventiva.

Por outro lado, também se é notável na experiência nacional a ocorrência de uma certa permissividade no que diz respeito ao processo de elaboração normativa. Nesta seara, o Poder Executivo não raramente tem tomado para si a tarefa de criar

as leis. Ora porque diretamente invade o campo legislativo estrito (e o mau uso do instituto da medida provisória findou por constituir um gigantesco reforço para essa invasão), ora impondo ao Poder Legislativo uma posição de dependência (verdadeira submissão) em relação à vontade do próprio Governo¹. Neste último caso, o Poder Legislativo passa a simplesmente homologar as normas pré-fabricadas pelos ocupantes do Poder Executivo, acatando mansamente o seu discurso, que pode se fundar na necessidade de se garantir a governabilidade, ou no recurso a uma pretensa “vontade do povo”², ou mesmo na importância de se seguirem as receitas de crescimento provenientes dos países ricos, e, assim, se fazerem as reformas, em outro discurso que, em verdade se apresenta vazio. Tudo isso se pode reputar mais à ausência de um projeto alternativo definido de governo por parte das oposições, do que a uma verdadeira crença nos fundamentos do projeto em curso.

Já o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, cujo dever precípua é exercer a guarda da Constituição, também tem um tanto se esquivado de suas responsabilidades e muitas vezes tem se postado como um mero observador passivo dos vários vilipêndios impelidos à Lei Fundamental e ao Estado Democrático de Direito, em especial com o estabelecimento de espaços vazios de jurisdição (como, por exemplo, no caso das chamadas “questões *interna corporis*”), e com a imposição de barreiras cada vez maiores ao manejo da via difusa de controle de constitucionalidade, que, guardadas as devidas proporções, se presta a viabilizar o acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional, em prol do inchamento da via

¹ Algumas vezes através de recursos espúrios, como o loteamento de cargos públicos, a promessa de liberação de recursos orçamentários, dentre vários outros, aos quais ultimamente se juntou a forma de favorecimento que ficou conhecida pelo neologismo “mensalão”.

² Tratado como ícone, como muito bem demonstra Friedrich Müller (2003).

concentrada, o que tem resultado no fechamento do círculo de atores constitucionais a uns poucos privilegiados.

Neste árido cenário é que nos propusemos a investigar as bases do controle de constitucionalidade em sua faceta preventiva, ou seja, o que aqui se intenta é analisar a tutela constitucional do devido processo legislativo, em todas as suas etapas, no intuito de sondar as possibilidades de aprimoramento do sistema, com o aumento da efetividade do manancial de instrumentos já existentes em nossa atual Constituição: as Comissões de Constituição e Justiça das Casas Parlamentares, o veto e o controle preventivo judicial.

Sem pretender efetuar um minucioso estudo da fundamentação do direito, o que, em verdade, demandaria outra dissertação ou mesmo uma verdadeira tese, mas apenas para melhor situar as bases da empreitada a que este trabalho se propõe, resolvemos iniciar o nosso estudo por uma breve análise de algumas das idéias do filósofo alemão Immanuel Kant acerca do direito e sua relação com a moral, e do juspositivista austríaco Hans Kelsen sobre o fenômeno jurídico, os quais, cada qual a sua maneira, fornecerão importantes contribuições e questionamentos ao processo de construção da presente dissertação.

Kant em sua grandiosa tentativa de construir uma teoria da moralidade estritamente racional, traz a proposta de um Direito fundado na idéia de liberdade, continuando o projeto monumental emancipatório do ser humano, iniciado na Grécia Antiga e retomado pelos iluministas, contribuiu inegavelmente para que se tornasse possível o desligamento do universo jurídico do campo religioso, tão presente em muitas das teorias anteriores à sua. Porém, como oportunamente se verá, o filósofo acaba por atar em demasia o Direito à Moral.

Quanto a Hans Kelsen, empreendendo seu não menos ambicioso projeto de construção de uma Teoria Pura do Direito, pode-se dizer que este logra êxito em divorciar de forma eficaz o Direito e a Moral, mas somente porque reduz o fenômeno jurídico ao campo normativo e, assim, constrói uma justificação simplesmente formal para o Direito, que passa a significar uma ordem hierarquizada de disposições normativas, calcada na tão criticada norma fundamental. Sua contribuição para o desenvolvimento da teoria da supremacia da constituição é notável, mas, conforme será demonstrado, se mostra insuficiente para justificar a complexidade do fenômeno constitucional, que necessita admitir certo grau de permeabilidade aos outros campos do conhecimento, para que se possa pretender legítimo e de fato realizar a missão de regular democraticamente a convivência humana no Estado e as relações de poder inerentes ao plexo social.

Com o florescimento do constitucionalismo e, mais tarde, com a chamada virada lingüística (*linguistic turn*), algumas das mais significativas inconsistências apresentadas por essas teorizações, em especial a doutrina de Kelsen, tornaram imperativa a tentativa de construção de uma nova compreensão do fenômeno jurídico, e, aqui em especial, do fenômeno constitucional. Autores contemporâneos, como Ronald Dworkin, Konrad Hesse, Friedrich Müller, Jürgen Habermas e Peter Häberle, entre outros³, constituem referencial necessário para essa nova compreensão e, aqui, nos serviremos de vários aspectos do pensamento por eles desenvolvidos, na tentativa de formular uma proposta de (re)construção de um campo teórico jurídico-constitucional mais consentâneo com a modernidade que nos

³ Conforme se verá ao longo de nosso estudo, no Brasil, só recentemente se iniciou um lento despertar para essa nova proposta. Como é de amplo conhecimento, a visão positivista kelseniana do Direito ainda se faz imensamente presente em nossa realidade jurídica, quer seja na doutrina, na jurisprudência, ou mesmo nas Escolas de Direito. Superar essa visão notavelmente enraizada em nossa realidade é tarefa árdua a que se tem proposto uma nova cepa de constitucionalistas pátrios; tarefa esta que, dentro de nossos limites, também pretendemos encampar.

permeia. Essa é a análise que nos propomos efetuar no terceiro capítulo desta dissertação, o qual partirá do constitucionalismo, rumo à construção do fundamento de validade procedimental do direito.

O quarto capítulo encerra essa nossa investigação e, para tanto, ingressa diretamente na problemática do controle de constitucionalidade. Formadas as bases que sustentam a nossa compreensão do fenômeno constitucional nos capítulos que o precedem, nele procuraremos inicialmente analisar alguns dos aspectos considerados mais importantes do controle repressivo de constitucionalidade⁴, a sua evolução no Brasil e as vicissitudes que o cercam. Em continuidade, abordaremos o controle de constitucionalidade preventivo, objeto primordial desse trabalho, analisando em primeiro lugar as práticas do Direito Comparado (mais exatamente as experiências francesa, espanhola e portuguesa). Antes de chegarmos ao estudo dos instrumentos de controle de constitucionalidade preventivo hoje existentes no ordenamento positivo nacional, trataremos das questões atinentes ao devido processo legislativo e sua interpretação à luz da Teoria Discursiva do Direito.

Assim, chegaremos à análise do controle preventivo brasileiro. Começaremos pelo instrumental atribuído pela atual Constituição da República às comissões permanentes das Casas do Congresso Nacional, mais especificamente aos trabalhos das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Trataremos em seguida das especificidades relativas ao poder de veto constitucionalmente atribuído ao Chefe do Poder Executivo e a sua posição no campo instrumental do controle prévio de constitucionalidade. Por fim, será analisada a postura atual do Supremo Tribunal Federal, instância maior do Poder

⁴ Em razão do recorte proposto para esse trabalho, a análise do controle de constitucionalidade repressivo será necessariamente um tanto mais panorâmica, na tentativa de atermos nossa atenção ao controle prévio e suas peculiaridades.

Judiciário nacional, no que se refere ao controle de constitucionalidade dos projetos de lei em tramitação nas Casas do Congresso Nacional, com base em algumas decisões judiciais tomadas pelo Pretório Excelso, quando chamado a se pronunciar sobre o desacatamento de disposições regimentais, garantidoras do devido processo legislativo, buscando confrontar a posição do Supremo Tribunal Federal com a proposta de Peter Häberle de uma Sociedade Aberta de intérpretes da Constituição, bem como as conseqüências destas correntes no trato da relação travada entre as maiorias e minorias parlamentares e sua implicação no marco constitucional e na construção do projeto de sociedade a que ela se propõe.

2. O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO.

2.1. Kant e o direito como normatização externa fundada na liberdade.

Com a fundamentação do direito ligada a um fundamento de validade material (o direito natural), a ligação entre as esferas normativas da religião, da moral e do direito permaneceram praticamente indissolvidas desde os primórdios da civilização humana, passando pelo o seu florescimento na Grécia antiga, pelo período medieval, até o Renascimento, que substituiu o teocentrismo da Idade Média pelo antropocentrismo – são os primórdios da chamada “virada do sujeito”, que será concluída com o pensamento kantiano.

Embora a questão jurídica tivesse menor espaço no quadro da filosofia grega clássica, foram os filósofos gregos, em especial Platão e Aristóteles, que iniciaram o movimento de desligamento das três esferas, o qual somente vai poder ser completado com o significativo movimento humanista que ficou conhecido como Iluminismo⁵.

Nesse contexto, René Descartes inicia, com o Discurso do Método⁶, o rompimento entre religião e razão, fundando as bases de uma ciência empirista, que se negava a aceitar verdades que lhe fossem impostas unicamente pela fé. Com

⁵ Alguns autores contestam a tradução do *Aufklärung* por iluminismo, preferindo a expressão “esclarecimento”; porém aqui optamos pela expressão mais comumente ligada ao movimento de emancipação do homem pela razão.

⁶ Cruz (2004) traz interessante informação sobre a obra prima cartesiana, narrando que Descartes, em verdade, estava prestes a lançar O Tratado da Luz, obra sobre a questão física da luz, vinculada a questões heliocêntricas, quando o Santo Ofício acabara de prender Galileu Galilei por ser adepto das mesmas concepções. Na tentativa de preparar o terreno para que pudesse divulgar os seus estudos, Descartes escreve o Discurso do Método, querendo, com ele, justificar sua conduta científica, afirmando tê-la pautado unicamente pela razão e, assim, tentava livrar-se de acusações como as que levaram Galileu a negar suas descobertas para evitar a morte.

esse projeto, Descartes inicia o movimento que irá consolidar uma ciência social agnóstica, e assim o fundamento do Direito poderá ser desvinculado da religião e da divindade.

Kant (1995), querendo discordar do empirismo cartesiano, vai continuar essa caminhada, demonstrando que direito e moral são, ambos, leis da liberdade, porém constituem campos distintos. No pensamento kantiano, a “idéia da liberdade é o fundamento da moral e do direito, devendo a Constituição ter por finalidade ‘a máxima liberdade humana, segundo leis que permitam que a liberdade de cada um possa coexistir com a de todos os outros’.” (GOMES, 2004, p. 108).

Para o filósofo alemão, a normatividade poderia ser dividida em normatividade interna (autonomia) e normatividade externa (heteronomia). Há, assim, uma legislação interna (moral) e uma legislação externa (jurídica). A liberdade interna gera a obrigação moral; a liberdade exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação.

Assim, por normatividade interna (autonomia), Kant quer significar a ação moral, o ato asséptico de realizar uma conduta em razão de puros imperativos categóricos⁷, o dever pelo dever, e, por isso, não possui sanção (a não ser a da consciência). O direito se contentaria com o puro e simples cumprimento do dever. Para melhor explicitarmos essa diferenciação recorreremos às palavras do próprio Kant:

Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo (mesmo que concorde com outro tipo com respeito à ação que transforma em dever, por exemplo, as ações que podem ser externas em todos os casos). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é ética. Porém, a legislação que não inclui o motivo do

⁷ Podemos encontrar a fórmula do imperativo categórico kantiano na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, onde o filósofo assim o define: “*age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza*” (KANT, 1995, p.59).

dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é jurídica. (KANT, 1995, p. 72)

Sendo, assim, o imperativo moral um imperativo categórico e exigindo que se aja por simples respeito ao dever, ele não possui sanção. Não pode ter qualquer condição, caso em que a ação não seria boa em si mesma, não sendo, portanto, um fim em si mesma, mas apenas boa (útil) para determinado fim. No Direito, ao contrário, embora a ação objeto do dever deva ser boa em si mesma e, deste modo, também fundada no imperativo categórico, o motivo da ação não precisa ser bom em si. Na verdade, pode ser qualquer um. Como prenuncia o próprio filósofo, ao direito basta o cumprimento do dever, isto é, que ocorra uma ação conforme o dever, para que se possa falar em ação jurídica.

Conclui-se, pois, que, para Kant, o aspecto subjetivo do imperativo jurídico é hipotético⁸.

Assim, umbilicalmente ligado à esfera moral (porque também é fundado na liberdade), mas dela distinto, o direito se apresenta também constituído de um esquema de máximas universalizáveis – conformando imperativos hipotéticos, onde importa o resultado da ação, e não os motivos que levaram o sujeito a praticá-la. O direito, assim, possibilita o convívio dos arbítrios (as liberdades individuais de escolha). De outro lado, a máxima (moral) *devo obedecer à ordem jurídica* se apresenta, no esquema do imperativo categórico, perfeitamente universalizável, revelando-se a ligação direito-moral concernente à teoria kantiana. Pode-se, assim, dizer que a fundamentação do direito em Kant é moral. Dizer isso significa que inegavelmente, para Kant, há um dever moral de obediência à ordem jurídica. O direito kantiano é, pois, fundado na moral.

⁸ No mesmo sentido é a conclusão de Gomes (2004, p. 141).

2.2. Kelsen e a Ciência Pura do Direito.

A ligação entre direito e moral permaneceu indissolvida até o desenvolvimento do Positivismo Jurídico⁹, movimento nascido de uma grande conjunção de fatores, dos quais podem-se destacar a proliferação da legislação (direito legislado) na Europa, cujo ápice fora o Código de Napoleão, as manifestações do pensamento jurídico contrárias ao direito natural, e a influência do positivismo filosófico na formulação das teorias sobre o fenômeno jurídico.

No início do Século XX, influenciado pelas idéias neopositivistas¹⁰ (embora discordasse de muitas das suas conclusões), e com base no pensamento kantiano, Hans Kelsen buscou empreender um projeto que objetivava construir uma Ciência Pura do Direito, desligando-o de toda influência metajurídica. O direito deveria se fechar em torno de sua própria normatividade, ou seja, o fundamento de validade do direito, antes transcendental (pressuposto *a priori*), passa a ser simplesmente formal, não mais vinculando o seu conteúdo.

Eis o que Kelsen propõe:

Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que

⁹ “O Positivismo Jurídico recusa qualquer tipo de especulação metafísica, negando, portanto, a existência de um ordenamento superior”. (GOMES, 2004, p. 162)

¹⁰ O neopositivismo ou positivismo lógico tem suas bases fundadas no chamado Círculo de Viena (*Wiener Kreis*), cujos principais representantes foram Philipp Frank, Otto Neurath, Hans Hahn, Moritz Schlick e Rudolf Carnap. Esse grupo, dedicado em especial à análise do *Tratatus lógico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, buscava afastar do conhecimento científico toda fundamentação metafísica. Para o Círculo, o conhecimento somente possui valor de verdade devido à sua vinculação empírica, isto é, o conhecimento científico é verdadeiro na medida em que se relaciona, em alguma dimensão, à experiência. Seus integrantes compreendiam, ainda, que não se poderia abandonar a lógica e a matemática, com o avanço que estas obtiveram na virada do século, especialmente após os estudos de Russell e Wittgenstein. Para eles, ambas auxiliam de maneira determinante a busca e fixação das condições nas quais o conhecimento se processa. Este pensamento procurava na experiência o valor de verdade último de suas proposições, auxiliado pelas regras da lógica e dos procedimentos matemáticos.

ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1999, p. 1)

Segundo Michel Miaille (1994), ao estudarem-se as bases da concepção kelseniana, é possível concluir-se que o conhecimento do Direito se identifica com a análise de uma construção hierarquizada de normas que se engendram umas às outras. Conforme leciona o referido autor, para Kelsen, a Dogmática Jurídica poderia constituir, por si só, a Ciência do Direito.

Nas palavras do próprio Kelsen:

A forma verbal em que são apresentados tanto o princípio da causalidade como o da imputação é um juízo hipotético em que um determinado pressuposto é ligado com uma determinada consequência. O sentido da ligação, porém, é – como já vimos – diferente nos dois casos. O princípio da causalidade afirma que, quando A é, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que quando A é, B deve ser. (KELSEN, 1999, p. 100)

Por essa visão normativista kelseniana, já ligada ao estudo da linguagem, o jurista deve interessar-se pelas normas jurídicas e não pelos fenômenos jurídicos, ou seja, o *ser* é estudado pelas ciências da natureza, enquanto que aquelas ligadas à sociedade, dentre as quais a Ética (enquanto ciência que se dedica ao estudo das normas morais) e a Ciência do Direito (que se atém às normas jurídicas), interessam-se pelo *dever ser*. Mas isso não quer dizer que as normas próprias ao direito e aquelas referentes à moral, como campos da Ciência Social, bem como as ciências que delas se ocupam, sejam idênticas. “A diferença entre as normas de uma ordem social que chamamos direito e as normas de uma ordem moral está, segundo Kelsen, na possibilidade de as normas jurídicas serem aplicadas coativamente. A possibilidade da coação, do uso da força, é o que distingue, segundo Kelsen, o direito da moral” (GOMES, 2004, p. 208).

É exatamente essa possibilidade de coação inerente ao direito que fará com que Kelsen atribua à norma jurídica, como elemento distintivo, a sanção – elemento esse apto a provocar no sujeito um interesse que coincide com a prescrição normativa.

Como visto, para o jurista austríaco, ciências naturais e ciências sociais e, dentre estas, direito e moral são conhecimentos distintos e imiscíveis¹¹; a diferença entre o princípio de causalidade e o de imputação, bem como as peculiares características da norma jurídica, marcariam a necessidade de o direito trilhar novos caminhos.

No desenvolvimento do projeto de ciência pura, Kelsen assim descreve o seu processo de construção:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 2004, p. 247)

Nessa linha de raciocínio, todas as normas jurídicas retirariam sua existência e o seu valor não mais da liberdade, como queria Kant, mas de outras normas que lhe são imediatamente superiores. Este princípio (ou esquema de superioridade/inferioridade) basilar permite assim assegurar, por algo que poderia se chamar *controle em cascata*, o rigor do sistema como um todo, uma vez que nenhuma norma poderia estar em contradição com as normas que lhe são

¹¹ “Essa separação entre direito e moral decorre diretamente da pureza metodológica adotada por Kelsen. Paulson ressalta que Kelsen nega a relação entre moral e direito, separando o direito tanto dos fatos (ser) quanto de outras ordens normativas (moral). Essa posição de Kelsen foi chamada, por Paulson, de tese da separabilidade” (GOMES, 2004, p. 210).

hierarquicamente superiores. Desta maneira, o sistema poderia, segundo Kelsen, regular-se a si próprio.

Ocorre que, como Kant, que buscava a fundamentação do Direito na liberdade, numa operação que levava o sujeito da esfera jurídica para a esfera moral e então de volta, formando uma espécie de *círculo vicioso*¹², como se verá adiante, Kelsen também vê o seu projeto ameaçado pela dificuldade de concluir o edifício normativo que, embora possua firme base na extensa gama de normas jurídicas inferiores, não resolve, a contento, o problema da chamada norma fundamental¹³.

A despeito desse fato – e de diversas outras críticas a que foi submetido o projeto de Kelsen –, até os dias atuais ainda ressoam os ecos do normativismo kelseniano, que ainda em muito marcam a compreensão do fenômeno jurídico, em especial em nosso país.

Aproveitemos, neste momento, a idéia kelseniana de uma ordem jurídica fundada no vértice constitucional – a Constituição é entendida por Kelsen como norma posta de mais alto grau e que, assim, inicia, no esquema piramidal, o restante da ordem jurídica –, e passemos para a análise do movimento constitucionalista, verificando, ao final, se a solução normativista se afigura suficiente para o desempenho de sua tarefa de justificar, ou melhor, fundamentar a força normativa da ordem jurídica.

¹² Observa-se que Kant, em verdade, concebia a fundamentação moral do direito em dois planos distintos, o que transformaria o círculo vicioso em virtuoso, o mesmo acontecendo em relação à norma fundamental da teoria pura do direito de Hans Kelsen. Essa compreensão é também defendida por Gomes (2004, p. 272/273).

¹³ A norma fundamental, sustenta Kelsen (1999), não consistiria algo posto, mas um pressuposto. É uma presença incômoda no sistema, porque ela nem faz parte das normas positivas elementos do sistema, nem pode ser considerada como uma diretriz exterior ao sistema, ela é um pressuposto do sistema que fornece a sua condição de possibilidade, como tal ela não se coloca nem como objeto nem como método, mas como um pressuposto do próprio método.

3. O CONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.

O pensamento jurídico ocidental enfrentou grandes dificuldades para lograr êxito na estruturação de uma fundamentação coerente para a supremacia constitucional. Uma das maiores questões que se colocava a impedir os avanços do princípio da supremacia da Constituição era exatamente a idéia traduzida pelo vetusto brocardo latino *lex posteriori derogat lex priori*¹⁴, segundo o qual, existindo incompatibilidade normativa (antinomia), a questão deveria ser resolvida em prol da norma mais recente. Esse raciocínio, aos olhos da doutrina clássica, sempre pareceu lógico, uma vez que se entendia não ser lícito a uma geração passada condicionar absolutamente, através da produção normativa do seu tempo, as gerações futuras¹⁵. Assim, a legislação produzida por uma geração poderia ser derogada por aquela considerada mais adequada pela próxima (SAMPAIO, 2001).

Essa concepção começa a se modificar a partir do movimento constitucionalista moderno que, segundo Dallari (1996) apesar de ter ganhado notoriedade anos depois, com a Declaração de Direitos francesa de 1791, havia se iniciado um pouco antes, com a finalização da Constituição norte-americana, ocorrida em 1787. A partir de então, a positivação de uma declaração de direitos como elemento fundador de um novo Estado e/ou uma nova ordem jurídica se

¹⁴ Lei posterior derroga a anterior.

¹⁵ “A prática de decisão judicial é entendida como agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade” (HABERMAS, 1997, p. 305).

propagou mundo afora de tal forma que, nos dias atuais, praticamente não se concebe a idéia de um Estado sem Constituição¹⁶.

Florescem, pois, dois caminhos inicialmente distintos, um de inspiração norte-americana, outro de origem européia continental, abertos com a inauguração do constitucionalismo, e que cada vez mais tendem a se aproximar¹⁷.

É exatamente esse fenômeno novo, o constitucionalismo, que vai modificar profundamente as estruturas do pensamento jurídico – e, assim, concluir o desligamento do direito da moral. Com a declaração norte-americana, as portas se abrem para que, em especial no ocidente, os diversos povos estruturem as suas formas de vida através da construção em conjunto de uma convenção inicial, que norteará o processo de criação normativa que lhes vinculará a conduta e, assim, proporcionará a realização dos projetos de vida individuais e coletivos.

Nasce o Estado Constitucional, fundado em uma declaração de direitos que, com vistas a propiciar a emancipação da cidadania, em seus primórdios, impede que o Estado interfira nas relações privadas, mantendo uma concepção negativa de liberdade. Neste momento inicial, há o inchamento da esfera privada (as liberdades ou direitos civis), em detrimento da esfera pública, aqui representada unicamente pelo Estado, que deverá ser, segundo a doutrina prevalente de Adam Smith, mínimo, deixando que a economia (o mercado), se regule sozinha.

¹⁶ O fato ainda é verdadeiro, apesar de hoje, com o avanço das comunidades internacionais, podermos vivenciar o surgimento de uma Constituição sem ligação direta com um determinado Estado, tal como a Constituição Européia.

¹⁷ Mais adiante, ao tratarmos do controle de constitucionalidade, retomaremos com mais intensidade essa discussão.

3.1. A decisão do Chief Justice Marshall.

Neste cenário inicial, parece ter sido dado derradeiro passo para a modificação da leitura da concepção segundo a qual uma geração não pode ou deve permanecer condicionada pela normatividade delineada pela geração antecedente. É dos Estados Unidos da América, numa das mais célebres decisões jurisprudenciais do ocidente, que virá o estopim para que se verifique a mudança dessa tradicional concepção: o voto do *Chief Justice John Marshall*, na decisão do caso *Marbury versus Madison*¹⁸. Essa decisão, ou melhor, a construção argumentativa engendrada por Marshall para fundamentá-la, consagrou definitivamente a Constituição dos Estados Unidos da América como *supreme law of the land*¹⁹ e, mais, iniciou o processo que guindou a Suprema Corte norte-americana ao *status* de poder que hodiernamente possui. Poder esse que se traduz pela possibilidade de, na análise de determinado caso concreto, declarar nulos, por não se conformarem à Constituição, atos emanados pelo Congresso norte-americano ou do Presidente dos Estados Unidos da América.

¹⁸ “Naquela ação, o presidente John Adams, nos últimos dias do seu mandato, nomeou William Marbury como juiz de paz no Distrito de Colúmbia. Entretanto, a ‘nomeação’ de Marbury (ou seja, o documento certificando sua nomeação) não lhe foi entregue e o mandato presidencial de Adams terminou. O novo presidente, Thomas Jefferson, ordenou que a nomeação não fosse entregue. Marbury entrou então com ação na Suprema Corte dos Estados Unidos, em busca de uma ordem que obrigasse o secretário de Estado, James Madison, a entregar-lhe a nomeação. Marbury argumentou que um estatuto federal concedia à Suprema Corte o poder de exercer a jurisdição original em ações como a dele. A Suprema Corte concluiu, entretanto, que a Constituição limita sua jurisdição original a certas categorias de ações, e que a ação de Marbury não se enquadrava em nenhuma dessas categorias. Assim, a Corte afirmou que havia um conflito entre o estatuto federal, que pretendia conferir jurisdição original, e a Constituição, que pretendia negar a jurisdição original. Como, prosseguiu a Corte, a Constituição é a ‘lei suprema do país’, a Constituição deve prevalecer sobre qualquer outra lei, federal ou estadual, que entre em conflito com ela. Conseqüentemente, a Corte aplicou a Constituição, ignorando o estatuto, e negou a reivindicação de Marbury por falta de jurisdição. A ação Marbury vs. Madison estabeleceu o princípio de que todas as leis e outras ações governamentais devem estar de acordo com a Constituição e que qualquer indivíduo que acredite que seus direitos constitucionais estejam sendo violados por qualquer nível de governo (federal, estadual ou local) pode obter reparação através de litigação apropriada” (BAKER, 2000).

¹⁹ Tradução livre: lei suprema da nação.

Bittencourt (1949) nos traz as palavras do próprio *Marshall*, com primorosa tradução de Rui Barbosa:

Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá 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 fio. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com 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 impugnam o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão 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 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 ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. (BARBOSA, *apud* BITTENCOURT, 1949, p. 13/14)

Segundo os argumentos retirados do raciocínio desenvolvido por *Marshall* em sua célebre decisão, o princípio da supremacia da Constituição, além de constituir inferência lógica, está intimamente ligado ao ato fundacional do Estado norte-americano²⁰. O pacto federativo costurado pelos *pais fundadores* (*founding fathers*), do qual surgiram os Estados Unidos da América, sustenta a idéia da necessidade de se preservar a Constituição, que dele resultou, como elemento integrativo das diversas realidades dos Estados Federados. Assim, enquanto peça de consolidação

²⁰ “Os treze Estados da América, que obtiveram independência da coroa britânica formaram, inicialmente, uma confederação, que transformou-se, rapidamente, em uma federação. Reunidos durante quatro meses, os *Pais Fundadores*, na convenção de Filadélfia, consagraram essa evolução. Inspirada na filosofia dos iluministas e notadamente em Locke e Montesquieu, o texto instaurou um regime de estrita separação dos poderes, que procura assegurar o equilíbrio entre os poderes executivo e legislativo, sem negligenciar a função dos juízes” (BARACHO, 2001).

das visões de mundo que conformariam o que se pode chamar de identidade norte-americana²¹, a Constituição seria uma espécie de *retrato da nação* e, exatamente por isso, deve ser mantida incólume, imune aos ataques que poderiam desconstituir essa imagem.

O hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, sobre o tema da distinção hierárquica das normas constitucionais quanto ao restante da ordem jurídica, também apresenta valiosa lição colhida da obra de Ipsen:

As regras de colisão da ordem jurídica não representam juízos lógicos *a priori*, mas normas que, juntamente com as outras regras de interpretação e aplicação, podem ser designadas como “direito de aplicação” (*Rechtsanwendungsrecht*). Sua contingência histórica já foi ressaltada inúmeras vezes. O postulado da *lex superior* é fruto do moderno pensamento constitucional, enquanto o princípio da *lex posterior* é consequência do pensamento jurídico racional. (IPSEN, *apud* MENDES, 1996, p. 154)

Nesse sentido, o autor afirma que uma lei posterior pode ser, simultaneamente, uma lei geral, assim permitindo indagar se é a lei especial ou a lei posterior quem há de ter a primazia, advertindo, ainda que esses problemas de aplicação do direito não se deixam resolver de forma abstrata. “Tem-se, assim, que a regra sobre a força derogatória da *lex posterior* refere-se a uma constelação totalmente diferente daquela pertinente à supremacia do postulado da *lex superior*” (IPSEN *apud* MENDES, 1996, p. 155).

O autor alemão também adverte que a questão relativa à aplicação da *lex prior* ou da *lex posterior* somente pode surgir no caso de normas “de idêntica densidade normativa” (IPSEN *apud* MENDES, 1996, p. 155). Para ele, se duas leis, em situações idênticas, estiverem a determinar consequências diferentes, estará o aplicador do direito diante do problema sobre a aplicação da Lei “A” ou da Lei “B”, se

²¹ Que, hoje em dia, pode ser entendida pelo conceito mundialmente difundido de *american way of life*, uma espécie de padrão de vida que identificaria o “norte-americano comum”.

esse conflito não puder ser resolvido mediante interpretação. Adverte, ainda, que a decisão não fica ao alvedrio do jurista, que estará, segundo o postulado da *lex posterior*, impedido de aplicar a lei anterior, devendo decidir a questão segundo os parâmetros fornecidos pela lei posterior.

Por fim, pelo citado autor é sugerida outra situação, quando se tem um conflito entre a lei e a Constituição:

A Constituição estabelece, freqüentemente – seja nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais ou nas disposições programáticas –, apenas assertivas gerais que reclamam concretização para que possam desenvolver eficácia normativa. Se o juiz ou outro aplicador chegar à conclusão de que a lei contraria a Constituição, não poderá ele aplicar, indiscriminadamente, a Constituição em lugar da lei, uma vez que, a despeito de qualquer esforço, dificilmente se logra extrair da Constituição uma regulação positiva sobre situações específicas. (IPSEN *apud* MENDES, 1996, p. 156)

Como se vê, enquanto a regra de colisão relativa à lei posterior pressupõe duas leis contraditórias, nas palavras de Ipsen (1996), “de idêntica densidade normativa”, quando se trata de contradição entre a lei e a Constituição surge um déficit normativo: a *lex superior* não logra resolver diretamente as lacunas surgidas. Nessa esteira, quando se tratar de uma colisão de normas de diferente hierarquia, o princípio da *lex superior* afasta outras regras de colisão, ou seja, faz com que estas últimas não se apliquem. Com isso, é forçoso concluir-se que a utilização de uma ou de outra regra de colisão poderia levar ao absurdo de permitir que a lei ordinária – se e enquanto lei especial ou posterior – afastasse a incidência da Constituição enquanto lei geral ou *lex priori*.

Mendes ainda lembra que, no Brasil, nos idos da década de 1940, Castro Nunes já ensinava:

Não contesto que a incompatibilidade se resolve numa revogação, o que resulta da anterioridade da norma. Mas perde-se de vista outro elemento, a

diversidade hierárquica das normas. (NUNES, *apud* MENDES, 1996, p. 166)

Para o referido jurista pátrio, a teoria da ab-rogação das leis pressupõe necessariamente que se tratem normas de mesmo nível. Assim concebe que, quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, está-se tratando de leis da mesma autoridade. Mas, ao contrário, adverte que, se a questão está em saber se uma norma pode continuar vigente em face das regras ou princípios contidos na Constituição, “a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade” (NUNES, *apud* MENDES, 1996, p. 166).

Como se vê, a questão da supremacia da Constituição sobre o restante do ordenamento positivo, nesta perspectiva, já se resolve por uma argumentação lógica: em caso de colisão de normas de diferentes hierarquias, a aplicação do princípio da *lex superior* afasta outras regras de colisão, dentre as quais a aplicação do princípio da *lex posterior*, uma vez que a Constituição possuiria maior densidade normativa que as demais normas jurídicas ordinárias. Assim, as leis elaboradas após a edição da Constituição, caso com ela sejam conflitantes, serão declaradas nulas (inconstitucionais) em razão do princípio da supremacia da Constituição em relação a estas, sendo-lhes impossível a aplicação do princípio de preferência da lei posterior, eis que necessariamente já afastado pelo primeiro. Da mesma forma, seguindo o raciocínio desenvolvido por Mendes (1996) a partir dos textos transcritos

acima, a legislação pré-constitucional também não é derogada pela Constituição porque esta é posterior, mas sim em razão de sua supremacia²².

Nas palavras de Moraes (2005, p. 570), “a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a Constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo”.

Também Norberto Bobbio (1999) afirma que os critérios hierárquico e de especialidade das normas constituiriam critérios fortes de solução de antinomias, e que, assim, ambos afastariam a aplicação do critério cronológico, considerado fraco pelo jurista italiano.

Como se vê, os autores citados e, em especial, Bobbio, ainda têm em conta o princípio da supremacia da Constituição sob a ótica da tentativa kelseniana de arquitetar uma ordem jurídica lógica e hierarquicamente composta, de forma a tornar necessária a construção de um conjunto de normas que é estruturado em forma piramidal, a partir de uma norma positiva (a Constituição) que ocupa o seu vértice superior, a qual retira a sua validade da norma fundamental, pressuposta. Neste conhecido esquema normativo (ou de legalidade), cada norma retira sua validade de uma norma hierarquicamente superior. Cumpre observar que a norma fundamental, como visto anteriormente, não está posta, mas pressuposta, como fundamento de validade do ordenamento como um todo. Assim, se faz necessária a existência de uma norma positiva, que ocupe o cume do sistema. Esta é exatamente a posição de encaixe da Constituição na teoria de Hans Kelsen.

²² Segundo Mendes (1996), esse raciocínio vai de encontro à atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admite o controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional, sob o argumento de inexistência de conflito, em face da não recepção da normatividade anterior desconforme pela nova ordem constitucional, o que, de acordo com o citado autor, demonstra uma tentativa de solução do problema pela equivocada aplicação do princípio da *lex posterior*, razão pela qual recomenda a revisão da posição adotada pelo Pretório Excelso.

Kelsen (1999), como já adiantamos neste estudo, quando procura, no Capítulo V da Teoria Pura do Direito, demonstrar o fundamento último de validade de uma ordem jurídica, assim se manifesta:

Se se pergunta pelo fundamento de validade da Constituição estadual, na qual se funda a validade de todas as normas gerais e a validade das normas individuais produzidas com base nestas normas gerais, quer dizer, se se pergunta pelo fundamento de validade das normas que regulam a criação das normas gerais enquanto determinam através de que órgãos e de que processos as normas gerais devem ser criadas, seremos talvez conduzidos a uma Constituição estadual mais antiga. (KELSEN, 1999, p. 223)

Com isso Kelsen quer dizer que a validade da Constituição fundamenta-se no fato de ela ter surgido de conformidade com as determinações de uma Constituição anterior, de acordo com uma norma positiva estabelecida por uma autoridade jurídica e, assim, finalmente se chegaria a uma Constituição original, que, segundo afirma Hans Kelsen, é historicamente a primeira, e que, por sua vez, não veio a lume por um processo idêntico ao das demais Constituições e cuja validade, portanto, não pode ser reconduzida à validade de uma outra Constituição precedente. Na teoria kelseniana, esta se trataria, outrossim, de uma Constituição que surgiu revolucionariamente, quer dizer, rompendo com a Constituição anteriormente existente, ou, então, “que veio a surgir com validade para um domínio que anteriormente não era abrangido pelo domínio de validade de uma Constituição estadual de uma ordem jurídica estadual sobre ela apoiada” (Kelsen, 1999, p. 223).

Tomada em consideração apenas a ordem jurídica de um determinado Estado, perguntando-se pelo fundamento de validade dessa Constituição, que foi historicamente a primeira, Kelsen sugere a seguinte resposta:

se renunciarmos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar

os atos postos em conformidade com ela como criação e aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas. (KELSEN, 1999, p. 223)

Dado que, para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma somente pode ser outra norma, este dito pressuposto também só poderá ser outra norma, mas não uma norma positiva, posta por uma autoridade jurídica, e sim uma norma de outro tipo, que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como seu sentido objetivo.

Com isso, Kelsen chega à conclusão de que essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, de uma ordem que estatui atos coercitivos. A proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, segundo o jurista austríaco diz: “devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela” (KELSEN, 1999, p. 224). Com tal fórmula, Hans Kelsen está a defender que todos devem se conduzir como a Constituição prescreve. Para ele, as normas de uma ordem jurídica cujo fundamento de validade comum é esta norma fundamental não são um complexo de normas válidas colocadas umas ao lado das outras, mas “uma construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras” (KELSEN, 1999, p. 224).

No Brasil, a idéia da inaplicabilidade das normas que contrariam a Constituição tem sido, desde muito, compreendida como uma decorrência lógica do princípio da hierarquia das leis, entendido em moldes kelsenianos, onde a incompatibilidade entre as normas gera a existência de leis contrárias ao direito.

Nessa linha de raciocínio, verificado um choque entre duas prescrições legais, uma delas será, necessariamente, contrária ao direito estabelecido pela outra, resolvendo-se o conflito em favor da norma de hierarquia superior, particularmente quando esta se encontre na própria Constituição, assim compreendida como fonte de todos os poderes constituídos. Os dizeres de Lúcio Bittencourt (1949), explicitam bem a histórica adesão de nossa doutrina constitucional (resistente até os dias de hoje) a essa teoria:

Na ordem jurídica interna, a Constituição é a lei suprema, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado. A lei ordinária é “determinada” em seu conteúdo e em seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva, representando, em última análise, mera “aplicação” dos preceitos constitucionais, podendo-se dizer, com Kelsen, que a lei é a execução da Constituição, do mesmo modo que a sentença é a execução da lei. Daí o acerto de EISENMANN quando, em frase lapidar, afirma que “a Constituição é a medida suprema da regularidade jurídica”. (BITTENCOURT, 1949, p. 63)

Ocorre que, apesar de a hierarquia das normas e a conformação estruturada do ordenamento jurídico²³ ser de grande valia à operacionalidade do direito, sustentar a supremacia da Constituição numa norma fundamental pressuposta e no esquema positivista de legalidade ainda nos parece insuficiente²⁴.

²³ A expressão ordenamento jurídico, neste trabalho, será utilizada no sentido que lhe confere Norberto Bobbio (1999).

²⁴ Bem ilustra esse problema a crítica do Professor Joaquim Carlos Salgado ao pensamento kelseniano: “Com efeito, a norma fundamental desestabilizou o seu sistema e, a par de várias dificuldades na sua sustentação, impôs-lhe um desdito (contradição) irremovível: ter de inserir no sistema positivo uma norma não posta, não lhe valendo o esforço para justificá-la como exigência lógica ou como analógica ao postulado da matemática, já que o direito é concebido como sistema de normas empiricamente postas” (SALGADO, *apud* GOMES, 2004).

3.2. O constitucionalismo e o fundamento de validade procedimental do direito: a superação do normativismo kelseniano.

Em importante obra a respeito do positivismo jurídico²⁵, Norberto Bobbio (1999), mesmo que de forma um tanto recalcitrante, já identifica a impossibilidade de se fechar o sistema kelseniano, demonstrando que, atingida a primeira Constituição histórica de Kelsen²⁶, e assim o poder constituinte originário que a criou, surgem duas possibilidades: ou entendemos o poder constituinte como fato social, ou consideramos o poder constituinte como autorizado por uma norma fundamental, a qual estabelece que todos os cidadãos devem obedecer às normas emanadas de tal poder. No primeiro caso, Kelsen se veria forçado a admitir que o direito deriva do fato, e o sistema ficaria aberto; no segundo, adotado pelo jurista austríaco para fechar o sistema, a pergunta “no que se funda a norma fundamental” fica sem resposta; nos dizeres de Bobbio:

ou respondemos fazendo referência a uma outra norma, e agora estaríamos diante de um *recursus ad infinitum*; ou respondemos que tal norma existe juridicamente enquanto for de fato observada, e recaímos na solução que se desejava evitar com a teoria da norma fundamental, isto é, fazemos depender o direito do fato (BOBBIO, 1999, p. 201/202).

José Luiz Quadros de Magalhães (2004), tratando da questão da natureza do Poder Constituinte, observando que a compreensão juspositivista que reduz o direito à regra já se encontra ultrapassada, afirma ser inegável que o Poder Constituinte

²⁵ Ressalve-se, por oportuno, que como bem afirma Streck (2004) com base na lição do jurista português Antônio Castanheira Neves, a crítica ao positivismo jurídico enquanto perspectiva adequada do pensamento jurídico não significa o não-reconhecimento do direito positivo como modo de ser do Direito. São problemas distintos.

²⁶ Na Teoria Pura do Direito, Kelsen explica que, para que seja possível encontrar a norma original, que vai fundar toda a ordem jurídica, deve se empreender uma retrospectiva das Constituições de um dado Estado, chegando-se, assim, à primeira Constituição histórica, que irá, progressivamente, justificar as demais e a normatividade a elas subjacente; o jurista ainda acrescenta que uma Constituição resultante de um movimento revolucionário, que quebra uma seqüência constitucional, deve, neste caso, ser considerada a primeira norma posta.

originário é o momento maior de ruptura da ordem constitucional, onde o poder de fato que se instala e que se mostra forte o suficiente para romper com a ordem anterior é capaz de instituir uma nova ordem, sem que seja necessária a observância a qualquer limite jurídico positivo proveniente da ordem com a qual está rompendo. Interessa, pois, entender a força do poder constituinte originário como poder de fato, capaz de romper com a ordem vigente, e, portanto, um poder ilegal e inconstitucional em relação com a ordem com a qual rompe, e pela qual não se limita.

Conclui o referido autor:

a Constituição na sua essência deve ser tão forte e perene que nenhum poder constituinte pode romper com os seus fundamentos e estrutura, mas somente um poder social tão forte, que nem mesmo a constituição poderá segurá-lo, pois é o poder de transformação social da própria história²⁷. (MAGALHÃES, 2004, p. 125)

Como se vê, mesmo intuindo a importância da decisão que funda a ordem jurídica de um Estado, se mostra insuficiente na teoria positivista de Kelsen justificar a supremacia da Constituição criando a norma fundamental pressuposta que, como visto, em verdade não fecha a contento a equação que ele mesmo propôs.

²⁷ Peter Häberle (2002) também chega a essa conclusão. Cabe aqui explicitarmos que, apesar de sua importância, o recorte do presente estudo não permite uma maior digressão a respeito da Teoria do Poder Constituinte; é certo, porém, que há uma premente necessidade de que, além da observância das limitações procedimentais, que serão tratadas adiante, devem ser identificados os limites legítimos e os limites ilegítimos de ação da Assembléia Constituinte: os primeiros, segundo Magalhães, “decorrem das influências dos diversos grupos de interesse presentes numa sociedade complexa e que serão elementos legitimadores e democráticos do processo constituinte, desde que manifestos de forma livre e dialógica na relação entre sociedade e representantes constituintes” (MAGALHÃES, 2004, p. 118); já os limites ilegítimos decorrem de influências advindas do poder econômico, abusivamente exercido quando do processo de escolha dos representantes (constituintes), ou de outras formas não democráticas, puramente corporativas que maculam o processo de votação na Assembléia Constituinte. O mesmo se pode dizer, ainda com Magalhães, acerca da necessidade de proteção constitucional contra o poder das maiorias temporárias que pretendem impor a sua própria vontade à Constituição. Identificar essas influências negativas e desenvolver mecanismos que minimizem a ação de indivíduos ou grupos egoístas se torna, então, de extrema importância para a garantia da formação e da manutenção democrática dos ditames constitucionais. Esse ponto será analisado mais detidamente adiante, quando trataremos do devido processo legislativo e do controle de constitucionalidade preventivo em si.

Diante das dificuldades apresentadas pelo projeto kelseniano original que se fiava em fundamentar o direito unicamente nas normas que o compõem, criando assim, a sua Teoria Pura, autores contemporâneos vão empreender um verdadeiro bombardeio ao normativismo de Kelsen. Sem se descuidar do imenso contributo fornecido por Hans Kelsen na sistematização do ordenamento jurídico, como um todo lógico, hierarquicamente estruturado, buscam as teorias contemporâneas do direito a resposta para a fundamentação do fenômeno jurídico trabalhando a idéia de Constituição como resultado de um processo discursivo de formação da vontade coletiva, querendo exatamente significar a razão de ser inicial da normatividade que deve guiar as condutas humanas.

Guardadas as devidas proporções, Ronald Dworkin (1999), criticando a postura a que chama “convencionalista”²⁸, ilustra bem as vicissitudes de projetos juspositivistas como o empreendido por Hans Kelsen. Segundo o autor, para os convencionalistas, o direito está estruturado em decisões tomadas no passado, as quais são seguidas em razão de terem sido emanadas de uma fonte autorizada, que detém o poder político (o soberano, para Austin), ou porque a comunidade adota uma regra que reconhece a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar as leis (a regra de reconhecimento de Hart). O exemplo utilizado por Dworkin é realmente esclarecedor:

Para Austin, a proposição de que o limite de velocidade na Califórnia é de 90 quilômetros é verdadeira apenas porque os legisladores que promulgaram tal lei estavam então no poder; para Hart, é verdadeira porque o povo da Califórnia aceitou, e continua aceitando, o sistema de autoridade usado nas constituições estaduais e nacionais. Para Austin, a proposição de que os motoristas negligentes devem indenizar as mães que sofrem danos morais na cena de um acidente é verdadeira na Grã-Bretanha porque as pessoas que detém poder político fizeram dos juizes seus representantes e, tacitamente, adotam os comandos deles como se fossem seus. Para Hart,

²⁸ Ao tratar do tema, em verdade Dworkin tem em foco as teorias positivistas de Austin e de Hart, pertinentes ao ambiente específico da *common law*. Porém, pelas suas semelhanças com o positivismo normativista kelseniano (embora negadas pelo próprio Kelsen), entendemos que a crítica aqui também é, igualmente, cabível.

essa posição é verdadeira porque a regra de reconhecimento aceita pelo povo inglês transforma as declarações dos juízes em direito sujeito ao poder de outras pessoas – os legisladores – de revogá-lo quando quiserem. (DWORKIN, 1999, p. 111)

Neste norte, assim como para Kelsen, para os adeptos do que Dworkin chama convencionalismo, a idéia de uma normatividade fundada tão-somente nela própria, porque proveniente de uma fonte tradicionalmente autorizada ou reconhecida, diante de uma situação nova ou de uma lacuna jurídica, autoriza aos juízes decidir de forma discricionária²⁹. Mais: uma vez tomada uma decisão clara por um organismo autorizado por convenção, tendo sido o conteúdo de tal decisão estabelecido em conformidade com as convenções sobre a melhor maneira de compreender tais decisões, os juízes devem respeitar essa decisão, mesmo achando que uma decisão diferente teria sido mais justa ou sábia (Dworkin, 1999).

Nesta visão, na realidade não se precisaria mais do direito, pois, como critica Dworkin (1999), quando a convenção se mostrasse insuficiente, ou inexistente, restaria apenas discricionariedade, pois o caso não poderia ser decidido com base no manancial de convenções a ele preexistentes. Nesse panorama, o julgador não precisaria se preocupar com questões de fundo, que deveriam justificar a decisão tomada, eis que esta se legitima tão-somente porque emanada pela autoridade competente.

²⁹ Por isso mesmo a incessante tentativa do juspositivismo de justificar um ordenamento jurídico sem antinomias ou lacunas, que, no entanto, teimavam em se mostrar inexoravelmente presentes no fenômeno jurídico.

3.2.1. Konrad Hesse e a força normativa da constituição.

Como a compreensão do fenômeno jurídico empreendida pelo normativismo se mostrou insuficiente, uma vez que, como dissemos acima com base em Dworkin (1999), ela acaba por não sustentar ou justificar a prática existente, é importante verificarmos a existência e a sustentabilidade de outras formas de se conferir maior importância à Constituição e, assim, poder emprestá-la a condição de parâmetro normativo dotado de supremacia.

Conforme sustenta Sampaio (2002), mais do que iniciar a sistemática do *judicial review*, a “opção do Chief Justice terminou por reinventar a Constituição, pois reconhecia a ela uma densidade normativa até então discutível e abria espaço para uma verdadeira reelaboração ou atualização do seu conteúdo”.

Para investigar essa densidade, inicialmente, recorreremos à lição de Konrad Hesse (1991) que, criticando a afirmação de Ferdinand Lassale segundo a qual a Constituição (jurídica) não passaria de “um pedaço de papel”, tolerado e submetido à faticidade da Constituição real, que constitui o somatório do que Lassale (1988) denomina “fatores reais de poder”³⁰, verifica a premente necessidade de uma nova

³⁰ Imperioso observar-se que Lassale manifestou tal opinião, depois transformada em livro, numa célebre conferência realizada em 16 de abril de 1862, em uma associação liberal-progressista de Berlim e, pois, deve ser compreendido diante da realidade alemã da época em que teorizava. Segundo a sua tese, as questões constitucionais, em verdade, não seriam questões jurídicas, mas sim políticas. Para este importante autor alemão, a Constituição de um país expressaria as relações de poder nele dominantes, tais como, dentre outros, os poderes militar e econômico (os “fatores reais de poder”), assim, as relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituiriam a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas, nas palavras de Lassale, “expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder” (LASSALE, 1988, p. 25), os quais conformariam a Constituição real do país. É diante dessa Constituição real que Lassale sustenta a fragilidade da Constituição jurídica: para ele, a compatibilidade desta com aquela outra é determinante de seu poder de regular motivar as relações entre as pessoas no Estado. Como veremos adiante, essa visão se mostra incompleta, pois não leva em conta a possibilidade de superação, em maior ou menor escala, dos fatores reais de poder pelo processo democrático e, assim, da formação de uma Constituição apta a consagrar direitos e garantias para setores minoritários ou com menor grau de organização.

visão do fenômeno constitucional, pugnando pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, resultante de uma tensão necessária e imanente entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, tensão esta que não se deixa eliminar.

Para o citado autor, a força normativa da Constituição decorreria de sua pretensão de eficácia, ou seja, de sua tentativa de impor-se contrafactualmente à realidade, bem como da consciência de seus limites:

A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. (...) a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição, converte-se, assim, na ordem geral e objetiva do complexo de relações da vida. (HESSE, 1991, p. 18)

A isso Hesse acrescenta que a força normativa da Constituição não esgota seu projeto apenas adaptando-se inteligentemente a uma determinada realidade. Ela logra converter-se em força ativa, pois, embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. E se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem estabelecida, essa força ativa se mostrará suficientemente densa a ponto de sobrepor-se aos juízos de conveniência. É o que o autor chama de “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*):

Essa vontade de Constituição (...) baseia-se na compreensão da necessidade e no valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. (HESSE, 1991, p. 19/20)

Essa força normativa, ainda segundo Hesse (1991), estaria submetida a dois pressupostos, que permitiriam à Constituição desenvolvê-la de forma ótima, a saber: a correspondência entre o conteúdo da Constituição e a natureza singular do presente³¹, e uma práxis constitucional que submeta os interesses momentâneos à vontade de Constituição³².

Por fim, o autor alerta para a importância do refreamento da tendência (tão comum em nossas terras) de freqüente revisão constitucional, bem como de uma interpretação construtiva, que consiga concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, p. 22/23).

3.2.2. Jürgen Habermas e a Teoria Discursiva do Direito.

Prosseguindo no quadro da construção do projeto de uma Constituição dotada de força normativa e, assim, de supremacia, superando, como visto acima, o esquema simplesmente formalista, analisemos, agora, algumas contribuições à discussão propostas pela Teoria Discursiva do Direito, cujo principal expoente é o filósofo alemão Jürgen Habermas.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a obra habermasiana pode ser dividida em pelo menos três fases distintas, a saber: os primórdios, fase representada pela

³¹ O que Jorge Miranda (2002) vai denominar “Constituição normativa”, em contraposição com a “Constituição nominal” (que, embora tenha por pretensão representar os valores fundamentais da sociedade, não possui regras que expressem a dinâmica do processo político) e com a “Constituição semântica” – (que serve apenas para beneficiar os detentores do poder de fato, instrumentalizando sua dominação sobre a sociedade).

³² “Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda” (HESSE, 1991, p. 22).

Teoria dos Interesses Imanentes; uma fase de maturidade, com a da Teoria do Agir Comunicativo; e uma fase contemporânea, com a Teoria Discursiva do Direito.

Na primeira fase, a visão do filósofo é marcada pela influência do projeto emancipatório pretendido pela Escola de Frankfurt³³, com a retomada dos ideais iluministas de emancipação do homem pelo esclarecimento (*Aufklärung*) e com bases firmadas no paradigma da comunicação, utilizando em sua pesquisa argumentos de origem interdisciplinar (pedagogia, psicanálise etc.), onde é notável a influência, além dos frankfurtianos, das idéias de Freud, Piaget e Kohlberg.

Esta fase inicial também marca a crítica de Habermas, na esteira de Adorno, ao neopositivismo³⁴.

A transição para a fase que Cruz (2004) denomina da “maturidade intelectual” levará cerca de vinte anos, quando, depois de ver a Teoria dos Interesses Imanentes ser submetida a diversas críticas, inclusive dele próprio, Habermas lançaria a Teoria do Agir Comunicativo.

o que de essencial ocorre nessa nova fase é uma noção de que a linguagem é um mecanismo heurístico essencial à compreensão e ao conhecimento humanos. (...) A teoria do agir comunicativo constitui um esforço múltiplo do autor de construir simultaneamente uma teoria da racionalidade, uma teoria da sociedade e uma teoria da modernidade em cima de uma metalinguagem dos processos comunicativos, como desdobramento do projeto filosófico de uma pragmática universal. (CRUZ, 2004, p. 54)

³³ A Escola de Frankfurt foi a nomenclatura tardia usada para designar um movimento intelectual alemão de orientação marxista heterodoxa, que tinha como sede o Instituto de Pesquisas Sociais da Universidade de Frankfurt, e que publicava a revista de Pesquisas Sociais. Tal movimento ganhou enorme projeção, não só pelas idéias revolucionárias que pregava em relação às ciências sociais e à filosofia, como pelo fato de todos os seus membros originais serem judeus e, portanto, terem sido perseguidos pelo nazismo, alguns mandados para os campos de concentração, alguns mortos, e outros, com mais sorte, exilados em outros países, principalmente nos EUA. Os principais representantes da Escola de Frankfurt eram Adorno, Horkheimer e Marcuse.

³⁴ A respeito do neopositivismo, vide nota nº 10, supra.

É exatamente nesta fase de “maturidade” que Habermas vai tentar demonstrar a insuficiência da positividade e do formalismo para a legitimação do direito, pois aos mesmos deveria se associar a fundamentação, elemento que atenuaria, ou mesmo impediria o papel do direito de dominação do mundo da vida. Segundo Cruz, “essa fundamentação permitiria ao Direito ser instrumento de continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e aceitabilidade racional embutidas no agir comunicativo, assumindo com isso o papel de integração social” (CRUZ, 2004, p. 76)³⁵.

Porém, como já se pode anunciar, a idéia da fundamentação como elemento imanente ao direito, coloca a teoria habermasiana por demais próxima às consideração de Kant sobre uma fundamentação do direito devota da moral, ou seja, para sair do formalismo jurídico, Habermas acaba resgatando o ideal kantiano de um direito submetido a um critério de validade obtido no campo moral. Havia, pois, ínsita nas idéias dessa fase do filósofo, a defesa da existência de uma relação de complementaridade entre o direito e a moral. Novamente recorremos à lição de Cruz: “em outras palavras, a moral continuava a ser o elemento condicionante do Direito, e, por conseguinte, o peso da integração social sobre a solidariedade social permanecia ligado às exigências morais, pois a legitimidade da legalidade só se daria por sua abertura à dimensão da moralidade” (CRUZ, 2004, p. 76).

só eram legítimas as normas morais que obrigavam, na perspectiva moral, todos os membros de uma comunidade jurídica. Então, a normatividade do jurídico representava o apelo a uma medida de validade deontológica em sentido prático-moral. Daí que a relação de complementaridade entre o jurídico e o moral significava que, em última instância, o critério de validade é dado pela medida moral que perpassa o ordenamento jurídico. Assim, a complementaridade assume uma função deontológica, pois a moralidade é designadora do grau de legitimidade do Direito positivo. Em uma palavra, a complementaridade moral em relação ao direito representa a equiparação da ordem jurídica a uma esfera moral que lhe é superior. Portanto, com a

³⁵ Mesmo mais tarde, Habermas vai reafirmar essa assertiva (porém já fundada nas bases mais sólidas da Teoria Discursiva): “A tarefa primordial do Direito nas sociedades modernas foi e ainda é a de ser uma das formas de integração social” (Habermas, 1997, p. 44).

relação de complementaridade, assume-se uma dimensão normativa para o Direito no sentido da razão prática. (MOREIRA, 2004, p. 149)

Ciente do recuo que representava a idéia de complementaridade, Habermas revê essa posição, afirmando “que atualmente eu não determino mais a relação complementar entre moral e direito seguindo a linha traçada nas Tanner Lectures” (1997, p. 10). Assim, Habermas abrirá o caminho para a fundamentação de uma relação mais complexa entre moral e direito: para a Teoria Discursiva do Direito, direito e moral seriam co-originários (simultâneos na origem) e reciprocamente complementares no seu procedimento (o que abrirá o mundo jurídico ao universo moral, através do procedimento legislativo).

Nesta fase discursiva, Habermas entende a Constituição como um mecanismo de organização de procedimentos de garantia do fluxo de comunicação de argumentos para justificação das ações estatais, de modo que elas só se legitimem se entendidas como justas, de forma recíproca entre a maioria e a minoria, em qualquer arena de debate. Na linha de argumentação da Teoria Discursiva do Direito, as normas devem retirar sua validade não de uma hipotética norma fundamental, também não mais de imperativos morais subjetivos universalizáveis³⁶, mas sim de um procedimento argumentativo, donde se originam (discurso de fundamentação) e, numa segunda operação, se tornam aplicáveis (discurso de justificação). As normas do sistema jurídico deveriam constituir, pois, o resultado da ação democrático-participativa dos agentes da sociedade, que neste mister finalmente deixariam a posição de simples destinatários para assumir a atitude de verdadeiros co-autores das normas que irão regular-lhes a vida. Para Luiz Moreira:

³⁶ Até mesmo porque, na geléia geral conformada pela multiplicidade de culturas que compõe o mundo da vida habermasiano, seria deveras pretensioso, senão utópico, admitir-se a universalização, pelo processo do imperativo categórico, de compreensões subjetivas da moralidade, ou, como queria Kant, de ações despretensiosas, que realizariam o *dever pelo dever*, num ato despidido de todo e qualquer conteúdo estratégico.

à medida que os cidadãos são entendidos como membros de uma comunidade jurídica, a posição de destinatários é substituída pela posição de co-autores da normatividade proveniente do Direito. Ou seja, a ordem jurídica não é heterônoma, mas emana da produção discursiva da vontade política dos membros da comunidade jurídica. Essa é a primeira questão. A segunda é que, embora os cidadãos sejam autores do sistema jurídico, a produção discursiva da vontade democrática dos cidadãos exige um processo de institucionalização. Ora, como emana discursivamente da vontade dos cidadãos, a normatividade do Direito não é fechada sobre si mesma, antes precisa comprovar-se na factualidade das decisões democráticas.³⁷ (MOREIRA, 2004, p. 165)

Há nessa afirmação, visivelmente, uma superação das visões aqui descritas anteriormente. Criticando o pensamento liberal, identificado pela proposta de uma Constituição que assume o encargo de efetuar a separação “entre a esfera de uma sociedade econômica, livre do Estado, na qual os indivíduos buscam sua felicidade e seus próprios interesses de forma autônoma e privada, e a esfera estatal da perseguição do bem comum” (HABERMAS, 1997, p. 304)³⁸ e, sobretudo, a postura da doutrina republicana, em especial sua vertente comunitarista³⁹ e, ainda, as

³⁷ Ressalte-se que, aqui, mais adequado seria dizer-se que a ordem jurídica deve ser resultado de tal processo, que ainda está no início de sua inacabada construção, pois, como melhor se verá adiante, em verdade, em especial no Brasil (mas também na própria Alemanha e outros países da “vanguarda”), ainda não se chegou a um resultado tão puro.

³⁸ Citando o já conhecido esquema de liberdades negativas (direitos fundamentais como direitos de defesa), típico do liberalismo, Habermas (1997) afirma que, para os liberais, o Direito Constitucional não deve se encarregar das tarefas e objetivos do Estado, que são entregues à política. Mais adiante retomaremos a discussão.

³⁹ O comunitarismo é mencionado por Habermas no Capítulo VI de *Direito e Democracia*, se referindo, em especial a Michelman. Veja: “As características excepcionais do processo democrático, delineadas normativamente, esclarecem-se pelo fato de Michelman e outros comunitaristas não entenderem a cidadania ou ‘citizenship’ de *modo jurídico*, e sim *ético*” (HABERMAS, 1997, p. 346). Mais adiante, o filósofo prossegue em sua crítica, afirmando que, no pensamento comunitarista, existe um nexo necessário entre o conceito discursivo da democracia e a relação com uma comunidade concreta, integrada eticamente. Para Habermas, o pensamento comunitarista, em verdade, necessita desse recurso, uma vez que, de outro modo, não seria possível explicar como os cidadãos poderiam orientar-se pelo bem comum em geral. Continua Habermas, em nota de rodapé: “Os comunitaristas consideram necessária essa ligação com a comunidade, a fim de esclarecer o sentido dos deveres políticos. E, como não é possível manter uma obrigação que ultrapasse os interesses atuais, seguindo o modelo de uma troca acordada de bens – troca da liberdade natural pela proteção e segurança -, eles substituem o modelo do contrato pelo do ato originário de *promessas* recíprocas. Entendem a escolha democrática como *pendant* de uma promessa de fundamentação; através desse ato, os pósteros renovam e fortalecem a auto-obrigação dos fundadores, constitutiva para a comunidade política (...) Mesmo não levando em conta que, deste modo, não é possível justificar obrigações com relação a *outras* comunidades políticas, o modelo pressupõe tacitamente aquilo que pretende explicar, a saber, o sentido obrigatório de normas vigentes. Podemos certificar-nos disso, analisando o ato de fala da promessa. A promessa extrai o conteúdo normativo decisivo de seu sentido ilocucionário da autonomia do falante, o qual precisa saber antecipadamente o que significa *ligar* a própria vontade. Esse tipo de autonomia pressupõe, no

tentativas ancestrais de fundamentar o direito numa esfera metafísica religiosa⁴⁰, e dos juspositivistas/normativistas de sustentar sua legitimidade tão somente no singelo apelo à legalidade e, ainda, à discricionariedade, Álvaro Ricardo de Souza Cruz nos traz um interessante panorama da fundamentação do direito fornecida pela Teoria Discursiva, afirmando que “para Habermas, a resposta só poderia ser uma: a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria ser conectada a um processo de normatização racional do direito. Logo, a coerção e a liberdade são dois componentes essenciais à sua validade” (CRUZ, 2004, p. 211).

Segundo o próprio Habermas:

A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 1997, p. 138)

É Moreira quem completa:

Em sociedades modernas, o Direito só pode ser expressão da liberdade se cumprir as exigências pós-metafísicas de legitimação, o que só é possível através da incorporação de um caráter pós-tradicional de justificação, ou seja, somente quando sua legitimação estiver desagregada tanto da religião quanto dos costumes. (MOREIRA, 2004, p. 23)

Ainda segundo Moreira (2004), apenas através do procedimento pelo qual a ele se chega é que se pode saber se um acordo normativo é racionalmente motivado, “pois nesse caso o acordo refere-se à validade da regulamentação normativa, que se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes

entanto, que o sujeito é capaz de orientar o seu agir através de expectativas normativas, portanto agir por dever. Como promessa unilateral ou recíproca, tal ato gera deveres com um *determinado* conteúdo, não, porém, o sentido de validade de obrigações *enquanto tais*” (HABERMAS, 1997, p. 347/348, nota nº 71). Para um panorama mais abrangente do comunitarismo, além do livro de Cruz (2004), vide Cittadino (2000).

⁴⁰ Como já mencionado nesta pesquisa, foi Descartes que, com seu Discurso do Método, no contexto da revolução científica, iniciou a consolidação do movimento que culminaria com o desligamento da esfera religiosa das esferas moral e jurídica, projeto que teve continuidade com Kant, que demonstrou a separação destas duas últimas, como explicitado anteriormente.

a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulamentação" (MOREIRA, 2004, p. 25).

Nesse sentido, somente com o estabelecimento de limites normativamente constituídos, é que podem os sujeitos de direito comportarem-se de forma racional conforme fins sem se remeterem à tradição. Na teoria habermasiana, para a que se torne possível a institucionalização dessas ações racionais é necessário que se estabeleça um acordo normativo livre, que, por conseguinte, seja estabelecido discursivamente, de modo autônomo, por seus participantes, dotado de propriedades formais de racionalidade pautada em valores.

Como se vê agora, a simples exigência de que as normas se apresentem como resultado da adoção de um pré-determinado processo legislativo (fundamentação), na perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, não lhes confere absoluta autoridade, estando essa autoridade necessariamente aberta à sua comprovação fática. Sua legitimidade decorrerá, pois, da sua vinculação a um procedimento que se possa configurar democrático. Citando Habermas:

à luz dessa idéia da autoConstituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais, as práticas usuais de criação, de aplicação e de imposição do direito são expostas inevitavelmente à crítica e autocrítica. Sob a forma de direitos subjetivos, as energias do livre-arbítrio, do agir estratégico e da auto-realização são liberadas e, ao mesmo tempo, canalizadas através de uma imposição normativa, sobre a qual as pessoas têm que se entender, utilizando publicamente suas liberdades comunicativas, garantidas pelo direito, ou seja, através de processos democráticos. A realização paradoxal do direito consiste, pois, em domesticar o potencial de conflito embutido em liberdades subjetivas desencadeadas, utilizando normas cuja força coercitiva só sobrevive durante o tempo em que forem reconhecidas como legítimas na corda bamba das liberdades comunicativas desencadeadas. (HABERMAS, 1997, p. 324/325)

Por esse novo viés, a Constituição deverá ocupar-se, pois, de estabelecer, institucionalizar os procedimentos (democráticos) que levariam à formação discursiva da opinião e da vontade política em torno da elaboração de um direito

legítimo; ela, a Constituição, encarada também como resultante desse mesmo procedimento, permitindo transformar os destinatários das normas jurídicas em seus autores, o que contraria, sobremaneira, também as visões majoritariamente difundidas acerca do Poder Constituinte⁴¹.

Portanto, superadas as teorias que pregavam um fundamento de validade material, transcendental ou formal para o direito pela atual concepção procedimentalista, calcada na democracia, o que temos em mente é a concepção de uma Constituição fundamentalmente voltada para a garantia da institucionalização de processos que permitam realização dos projetos não só individuais ou de grupos, mas de toda a sociedade. E, constituindo marco tão significativo, para realizar esse importante projeto, essa mesma Constituição necessita ser mantida especialmente segura contra eventuais ataques, consubstanciados na elaboração de legislação infraconstitucional ou de decisões judiciais que possam, porque viciados pela pressão de segmentos privilegiados da comunidade (inclusive provenientes do próprio Governo) ou por acessos momentâneos de comoção coletiva, romper com esse compromisso, jogando por terra a idéia inicialmente democrática⁴².

⁴¹ A esse respeito, também de grande valia são os trabalhos do jurista alemão Friedrich Müller, que buscam desmistificar o conceito de “povo” usualmente difundido na doutrina jurídica (“povo como ícone”), revelando a sua amplitude e abertura. O mesmo autor logra êxito ao escancarar a presença de outros ingredientes, além da vontade popular, na conformação do Poder Constituinte e no mais do processo de elaboração/fundamentação do direito e do Estado: “Nem a todos os cidadãos é permitido votar. Nem todos os eleitores votam efetivamente. E por meio de que deve legitimar a minoria, sempre vencida pelo voto da maioria nas eleições e em posteriores atos legislativos? E que ‘povo’ – caso necessário, novamente um outro ‘povo’ – se esconde atrás dos efeitos informais sobre a formação da opinião pública e da vontade política ‘do povo’ – efeitos que por exemplo as pesquisas de opinião ou todas as atividades individuais e sobretudo as atividades associativas e corporativas podem produzir na política? (...) Se uma Constituição recorre ao poder constituinte ‘do povo’ ou se ela atribui ‘todo o poder [de Estado]... [ao] povo’, será que ela então formula um enunciado sobre a realidade? Há uma impressão difundida de que as coisas não se passam assim. Nesse caso a constituição fala e cala ao mesmo tempo; ela se atribui [spricht] legitimidade. Ao mesmo tempo ela silencia sobre o fato de que essa atribuição [Zuschreibung] não alcança a realidade ou, como no caso da Lei Fundamental alemã, que não conheceu nenhum procedimento democrático de outorga da constituição, sobre o fato de que ela também não pode mais alcançá-la” (MÜLLER, 2003, p. 49/50).

⁴² O que, por óbvio, não significa a cristalização da Constituição, mas antes sua necessária preservação. As mutações e reformas do texto continuam e continuarão exercendo papel fundamental no desenvolvimento das constituições, proporcionando-lhes adequação às visões

Para tanto, e como já mencionado acima, se faz premente a institucionalização de mecanismos instrumentais de salvaguarda constitucional, como requisito necessário à manutenção da operacionalidade de um direito que, Constitucionalmente fundado, se pretende democraticamente legítimo. Esses instrumentos de salvaguarda, institucionalizados sob a forma de procedimentos (legislativos ou jurisdicionais), que, em sua faceta preventiva, constituem o objeto primordial deste trabalho, como se verá, também servirão para a garantia de contínua oxigenação do ordenamento jurídico.

consideradas legítimas em um dado momento. O que aqui se pretende é trazer também essas necessárias modificações para o ambiente discursivo proposto. A propósito, a contribuição de Peter Häberle (1997), ao propor uma *Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição*.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Procuramos examinar nos capítulos precedentes os problemas que historicamente cercaram a fundamentação do direito enquanto instância eficiente a uma regulação da vida humana em sociedade (e, dentro disso, as contribuições teóricas que propiciaram a sua dissociação da religião e da moral), bem como a questão do moderno fenômeno do constitucionalismo e o princípio (a ele inerente) da supremacia da Constituição – entendida esta discursivamente, como instância garantidora dos processos de formação democrática da opinião e da vontade; tudo em busca de uma construção que permita-nos firmar as bases que doravante sustentarão a nossa análise do sistema de controle de constitucionalidade, em especial daquele empreendido em nosso ordenamento jurídico, querendo significar toda aquela gama de instrumentos processuais constitucionais que hoje se denomina “Jurisdição Constitucional” (CANOTILHO, 1998).

No Brasil, o problema da jurisdição constitucional tem sido tratado por diversos autores contemporâneos, todos, a sua maneira, tentando firmar posição no sentido da construção/solidificação de um sistema mais efetivo de controle de constitucionalidade⁴³. Uma das divergências mais marcantes havidas entre os

⁴³ Na verdade, o controle de constitucionalidade é apenas um dos aspectos do campo problemático da jurisdição constitucional, que é bem mais amplo. Ressalvando os aspectos particulares de cada ordenamento jurídico-constitucional, Canotilho assim o esquematiza: “1. *Litígios constitucionais* (*Verfassungstreitigkeiten*), isto é, litígios entre os órgãos supremos do Estado (ou entre estes com direitos e deveres constitucionais); 2. *Litígios* emergentes da separação vertical (territorial) de órgãos constitucionais (ex.: federação e órgãos federados, estados e regiões); 3. *Controlo da constitucionalidade* das leis e, eventualmente, de outros actos normativos (*Normenkontrolle*); 4. *Proteção autónoma de direitos fundamentais* (*Verfassungsbeschwerde*, “recurso de amparo”); 5. *Controlo da regularidade de formação dos órgãos constitucionais* (contencioso eleitoral) e de outras formas importantes de expressão política (referendos, consultas populares, formação de partidos); 6. Intervenção nos processos de averiguação e apuramento da *responsabilidade constitucional* e, de um modo geral, a defesa da constituição contra crimes de responsabilidade (*Verfassungsschutzverfahren*)” (CANOTILHO, 1998, p. 789). Em verdade, como veremos adiante, em especial com a lição de Peter Häberle, a jurisdição constitucional não se esgota nessa pequena lista do mestre

constitucionalistas pátrios, no entanto, parece se localizar na defesa do modelo de controle o dito mais adequado à nossa peculiar realidade. E essa doutrina trabalha majoritariamente dentro da problemática do controle repressivo de constitucionalidade. Uma parte dessa doutrina (assimetricamente, diga-se) sustenta a necessidade de se prestigiar o modelo de controle difuso, enquanto uma outra gama de autores (e a maioria da atual composição do Supremo Tribunal Federal, como se verá mais adiante) finca posição na defesa do desenvolvimento dos meios de controle de constitucionalidade concentrado, ou por via direta. A despeito do crescimento da segunda tendência, uma terceira corrente tem ganhado força: a que pretende conciliar os dois modelos, consagrando a riqueza do sistema misto brasileiro de controle de constitucionalidade⁴⁴.

Nosso objetivo é, passando por uma breve análise dos modelos relativos ao contexto do controle repressivo de constitucionalidade, chegar aos problemas ínsitos ao controle de constitucionalidade em seu aspecto preventivo, como, entre outros, as experiências vividas em alguns dos países que influenciaram e influenciam o direito brasileiro, o relacionamento travado entre os poderes constituídos em nossa República, os meios (instrumentos) positivos compreendidos em nossa Constituição e sua práxis atual, bem como a contribuição, nesse plexo, do projeto de Peter Häberle de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição⁴⁵ para o desenvolvimento dessa específica forma controle de constitucionalidade em terras brasileiras.

português, ou em qualquer outra lista, pois interpretar a Constituição é tarefa permanente não só do jurista, mas de toda a Sociedade Aberta.

⁴⁴ A exemplo do que propõe Cattoni de Oliveira (2000, p. 135/136).

⁴⁵ Observa-se que a “sociedade aberta”, proposta por Häberle, guarda relevante identidade com a anterior proposta de “sociedade aberta” da teoria de Karl Popper (1987).

Para tanto, inicialmente, buscaremos tecer algumas considerações sobre os modelos de controle de constitucionalidade teorizados pela doutrina constitucional e que são encontráveis na práxis jurídica dos países que historicamente inspiraram a formação do paradigma constitucional democrático, e que, como se verá, aqui convivem, sob os raios fúlgidos do sol da liberdade e sob o manto da Constituição da República Federativa do Brasil.

4.1. O controle de constitucionalidade repressivo.

Desde a proclamação da República, o controle de constitucionalidade é historicamente adotado no Brasil, em especial em sua vertente repressiva – também denominada sucessiva ou “americano-austriaca” (SAMPAIO, 2002).

Entende-se por repressivo o controle de constitucionalidade efetuado no momento posterior à entrada da norma no ordenamento jurídico positivo⁴⁶, visando, acaso constatada sua não conformidade com o sistema constitucional, sua retirada, pela via da ação declaratória intentada contra a lei em tese (no caso do controle concentrado), ou incidentalmente, no curso de uma ação ordinária onde se discute determinada relação jurídica, cuja solução dependa da prévia análise da constitucionalidade ou não da norma aplicável ao caso (controle difuso).

José Adércio Leite Sampaio, empreendendo notável labor de classificação da jurisdição constitucional (para, em verdade, demonstrar sua insuficiência), assim define o modelo repressivo:

⁴⁶ Que, nos ordenamentos jurídicos tributários da tradição europeia continental, como o brasileiro, se dá depois da sua publicação oficial (CARVALHO NETTO, 1992, p. 242).

O controle de constitucionalidade deve ser da lei, não de seu projeto. Ao juiz é dado, tradicionalmente, conhecer do ato normativo pronto, promulgado, sem se imiscuir no centro de um debate legislativo. Cabe, portanto, ao legislador fiscalizar seu próprio trabalho e pautar-se nos limites impostos pela Constituição, sob pena de ver debilitado o produto ou o império de suas conclusões. (SAMPAIO, 2002, p. 49)

Nesse norte, tendo sido construído inicialmente com bases no modelo de controle de constitucionalidade difuso norte-americano, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional tem, hodiernamente, demonstrado uma tendência para a adoção do modelo europeu concentrado (CLÈVE, 1995). Por esse singular motivo, inverteremos a forma clássica usualmente adotada para a análise desses dois modelos, iniciando, nesse estudo, pelas considerações acerca do modelo concentrado de controle.

4.1.1. Modelo de controle concentrado.

O controle de constitucionalidade concentrado em um único órgão do Estado tem suas origens na Áustria, mais exatamente com a Constituição austríaca de 1920, obra que colocou em prática a teoria de justiça constitucional de Hans Kelsen, a qual teria a função de conferir ao projeto de ordenamento jurídico kelseniano a necessária solidez (SAMPAIO, 2002).

Como visto em momento anterior, segundo a concepção kelseniana, a ordem jurídica deveria se estruturar no esquema puro de legalidade, conformando uma estrutura piramidal. Kelsen defendia, pois, a existência de um tribunal constitucional para, com exclusividade, efetuar o juízo de conformidade das normas infraconstitucionais com a Lei Maior e, assim, manter a pirâmide da ordem jurídica positiva incólume. O argumento se prendia à necessidade de coerência lógica do

sistema normativista, pois, como visto anteriormente, se uma norma inferior busca o seu fundamento de validade em outra que lhe é superior, por óbvio, todas devem guardar relação de coerência com a norma de maior estatura no esquema positivo, qual seja a Constituição.

Justificada a necessidade de as normas se aterem aos ditames constitucionais⁴⁷, o problema, aqui, passava então a residir na necessidade de se fundamentar qual dos poderes do Estado, ou, mais exatamente, qual dos órgãos estatais, deveria ser legitimado para o exercício da Justiça Constitucional. Por razões históricas, magistralmente descritas no estudo feito por Cappelletti (1999), nos países que adotaram o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, em regra, a tarefa de realizar a verificação de compatibilidade das normas ordinárias com os ditames constitucionais não foi conferida ao órgão máximo do Poder Judiciário, como no sistema do *judicial review* norte-americano; tampouco adotou-se a solução francesa de instituição de um órgão eminentemente político incumbido de realizar tal tarefa⁴⁸.

as modernas Constituições européias, que, como a austríaca, a italiana e a alemã, adotaram um sistema de controle judicial, certamente, mas concentrado, de constitucionalidade, puseram de tal modo em prática, em certo sentido, uma solução intermediária entre a francesa e a norte-americana, um verdadeiro – e bem consciente, ao invés de irracional, como já se demonstrou – compromisso entre as duas contrapostas e tradicionais soluções. (CAPPELLETTI, 1999, p. 99)

Assim, nos países acima citados por Cappelletti, e em outros, tradicionalmente adeptos do chamado sistema de *civil law*, dada a desconfiança⁴⁹

⁴⁷ Que, como dito anteriormente, é a razão de ser da supremacia constitucional, agora entendida no contexto de uma sociedade plural, composta de homens e mulheres livres e iguais, destinatários e co-autores da normatividade que lhes rege.

⁴⁸ O *judicial review*, que entre nós fundamentará o controle difuso de constitucionalidade, e o sistema francês preventivo serão analisados na seqüência do trabalho.

⁴⁹ Sampaio (2001) afirma que a Europa continental, no início, nutria uma clara desconfiança com relação à magistratura, em especial os juízes franceses, cuja relação de convivência e submissão ao *Ancien Régime* ainda não havia sido esquecida.

que pairava sobre o corpo técnico judiciário (que aqui poderíamos comparar à magistratura de carreira), foi bem recebida a idéia de substituição do controle político da constitucionalidade das leis ordinárias, pela criação de um Tribunal ou Corte Constitucional⁵⁰, com estrutura em muito semelhante aos órgãos do Poder Judiciário, mas subjetivamente composto por membros indicados politicamente, pelos representantes dos Poderes Constituídos; a estes órgãos foi atribuída a tarefa de efetuar, em única instância, o juízo de adequação lei/Constituição, em abstrato⁵¹, ou seja, dispensada a existência de um caso concreto a ser analisado, valendo a decisão da Corte para todos (*erga omnes*).

Perceba-se que esta função, qual seja, a de revogar de maneira geral uma norma abstrata por entendê-la contrária aos ditames constitucionais, vai aproximar a missão do Tribunal Constitucional da função legislativa – enquanto cumpre ao Poder Legislativo editar normas gerais e abstratas, à Corte cabe revogar aquelas que porventura estiverem em desacordo com a Constituição, ou seja, um legislador de maneira positiva (legislador positivo), o outro de maneira negativa (legislador negativo). Sampaio, analisando tal doutrina, afirma que o *“Poder Legislativo dividia-se, assim, em dois: o Poder do legislador positivo, com a iniciativa de aprovar as leis, e o do legislador negativo, com poderes para anular as leis incompatíveis com a Constituição”* (SAMPAIO, 2002, p. 38).

⁵⁰ Na Alemanha, o Bundesverfassungsgericht, composto por dezesseis juízes, metade escolhida pelo Bundestag e metade pelo Bundesrat; na Itália, a Corte Constitucional, composta por quinze juízes, um terço nomeado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pelos órgãos superiores da justiça civil, penal e administrativa; por fim, na Áustria, o Verfassungsgerichtshof, composto por quatorze juízes, nomeados pelo Presidente da República, seis deles escolhidos entre nomes previamente indicados pelos dois ramos do Parlamento, os outros oito por proposta do Governo. Note-se que, em todos os países citados, dentre outras exigências (e.g., idade), todos os elegíveis deverão possuir formação jurídica.

⁵¹ Ressalte-se que a fiscalização em abstrato é a regra, quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade. Porém, em alguns países, a jurisdição constitucional, embora concentrada em um determinado tribunal, poderá conhecer de situações concretas, tal como no sistema alemão (recurso constitucional) ou no espanhol (*cuestión de inconstitucionalidad*), dentre outros. Por esta razão, Sampaio vai propor classificação distinta, dizendo: “Não há, na prática, um sistema puramente abstrato, nem totalmente concentrado ou difuso” (SAMPAIO, 2002, p. 52).

Por fim, ressalte-se que, depois do término da Segunda Guerra Mundial, o sistema de controle concentrado ganha adesão de quase a totalidade da Europa Continental, alastrando-se além mar, para a América do Sul e várias outras nações pelo mundo⁵².

4.1.1.1. O controle concentrado no Brasil.

No Brasil, a Carta Imperial de 1824, nossa primeira Constituição, em seu artigo 15, nº 9, muito provavelmente por influência francesa, impunha ao Poder Legislativo o dever de “velar na guarda da Constituição”. Diversamente do ocorrido nos Estados Unidos, onde, alguns anos antes, surgira o modelo difuso, e do que se disse acima sobre os países da Europa continental, a Constituição de 1824 não deixava nenhuma margem a qualquer tentativa de se expandir a atuação do Poder Judiciário em direção ao controle de constitucionalidade, impedindo, sob aquela ordem, a possibilidade do desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil.

Outro empecilho relevante em terras brasileiras era o Poder Moderador, assim comentado por Bittencourt (1949):

Além disso, como “chave de toda a organização política”, existia o Poder Moderador, investido da função de manter a “independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos” (artigo 98), funcionando, no dizer do próprio Benjamim Constant, como “o poder judiciário de todos os outros poderes”. Ele constituía – segundo a lição do Visconde do Uruguai – “a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia”.

⁵² A respeito, vale conferir a vasta relação apresentada por Sampaio (2002) de países que aderiram ao modelo concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade.

Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal “suprema inspeção”, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador”. (BITTENCOURT, 1949, p. 28)

Segundo Mendes (1996), o controle concentrado, ou abstrato, em nosso país, que, na fase republicana, vai fazer clara opção pelo modelo norte-americano, tem suas origens em um instrumento chamado representação interventiva. Discutida na constituinte de 1891, a idéia da representação interventiva somente foi positivada na breve Constituição de 1934.

O indigitado jurista narra que, sob a vigência daquela Carta, no âmbito dos conflitos de competência travados entre a União e os Estados-membros, foi introduzido na Constituição um processo especial perante o Supremo Tribunal Federal para sua solução. As medidas coercitivas inerentes à intervenção federal nos Estados, em caso de ofensa por estes causada aos chamados “princípios sensíveis”, somente poderiam ser deflagradas depois que o Supremo Tribunal Federal, analisando esse processo especial (a representação interventiva), tivesse reconhecido a constitucionalidade da lei que dispunha sobre o ato de intervenção. A provocação do Tribunal haveria de ocorrer por iniciativa exclusiva conferida ao Procurador-Geral da República (artigo 12, §2º, da Constituição de 1934).

Este procedimento foi incorporado pela Constituição de 1946, com algumas modificações. Nas palavras do jurista em apreço:

Ao invés da constatação da constitucionalidade da lei, que deflagrava a intervenção, tal como na Constituição de 1934, deveria o Tribunal agora aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados “princípios sensíveis” (MENDES, 1996, p. 61).

O citado autor, que hoje é Ministro do Supremo Tribunal Federal, sustenta que, embora a representação de inconstitucionalidade tivesse sido criada como

forma peculiar de composição de conflitos entre as esferas da Federação, o instituto teria sempre sido tratado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como típico processo de controle abstrato de constitucionalidade. Busca sustentar seus argumentos, sobretudo, na quantidade de representações ajuizadas no período concentrado entre 1947 e 1965, afirmando que somariam, ao todo, mais de 500 representações que tais⁵³.

Limitada à análise de leis ou atos estaduais, postos em confronto com a Constituição Federal, a representação interventiva da Constituição de 1946 foi modificada pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965. Em seu artigo 2º, a referida emenda modificava a alínea *k* do inciso I do artigo 101 da Constituição então vigente, dando maior amplitude ao instituto. Segundo Alves (1993), com a nova redação, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para processar e julgar representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual encaminhada pelo procurador Geral da República. Celso Agrícola Barbi (1968) acrescenta que, noutra ponta, o inciso XIII do artigo 19 da mesma emenda ampliou o controle, pois admitia expressamente que a lei poderia instituir processo de competência originária do Tribunal de Justiça dos Estados para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal contrários à Constituição Estadual. Essa legislação, no entanto, não veio a lume.

Respeitada a posição acima referida, entendemos de forma um pouco diferente. Apesar da relevância da representação interventiva enquanto precursora do modelo concentrado que hoje, ao lado do modelo difuso, se faz presente no ordenamento jurídico nacional, acreditamos que o controle de constitucionalidade

⁵³ Em nota, o citado autor afirma que a numeração sequencial indica que teriam sido submetidos ao crivo do STF 689 representações interventivas e que, como já existia um outro processo, designado Representação ou Reclamação, a série de representações interventivas teve início no número 93. Seriam, pois, aproximadamente 597 representações destas no período.

em abstrato das leis e atos normativo, no Brasil, foi de fato introduzido pela Emenda Constitucional nº 16/65 à Constituição Federal de 1946 (já a esse tempo deveras mutilada), vez que, por mais que se aproximasse do instrumento austríaco de controle por via de ação, a representação interventiva anteriormente existente poderia ser considerada apenas uma espécie de proto-embrião do instituto, muito em razão das limitações que lhe eram impostas, especialmente as de cunho material (era limitada apenas à análise da legislação estadual) e circunstancial (quer dizer, referentes à necessidade de se encontrar configurada uma situação próxima da intervenção)⁵⁴.

Sob a égide da referida emenda, passava a ser atribuição do Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento de representação, de iniciativa exclusiva do Procurador Geral da República, contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, que em tese estivesse a violar a Constituição Federal. Podemos, pois, concordar com Barbi (1968) que estaria criado o exame da inconstitucionalidade por via de ação, também de lei federal, o que, sem sombra de dúvida, em nada se confunde com a situação de intervenção federal, até então limitadora da representação existente.

O saudoso jurista mineiro, já naquela época, viu na ação declaratória de inconstitucionalidade um grande reforço dos poderes do Executivo Federal. Este freqüentemente vetava projetos de lei porque os entendia inconstitucionais, mas o Congresso rejeitava o veto e não tinha o Chefe de Governo meios legais

⁵⁴ Reforça nossa posição o fato de Bittencourt, em monografia datada de 1949, ao analisar o controle por via de ação, após discorrer sobre os sistemas de controle de constitucionalidade da Suíça e da Áustria, afirmar categoricamente: “Em nosso continente, podem-se citar entre os países que permitem o controle por via de ação, o México, a Nicarágua e Cuba, merecendo especial referência a legislação deste último sobre o chamado *recurso de inconstitucionalidad*” (BITTENCOURT, 1949, p. 99.). Nota-se, na referida obra, que o autor, contemporâneo da Constituição em debate (de 1946), desconsidera a hipótese para o caso brasileiro, centrando seus argumentos sempre no controle difuso existente no país. No mesmo sentido, citam-se as opiniões de Clemerson Merlin Clève (1995) e Lenio Luiz Streck (2004).

simplificados de evitar a aplicação da lei considerada inconstitucional. Lembrando-se que o período em questão foi marcado pelo recrudescimento do regime de governo do Brasil, com a assunção do poder pelos militares (e da ocupação do cargo de Presidente da República pelos Generais), após o golpe de 31 de março de 1964, é fato que a situação de um Congresso independente e que contrabalançaria de fato o Poder Executivo incomodava, e muito, a Presidência da República. Com a promulgação da Emenda Constitucional 16/65, o regime encontrou o mecanismo legal que faltava para impor sua vontade dentro da legalidade, uma vez que era exclusivamente o Procurador Geral da República (cargo de confiança do Presidente da República e demissível *ad nutum*) quem efetivamente provocava a atuação do Supremo Tribunal Federal. Acrescente-se ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal constituía um órgão de notada submissão ao Poder Executivo, inclusive porque os então (militares) ocupantes desta função aposentaram compulsoriamente alguns de seus ministros avessos ao regime, o que, por óbvio, causou terror naqueles que foram poupados e, pois, gerou um Tribunal no mais das vezes impotente diante dos desmandos militares no exercício do governo.

O período militar durou cerca de vinte anos, tempo suficiente para gerar efeitos nefastos em diversos campos, inclusive no pensamento jurídico nacional. Tanto o ensino quanto a pesquisa em direito e mesmo a atividade jurisdicional no Brasil dos Generais ficaram estagnadas num positivismo e num dogmatismo jurídico que até hoje são marcas de muitos dos nossos operadores jurídicos, difíceis de serem superadas⁵⁵. A Teoria da Constituição no Brasil, então acostumada com o que Canotilho (1998) denominaria de “Constituição de fachada”, com um sistema

⁵⁵ Certamente é por isso que Cittadino vai afirmar categoricamente: “O pensamento jurídico brasileiro é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos” (CITTADINO, 2000, p. 14).

jurídico em séria crise de inefetividade, tem ainda hoje sérias dificuldades em produzir uma doutrina legitimamente nacional acerca do fenômeno constitucional⁵⁶. Desde então imperam os manuais, os resumos, as sinopses.

O processo de anistia política e abertura do regime, que teve início no governo do General Figueiredo, prosseguiu mesmo com a derrota do movimento nacional por eleições diretas para presidente (conhecido pelo *slogan* “Diretas Já”), encerrando-se com a posse do Presidente José Sarney, vice na chapa então eleita pelo Colégio Eleitoral⁵⁷. Primeiro civil a ocupar a Presidência da República, desde o golpe militar, Sarney deu continuidade ao processo de abertura, mantendo o compromisso do Presidente Eleito Tancredo Neves, enviando ao Congresso Nacional a proposta de emenda à Constituição que convocava a Assembléia Nacional Constituinte⁵⁸, a qual foi aprovada em 27 de outubro de 1985 (EC 26/85).

O processo constituinte deu-se entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, data de promulgação da atual Constituição, que recebeu do então deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte, o sugestivo apelido de “Constituição Cidadã”.

A Constituição de 1988, instituindo uma forma de controle misto de constitucionalidade, manteve sob a sua égide o modelo de controle concentrado, porém aumentou consideravelmente o rol de legitimados para a sua suscitação, criando uma ação própria para o seu exercício, a ação direta de

⁵⁶ A respeito, veja-se o comentário de Streck: “após a promulgação da Constituição, não houve um ‘acontecer constitucionalizante’ no País. A falta de uma teoria constitucional adequada e a própria crise do Direito foram fatores preponderantes para a inefetividade do texto” (STRECK, 2004, p. 452).

⁵⁷ Como se sabe, a chapa em que Sarney figurava como candidato a vice-presidente era encabeçada pelo candidato mineiro à presidência, Tancredo de Almeida Neves, que faleceu antes de tomar posse no referido cargo, em circunstâncias até hoje não muito bem esclarecidas.

⁵⁸ Sob críticas de alguns setores da sociedade e da ciência jurídica, pois, ao invés de convocar uma Assembléia Nacional Constituinte exclusivamente eleita para tal mister, transformou os membros do Congresso Nacional da época em constituintes, o que legitimava, por exemplo, como constituintes os “Senadores Biônicos”, que ainda ocupavam um terço das cadeiras no Senado Federal, que havia sido renovado em apenas dois terços nas eleições nacionais.

inconstitucionalidade, conhecida pela sigla ADIN, ou simplesmente ADI. Ao lado desta, foram instituídas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por Omissão) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 03/93 introduziu em nosso ordenamento a polêmica⁵⁹ ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, “sem precedentes no Direito comparado” (STRECK, 2004, p. 743).

Nesse ponto, tomados os institutos hoje em vigor, se pode ver claramente que, ao menos no sistema instituído pela Constituição de 1988, a jurisdição constitucional concentrada no Brasil encarregar-se-á de fiscalizar as normas em abstrato, em tese⁶⁰, incumbindo-se a sua faceta difusa de efetuar a análise em concreto da inconstitucionalidade das normas.

Acerca do direito infraconstitucional a respeito das ações constitucionais, regem o processo de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil as leis nº 9.868/99 (ADIN, ADIN por Omissão e ADC) e 9.882/99 (ADPF).

Ao contrário de outros países que também utilizam o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, onde são instituídas leis especiais versando

⁵⁹ À época da instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ocorreu séria polêmica entre os membros da comunidade jurídica nacional. Primeiramente, o texto original, de autoria do jurista Ives Gandra da Silva Martins, foi profundamente modificado pelo deputado Benito Gama, autor do substitutivo aprovado no Congresso, gerando veementes protestos do primeiro – encontráveis em MARTINS e MENDES (1994), em especial a página 123 – que, literalmente, negou-lhe a paternidade. A promulgação da EC 03/93 com a inovação provocou reação imediata da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) que, posteriormente, propôs ação direta de inconstitucionalidade contra a emenda, patrocinada pelo mesmo Ives Gandra, a qual não foi conhecida pelo Supremo, aduzindo a Corte que a AMB não possuiria legitimidade para a propositura da ação. Streck (2004) esclarece que a questão se mostrou tão efervescente que o Ministro Moreira Alves, relator da matéria, anexou o pedido da AMB aos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, como questão de ordem, momento em que, apreciada a questão de fundo, foi mantida incólume a EC 03/93 e, assim, o novel instituto.

⁶⁰ O que leva alguns juristas a entender o processo de controle de constitucionalidade em abstrato como “processo objetivo” (MENDES, 1996), ao nosso ver, incorretamente, eis que a própria Constituição determina a formação do contraditório, com a citação do Advogado Geral da União, para que se incumba de defesa da norma impugnada (art. 103, §3º). No mesmo sentido, a lição de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 117/118).

sobre jurisdição constitucional (*e.g.*, as Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais da Alemanha, da Itália, da Espanha e de Portugal), no Brasil, a Constituição nada previu a respeito. Por esta razão, a Lei nº 9.868/99 tem sua constitucionalidade expressamente questionada por parte significativa da doutrina jurídica nacional⁶¹.

Porque externo ao recorte que se pretende dar à presente pesquisa, não se pretende abordar de forma sistemática cada aspecto⁶² dessa específica forma de controle de constitucionalidade, razão pela qual passaremos, de pronto, a uma também breve análise do modelo de controle difuso, que historicamente antecede o concentrado no Brasil e que com ele hoje convive em nosso sistema.

4.1.2. Modelo de controle difuso.

Nascido na América do Norte, oficialmente desde a aqui já citada decisão do *Chief Justice Marshall*, o controle difuso de constitucionalidade parece ser conclusão lógica do processo revolucionário que, rompendo com as tradições inglesas, instituiu nos Estados Unidos da América do Norte uma Constituição escrita e rígida. Streck (2004), ressaltando que o poder constituinte no contexto revolucionário norte-americano é concebido como aquele conjunto inviolável de regras denominado Constituição, afirma que tal concepção servirá para classificá-la como lei suprema da nação e estabelecer obstáculos que nitidamente se prestam a dificultar a sua

⁶¹ A respeito, confira-se: “A competência para elaboração de leis federais está prevista no art. 22 da Carta Política, estando fixado que é da competência privativa da União legislar sobre direito processual. Não há previsão para estabelecer normas sobre jurisdição constitucional. Assim, tudo está a indicar que a Lei 9.868/99 não é uma simples regra de direito processual, e, sim, de algo novo no direito brasileiro, qual seja, a especificação do funcionamento da jurisdição constitucional. Desse modo, somente por emenda constitucional que estabelecesse a possibilidade de elaboração de uma lei poderia tratar dessa matéria. E tudo estaria a recomendar que uma lei desse quilate devesse ser votada e aprovada por quorum de maioria qualificada” (Streck, 2004, p. 542).

⁶² Como, *e.g.*, a polêmica acerca da natureza da decisão (declaratória ou constitutiva), ou a questão do efeito vinculante das decisões.

reforma ou revisão. Diz o referido autor: “*embora caudatários do modelo da common law originária do colonizador inglês*, os Estados Unidos adotaram um modelo de Constituição rígida, onde esta aparece como autêntica lei fundante/fundamental, a começar pelo próprio texto, que a define como a *supreme law of the land*” (STRECK, 2004, p. 331).

A premissa básica do sistema é simples: sempre que, para a decisão de um caso concreto submetido a um juiz, ou tribunal judiciário, seja necessário se verificar a constitucionalidade de uma determinada norma infraconstitucional, este (juiz ou tribunal) deverá fazê-lo, como incidente, podendo, se entender pela sua inconstitucionalidade, deixar de aplicar a referida norma, decidindo o caso sem levá-la em consideração. Onde se adota tal preceito, a jurisdição constitucional é apenas uma das espécies de jurisdição admitidas no ordenamento jurídico. A esse respeito:

no modelo de Suprema Corte, jurisdição constitucional é uma jurisdição como outra qualquer, com a diferença de que a supremacia da constituição deve ser garantida por qualquer juiz. A Corte se põe seja como terceiro grau de jurisdição federal, seja como juízo de apelo das decisões dos tribunais – distritais nos Estados Unidos, por meio do *certiorari*, na hipótese de estar em questão a validade constitucional de uma lei –, seja originariamente, nos casos constitucionalmente previstos. O controle de constitucionalidade é, por conseguinte, descentralizado, incidental, posterior, tendo um caso concreto como base. (SAMPAIO, 2002, p. 48)

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti define como difuso o sistema “em que o poder de controle pertence *a todos os órgãos judiciários* de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência” (CAPPELLETTI, 1999, p. 67).

Maiores informações relativas às razões históricas que instituíram essa peculiar forma de controle de constitucionalidade (e, de resto, toda a doutrina de controle de constitucionalidade, baseada na supremacia da Constituição), cremos, já foram exploradas no presente texto, ao menos no nível a que se propõe o estudo,

razão pela qual nos permitiremos prosseguir sem maiores delongas, abordando suas particularidades em terras brasileiras.

4.1.2.1. O controle difuso no Brasil.

Conforme já dito alhures, a primeira Constituição do Brasil, de 1824, não permitiu em nosso país o avanço de formas de controle de constitucionalidade como ocorreu, ao inverso, nos Estados Unidos. Somente com a promulgação da constituição republicana de 1891 é que será finalmente introduzido o instituto em nosso ordenamento jurídico.

Magalhães (2004) afirma categoricamente que o Brasil, que tem sua tradição constitucional construída a partir do modelo europeu continental, passa a sofrer influência do direito estadunidense a partir da Constituição de 1891, que, segundo o autor, “copiou diversas instituições dos Estados Unidos da América como o federalismo, o presidencialismo, o seu modelo bicameral, o modelo de suprema corte e o modelo de controle difuso de constitucionalidade” (MAGALHÃES, 2004, p. 115), o que, com o passar dos anos (e das Constituições), possibilitará o enriquecimento do sistema pátrio, exatamente em razão desse processo de síntese.

Mesmo antes da promulgação da Constituição de 1891, os atos do novo regime, republicano e federalista, vitorioso na luta contra a monarquia dos Imperadores, já indicavam a opção pelo controle difuso de constitucionalidade, na esteira da experiência norte-americana. Segundo informa Lúcio Bittencourt (1949), as inovações já apareciam na Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (artigo 58, §1º, b) e no Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano (artigo 9º,

parágrafo único, *a* e *c*). “A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, reproduzindo o que fôra prescrito pelos dois diplomas citados, facultou, também, recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ela (artigo 59, §1º, al. *a*)” (BITTENCOURT, 1949, p. 28). Nascia o controle de constitucionalidade brasileiro, de inspiração norte-americana, com a instauração do modelo de controle difuso de constitucionalidade.

Comentando o novel instituto, afirmava Rui Barbosa:

o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a *todos os tribunais*, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério. E, assim, esse poder incomparável, desconhecido nos outros regimes, vedado mesmo no suíço, latente apenas na Constituição americana, ficou limpidamente exposto no texto da Constituição brasileira. (BARBOSA *apud* BITTENCOURT, 1949, p. 29)

A lei de organização da Justiça Federal da República, de 1894, incumbiu-se de regulamentar o controle. Repare-se que o recém-nascido instituto se restringia, para efeitos de recorribilidade ao Supremo Tribunal Federal, às decisões que negavam aplicação (declarando, pois, inconstitucional) a lei atacada no processo examinado.

Sob a égide da breve Constituição de 1934, não se verificou mudança de rumos nesse particular, contudo sendo introduzidas, além da já comentada “representação interventiva”, algumas importantes inovações: a) a regra segundo a qual seria necessário que a decisão que declarasse inconstitucional a norma fosse tomada pela maioria absoluta dos juízes que compusessem o tribunal, fosse este federal ou estadual (a chamada “cláusula de reserva de plenário”); b) o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado, que introduz no sistema a possibilidade

de os efeitos a decisão final do Supremo Tribunal Federal que declara inconstitucional uma norma serem estendidos *erga omnes*.

A Carta constitucional de 1937 manteve a regra de reserva de plenário, porém, modificando a estrutura do próprio Senado Federal, extirpou do ordenamento o instituto da suspensão da execução da lei; como se esperaria de um regime de exceção, a “Constituição Polaca” ainda impôs, no parágrafo unido de seu artigo 96, a seguinte restrição ao nosso sistema de *judicial review*:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos de cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do tribunal. (HORTA, 2003, p. 56)

A lei confirmada ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional. Com a introdução deste excêntrico instituto⁶³, acrescido de outras normas igualmente centralizadoras, a Constituição de 1937 demonstra sua função de apenas servir de sustentação legal para a “Ditadura Vargas”, que irá perdurar até o final da II Guerra Mundial. Ressalte-se que, como o Presidente da República, tornado plenipotenciário pela Carta de 1937, podia editar decretos com força de lei (os Decretos-lei do artigo 180 da CF/37), a regra do artigo 96 acabava sendo mitigada quando, pelos motivos nela já expressos, o próprio mandatário da República emitia um decreto convalidando a norma impugnada pelo Supremo. Na prática daquele período autoritário, valia a vontade do Presidente e ponto final.

Encerrado o conflito mundial, o Brasil passa por turbulenta crise institucional, oscilando entre tentativas de golpe e governos populistas (inclusive com a volta de Vargas), que culminarão em novo (e mais longo) período de exceção a partir de

⁶³ Observe-se que, à época, alguns juristas de escol aplaudiram a inovação, dentre os quais Alfredo Buzaid, Francisco Campos e Cândido Motta Filho (Mendes, 1999b, p. 241).

março de 1964. Durante esse período, vige a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, que buscava resgatar o projeto da Constituição de 1934 de instituição de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil. A Constituição de 1946 aboliu a famigerada regra de convalidação da lei declarada inconstitucional, acima citada, conservando, no mais, a essência do sistema de controle incidental.

O movimento militar de 1964 rompe com a ordem constitucional de 1946 e inicia o regime dos Atos Institucionais. O Ato Institucional nº 1, determinou a preservação da Constituição de 1946, com as modificações por ele introduzidas. O Ato Institucional nº 2 introduziu profunda reforma constitucional, com a previsão de eleição indireta para Presidente e a abolição dos partidos políticos. Veio a lume a Constituição de 1967, derogando algumas das medidas de exceção até então adotadas e, no âmbito do controle de constitucionalidade, resgatando as premissas da Constituição de 1946, já acrescidas da Emenda Constitucional nº 16/65. Porém, não muito tempo depois, foi editado o Ato Institucional nº 5, o qual outorgava ao presidente poderes ditatoriais e colocava o país sob as piores trevas do período militar. Finalmente, veio a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, a qual modificou substancialmente o texto constitucional (alguns autores chegam a considerá-la verdadeira nova Constituição, tamanha a modificação que impôs ao texto original). Neste cenário, mesmo conservados os institutos que garantiam o controle de constitucionalidade (agora mesclando os modelos difuso e concentrado), porque novamente sob uma Constituição de fachada, as poucas vitórias da cidadania obtidas pela via do controle difuso de constitucionalidade logo eram frustradas pelos artifícios do regime militar (aposentadoria compulsória ou mesmo cassação de juízes, desembargadores e Ministros do Supremo Tribunal Federal, expulsão de nacionais, censura etc.).

Com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil formalmente adota um modelo misto de controle de constitucionalidade, conservando o modelo difuso, tradicionalmente presente em nossa história republicana, agora expressamente conciliado com o controle concentrado, porém despojado de um Tribunal Constitucional, com o Supremo Tribunal Federal sendo encarregado de tal papel, de forma precípua, atuando quando provocado por via das ações específicas do controle de constitucionalidade, já citadas anteriormente.

4.1.3. O modelo de controle misto.

O modelo misto de controle de constitucionalidade, ou seja, aquele que concilia o controle difuso e o controle concentrado na forma de exercício da jurisdição constitucional é, como visto, fruto de uma longa consolidação histórica do sistema de controle de constitucionalidade, mas também pode ser apresentada como sendo uma experiência recente e atual em nossa sistemática constitucional formal, posto que ainda inacabada.

É exatamente por isso que Magalhães vai afirmar que o nosso constitucionalismo pode ser considerado como “um dos mais ricos do mundo, pois promove a construção de um processo de síntese, ainda inicial, dos dois grandes sistemas jurídicos modernos, o que pode ser expresso no nosso controle misto de constitucionalidade das leis” (MAGALHÃES, 2004, p. 115).

Segundo Sampaio (2002), conosco compartilham desse modelo misto de jurisdição constitucional o Canadá, o México, a Namíbia e a Nicarágua. Por esse modelo, o Supremo Tribunal, entendido como ápice do sistema judiciário brasileiro,

no que se refere à Jurisdição Constitucional, além de sua competência recursal para o conhecimento de controvérsias concretas que incidentalmente versem sobre a constitucionalidade de uma norma jurídica, possui competência para conhecer em abstrato da constitucionalidade de uma determinada lei, via de uma ação que diretamente lhe é proposta. Ou seja, concilia-se o modelo difuso, de exame concretista de constitucionalidade, com o modelo concentrado, com suas ações diretas, de análise em abstrato.

Portanto, em nosso ordenamento atual, conciliamos o controle incidental, difuso, e o controle por via principal, concentrado de constitucionalidade, o que, aos olhos de alguns processualistas pareceria inconciliável.

Segundo Marcelo Cattoni de Oliveira (2000), a única compreensão que possibilita uma visão não excludente ou não incompatível dos dois modelos, e assim, possibilita e fundamenta a coexistência de ambos, tal como está previsto em nossa Constituição, é aquela que considera que “o controle por via incidental deve ser compreendido como ‘procedimento’ (*rectus*, processo) ou modo ordinário, assim como o controle por via principal deve ser compreendido como ‘procedimento’ (processo) ou modo especial de controle jurisdicional de constitucionalidade” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 135/136).

Segundo o citado autor, as conseqüências dessa compreensão são:

a) a normativa do controle em via incidental se aplica subsidiariamente ao controle em via principal; e b) o controle em via incidental e o controle em via principal são complementares. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 136)

A partir desse raciocínio, explica o autor, a natureza das decisões judiciais tomadas em sede de um ou de outro modo de controle deve ser entendida como declaratória, atingindo quer as partes, quer todos, dependendo de como a questão é

suscitada, e sempre com caráter retroativo, em oposição a concepções (como a "estatalista" – exemplificada pelo autor pela teoria kelseniana) segundo as quais se trataria de uma decisão de natureza constitutiva, eis que "tão-somente os órgãos estatais competentes e autorizados para tanto podem pronunciar-se a respeito da inconstitucionalidade de uma norma e fazê-la cessar de gerar efeitos, ou seja, anulá-la" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 137).

O referido autor fundamenta a adoção da primeira tese, a qual afirma que a norma inconstitucional é uma contradição em termos e que, portanto, pode ser reconhecida por qualquer um como inválida e nula, no sentido de ninguém está submetido a um comando inconstitucional, desde que superado seu viés liberal. Para tanto, propõe a reconstrução do dogma da "nulidade de pleno direito", agora entendido, sob a ótica da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas e da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle, onde a decisão judicial que pronuncia a inconstitucionalidade é declaratória porque:

é o reconhecimento formal ou a formalização de uma opinião pública política segundo a qual as razões para desobedecer demonstraram-se constitucionalmente fundadas. E, quando não o forem, os desobedientes civis não deverão ser tratados como criminosos, até mesmo porque, um dia, em razão da própria dinâmica da interpretação constitucional, explicitada através do princípio democrático da reversibilidade ou da revisibilidade dos entendimentos subjacentes às decisões, a posição deles poderá democraticamente vir a prevalecer. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 140/141)

Nestas bases, o modelo difuso se apresenta, em nossa ótica, mais rico que a adoção estanque de um ou de outro modelo.

De fato, o controle de constitucionalidade desenvolvido em nosso país é realmente muito rico⁶⁴. Ao lado deste sistema repressivo misto de controle, há, ainda, o controle preventivo de constitucionalidade, do qual trataremos em seguida.

4.2. O controle de constitucionalidade preventivo.

Inicialmente, cumpre-nos efetuar algumas diferenciações relevantes, as quais, cremos, serão importantes para a compreensão da investigação proposta, qual seja a efetividade do controle preventivo no esquema de controle da constitucionalidade das normas brasileiro.

Nesse leito, mesmo que problemática e sujeita a críticas⁶⁵, uma diferenciação entre controle político e controle jurídico se faz especialmente significativa. Como visto nas passagens precedentes deste trabalho, jurídico, ou judicial, é o controle de constitucionalidade exercido por qualquer juiz ou tribunal, ou ainda realizado unicamente por um órgão especial, integrante da estrutura (judiciária) do Estado, mesmo que formalmente localizado fora do Poder Judiciário, assim efetuado em bases e com a adoção de argumentos jurídicos, através do processo⁶⁶. Uma concepção de controle político de constitucionalidade vem da clássica lição de Cappelletti:

em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional – ou, talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar

⁶⁴ Talvez em razão de o descumprimento dos ditames constitucionais também o ser.

⁶⁵ Como, por exemplo, a crítica efetuada por Sampaio a respeito dessa classificação: “As diferenças apresentadas, pelo menos na tentativa de distanciar o modelo francês atual, identificado como político, do modelo jurisdicional, são puramente ilusórias e virtuais, pois, em maior ou menor escala, os seus elementos caracterizadores se fazem presentes também nos modelos ‘jurisdicionais’.” (SAMPAIO, 2002, p. 44).

⁶⁶ Aqui compreendido como procedimento realizado em contraditório, nos termos propostos por Fazzalari (1994) e, no Brasil, por Gonçalves (1992).

políticos, mas não *judiciários*. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é *preventivo*, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor. (CAPPELLETTI, 1999, p. 26)

Com o devido respeito à lição do insigne jurista italiano, entendemos que sua definição carece de maior rigor técnico. É que, em verdade, ao definir o controle político, Cappelletti acaba por misturá-lo ao controle preventivo. Não necessariamente os dois modelos confundir-se-ão. Como bem esclarece Lobato (1994), há dois modos através dos quais o controle preventivo⁶⁷ pode ser exercido, a saber: a) controle preventivo político, que pode ser interno (quando exercido pelas comissões parlamentares, como, por exemplo, no Brasil, o controle exercido pela Comissão de Constituição e Justiça) ou externo (quando exercido por um órgão político externo ao Parlamento, como ocorre no exemplo português do controle exercido pelo Conselho da Revolução – verificado de 1976 até a primeira revisão constitucional de 1982); e b) controle preventivo jurisdicional, que é aquele exercido por órgãos jurisdicionais, que podem pertencer ou não ao Poder Judiciário, como as cortes ou tribunais constitucionais, tal qual ocorre na França e, até o advento da primeira revisão constitucional de 1982, em Portugal.

Portanto, não há que se confundir controle preventivo e controle político de constitucionalidade.

⁶⁷ Entendido, na lição de Canotilho (1998), simplesmente como aquele que ocorre durante o processo de produção da norma, ou, ainda, “antes da entrada em vigor da norma, ou seja, antes da promulgação da lei pelo Chefe de Estado” (LOBATO, 1994, p. 33).

4.2.1. O controle preventivo no direito comparado.

4.2.1.1. França.

O modelo de controle preventivo de constitucionalidade adotado na França é repetidamente citado pela doutrina como exemplo dessa específica forma de controle de constitucionalidade⁶⁸, razão pela qual buscaremos proceder a uma sucinta análise do sistema francês em primeiro lugar.

De acordo com Ramos (2000), a França pode ser considerada a nação européia na qual, durante os cinco séculos que antecederam a grande Revolução, as mãos do poder absoluto mais oprimiram o povo. Certamente, em razão de tamanha história de opressão, com a vitória final do movimento revolucionário de 1789⁶⁹ e com a conseqüente consagração do princípio da separação e delimitação dos poderes⁷⁰, no específico contexto francês, sempre se considerou inoportuna qualquer interferência do Poder Judiciário na atividade legislativa das assembleias populares⁷¹.

⁶⁸ Por exemplo, Cappelletti (1999, p. 27), Poletti (1998, p.58), Ferreira Filho (2005, p. 37), Streck (1999, p. 351), dentre outros.

⁶⁹ A análise mais detida dos acontecimentos que marcaram a Revolução Francesa, apesar de instigante, escapa ao âmbito da presente pesquisa, porém, uma abordagem jurídica retrospectiva singela pode ser encontrada em Häberle (1998).

⁷⁰ Na exata linha do pensamento de Montesquieu (1996).

⁷¹ Mauro Cappelletti afirma que há razões históricas, ideológicas e práticas para a solução francesa: **históricas** em razão da “permanente lembrança das graves interferências que, anteriormente à Revolução, os juízes muito freqüentemente perpetravam na esfera dos outros poderes, com conseqüências que (...) tinham, antes, o sabor do arbítrio ou do abuso” (1999, p. 96), bem como a concepção patrimonial do ofício judiciário por seus executores – e assim “desfrutavam dele, sobretudo, o mais possível – à custa, bem se entenda, das partes litigantes – do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar do seu próprio poder” (CAPPELLETTI, 1999, p. 97); **ideológicas**, assentadas na doutrina de separação dos poderes de Montesquieu e seus desenvolvimentos radicais na obra de Rousseau, concluindo o autor italiano daí advir a hostilidade francesa contra “a idéia de que os atos dos órgãos superiores, e sobretudo as Assembleias parlamentares, representativas da soberania nacional, fossem submetidos a controle por parte dos juízes” (CAPPELLETTI, 1999, p. 97); por fim, **práticas**: “Evidentemente, a exigência prática prevalente, sentida na história francesa de

Neste sentido preleciona Lenio Streck:

A influência do contratualismo de Rousseau e a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu foram decisivas para os rumos que tomou o constitucionalismo em França e de sua forma de controle. Assim, a vontade popular propalada por Rousseau e a importância que Montesquieu deu ao Legislativo (e a pouca importância que deu ao Judiciário), aliado ao fato de os juizes, por ocasião da Revolução, serem todos oriundos da aristocracia (anciën règime), fizeram com que se olhasse com extrema desconfiança a possibilidade de um Poder não-popular modificar leis elaboradas pela vontade geral do povo. (STRECK, 2004, p. 347)

Depois da ocupação da Segunda Guerra Mundial, com a promulgação da Constituição de 1958, atualmente vigente, como menciona Clève (1995), ocorreu um sensível incremento na fiscalização de constitucionalidade. Diz o citado autor:

Embora o Conselho Constitucional seja dotado de caráter político, não exercendo, portanto, no que se refere à fiscalização de constitucionalidade, função jurisdicional, ele foi organizado de modo a alcançar uma importância, hoje, pouco contestada no quadro das instituições francesas. Sua atuação, por outro lado, vem permitindo a emergência de uma respeitabilidade sem precedentes no meio jurídico e político francês. Não se pode esquecer, contudo, que a fiscalização (em certos casos de provocação obrigatória, em outros de provocação facultativa), exercitada pelo Conselho Constitucional, é meramente preventiva, razão pela qual, uma vez promulgado o ato legislativo, caberá às autoridades públicas não mais do que cumpri-lo. Após a promulgação da lei não há mais lugar, na França, portanto, para a manifestação de qualquer mecanismo de aferição da sua legitimidade constitucional⁷² (CLÈVE, 1995, p. 95).

De acordo com o artigo 56 da Constituição francesa, o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), que se rege por Lei Orgânica, é composto pelos ex-Presidentes da República⁷³, com mandato vitalício, e de outros nove membros, um terço dos quais nomeados pelo Presidente da República, outro terço pelo Presidente da Assembléia Nacional, e ou demais três, pelo Presidente do

mais de um século e meio até hoje, foi a de assegurar, especialmente mediante o glorioso instituto do *Conseil d'Etat*, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também, especialmente através da *Cour de Cassation*, contra as ilegalidades do poder judiciário, antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo" (CAPPELLETTI, 1999, p. 98).

⁷² O mesmo autor, no entanto, adverte que se tem discutido na França a introdução do controle incidental sucessivo, estando em tramitação na Assembléia Nacional francesa um projeto que busca modificar os artigos 61, 62 e 63 da Constituição, instituindo o controle por via de exceção (incidental).

⁷³ Sampaio (2002) afirma que os ex-Presidentes, apesar de serem seus membros inatos, não têm feito uso do direito de compor o Conselho Constitucional francês.

Senado, estes com mandato de nove anos, vedada a recondução. Em sua parcela não vitalícia, o órgão é renovado em um terço a cada três anos. O Presidente do Conselho é nomeado pelo Presidente da República. Possui voto de qualidade, em caso de empate.

Cappelletti (1999) explica que, além de várias outras funções (basicamente relativas ao processo eleitoral e outras de índole consultiva)⁷⁴, o Conselho Constitucional tem a função que os juristas franceses chamam de “*le contrôle de la constitutionnalité des lois*”⁷⁵. E, discorrendo sobre o processo de controle, ressalta:

Quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está definitivamente elaborado, mas ainda não promulgado, o Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou de outra Câmara no Parlamento (isto é, da *Assemblée Nationale* ou do *Sénat*) pode remeter o próprio texto legislativo ou o tratado ao *Conseil Constitutionnel*, a fim de que este se pronuncie sobre sua conformidade à Constituição. Para algumas leis, ditas “orgânicas” (“*lois organiques*” de que se pode dizer, *grosso modo*, que concernem especialmente à organização dos poderes públicos), o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é, ao contrário, sempre obrigatório. O *Conseil Constitutionnel* deve decidir dentro de um mês ou, em certos casos, dentro de oito dias; neste ínterim, a promulgação da lei fica suspensa. O pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* é emitido por maioria de votos, depois de um procedimento que se desenvolve em segredo, sem audiências orais, sem contraditório, um procedimento em que não existem verdadeiras partes, embora sendo admitida, na prática, a apresentação de memoriais escritos por parte dos órgãos interessados. Se o pronunciamento do *Conseil Constitutionnel* for no sentido da inconstitucionalidade, a lei não poderá ser promulgada nem poderá, por

⁷⁴ Baracho (1984), ao ensejo, fornece um quadro da atuação do Conselho Constitucional, que deve: “a) Controlar a constitucionalidade de certos atos à Constituição: eles são submetidos, obrigatoriamente, antes de entrar em vigor, ao Conselho Constitucional; b) As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de serem postos em vigor, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional, o qual se pronunciará sobre a sua conformidade com a Constituição; c) Com a mesma finalidade, as leis poderão ser remetidas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidentes da Assembleia Nacional, do Senado, ou sessenta deputados ou sessenta senadores; d) Velará pela regularidade da eleição do Presidente da República; examinará as reclamações e proclamará os resultados; e) Como juiz eleitoral, estatuirá em casos de impugnação, sobre a regularidade da eleição dos deputados e dos senadores; f) Velará pela regularidade das operações de *referendum* e proclamará os resultados; g) Compatibilidade entre mandato parlamentar e outra atividade; h) *Impeachment* do Presidente da República” (1984, p. 293).

⁷⁵ Dizia a redação primitiva do artigo 61 da Constituição francesa (tradução livre): As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regimentos das Assembleias parlamentares, antes de serem postos em vigor, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, o qual se pronunciará sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser enviadas ao Conselho Constitucional antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro, ou pelo Presidente de uma ou outra Assembleia.

consequente, entrar em vigor, senão depois da revisão da Constituição.⁷⁶
(CAPPELLETTI, 1999, p. 28)

A despeito das opiniões em contrário⁷⁷, modernamente tem-se defendido o caráter jurisdicional das decisões do Conselho Constitucional francês, quando no exercício do controle de constitucionalidade, basicamente em razão do inegável caráter de *coisa julgada* de que se revestem as suas decisões (que são definitivas e irrecorríveis, por força do artigo 62 da Constituição francesa), bem como por seu *procedimento decisório*⁷⁸ guardar inegável relação com aquele adotado, *v.g.*, nos Tribunais Constitucionais, adotando, inclusive, técnicas jurídicas refinadas como a “conformidade sob reservas” e o controle à *double détente*.

A esse respeito, com alicerce em intensa pesquisa jurisprudencial, preleciona Sampaio (2002) que, na França, a possibilidade de declaração de não conformidade parcial pode ainda dar ensejo a que o Presidente da República encaminhe o projeto ao Parlamento francês, a fim de que seja corrigido o dispositivo considerado inconstitucional. Depois, então, o projeto será outra vez submetido ao Conselho Constitucional para que este se manifeste acerca da conformidade ou não do novo texto, exercendo um “controle de dupla volta” (*contrôle a double détente*). No sistema francês, adverte, não se descarta, contudo, que este controle dobrado se venha a fazer em relação a um novo projeto de lei que trate de matéria reputada

⁷⁶ O artigo 61 da Constituição francesa foi modificado, ampliando-se a legitimação para provocar a apreciação da constitucionalidade do projeto de lei pelo Conselho Constitucional, sendo introduzida cláusula que possibilita a provocação do Conselho por um mínimo de sessenta deputados ou senadores.

⁷⁷ Como, *e.g.*, a de Cappelletti (1999, p. 29).

⁷⁸ A respeito, a opinião de Lenio Streck: “(...) é inegável que em nenhum momento o Conselho Constitucional aborda o texto legal da mesma maneira que o fazem a Assembleia Nacional e o Senado. Com efeito, enquanto estas câmaras operam fundamentalmente em base a considerações de oportunidade (política), o Conselho o faz com base nas considerações exclusivamente jurídicas, devidamente motivadas e com a única finalidade de fazer compatível o projeto ou proposição de lei com a Constituição, o que pode significar a impossibilidade de introduzir em dito projeto ou proposição de lei mais modificações que as estritamente necessárias para ele. Este é, pois, o único critério realmente válido para diferenciar uma função política de outra jurídica ou jurisdicional, e no momento do *iter* legislativo em que a mesma tem lugar” (STRECK, 2004, p. 351). Os destaques são do próprio autor.

anteriormente não conforme integralmente, sanando-se os vícios apontados na decisão. Além disso, o autor apresenta um variado catálogo de decisões que o Conselho vem desenvolvendo, a saber:

(1) “não conformidade total”, (2) “não conformidade parcial” ou “sob reserva”, ou “na medida indicada na motivação”, (3) “conformidade total” e (4) “conformidade sob reserva”, em que declara que toda interpretação do texto diferente daquela apresentada pelo Conselho “será contrária à Constituição” ou que esta interpretação “é a condição imperativa da constitucionalidade”. Essas reservas ganham as seguintes conformações alternativamente: (i) técnica de conformidade sob reserva de interpretação neutralizante, em que impõe sua interpretação de um determinado dispositivo, “esvaziando-a de seu veneno”; (ii) técnica de conformidade sob reserva de interpretação construtiva, completando a lei com condições que permitem considerá-la constitucional; (iii) técnica de conformidade sob reserva de interpretação diretiva, dirigindo exortações aos aplicadores da lei e ao próprio legislador. (SAMPAIO, 2002, p. 204)

No exercício do controle de constitucionalidade, ante a inexistência de outras vias, afirma Miguel Montoro Puerto (1991) que o Conselho Constitucional francês, em ocasiões específicas, tem atuado como verdadeiro “defensor das liberdades públicas”, indicando como exemplo as decisões de 16 de julho de 1971 (que declarou inconstitucional uma lei que submetia a criação de associações a prévio controle pelo governo) e de 16 de janeiro de 1982 (que impôs importantes modificações no projeto da lei de naturalização).

No entanto, como claramente se pode ver, a despeito da radical concepção francesa do princípio da separação dos poderes e da soberania do povo, representado pela Assembléia Nacional, não há no direito positivo daquele país uma forma de acesso popular ao controle de constitucionalidade. Até a citada reforma do artigo 61 da Constituição da França, o acesso ao órgão de controle, com exceção das leis orgânicas, em que a intervenção do Conselho Constitucional é obrigatória, era restrito à provocação de autoridade (Presidente da República, da Assembléia Nacional ou do Senado e Primeiro Ministro) – representando, assim, unicamente as maiorias políticas. Neste cenário inicial, ainda ficava pendente a questão da

representatividade das minorias⁷⁹ que, certamente impossibilitadas de, por si só, atingir os referidos postos na estrutura do Estado francês, somente alcançaram o *status* necessário à provocação da instância de controle de constitucionalidade com a admissão da provocação da instância por um determinado número de parlamentares⁸⁰. A solução, que, embora de fato aumente o grau de representatividade das minorias parlamentares, em nosso entendimento, ainda não soluciona o problema a contento, ademais porque agravado pela falta de um sistema repressivo difuso de controle de constitucionalidade naquele país⁸¹.

4.2.1.2. Espanha.

Como em outros países da Europa ocidental contemporânea, a atual Constituição espanhola é resultado da queda de um regime ditatorial. Com histórico monarquista, desde a unificação dos reinos de Aragão e Castela, que conformaram o Estado espanhol, constitucionalizado a partir de 1812⁸², a Espanha experimentou uma curta fase republicana, inaugurada pela efêmera Constituição de 1931, interrompida pelo golpe de 1936, que alçou o ditador Francisco Franco ao poder. Entre 1936 e 1939 foi travada a sangrenta Guerra Civil Espanhola que, como muitos

⁷⁹ Talvez pela idéia original de que a função de controle da constitucionalidade atribuída Conselho seria excepcional, marginal, como afirma Streck: “A limitação do parâmetro constitucional (formado em princípio exclusivamente pelo texto de 1958) e da legitimação para recorrer ao próprio Conselho (somente por órgãos representantes das maiorias políticas) fazia presumir que seriam raras as vezes em que o controle seria posto em prática” (STRECK, 2004, p. 350).

⁸⁰ Sessenta deputados ou senadores, como informado alhures.

⁸¹ O fato da opressão das minorias na França tem tomado bastante relevância nos dias de hoje, haja vista a recente proibição do uso do véu por meninas de religião muçulmana nas escolas francesas, bem como a série de atos de “perturbação da ordem pública” ocorridos nos últimos meses do ano de 2005 na periferia de Paris, causados por jovens franceses, de origem norte-africana, e que motivaram medidas extremas do governo, como a instituição de toque de recolher.

⁸² A Espanha teve, ao todo, sete Constituições: 1812, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 e a atual, de 1978. Segundo Puerto (1999), as Cartas de 1808 (*Bayona*), 1834 (Estatuto Real), 1856 e a Lei Orgânica do Estado, do período franquista, esta última por motivos óbvios, não têm, por parte da moderna doutrina constitucional espanhola, recebido significação constitucional *strictu sensu*.

historiadores admitem, foi um dos prelúdios da II Guerra Mundial. Durante todo o período de conflagração, a Espanha foi regida com mão de ferro pelo ditador, sob a égide da “Lei Orgânica do Estado”.

Com a derrocada do franquismo, entre 1974 e 1975, a Espanha buscou restaurar a sua tradição constitucional e, em 1977, veio a lume o primeiro precedente moderno de controle de constitucionalidade naquele país. O Tribunal Supremo, debatendo a legalização do Partido Comunista, rechaça sua competência para pronunciar-se sobre o tema, entendendo que o Decreto-Lei (de 1977) que modificava a Lei de Associações Políticas (de 1976) não tinha força (*status*) suficiente para alterar os marcos estabelecidos pela Lei Orgânica do Estado, então ainda em vigor, conferido a esta última um valor que a jurisprudência não vinha concedendo. Até então, utilizava-se, em geral, a regra do Código Civil, inspirada no Direito Romano, segundo a qual a lei posterior derroga a anterior, mesmo se se tratar de norma constitucional⁸³. Como fundamento dessa concepção, dava-se maior importância à vontade “do povo”, expressa pela atuação do legislador ordinário em exercício.

A atual Constituição Espanhola, promulgada em 1978, restaurou a monarquia, postada agora ao lado do sistema parlamentarista de governo, numa organização de Estado denominada “Estado Autônomico” (MAGALHÃES, 2004), reunindo, sob o comando do poder central as diversas Comunidades Autônomas⁸⁴. Além do marco constitucional, norteia a estrutura e o procedimento de controle de

⁸³ O que serve de ilustração para o tema da solução de conflitos havidos entre os critérios da anterioridade e da hierarquia no âmbito normativo, o qual já foi oportunamente abordado, de maneira genérica, neste trabalho.

⁸⁴ Um aprofundamento acerca da forma de Estado (autônomico) adotada na Espanha, que foge ao recorte da presente pesquisa, pode ser obtido na obra de Magalhães (2004).

constitucionalidade espanhol a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), 03 de outubro de 1979.⁸⁵

Neste cenário, pode se afirmar que o controle de constitucionalidade das normas na Espanha é maciçamente do tipo concentrado, admitindo, ainda, uma forma de controle *per saltum* e uma forma preventiva, com a presença de um Tribunal Constitucional postado externamente ao Poder Judiciário, submetido apenas à Constituição espanhola.

O artigo 164 da Constituição da Espanha afirma ser o Tribunal Constitucional intérprete supremo da Constituição e órgão jurisdicional superior, em todo o território espanhol, em matéria de garantias constitucionais. O órgão de controle está, pois, subordinado apenas à Constituição e à sua própria Lei Orgânica⁸⁶.

A composição do Tribunal é definida pela Constituição (artigo 159), que estabelece a formação do órgão com doze magistrados nomeados pelo Rei de Espanha (ato vinculado), sendo que quatro deles são indicados pelo Congresso, quatro pelo Senado, dois pelo Governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judicial. Os requisitos para acesso ao cargo são formação jurídica, reconhecida competência e quinze anos de exercício profissional. Puerto (1999) informa que, ao longo dos anos, a maioria dos juízes do Tribunal Constitucional tem sido composta de professores universitários (“catedráticos”). O mesmo autor acrescenta que se tem registrado algumas críticas a essa tendência, principalmente provenientes da magistratura espanhola, que reivindica maior participação no Tribunal.

⁸⁵ A isso, acrescente-se que, em 1992, em importante e único precedente de controle preventivo de constitucionalidade na Espanha, foi procedida a também única Reforma Constitucional do atual texto constitucional, diante da necessidade de se adequar o sistema constitucional espanhol ao Tratado de Adesão da Espanha à União Européia, conforme se comentará adiante.

⁸⁶ Lei Orgânica nº 02, de 03 de outubro de 1979.

O mandato é de, no máximo, nove anos, sendo que, a cada três anos, renova-se um terço do Tribunal. É vedada a recondução, salvo se o juiz em questão tenha exercido menos de três anos de mandato.

O Tribunal Constitucional atua de forma plenária, mas também se divide em duas Salas, com o Presidente de cada uma das Salas, assim como o Presidente do Tribunal Pleno, detendo voto de qualidade. Há também uma subdivisão das Salas em Seções, cada qual composta de três juízes, com competência relacionada aos despachos iniciais e ao exame de admissibilidade de recursos.

De acordo com o artigo 161 da Constituição da Espanha, além das questões atinentes ao controle de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional espanhol é competente para a apreciação dos recursos de amparo⁸⁷ contra violação dos direitos fundamentais, e de uma série de outras matérias, além de certos conflitos de competência⁸⁸. No que se refere ao controle concentrado, o sistema espanhol desenvolveu duas modalidades de acesso à jurisdição constitucional: o “recurso de inconstitucionalidade” e a “questão de inconstitucionalidade”⁸⁹.

⁸⁷ A rica experiência espanhola (e, em geral, também dos países que foram suas Colônias) quanto à sistemática do recurso de amparo pode ser comparada, em termos brasileiros, à nossa “Doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que gerou o nosso mandado de segurança, cujo objeto, hoje, é bem mais restrito que o do recurso de amparo castelhano.

⁸⁸ A competência definida no artigo 161 da Constituição traz uma relação aberta, segundo a qual o Tribunal poderá conhecer “*de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las Leyes Orgánicas*”. Atualmente, segundo Puerto (1991), o Tribunal Constitucional é competente para conhecer: a) *Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley*; b) *De la cuestión de inconstitucionalidad sobre normas con rango de ley*; c) *Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 CE*; d) *De los conflictos de competencia entre el Estado y la Comunidades Autónomas, o de éstas entre si*; e) *De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado (Congreso, Senado, Gobierno y Consejo General del Poder Judicial)*; f) *De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales*; g) *De la impugnación por el Estado de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas*; h) *De los conflictos en defensa de la autonomía local*.

⁸⁹ A este respeito, é importante ressaltar a diferença existente entre os chamados “blocos de constitucionalidade” adotados nos diversos ordenamentos constitucionais, em especial os que aqui tratamos, pelo que recorremos à lição de Streck: “Na Espanha, assim como em Portugal e na Costa Rica, o controle de constitucionalidade abrange não somente o texto constitucional *stricto sensu*, mas também o ‘bloco de constitucionalidade’ (Espanha), que abrange, no âmbito da distribuição de competências legislativas entre o Estado e as Comunidades Autônomas, além das pertinentes

O recurso de inconstitucionalidade é a forma de acesso por via de ação, direta, abstrata, à jurisdição constitucional daquele país. Inicialmente, cumpre-nos, pois, efetuar uma observação de ordem terminológica. Em verdade, a nomenclatura “recurso” adotada pelos espanhóis é imprópria, uma vez que não se trata de um recurso propriamente dito, mas sim de uma ação⁹⁰. Pode ser proposto pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, por cinquenta deputados ou cinquenta senadores ou pelos órgãos colegiados executivos das Comunidades Autônomas e, se for o caso, as Assembléias das mesmas⁹¹.

A questão de inconstitucionalidade (*cuestión de inconstitucionalidad*) é uma forma de controle repressivo, indireto e concreto de constitucionalidade adotada no sistema espanhol. Presta-se a analisar a constitucionalidade de norma com força de lei, de cuja validade dependa a decisão do caso concreto. Havendo fundada dúvida do órgão julgador sobre a sua constitucionalidade, deverá ele suscitar a “*cuestión*” ao Tribunal Constitucional.⁹² É forma de apreciação da inconstitucionalidade *per saltum* (STRECK, 1999, p. 365).

normas da Constituição, os Estatutos das diferentes Comunidades Autônomas. Em Portugal, são inconstitucionais as normas que violam preceitos da Constituição (normas-preceito, normas disposição, ainda que programáticas) e os princípios constitucionais expressos (normas-princípio) ou apenas implícitos. Já na Costa Rica, a Constituição é apenas fonte principal do Direito, que é formado pelas normas, princípios e valores consagrados, expressa ou implicitamente, pela Constituição material, pelo Direito Internacional ou Comunitário aplicável àquele país, e ainda pelos precedentes e jurisprudência constitucionais” (STRECK, 2004, p. 364, nota 15).

⁹⁰ A mesma observação anota Puerto (1999).

⁹¹ Há uma regra restritiva desta legitimação na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (o art. 32.2 acrescenta a expressão “*que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía*”). Porém, o Tribunal Constitucional tem dado interpretação moderada a esta regra, entendendo que “*la esfera de interes de la Comunidad Autónoma que justifica su legitimación no se identifica con la defensa de sus competencias y que basta para tal legitimación con que esos intereses se ven afectados por la regulación estatal de una materia sobre la cual también la Comunidad dispone de competencias propias*” (Sentença 74/87, de 25 de maio). Serve de exemplo o questionamento apresentado ao Tribunal pelo País Basco, quanto à garantia, nos interrogatórios, de que se disponibilize um intérprete para os não espanhóis que aleguem desconhecer o idioma castelhano e, no caso, sustentou-se que a referida garantia deveria ser estendida também aos espanhóis que aleguem não compreender o referido idioma. A proposição basca, diga-se, foi vitoriosa.

⁹² Acrescente-se que a necessidade de suscitar uma questão de inconstitucionalidade pode dar-se nos recursos de amparo cuja competência seja originária do Tribunal Constitucional. Neste caso, surge a chamada “autoquestão de inconstitucionalidade” (*autocuestión de inconstitucionalidad*), que ocorrerá de ofício ou por requerimento de parte, caso a Sala incumbida do julgamento do recurso de

Quanto aos controles de índole preventiva, atualmente subsiste na Espanha apenas uma espécie, referente à análise de tratados internacionais firmados pelo Estado espanhol.

Porém, até o ano de 1985, era previsto na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional um instituto denominado “recurso prévio de constitucionalidade”, que foi retirado da ordem jurídica espanhola⁹³, sob o argumento, dentre outros, de morosidade do Tribunal para a decisão do recurso, e de que, segundo informa Puerto (1999), o instituto abria uma indesejável possibilidade de bloqueio da ação legislativa do Parlamento pela oposição – leia-se da minoria em face da maioria.

O recurso prévio podia ser proposto por aqueles mesmos legitimados para a propositura do recurso de inconstitucionalidade. O seu objeto eram os textos definitivos ainda não incorporados ao ordenamento jurídico da Espanha e a pretensão deduzida era a de que o legislador suprimisse ou modificasse o texto, no ponto em que o proponente entendia contrário à Constituição, diferentemente do que se verifica nas formas de controle repressivo, onde se pleiteia a declaração de nulidade da norma em questão.

O recurso prévio deveria ser interposto em até três dias após a edição do texto definitivo da lei, antes que lhe fosse conferida a sanção real. Uma vez

amparo constitucional entenda que a aplicação da norma fere direitos fundamentais dotados de especial proteção e, assim, resolve levantar a questão interna, que será encaminhada ao órgão Pleno. Importante ressaltar que, quando instalada mediante acatamento do requerimento da parte, a *autocuestión* configura uma forma direta de acesso de cidadãos ao controle de constitucionalidade no sistema espanhol.

⁹³ A despeito da retirada deste instituto do ordenamento jurídico espanhol, pela lei de reforma da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de 07 de junho de 1985, Puerto (1991) defende o instituto como importante método depurador do sistema infraconstitucional, que se presta a evitar a necessidade de regulamentação dos efeitos produzidos pela norma inconstitucional durante o período em que esteve em vigor. Segundo o citado autor, esta forma de controle deveria ser considerada como bom aperfeiçoamento do processo legislativo, eis que diversos órgãos constitucionais se mostram aptos a intervir na elaboração da lei: o Executivo, ao propor o projeto de lei, o Legislativo, ao apreciá-lo e votá-lo, e o Tribunal Constitucional, que, uma vez chamado a pronunciar-se, de certa forma, dará à lei a chancela (*el “placet”*) de constitucionalidade (PUERTO, 1999, p. 298).

interposto, suspendia o curso do projeto de lei até a decisão final do Tribunal Constitucional. Importante se observar que, como o prazo legal para que seja dada a sanção real é de quinze dias, sob pena de sanção tácita, o Tribunal Constitucional elaborou a interpretação segundo a qual o prazo para interposição do Recurso Prévio deveria ser entendido não somente como um máximo para a sua propositura, mas também como um mínimo a ser respeitado, não podendo a lei ser sancionada antes do seu término, sob pena de esterilizar-se o instituto⁹⁴.

Durante o período de vigência do instituto, de acordo com dados colhidos por Puerto (1999), foram apreciados apenas sete recursos prévios de inconstitucionalidade, porém pode se dizer, com o referido autor, que questões de grande relevância foram tratadas pela via do recurso prévio, tais como a despenalização do aborto (Sentença 53/85, de 11 de abril), a liberdade sindical (Sentença 98/85, de 27 de junho), bem como a própria lei orgânica que extinguiu o instituto, entendida constitucional (Sentença 66/85, de 23 de maio).

Por fim, tem-se o controle prévio dos tratados internacionais. Com a extinção do recurso prévio de inconstitucionalidade, este se tornou o único método subsistente de controle prévio ainda vigente no direito da Espanha.

O referido instrumento de controle tem por escopo obter uma declaração do Tribunal Constitucional se existe ou não contradição entre um tratado elaborado, mas ainda não firmado pelos representantes do Governo, no todo ou em alguma de suas cláusulas ou estipulações, e a Constituição da Espanha. O momento apropriado para a sua interposição se dá após a fixação do texto definitivo e antes de se dar o consentimento estatal final ao pacto.

⁹⁴ Sentença 38/83, de 16 de maio.

Na Espanha, o *ius contrahendi* em matéria de relações internacionais é de competência exclusiva do Estado Espanhol, não o possuindo as Comunidades Autônomas, por possuírem apenas autonomia, sendo a soberania um dote exclusivo a ser exercido pelo Poder Central.

De acordo com o artigo 95.2 da constituição espanhola, têm legitimidade para a sua propositura o Governo e as Cortes Gerais (Congresso ou Senado). Proposto por qualquer destes órgãos, serão necessariamente cientificados os demais, que poderão manifestar-se, podendo o Tribunal Constitucional abrir oportunidade de manifestação também a outras pessoas ou órgãos interessados⁹⁵.

A decisão do Tribunal Constitucional neste tipo de processo tem efeito vinculante e força de coisa julgada. Miguel Montoro Puerto explica que a decisão não possui efeito *erga omnes* porque:

A partir do momento em que nos encontramos diante de um setor do ordenamento ainda não nascido, mas em processo de elaboração, disto decorre que o efeito “*erga omnes*” resulta excluído, uma vez que, de maneira alguma se pode expulsar do ordenamento jurídico aquilo que ao seu conjunto ainda não se havia incorporado. A sentença do Tribunal Constitucional que contenha a “*declaración*” de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de tratado internacional em elaboração não afetará o ordenamento jurídico; seus efeitos, ao contrário, serão de outro tipo. (PUERTO, 1999, p. 317, tradução nossa)⁹⁶

Em todo o período de vigência da atual constituição espanhola, ou seja, desde 1978, há apenas um único caso, consubstanciado na Declaração nº 1/1991, decidida em 01 de julho de 1992. Versava sobre o Tratado de adesão da Espanha à União Européia.

⁹⁵ Algo semelhante ao instituto do *amicus curiae*, introduzido no Brasil pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e positivado no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.882/99.

⁹⁶ No original: “*Desde el instante en que nos encontramos frente a un sector del ordenamiento no nacido, sino en trance de elaboración, de suyo viene que el efecto “erga omnes” resulta excluido, puesto que, en modo alguno puede expulsarse del ordenamiento jurídico aquello que todavía no se había incorporado a su conjunto. La sentencia del TC que contenga la “declaración” de constitucionalidad o de inconstitucionalidad del tratado internacional en elaboración, no afectará al ordenamiento jurídico; sus efectos, de contrario, serán de otro tipo.*”

Uma das estipulações do referido tratado, que conferia o direito de voto passivo (ser votado) nas eleições locais aos europeus não-espanhóis residentes na Espanha, foi objeto do referido recurso prévio. O Tribunal Constitucional decidiu que, para que o Estado pudesse aderir ao tratado, seria necessária a prévia reforma do artigo 13.2 da Constituição Espanhola, que conferia este direito apenas aos espanhóis.

Depois de proferida a mencionada sentença pelo Tribunal Constitucional, as Cortes Gerais espanholas, seguindo a orientação da jurisdição constitucional, deram início ao procedimento de reforma da Constituição e modificaram o referido dispositivo constitucional, possibilitando, então, a formalização da adesão da Espanha à União Européia.

Aqui fica demonstrada a inegável importância do instituto espanhol, apto a suscitar discussões relevantes acerca do Direito Constitucional. Registra-se apenas nosso pesar por ter o direito espanhol excluído de seu sistema de jurisdição constitucional o importante instituto do recurso prévio de inconstitucionalidade, por motivos que nos parecem contornáveis.

4.2.1.3. Portugal.

Inicialmente, é de se notar que a Constituição portuguesa atualmente em vigor, promulgada em 1976, assim como se disse acerca da Constituição espanhola, é resultado da vitória revolucionária contra um regime autoritário – mais exatamente a Revolução dos Cravos, que pôs fim ao regime autocrático salazarista.

Com relação ao sistema português, Jorge Miranda (1997) distingue três etapas na evolução histórica da jurisdição constitucional. Segundo o referido autor, a primeira etapa situa-se entre 1822 e 1911 e é caracterizada por uma fiscalização meramente política, realizada pelas Cortes. Na segunda etapa, apontada no período compreendido entre 1911 e 1976, sob a égide das Constituições de 1911 e de 1933 e das Leis Constitucionais Revolucionárias de 1974 e 1975, se verifica a preponderância de um controle judicial difuso, convivendo com a presença de alguns elementos de controle político. Por fim, Miranda destaca uma terceira etapa, iniciada pela Constituição 1976, ainda em vigor. Esclarece o autor que, durante este último período, prevaleceu o controle jurisdicional concentrado, com elementos do modelo difuso, acrescentando que, entre a edição da Constituição portuguesa de 1976 e a reforma de 1986, vigorou, ainda, uma forma de fiscalização política, dentro do que o autor denomina “um complexo sistema misto”.

O Tribunal Constitucional português é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléia da República e três cooptados⁹⁷ por estes. Dos treze, seis deverão ser necessariamente escolhidos entre juízes dos tribunais portugueses; os demais entre juristas. Os juízes-conselheiros nomeados exercem mandato de nove anos, vedada a recondução.

De acordo com Fiuza (1997), em Portugal, atualmente, podem ser observados quatro tipos de fiscalização ou controle de constitucionalidade: o primeiro, e que, aqui, mais nos interessa, vem previsto no artigo 278 da Constituição e se constitui na fiscalização preventiva pela qual o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade

⁹⁷ Os cooptados são eleitos em votação secreta pelos dez juízes escolhidos pela Assembléia da República. Considera-se designado o candidato que obtiver um mínimo de sete votos na mesma votação.

de ato normativo a ele encaminhado para efeito de promulgação⁹⁸. Desse modo, se o Tribunal se manifesta “pela inconstitucionalidade, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República, podendo o veto ser derrubado pela Assembléia da República pelo *quorum* de dois terços” (FIUZA, 1997, p. 147).

Os Ministros da República também podem requerer a fiscalização preventiva de constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhe tenham sido enviados para assinatura. Também podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além do próprio Presidente, o Primeiro-Ministro, ou um quinto dos Deputados à Assembléia da República. O Tribunal Constitucional tem o prazo máximo de vinte e cinco dias para apreciar a matéria. Se o Tribunal Constitucional pronunciar-se pela inconstitucionalidade de qualquer decreto ou acordo internacional, deve este ser vetado pelo Ministro ou Presidente da República.

Do mesmo modo que nos dois sistemas anteriormente abordados (francês e espanhol), em Portugal, quando se fala em controle preventivo, a fiscalização se dá em relação àquelas normas aprovadas, ainda não publicadas. No que se refere ao controle repressivo, a fiscalização se limita à análise de normas já publicadas, mesmo que ainda não tenham efetivamente entrado em vigor.

A respeito da importância do controle preventivo de constitucionalidade em terras lusitanas, importante registrar a manifestação de Jorge Miranda:

⁹⁸ “(...) 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” (STRECK, 2004, p. 369).

Continuo sendo favorável à fiscalização preventiva. Suprimi-la afectaria o equilíbrio dos órgãos de soberania e acarretaria conseqüências muito negativas, pela possibilidade de criação de factos consumados legislativos com inconstitucionalidades grosseiras, quer a nível nacional quer a nível regional. Se em alguns casos pode ter sido arrastado o Tribunal para as fronteiras do contraditório político, noutros casos, se ela tivesse sido desencadeada, pode supor-se que se tivesse evitado o arrastamento de certas questões (basta pensar na Lei nº 20/92, sobre propinas no ensino superior). Além disso, a fiscalização preventiva parece ser a forma mais adequada de controle de constitucionalidade de convenções internacionais. (MIRANDA, 1997, p. 55)

O segundo tipo de controle consistiria, ainda de acordo com Fiuza (1997), na fiscalização sucessiva (repressiva) concreta⁹⁹. De acordo com o que determina o artigo 207 da Constituição portuguesa, o Poder Judiciário não pode aplicar normas inconstitucionais, realizando, portanto, um controle difuso de constitucionalidade. Manifesta-se o autor:

Não podendo aplicar dispositivo que entendam inconstitucional ou aplicando-o se entenderem-no constitucional, mesmo com alegação da parte em contrário, vê-se que os juízes e os tribunais já estão fazendo o controle de constitucionalidade repressivo em concreto, embora a declaração definitiva de inconstitucionalidade ou não, fique na competência concentrada do Tribunal Constitucional. (FIUZA, 1997, p. 148)

Na mesma esteira, de acordo com o que prescreve o artigo 28 da Lei nº 82, se uma norma for declarada inconstitucional por três vezes pelo Tribunal Constitucional, na análise de casos concretos, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, poderá ser formalizado um processo para controle abstrato ou em tese – o que, segundo Fiuza (1997), constitui uma verdadeira ponte de ligação entre o controle concreto e o controle abstrato.

⁹⁹ Interessante notar que, diferentemente do sistema adotado no Brasil, no exercício do controle difuso, o Tribunal Constitucional português funciona como uma instância de cassação, como ocorre, *e.g.*, na Espanha. No controle difuso existente no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, além de resolver o problema da constitucionalidade, julga a controvérsia, não devolvendo, portanto, a causa para a instância de origem.

Outra forma de fiscalização é aquela prevista no artigo 281 da Constituição de Portugal, sucessiva e abstrata, onde o Tribunal Constitucional pode vir a declarar, com força vinculante e geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas a pedido do Presidente da República, do Presidente da Assembléia, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou de um décimo dos Deputados à Assembléia da República¹⁰⁰.

Por fim, em Portugal, tem-se ainda o controle de constitucionalidade por omissão, previsto no artigo 283 da Constituição portuguesa, segundo o qual, a pedido do Presidente da República ou do Provedor de Justiça, o Tribunal Constitucional é chamado a se pronunciar acerca do não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exeqüíveis as normas constitucionais. Verificada a omissão, o Tribunal dá ciência desse fato ao Poder Legislativo¹⁰¹.

4.2.2. O controle preventivo no Brasil.

Para grande parte dos autores do Direito Constitucional pátrio, no Brasil, o controle de constitucionalidade, em sua face preventiva, é representado unicamente pelas Comissões de Constituição e Justiça e pelo veto presidencial. Atualmente, no entanto, verifica-se uma tendência, tanto em termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto da doutrina, em identificar, ao lado destas, também uma forma de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, efetuado de modo

¹⁰⁰ Segundo Fiuza (1997), esta disposição acabou por influenciar a redação do artigo 103 da Constituição brasileira.

¹⁰¹ Lembrando da tradição portuguesa da classificação da eficácia das normas constitucionais em imediata, limitada, contida e programática, pode-se ver clara semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão brasileira, também avistada por Fiuza (1997).

concreto, como, e.g, no caso da interposição de mandado de segurança durante o trâmite legislativo de uma proposição¹⁰² normativa.

Analisados alguns dos instrumentos similares presentes no direito comparado, iniciaremos o exame do controle preventivo brasileiro, antes passando por uma pequena apreciação da compreensão de “devido processo legislativo”.

Em seguida, passaremos à verificação dos instrumentos nacionais, a começar daqueles de índole política (Comissões de Constituição e Justiça e veto presidencial), para, em uma posterior fase, analisar o controle preventivo em sua faceta jurisdicional, buscando identificar tendências e possíveis encaminhamentos para uma compreensão do fenômeno à luz da Teoria Discursiva do Direito e, ainda, norteados pela compreensão de “sociedade aberta de intérpretes da constituição” formulada por Peter Häberle.

4.2.2.1. A Constituição e o devido processo legislativo.

A importância do procedimento¹⁰³ que leva à elaboração do espectro normativo que rege a vida em sociedade é inegável e ocupa posição central na moderna concepção de Estado Democrático de Direito, tão cara à teoria da democracia. O assunto não é novo, como ressalta Carvalho Netto:

¹⁰² Aqui entendida no sentido do art. 100 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Proposição é toda matéria sujeita à deliberação da Câmara”.

¹⁰³ “O conceito de procedimento vem precisamente revelar o nexo de instrumentalidade e a unidade essencial que liga os diversos atos ou fases em relação às anteriores e às posteriores, até que se alcance o ato final, objetivo de todo procedimento. (...) O procedimento não é, portanto, ato, mas com mais exatidão, pode-se dizer que é a série complexa dos atos que determinam o caminho procedimental, bem como o ato no seu fazer-se, ou ainda, o fazer-se do ato, a combinação juridicamente preordenada dos atos sucessivos que se coordenam, todos, em relação a um fim único, a produção do ato final” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 229).

como ressaltam Georg Jellinek e Hans Kelsen, desde Montesquieu a determinação das formas de governo se assenta na análise das normas configuradoras do modo como se fazem e se aprovam as leis naquela ordem constitucional, enquanto densificações do princípio fundante da relação governante/governado. Já para esses autores, bem como para a sociedade, democracia e processo legislativo democrático são termos interdependentes (CARVALHO NETTO, *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, Prefácio).

Neste panorama, e sob o pano de fundo da sociedade moderna, onde predominam a diferenciação sistêmica, a autonomização normativa e a perda de um centro referencial, “marcadas por um pluralismo de formas de vida e de visões de mundo as mais diferentes, até concorrentes e em desacordo, acerca do que seja justo, do que seja ético ou do que seja o sucesso” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 13), onde as respostas tradicionais oferecidas pelas teorias de marco liberal ou republicano não mais se configuram satisfatórias, é que se dá a tentativa de esquadriharem-se as bases para uma análise reconstrutiva¹⁰⁴ do direito, da política e do processo legislativo constitucional. Mais especificamente, como afirma Cattoni de Oliveira (2000), o que se busca, com tal proposta, é lançar um novo olhar sobre a questão da legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei, em suas palavras:

dos atos jurídicos que, ao densificarem um modo jurídico-constitucional de interconexão prefigurada, constituem-se em uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou, ainda, em contraditório, entre os agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e à emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um provimento legislativo que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 16)

¹⁰⁴ O autor recorre à lição de Jiménez Redondo acerca do significado de teoria reconstrutiva a que se refere. Segundo Redondo, tal perspectiva “reconstrói a idealidade imanente à faticidade da realidade como aguilhão e elemento de tensão atuante nessa mesma realidade” (REDONDO, in: HABERMAS, 1997, Prefácio, tradução nossa). Este enfoque, afirma Cattoni de Oliveira (2000), é que possibilitará o rompimento tanto com abordagens excessivamente normativas quanto com abordagens céticas desse controle.

Neste sentido, o procedimento legislativo, para atingir suas plenas condições de regularidade deve guardar fundamental observância à Constituição, regente da estrutura normativa e dos atos do legislador (em sentido amplo) que, interessado no provimento final (a lei), pode participar na sua preparação desde que submetido às diretrizes formais do processo constitucionalizado. Como se pode perceber, o devido processo legislativo, o qual é também devido processo legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do direito, uma produção realizada em consonância com o paradigma atual, concretizado por intermédio do processo legislativo orientado pelo processo constitucional.

Para esta compreensão, além da superação das doutrinas metafísicas ou normativistas acerca do fenômeno jurídico, é também necessário superar a visão do fenômeno político-constitucional apresentada pelos paradigmas liberal e republicano¹⁰⁵, construindo uma compreensão de processo legislativo que reflita a Constituição enquanto “interpretação e prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legitimação política autônoma” (HABERMAS, 2002, p. 259), e, com isso, estruturar as condições procedimentais que configuram e garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático – que, por fim, poderá emprestar forma jurídica à própria soberania popular¹⁰⁶, enquanto poder comunicativo, cuja manifestação se torna

¹⁰⁵ Além das críticas do próprio Habermas acerca das teorias de fundo liberal (que intuem uma Constituição com a função de garantia de liberdades negativas de indivíduos egoisticamente concebidos) ou republicano (Constituição enquanto ordem axiológica fundamental da comunidade), para uma compreensão mais abrangente das ressalvas da Teoria Discursiva aos liberais e aos republicanos, recomendam-se, em especial, as obras de Cattoni de Oliveira (2000), Cittadino (2000) e Cruz (2004).

¹⁰⁶ Sem perder de vista que, além da justificação discursiva do direito em termos habermasianos, como já explicitado anteriormente, nossa compreensão de povo e soberania encontram amparo nas observações de Müller (2003).

factível pela “mediação jurídica entre canais institucionais e não institucionais, regulados e não regulados” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 84).

A isso deve se somar uma correta compreensão da esferas privada e pública¹⁰⁷, esta última não mais podendo ser confundida com o Estado, mas sim devendo ser entendida como uma rede adequada para, abarcando, além do próprio Estado, que lhe ocupa o centro, também os diversos movimentos sociais, políticos, sindicais, científicos e culturais (expressão da pluralidade da sociedade moderna), provenientes de sua periferia, suportar, filtrar e sintetizar os fluxos comunicacionais (conteúdos, tomadas de posição, opiniões), e que, através do princípio democrático, garanta a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões. Da mesma forma, e por consequência, uma nova compreensão da sociedade civil deve se formar, eis que, na perspectiva apresentada, esta não mais é meramente reduzida à família e ao mercado, mas “compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública” (HABERMAS, 1997, v.2, p. 99).

É o que propugna o filósofo alemão:

O substrato social necessário para a realização do sistema de direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 1997, v.2, p. 186)

Similar ponto de vista pode ser aferido nas críticas de Carvalho Netto à compreensão meramente estatal do procedimento legislativo:

¹⁰⁷ Uma ampla discussão acerca da esfera pública e, assim, da autonomia pública dos cidadãos pode ser encontrada em Habermas (1997, v. 2).

Assim é que o procedimento é acolhido não apenas para responder à necessidade de coordenação das ações de uma pluralidade de órgãos do aparato autoritário, mas também para combinar a atividade dos órgãos públicos com a dos sujeitos privados, com vistas ao desenvolvimento da função pública, de forma a melhor corresponder às efetivas exigências da comunidade. (CARVALHO NETTO, 1992, p. 234)

Desse ponto de vista, que retoma as discussões já anteriormente propostas nesta pesquisa, o processo legislativo, como processo de justificação democrática do direito, pode ser caracterizado, com apoio na lição de Cattoni de Oliveira (2000), como uma seqüência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais, e, realizados discursivamente, ou ao menos, em termos negocialmente equânimes, ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tal como proposta por Häberle (1997), visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos, que sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica.

É exatamente em razão desta compreensão procedimental do processo legislativo que vamos poder aferir o grau de legitimidade dos discursos (de justificação normativa), que permeiam a formação da opinião e da vontade e a sua institucionalização no núcleo da esfera pública¹⁰⁸, aplicando-lhe o contraditório enquanto garantia de participação dos possíveis afetados em simétrica paridade no procedimento que tem como escopo preparar o provimento legislativo.

¹⁰⁸ “Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos” (Häberle, 1997, p. 33).

Luiz Moreira bem identifica no pensamento habermasiano esse enfoque do processo legislativo como espaço de integração. Para ele, por exercer uma função de integração social é que se pode supor que, com o processo legislativo, as pessoas abandonam a figura de um sujeito de direito solipsista para se constituírem como membros de uma comunidade jurídico-política livremente associada. Nessa comunidade jurídica, há dois modos de se chegar a um consenso sobre quais são os princípios normativos que regularão a convivência: o primeiro é através do acesso aos costumes; o segundo é através de um entendimento sobre que princípios devem ser reconhecidos como tais. O referido autor sustenta que, com a coerção fática e a validade da legitimidade se poderia alcançar a possibilidade de superação dos direitos subjetivos por um pertinente processo legislativo em que se adota, no caso dos sujeitos de direito, uma participação que tem no entendimento seu lado mais forte.

Para que o processo legislativo seja legítimo é necessário que lhe sejam constitutivos tanto os direitos de comunicação quanto os direitos de participação política, de modo que os sujeitos de direito assumam a perspectiva de membros que se orientam pela busca de um entendimento intersubjetivamente alcançado. (MOREIRA, 2005, p. 140)

Aqui se manifesta, de maneira inequívoca, a necessidade de serem levados a sério os meios constitucionalmente instituídos para o “exame e garantia de realização das condições procedimentais das formas comunicativas e negociais para um exercício comunicativo da autonomia pública” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 129), enfim, para a aferição da regularidade do processo legislativo, sejam estes meios de ordem política ou jurisdicional. Assim, pode-se lograr êxito em garantir a existência das condições necessárias para que os destinatários das normas jurídicas sejam também os seus autores.

4.2.2.2. As Comissões de Constituição e Justiça.

Prosseguindo nossa análise, cumpre-nos agora analisar os meios constitucionalmente legitimados à apreciação da constitucionalidade das proposições legislativas, uma vez que os lindes de nossa investigação circunscrevem-se à análise do controle de constitucionalidade em sua face preventiva, quer dizer, enquanto a norma ainda pertence ao momento prévio à sua definitiva entrada no ordenamento jurídico. Aqui cabe uma ressalva: a análise, em um primeiro momento, se dará de uma forma um tanto dogmática, em razão da necessidade de serem verificados os seus principais caracteres, bem como explicitado o funcionamento dos órgãos aos quais a Constituição Federal confere a titularidade da análise da adequação da proposição parlamentar aos seus ditames, formais ou materiais. Em momento posterior, mais especificamente quando se tratar da abordagem que o Supremo Tribunal Federal tem dado, no exercício do controle preventivo de natureza jurisdicional, às questões postas à sua apreciação no que concerne ao controle preventivo, tentaremos, em esforço crítico, fazer um balanço dos institutos e órgãos (políticos ou judiciários) que intervêm na análise da constitucionalidade do processo legislativo brasileiro.

Para que se possa passar à abordagem pretendida, entendemos necessárias algumas considerações acerca do processo legislativo¹⁰⁹, mais exatamente sobre o curso (*iter*) das proposições normativas, desde a iniciativa até a promulgação. Nosso supedâneo, diga-se, serão as normas constitucionais que tratam do tema e, principalmente, as normas dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do

¹⁰⁹ Aqui entendido, reforce-se, nos termos da crítica exposta no item precedente.

Senado Federal¹¹⁰, assim como algumas decisões dos órgãos destas Casas no exercício de seu mister.

A Constituição Federal em vigor traz a regulamentação relativa à atuação do Poder Legislativo no seu Título IV, que trata da organização dos poderes, constituindo seu Capítulo I. A Seção II (artigo 58) desta parcela constitucional é dedicada às comissões parlamentares. A norma, aberta, determina a criação de comissões permanentes e temporárias no âmbito parlamentar, reguladas regimentalmente, em cuja composição deve ser assegurada a representatividade partidária e de tendências (blocos parlamentares) existentes nas Casas. Seguindo a tendência italiana de regramento do procedimento legislativo (Carvalho Netto, 1992), às comissões foi constitucionalmente admitida a tarefa de deliberar de forma conclusiva, nas matérias em que o Regimento Interno dispensar a competência do Plenário¹¹¹. O processo legislativo tem suas linhas mestras definidas na seção subsequente (artigos 59 a 69 da Constituição Federal).

Dentro dessa sistemática, uma vez apresentada a matéria no Plenário da Câmara por um parlamentar, ou junto à Mesa, quando tratar-se de iniciativa reservada a órgão, pessoa ou coletividade externa a essa, há um juízo inicial de admissibilidade, regimentalmente¹¹² a cargo do Presidente da Câmara, o qual para

¹¹⁰ Com nítida ênfase para o primeiro, por duas razões principais: primeiro pela infeliz escassez de material acerca do arcabouço procedimental das Comissões do Senado Federal, em especial a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), em cotejo com a maior disponibilidade de material no que se refere à Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR) da Câmara dos Deputados; em segundo lugar, para evitar a repetição de informações, uma vez que muitos são os pontos em comum das respectivas disposições regimentais. Acreditamos que, a despeito da inexorabilidade da ocorrência de eventuais lacunas de análise, a pesquisa não ficará substancialmente prejudicada pela deficiência de material referente à CCJ do Senado.

¹¹¹ “Outra inovação importante da Constituição da República quanto à agilização dos trabalhos parlamentares, também acolhida na Constituição do Estado [de Minas Gerais], é a possibilidade de o Regimento Interno desconcentrar a atividade legislativa, atribuindo poder deliberativo sobre projetos de leis específicas às Comissões Permanentes ou Temporárias da Casa. Aprimorou-se, no caso, segundo o modelo italiano, o procedimento anterior, que exigia a delegação a Comissão Especial” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 296).

¹¹² Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD), art. 137.

não permitir o prosseguimento da proposição, poderá argüir, dentre outros motivos, a sua evidente inconstitucionalidade. Da decisão que negar seguimento à proposição, caberá recurso de seu autor, ao Plenário, ouvida, necessariamente a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

A respeito desse juízo de admissibilidade, interessante pesquisa empreendida por Azevedo (2001) sustenta que tem sido regra na Câmara o seu Presidente, para denegar continuidade ao projeto por motivo de tal índole, seguir entendimento consolidado da CCJC¹¹³, buscando evitar o excesso de discricionariedade, bem como uma utilização partidária da prerrogativa. Essa constatação, somada ao fato de dever ser a CCJC necessariamente ouvida em caso de recurso contra a decisão que não admite a proposição, nos permite entender que, em verdade, o ato do Presidente da Câmara, a despeito de possuir juízo de admissibilidade em termos de adequação constitucional da proposição normativa apresentada, não pode ser entendido como integrante do arcabouço instrumental do nosso sistema de controle preventivo de constitucionalidade, eis que é, embora dotado de eficácia terminativa (seu acatamento ocasiona o arquivamento da proposta), em regra dependente do posicionamento da CCJC e, em juízo final, do Plenário da Casa.

Portanto, junto com o Plenário, instância última de deliberação legislativa, são as Comissões de Constituição e Justiça, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que nos vão importar, no curso da análise do controle de constitucionalidade preventivo, neste momento, especificamente no que diz respeito ao próprio Poder Legislativo.

¹¹³ Veja: “Segundo levantamento realizado na Sinopse da Câmara dos Deputados, o presidente tem devolvido proposições aos autores, tomando como uma de suas referências a colisão com a Súmula de entendimentos da CCJR (...). No período pesquisado, isto é, até o final da 50ª Legislatura, pudemos apurar, a partir de 167 documentos, que a maioria esmagadora afronta o entendimento, inclusive sumulado, da CCJR. (...) Desse modo, dezenas de proposições foram devolvidas aos seus autores quando a inserção do seu conteúdo se dava dentro de um entendimento já cristalizado na Casa” (AZEVEDO, 2001, p. 27).

O controle da constitucionalidade das proposições normativas exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça no sistema brasileiro pode ser classificado como preventivo e interno (Souza, 1998). Preventivo porque antecede a entrada em vigor da norma jurídica objeto de exame. Interno porque integrante do órgão encarregado do procedimento que acarretará a conformação do texto normativo – o processo legislativo.

A respeito, citamos a lição de Canotilho:

Como critério de classificação elege-se aqui o momento da entrada em vigor do acto normativo. Se ele é feito quando a lei ou acto equivalente sujeito a controlo é ainda um acto imperfeito, carecido de eficácia jurídica, diz-se que o controlo é preventivo. (CANOTILHO, 1998, p. 794)

Feitas essas observações, temos que, sendo a proposição admitida a trâmite, será esta despachada, em razão da matéria, à respectiva Comissão técnica, ou, conforme o caso, às Comissões técnicas pertinentes à matéria, da respectiva Casa¹¹⁴, para análise e deliberação. É, assim, iniciada a tramitação do projeto que, observado o artigo 24, II do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD)¹¹⁵, poderá se dar pelo chamado “regime conclusivo de tramitação”, no qual é dispensada a apreciação da matéria pelo Plenário, tramitando a proposição apenas

¹¹⁴ Aqui cabe a seguinte observação: caso a matéria da proposição diga respeito a mais de três Comissões, deverá ser formada Comissão Especial, nos termos do art. 34, II, do RICD, a qual se incumbirá, inclusive, da análise da constitucionalidade da referida proposta.

¹¹⁵ Art. 24. Às Comissões Permanentes, em razão da matéria de sua competência, e às demais Comissões, no que lhes for aplicável, cabe:

I – discutir e votar as proposições sujeitas à deliberação do Plenário que lhes forem distribuídas;
 II – discutir e votar projetos de lei, dispensada a competência do Plenário, salvo o disposto no §2º do art. 132 e excetuados os projetos:
 a) de lei complementar;
 b) de código;
 c) de iniciativa popular;
 d) de Comissão;
 e) relativos a matéria que não possa ser objeto de delegação consoante o art. 68 da Constituição Federal;
 f) oriundos do Senado, ou por ele emendados, que tenham sido aprovados pelo Plenário de qualquer das Casas;
 g) que tenham recebido pareceres divergentes;
 h) em regime de urgência.

pelas Comissões técnicas, que assumem, pois, caráter deliberativo, e não meramente opinativo, funcionando o Plenário como instância recursal, soberana¹¹⁶.

Estando ou não a matéria a tramitar pelo regime conclusivo, excetuados os casos em que seja necessária a formação de Comissão Especial, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania se pronunciará, sempre em último lugar (Resolução nº 10/1991). Sendo, pois, instância necessária, constata-se que o caráter de seus posicionamentos se apresenta com notada força dentro do processo legislativo, o que nos autoriza considerá-la integrante, por natureza, do controle preventivo de constitucionalidade. A isso se acrescente o caráter terminativo das decisões da CCJC, o qual implica o arquivamento da proposição sempre que seu parecer for pela sua inconstitucionalidade. Reforça esse entendimento a previsão de que, nos casos em que ocorrer a tramitação pelo regime conclusivo¹¹⁷, dada a sua lógica, as proposições serão transformadas em lei por conta do trabalho desenvolvido nas Comissões (inclusa, necessariamente, a CCJC).

Ressalve-se que, no ponto específico, qual seja, a importância do regime de tramitação exclusiva inaugurado pelo artigo 58, §2º, I, da Constituição Federal, nosso entendimento diverge daquele manifestado por Del Negri (2003), para quem o regime conclusivo significaria “lamentável afronta ao Processo Constitucional e sobretudo à Democracia”, taxando-o de “discussão entre especialistas”, entendendo com isso estar-se tornando deficiente o processo legislativo. Em suas próprias palavras:

¹¹⁶ “Ressalve-se que o Constituinte, inspirado no modelo italiano, não deixou de acolher a possibilidade de os projetos de deliberação terminativa serem reexaminados pelo Plenário, desde que, pelo menos um décimo dos membros da Casa, discordando da decisão da comissão, interponham recurso requerendo sua apreciação pelo Plenário” (Del Negri, 2003, p. 81).

¹¹⁷ Os quais representam parte significativa no total de processos legislativos, eis que, segundo os resultados da pesquisa desenvolvida por Azevedo (2001, p. 35/36), dizem respeito a cerca da metade dos projetos de lei e de decreto legislativo que passaram pela Câmara desde o encerramento dos trabalhos constituintes até a 50ª Legislatura (aproximadamente 10 anos). Esclarece-se que, atualmente, encontram-se em atividade os trabalhos da 52ª Legislatura.

O que se percebe, com as decisões terminativas das comissões pelos seus titulares, é que há uma realidade excludente do debate em plenário. Por conta disso, algumas leis que vão interferir no dia-a-dia das pessoas acabam sendo aprovadas por um número restrito de congressistas (titulares das respectivas comissões) fazendo da democracia um discurso entre especialistas. (DEL NEGRI, 2003, p. 82)

Comungamos diversas opiniões com o citado autor, porém aqui a sua compreensão nos parece um pouco desvirtuada, pois não enxergamos, como ele, uma redução da densidade democrática dos discursos de preparação legislativa pela presença em nosso ordenamento do regime de tramitação conclusiva. Primeiramente, o critério quantitativo utilizado por Del Negri (2003) – as comissões são lógica e inegavelmente menores em número de componentes que o Plenário – não necessariamente indica essa dita redução, especialmente porque ele deve ser visto em conjunto com o critério qualitativo, uma vez que as comissões são compostas com imperativa observância da representatividade dos diversos seguimentos presentes no parlamento¹¹⁸. Contra a alegada “discussão entre especialistas” milita a permeabilidade inerente ao trabalho das comissões, que possibilita a manifestação dos demais parlamentares, dos representantes dos dois outros poderes da República, bem como dos segmentos (organizados ou não) sociais, seja por intermédio das convocações, das audiências públicas, ou das demais formas regimentalmente admitidas¹¹⁹.

Ao contrário da hipótese defendida por Del Negri (2003), em verdade, a sistematização do procedimento legislativo por intermédio da tramitação pelas comissões parlamentares proporciona maior viabilidade de intervenção dos diversos atores da sociedade, que pode se apresentar como verdadeira manifestação da

¹¹⁸ Demonstram tal fato, em especial, o art. 25 e seus parágrafos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

¹¹⁹ Garantia que se faz presente em diversos pontos dos Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

“Sociedade Aberta” (Häberle, 1997), em maior intensidade, eis que garantida sua participação exatamente pelo devido processo legislativo e, assim, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. À mesma passagem da obra de Galluppo (1995), citada pelo autor em comento para sustentar a sua tese, deve ser dado outro (correto) entendimento, veja-se:

Não é em qualquer regime que tal procedimento pode converter-se em processo: O pressuposto básico é que estejamos diante de um Estado Democrático de Direito, em que seja permitida a todos a participação, diretamente ou não, nesta estrutura de produção de normas. Em especial, no sistema representativo, é essencial que todos os membros competentes possam potencialmente participar da discussão de uma lei para que, ao final, possa se falar em processo legislativo. (GALLUPPO, 1995, p. 17)

Pode-se verificar que o autor do trecho transcrito, numa correta interpretação da relação processo/procedimento no sistema representativo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, ressalta a potencialidade de participação no processo de elaboração das normas que regerão o convívio social, o que chama a atenção para a necessidade de se pugnar pela maior permeabilidade do processo legislativo, no referido paradigma, aos diversos discursos inerentes à pluralidade que marca a modernidade. O fato de que este procedimento (regime conclusivo) ocorre pela sistemática deferida às comissões não constitui, *per se*, impedimento a esta permeabilidade, desde que compreendido dentro do fenômeno procedimental, preparatório do provimento (lei), como um todo, onde a abertura à participação discursiva de sujeitos situados externamente às comissões constitui pressuposto necessário.

É exatamente por isso que, quebrados os pressupostos do devido processo legislativo, ocorrerá inconstitucionalidade e, assim, abre-se imediatamente a oportunidade para o seu questionamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda em sede legislativa – ou seja, dentro do controle preventivo – o qual, diga-se, não

deverá ficar reservado apenas aos parlamentares, mas deverá estar aberto a qualquer do povo¹²⁰, uma vez que a todos interessa que, no momento de formação das normas, seja sempre acatado o princípio do devido processo¹²¹. Entendemos que dessa maneira é possível melhor se compreender o problema e atacá-lo de forma efetiva e integral.

Feitas tais observações, quanto à importância adquirida hodiernamente pelas comissões legislativas e, em especial pelas Comissões de Constituição e Justiça, temos que tal fato é, em muito, resultado de um longo desenvolvimento histórico do instituto e de seu trabalho em solo brasileiro, vindo a reboque o conseqüente alargamento de suas atribuições, bem como o paulatino fortalecimento de seu caráter. De acordo com Azevedo (2001), na história do Poder Legislativo nacional, a existência de comissões de tal índole é verificada desde o Regimento Interno da Câmara dos Deputados de 1826 (“Comissão da Guarda da Constituição”), passando pelos subseqüentes regimentos, que acompanharam as ulteriores Constituições brasileiras¹²², até o marco atual.

Com as necessárias ressalvas relativas ao regime de exceção então em curso no Brasil, um dos desenvolvimentos relevantes do órgão se deu sob a égide da

¹²⁰ “Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão” (HÄBERLE, 1997, p. 37).

¹²¹ Como se verá adiante, com mais acuidade, infelizmente essa não é a atual posição do Supremo Tribunal Federal, que limita o questionamento acerca do acatamento das normas constitucionais referentes ao devido processo legislativo, no momento de conformação da lei, aos Deputados e Senadores, não abrindo a possibilidade de impetração de mandado de segurança nesse sentido pelos demais atores sociais. Tal entendimento é ainda mais problemático diante do posicionamento do Supremo quanto ao que chama de “questões *interna corporis*”, relativas à interpretação regimental, de cuja apreciação o Pretório tem se esquivado de maneira renitente.

¹²² Além do Regimento atualmente em vigor, oriundo da Resolução nº 17, de 1989, o referido autor faz menção expressa aos textos datados de 1826, 1831, 1891, 1893, 1899, 1904, 1915, 1921, 1926, 1936, 1947, 1949, 1955, 1972 e 1978 (AZEVEDO, 2001, p. 38 - 44).

Constituição de 1964, com as alterações provenientes da Emenda Constitucional nº 1/67:

O texto em vigor no ano de 1972, introduziu disposição de grande importância, qual seja o do efeito terminativo das disposições da Comissão: se dois terços de qualquer Turma ou se a maioria absoluta da composição total julgasse inconstitucionais uma determinada proposição ou parte relevante da mesma, a matéria seria imediatamente remetida ao Plenário da Casa para discussão prévia. Se o Plenário confirmasse a decisão da Comissão ocorreria o arquivamento. Caso contrário, a matéria voltaria a tramitar normalmente. (AZEVEDO, 2001, p. 41)

Em 1978 a disposição foi modificada, determinando, em caso de manifestação da Comissão que entendesse inconstitucional a proposição, que ocorresse o seu automático arquivamento, e não mais o envio ao Plenário, o que passou a ocorrer apenas na hipótese recursal. Estava, pois, consolidado o caráter terminativo das decisões da Comissão de Constituição e Justiça.

Oriundo da Resolução nº 17, de 1989, o texto atual manteve o caráter terminativo do parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (artigo 54, I), quanto à constitucionalidade e juridicidade da matéria, bem como, no seu artigo 139, determina que a proposição legislativa seja distribuída obrigatoriamente à CCJC, o que, consideradas as ressalvas já descritas acima, a torna órgão necessário do processo legislativo no Brasil, como executor do controle de constitucionalidade preventivo. Ressalte-se, como afirma Azevedo (2001), que, sob a regência do atual regramento do processo legislativo, poucos recursos foram interpostos contra as decisões da CCJC, sendo também poucos os casos de acolhimento dos recursos por parte do Plenário.

Destaca-se, ainda, o parágrafo 6º do artigo 189 do RICD, que determina que em Plenário “não será submetida a votos emenda declarada inconstitucional ou injurídica pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação”¹²³.

Sob a atual Constituição da República, com base nos entendimentos que vem historicamente sendo tomados pela CCJC, no intuito de subsidiar os trabalhos da própria Comissão e, ainda, os pareceres do Presidente da Câmara acerca da admissibilidade das proposições legislativas a serem encaminhadas a tramitação, foi elaborada uma súmula de entendimentos da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Como exemplo, temos os seguintes enunciados:

Verbete nº 1 – a) Projeto de lei, de autoria de Deputado ou Senador, que autoriza o Poder Executivo a tomar determinada providência, que é de sua competência exclusiva, é inconstitucional. b) Projeto de lei, de autoria de Deputado ou Senador, que dispõe sobre a criação de estabelecimento de ensino é inconstitucional.

Verbete nº 2 – Projeto de lei que declara utilidade pública de associação, sociedade, entidade, fundação ou instituição é inconstitucional e injurídico.

Verbete nº 3 – de Projeto de lei, que dá denominação a rodovia ou logradouro público é inconstitucional e injurídico.

Verbete nº 4 – Projeto de lei que institui dia nacional de determinada classe profissional é injurídico.

No que se refere aos às propostas de Emenda à Constituição, submetidos ao regime de tramitação especial (Título VI do RICD), observados os ditames do artigo 60 da Constituição Federal, há que se observar que o parecer da CCJC deverá preceder a distribuição da proposta a uma Comissão Especial, que é regimentalmente competente para análise de mérito da proposição¹²⁴. A inversão se

¹²³ O mesmo escopo tem o art. 101, §2º, do Regimento Interno do Senado Federal, que diz: “Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254”.

¹²⁴ O art. 355 do Regimento Interno do Senado Federal contém disposição similar, com o prudente acréscimo da obrigatoriedade de ser o parecer que concluir pela admissibilidade firmado por, no mínimo, um terço dos membros da Casa (o que equivale, atualmente, a pelo menos 27 Senadores), devendo ocorrer sempre, pois, a complementação das assinaturas nele apostas pelos membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que, de acordo com o art. 77, III, do Regimento Interno, é composta por 23 dos 81 Senadores.

justifica, diante da dicção do dispositivo constitucional indicado, que textualmente determina que a proposta de emenda que viole cláusula pétrea “não será objeto de deliberação”, razão pela qual a Comissão cumpre com fidelidade o seu papel de órgão do controle preventivo não admitindo a proposição, conforme determina a Constituição. Se deixada a análise para o final do procedimento, como sói ocorrer nas demais espécies legislativas, a Constituição já estaria vilipendiada, caso se tratasse de emenda contrária ao §4º do artigo 60, eis que, havendo tramitação, por óbvio teria também ocorrido a deliberação impedida pela referida norma de rigidez. O recurso, diante das diversas restrições constitucionais quanto à iniciativa das emendas constitucionais, também é mais dificultoso, demandando, nos termos do artigo 202, §2º, do RICD, a iniciativa de lideranças que representem, no mínimo, a terça parte dos Deputados.

Contudo, é relevante observar que, nesta seara, a partir de 1995, ocorreu uma espécie de “flexibilização” do entendimento regimental, sendo facultada, ainda na CCJC, a apresentação de emendas, seja de simples redação seja com o escopo de sanear os vícios de inconstitucionalidade¹²⁵. Até então, não eram admitidas quaisquer emendas nesta fase, por força do que expressamente dispõe o §3º, do artigo 202 do Regimento Interno:

Somente perante a Comissão Especial poderão ser apresentadas emendas, com o mesmo quorum mínimo de assinaturas de Deputados e nas condições referidas no inciso II do artigo anterior, nas primeiras dez sessões do prazo que lhe está destinado para emitir parecer.

Como se vê, a redação do referido dispositivo regimental, mantendo-se na mesma linha da proposta constitucional, determina que a apresentação de emendas somente poderia se dar quando a proposição já estivesse em trâmite perante a

¹²⁵ Esclarecemos que o Regimento Interno do Senado Federal comporta tal expediente, o qual a nosso juízo, poderá acarretar tramitação inconstitucional, caso a proposta objeto de emenda configure violação do art. 60, §4º da Constituição Federal, pois, na espécie, haverá deliberação.

Comissão Especial, encarregada de analisar-lhe o mérito, restringindo-se, assim, aos momentos posteriores ao juízo de constitucionalidade da proposta, que é feito, como visto, pela CCJC. A nova interpretação dada ao dispositivo regimental, em nossa opinião, viola não só o Regimento Interno e, pois, o devido processo legislativo, mas também a própria Constituição, eis que, nestes casos, inegavelmente terá havido deliberação acerca da proposta, mesmo se referida proposição acarretar violação de uma cláusula pétrea¹²⁶.

4.2.2.3. O Veto.

A outra clássica forma em que se desenvolve o controle de constitucionalidade preventivo no sistema brasileiro é o veto do Presidente da República. Aqui, a proposição normativa já possui texto definitivo e, dada a sistemática separação e ordenação dos poderes na República, por força do disposto no artigo 66 da Constituição Federal, é encaminhada pelo Poder Legislativo ao Chefe do Poder Executivo para que este a sancione¹²⁷. Porém, exercendo o seu dever de manter, defender e cumprir a Constituição (CF/88, artigo 78), está o Presidente da República autorizado pelo §1º do supracitado artigo a vetar o projeto de lei, caso o considere inconstitucional ou contrário ao interesse público.

Como se vê, o veto presidencial, no Brasil, diferentemente, por exemplo, do sistema português, é, por si só, suficiente para cercear a entrada em vigor da norma, porque inconstitucional. Não é necessária a intervenção de qualquer órgão judicial

¹²⁶ É um dos casos em que, acreditamos, deveria incidir o controle jurisdicional preventivo. Porém, conforme comentaremos mais adiante, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que violações regimentais escapam à sua competência, entendendo tratar-se de matéria *interna corporis*.

¹²⁷ Lembrando-se que, no sistema adotado no Brasil, a chefia do Poder Executivo está confiada ao Presidente, que reúne, numa só figura, as atribuições de Chefe de Estado e de Chefe de Governo.

ou similar ao Tribunal Constitucional de Portugal para que se suscite a inconstitucionalidade. Nesse caso próprio veto se presta autonomamente a instrumentalizar o controle de constitucionalidade preventivo.

4.2.2.3.1. A sanção do Chefe de Estado.

O Poder Executivo, em especial na figura do Chefe de Estado, efetivamente participa do processo legislativo de diferentes formas – como deflagrador do procedimento¹²⁸, tomando a iniciativa de encaminhar projeto de lei ao Poder Legislativo, no limites de sua competência, bem como ao praticar o ato de sancionar ou vetar um projeto de lei aprovado no Parlamento.

Para que possamos dar a este momento de nossa investigação maior cientificidade, mostra-se necessária uma inicial distinção entre os institutos da sanção e do veto. Em obra de grande valia sobre o tema da sanção, Menelick de Carvalho Netto busca sustentação nas lições dos juristas italianos Serio Galeotti e Paolo Biscaretti Di Rufia para delinear as distinções entre os institutos, adotando o momento em que se verificam no procedimento legislativo¹²⁹ como critério de

¹²⁸ A proposição legislativa “obedece a uma estrutura legislativa (procedimento) juridicamente preordenada por normas infraconstitucionais (Lei Complementar), regimentais e constitucionais. Portanto, para que esse **procedimento** se desenvolva com validade e transforme-se em genuíno *processo* deverão estar presentes na preparação do provimento (lei) os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia (art. 5º, inciso LV da CR/88). Ausente um desses pressupostos constitucionais, o processo converte-se em mero procedimento” (DEL NEGRI, 2003, p. 79).

¹²⁹ Ressalve-se que divergimos da compreensão do autor indicado, fundada nos também citados juristas italianos, em especial Serio Galeotti, quanto à diferenciação entre procedimento e processo. Galeotti reserva o termo processo aos procedimentos cujo provimento final possui cunho judicial, ou seja, ao processo como elemento típico da atividade jurisdicional. Como já tivemos oportunidade de afirmar, nossa visão a esse respeito mais se aproxima da compreensão advinda da doutrina de Fazzalari (1992), manifestada, entre outros, por Gonçalves, para quem “o procedimento legislativo, conforme observa FAZZALARI, sempre é processo, sempre se realiza como ‘espécie’ processo, sempre se realiza com a participação de parlamentares que representam e reproduzem os interesses divergentes dos grupos e comunidades dos cidadãos” (GONÇALVES, 1992, p. 118), a qual entendemos ser mais adequada à visão do processo legislativo no contexto proposto por Habermas

balizamento. Dividindo o procedimento legislativo em três fases nucleares (introdutória, constitutiva e integrativa de eficácia)¹³⁰, o pensamento desenvolvido pelo referido autor o conduz à conclusão de que a sanção do Chefe de Estado pode ser atribuído caráter constitutivo da lei, eis que integra a fase constitutiva do referido procedimento. Quer dizer, sem a aposição de sanção, não há lei, mas mero projeto consolidado, a espera de sua perfeição, que se dará neste específico momento.

Neste norte, é compreensível a existência em nossa Constituição, e em outros ordenamentos jurídicos, junto à sanção expressa, da figura da sanção tácita (artigo 66, §3º), que se verifica no silêncio presidencial, por determinado período de tempo, quanto ao projeto que lhe é enviado pelo Poder Legislativo¹³¹ – o projeto necessita da sanção, mesmo que tácita, para que se torne lei.

A sanção constitui, assim, não mera ratificação ou confirmação de uma lei já nascida, mas a adesão dada pelo Chefe do Poder Executivo ao projeto aprovado pelas Câmaras, de tal sorte que, enquanto ela não se manifesta, a obra legislativa não se encontra definitivamente formada. (FERREIRA FILHO, 2005, p. 195)

Promulgação e publicação são atos posteriores, relativos à fase última de produção legislativa, para que, segundo a sistemática própria ao sistema romano-germânico de que somos adeptos (*civil law*), seja emprestada eficácia *erga omnes* à lei, aqui então já perfeita. Segundo José Afonso da Silva, ambos “não configuram atos de natureza legislativa. Rigorosamente, não integram o processo legislativo.

(1997), da constituição de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, regidos por um direito do qual são, ao mesmo tempo, autores e destinatários.

¹³⁰ “Inicia-se o procedimento por uma fase introdutória, também chamada instaurativa ou preparatória, na qual se concretiza, logicamente, em suas várias expressões, a iniciativa legislativa. À fase introdutória segue-se a fase constitutiva ou perfectiva, em que especificamente se forma, em sentido estrito, o ato normativo propriamente dito: mediante a aprovação do Parlamento, uni ou bicameral, podendo, ainda, conforme prefigurada pelo ordenamento, ser também requerida superveniente manifestação de vontade constitutiva do Chefe de Estado. Perfeccionado o ato legislativo, segue-se, encerrando o procedimento, uma fase integrativa da eficácia, pela qual a lei, já perfeita, poderá enfim adquirir uma eficácia *erga omnes*” (CARVALHO NETTO, 1992, p. 191).

¹³¹ Não existe em nosso ordenamento o chamado *pocket veto*, presente no sistema norte-americano e que faz do silêncio presidencial obstáculo intransponível ao projeto de lei, que assim, é fulminado pela caducidade. Sobre o tema, ver Ferreira Filho (2002).

Promulga-se e publica-se a lei, que já existe desde a sanção ou veto rejeitado” (SILVA, 1997, p. 499)¹³².

4.2.2.3.2. O veto como instrumento do controle preventivo.

O veto não se confunde com a sanção. Como visto, a diferença entre ambos pode ser estabelecida com base no momento em que tais atos se verificam no procedimento legislativo. A sanção ocupando a fase constitutiva, o veto abrigando-se na fase de atribuição de eficácia. Em termos práticos, pode-se dizer que se sanciona um *projeto de lei* e veta-se uma *lei*.

A sanção é uma participação de natureza legislativa, uma vez que constitutiva da lei, encomendada a Chefes de Estado em determinados ordenamentos constitucionais, mesmo republicanos, e que difere essencialmente daquela outra mais corrente nos ordenamentos republicanos e de todo inexistente nas Monarquias, mediante a qual se reconhece ao Chefe de Estado uma mera atividade de controle, de natureza distinta da função legislativa exclusiva e propriamente desenvolvida pelas Câmaras, sobre a qual esse controle é exercido. (CARVALHO NETTO, 1992, p. 201)

Portanto, colhendo-se mais uma vez a lição de Carvalho Netto, o termo veto deve ser utilizado para designar:

a participação do Chefe de Estado no procedimento legislativo, que se traduz no mero exercício de um controle político sobre a atividade propriamente legislativa encomendada, exclusivamente às Câmaras, consoante a uma determinada distribuição das funções estatais teórica e normativamente conformada à luz de um sistema de freios e contrapesos constitucionalmente acolhido, que se exerce sobre uma lei já perfeita, na fase procedimental de aquisição de eficácia. (CARVALHO NETTO, 1992, p. 247)

É nesse momento de controle que, no Brasil, o Presidente da República poderá argüir a lesão ao interesse público (motivo de caráter político) ou a

¹³² No mesmo sentido: Carvalho Netto (1992), Ferreira Filho (2005), Moraes (2005) e Souza (1998), entre outros.

inconstitucionalidade da lei (motivo de caráter jurídico) como fundamento de seu ato, o veto, que implicará na sua devolução ao Poder Legislativo, seguida da devida motivação¹³³, para que o mesmo analise a questão específica e, em sessão conjunta e mediante escrutínio secreto, manifeste-se, concordando com o ato presidencial, ou dele discordando, neste caso ocorrendo a derrubada do veto, sendo para tanto também exigida a manifestação da maioria absoluta dos congressistas neste último sentido.

Para a linha estabelecida para a presente análise, importa apenas o veto motivado por inconstitucionalidade¹³⁴. Ferreira Filho define-o como verdadeiro poder, o qual empresta ao presidente o *status* de “defensor da Constituição e numa posição privilegiada, visto que pode exercer um controle preventivo para defendê-la de qualquer arranhão resultante da entrada em vigor de lei inconstitucional” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 196). Com o merecido acatamento, entendemos, com supedâneo na lição de Carvalho Netto (1992), não possuir o veto natureza de poder, mas tratar-se o instituto de meio de controle político da atividade legislativa, cuja discricionariedade que lhe é inerente não se confunde com o elemento poder.

O veto é sempre supressivo e pode ser total ou parcial. Será total quando atingir a lei em sua totalidade, como o próprio nome já anuncia. Será parcial se implicar na exclusão do texto legal de um ou mais dispositivos normativos, e é possível desde que isso não implique a superveniente imprestabilidade do restante

¹³³ Como adverte Ferreira Filho, “o veto deve ser considerado ato composto. Compreende ele dois atos, a manifestação de vontade negativa – a discordância – e a comunicação fundamentada dessa discordância. Assim, aquela, dentro da quinzena, impede a sanção tácita do projeto, mas, somente conjugada com esta, aperfeiçoa o veto, o que deve ocorrer nas quarenta e oito horas seguintes à quinzena. Desse modo, se não houver tempestivamente essa comunicação, o veto não se aperfeiçoou e sancionado estará o projeto” (FERREIRA FILHO, 2005, p. 199).

¹³⁴ Sobre os demais caracteres do veto, abarcando inclusive aqueles relativos ao veto por ofensa ao interesse público, que foge ao nosso recorte, ver Ferreira Filho (2002).

do texto normativo¹³⁵. Ressalve-se que, segundo a dicção do artigo 66, §2º, da Constituição da República, o veto parcial deverá abranger o texto integral de artigo, parágrafo, inciso, ou alínea, evitando-se, assim, a ocorrência de supressão de uma ou mais de uma palavra, oração, ou frase do texto, o que poderia implicar numa verdadeira fraude à vontade expressada no projeto aprovado¹³⁶.

O mesmo Ferreira Filho (2005) diz ser o veto, em nosso ordenamento, suspensivo ou superável, querendo indicar a possibilidade de ser o mesmo derrubado pelo Congresso, nos termos do §4º, do artigo 66, da Constituição Federal. Sustenta inexistir no Brasil o chamado “veto absoluto”, o qual implicaria na impossibilidade de o Poder Legislativo depor o ato do Chefe do Poder Executivo. Porém, ao menos no que se refere ao veto por inconstitucionalidade, entendemos existir uma hipótese em que poderá, em tese, ocorrer veto absoluto em nosso atual regime constitucional: o caso em que o veto presidencial se der com base em vício de iniciativa reservada ao próprio Presidente da República.

O tema não é simples. Por uma questão lógica, se um projeto de lei cuja iniciativa é atribuída privativamente ao Presidente da República tiver curso no Congresso por iniciativa diversa, e se este é aprovado e apresentado ao Presidente para sanção, terá o mesmo o dever de vetá-lo, porque inconstitucional. Tal

¹³⁵ Sobre o tema, que escapa ao nosso foco, recomenda-se a consulta à obra de Mendes (1999) que, tratando das formas de declaração jurisdicional de inconstitucionalidade parcial com redução de texto, apesar de focar a questão sob o prisma do controle repressivo (mais precisamente repressivo, em abstrato e concentrado), ressalve-se, traz relevante análise sobre as condições que irão permitir a manutenção do restante do texto normativo, em caso de supressão de uma ou mais de uma de suas parcelas textuais.

¹³⁶ Ferreira Filho (2005) narra que no Brasil, de fato, isso ocorria, inclusive com a chancela dos tribunais, até que a Emenda nº 17 à Constituição de 1946 (dando a esta uma redação semelhante à do atual §2º do art. 66 da Constituição de 1988) impediu tal prática, que foi retomada com a Emenda nº 1/69, à Constituição de 1967. José Afonso da Silva apresenta o seguinte caso: “*Por exemplo: ‘esta lei entrará em vigor 60 dias após sua publicação’; vetando-se ‘60 dias’, ela entrará em vigor com a sua publicação. Já houve veto desse tipo. Agora, não mais*” (SILVA, 1997, p. 374). Como visto, somente depois da promulgação da atual Constituição é que se tornou a considerar inaceitável a mutilação do projeto apresentado à sanção, eis que tal prática foi novamente impedida, de maneira expressa.

entendimento é reforçado ante a revogação da Súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal, que assim dispunha:

A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo.

Ora, considerado o atual posicionamento do Pretório Excelso, se a sanção não pode de maneira alguma convalidar o vício de iniciativa, mesmo que o Presidente da República eventualmente concorde com o teor do projeto que se lhe apresenta para sanção, ainda sim terá que vetá-lo, porque natimorto. Não lhe restaria alternativa.

Porém, como se viu, o veto presidencial deverá ser necessariamente apreciado pelo Poder Legislativo. Se este veto é derrubado pelo Congresso, na forma do artigo 66, §4º, da Constituição Federal, estará o Parlamento inserindo na ordem jurídica uma norma notadamente inconstitucional. Para este caso, apenas resta ao Presidente, ou aos demais legitimados para a sua propositura, ingressar junto ao Supremo Tribunal Federal com uma ação direta de inconstitucionalidade, ou, ainda, aos eventuais prejudicados, resta a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade da norma de maneira incidental, abrindo-se a via de controle difuso de constitucionalidade.

Porém, tais formas de solução do problema não se mostram, por óbvio, satisfatórias, pois, no caso, a derrubada do veto implica no ingresso da lei no ordenamento jurídico, dotando de presunção de constitucionalidade uma norma notadamente inconstitucional – e assim, esta se tornará apta a produzir efeitos, até que seja declarada inconstitucional pela via do controle repressivo¹³⁷. Enquanto isso

¹³⁷ Observa-se que, como já apresentado nesta pesquisa, a Constituição portuguesa adota uma possível solução: antes de emitir sanção ou vetar o projeto, o Presidente pode provocar a jurisdição do Tribunal Constitucional e, caso seja afirmada a inconstitucionalidade da lei, ele o deverá vetar. Nesse caso, diga-se, não lhe restará alternativa (não poderá sancionar a lei). “Pode ainda provocar a

não ocorre, a situação irregular poderá causar prejuízos de monta. Seria, então, uma aporia?

Cremos que não. E a solução dessa questão pode estar na proposta de Carvalho Netto (1992), que, como visto acima, defende a necessidade de se considerar a sanção enquanto integrante do “ato total, que é o procedimento legislativo” e, assim, atribuir-lhe a possibilidade de, em hipóteses que tais, convalidar o vício de iniciativa. Neste caso, a negativa de sanção, e o correspondente veto à lei, passa a ter caráter necessariamente absoluto, eis que, negada a sanção, seria inadmissível a derrubada do veto, pois não haveria possibilidade alguma de ser sanado o vício, diante do manifesto desacordo do Chefe de Estado. Do contrário, o próprio ato da sanção seria inócuo, porque simplesmente se prestaria para lançar ao ordenamento uma lei natimorta que, como dito acima, produziria nefastos efeitos enquanto presente na ordem jurídica positiva.

Conclui-se, assim, que o entendimento consubstanciado no enunciado da Súmula nº 5 do Supremo Tribunal Federal deve ser retomado, pois seu cancelamento, nas palavras de Cattoni de Oliveira,

não considera nem a iniciativa nem a sanção como atos jurídicos que fazem parte de fases diferentes de uma mesma série procedimental, estruturada por uma forma específica de interconexão constitucional e regimentalmente prefigurada, cuja validade e eficácia devem ser analisadas a partir da unidade de cada procedimento legislativo (princípio da unicidade do procedimento) e com referência à finalidade específica deste último, ou seja, da perspectiva da preparação (ou do fazer-se) de um determinado provimento legislativo (princípio da economia procedimental). Assim é que a iniciativa legislativa e a apresentação de emendas a projetos de lei – que também se encontra na fase de propositura – têm por finalidade instaurar o procedimento, e a sanção, assim como a aprovação do projeto de lei nas Casas do Congresso – que também está na fase de perfeição e constituição da lei – tem por finalidade constituir ou perfazer a lei. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 22)

Ao lado da imprescindível correção de rumo de nosso Supremo Tribunal quanto ao enfrentamento da questão ora proposta, ainda são necessárias algumas outras mudanças de postura referentes à atuação do Pretório Excelso, no momento de controle de constitucionalidade preventivo, algumas das quais pretendemos abordar no item subsequente.

4.2.2.4. O controle de constitucionalidade preventivo de caráter jurisdicional.

Analizados os aspectos referentes aos momentos de controle de constitucionalidade preventivo no direito comparado (França, Espanha e Portugal), bem como aqueles meios, de índole política, presentes no atual sistema constitucional brasileiro, buscaremos agora efetuar uma análise das possibilidades de atuação do controle jurisdicional preventivo na mesma realidade.

Parte-se da premissa segundo a qual o princípio constitucional que determina o acatamento do devido processo legislativo, nas bases em que tentamos expô-lo alhures, é vinculador da atuação legislativa, devendo esta por ele se pautar. Sempre que ocorrer subversão desse arcabouço procedimental pré-configurado, esteja ele estabelecido em sede constitucional ou em sede regimental, ocorrerá também mácula ao referido princípio e, assim, lesão aos direitos fundamentais decorrentes do regime democrático.

Caso, ao contrário, de fato ocorra vilipêndio ao devido processo legislativo, o Poder Judiciário, que não poderá se esquivar da análise e decisão de toda lesão ou ameaça a direito (CF/88, artigo 5º, XXXV), cumprindo os ditames constitucionais,

deverá ser chamado a atuar (e efetivamente responder ao chamado), com o escopo de repor o arcabouço procedimental em suas devidas bases.

Sobre o tema, em princípio, um esclarecimento se faz necessário: a propugnada intervenção do Poder Judiciário nas questões relativas ao exercício da função legislativa deve ser vista com o devido cuidado, pois não se trata de suscitar um “governo de juízes”, sempre outorgantes da devida interpretação normativa, que, a despeito de ter se verificado em maior ou menor grau em realidades constitucionais alienígenas, não se mostra coerente com a noção de um Estado de Direito que se quer efetivamente democrático¹³⁸. Tampouco se deve compreender de maneira equivocada a relação travada entre o princípio da separação dos poderes (constituídos) e o princípio da supremacia da constituição, pois indubitavelmente, este sempre prevalecerá, como condição mesma de um sistema jurídico fundado em bases constitucionais¹³⁹. A proposta é outra: a consolidação de uma cultura judicial democrática comprometida com o fortalecimento geral de uma democracia de cunho participativo no Brasil passa necessariamente por uma postura mais ativa da Jurisdição Constitucional, possibilitada pela Constituição promulgada em outubro de 1988, suficiente a impor-se diante de imposições perlocucionárias de uma ação estratégica proveniente do Poder Executivo¹⁴⁰ e ao fechamento da

¹³⁸ “O Direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa *vontade geral* republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 93).

¹³⁹ Como afirma Cruz, “os poderes foram constituídos pela própria Constituição e é somente a ela a que devem se sujeitar, especialmente quando se trata da garantia do devido processo legislativo”. (CRUZ, 2004, p. 309)

¹⁴⁰ Notadamente nos discursos que pregam a necessidade de se manter a “governabilidade”, colocando o Poder Judiciário e o Congresso em cheque (ou a seu serviço), diante de um Governo que dispõe, de maneira solipsista, da panacéia dos problemas nacionais, mesmo que empregada ao arremedo da Constituição. O “povo”, nessa perspectiva, passa a ser encarado única e exclusivamente como “ícone” (Müller, 2003).

instância deliberativa do Poder Legislativo a uma comunidade de privilegiados¹⁴¹ – conformando uma verdadeira “sociedade fechada dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 12).

É sob esse enfoque que pretendemos abordar o tema. E assim, como forma de sistematização dessa proposta e em atenção ao balizamento do presente trabalho, buscaremos verificar os supostos presentes em uma das mais significativas decisões do Supremo Tribunal Federal, quando instado a analisar a problemática relativa ao devido processo legislativo – com este ainda em curso, ou seja, no exercício de fiscalização preventiva – enquanto parâmetro constitucionalmente imposto às atividades de construção legislativa, durante a chamada “Reforma da Previdência Social” (Emenda Constitucional nº 33, de 1995) e, no quadro dessa análise, tentaremos suscitar algumas possibilidades ou alternativas ao posicionamento de fato adotado pelo tribunal.

4.2.2.4.1. Da impetração de mandado de segurança contra inconstitucionalidade ocorrida no curso do processo legislativo.

O Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da atual Constituição Federal vem, ao longo dos anos, desenvolvendo sua jurisprudência no sentido de entender como parâmetro de constitucionalidade apenas as normas integrantes da Constituição, excluindo do “bloco de constitucionalidade”, por exemplo, as normas

¹⁴¹ Somente sob essa perspectiva é que poderíamos concordar com Del Negri (2003). Se o processo legislativo, qualquer que seja o regime de tramitação adotado, se fechar em si mesmo, negando possibilidade de participação às instâncias públicas e privadas componentes do todo social (permeabilidade), estará criada uma verdadeira “discussão entre especialistas” (ou, nos termos empregados por Peter Häberle, a “sociedade fechada”), eminentemente contrária ao princípio democrático.

regimentais das Casas do Congresso Nacional e os tratados internacionais incorporados ao ordenamento nacional¹⁴², o que o torna deveras reduzido.

Nos interessa mais de perto o problema concernente aos Regimentos Internos. Como já debatido ao longo dessa dissertação, a Constituição Federal em vigor contém diversas regras concernentes ao processo legislativo, as quais são operadas de acordo com o Regimento Interno da Câmara ou do Senado, dependendo de onde esteja tramitando a proposição legislativa.

Pois bem. Podemos dizer, sem medo de errar, que o Supremo Tribunal Federal admite a interposição de mandado de segurança contra ato da autoridade incumbida de comandar (guiar) o processo legislativo, sob a alegação de ofensa ao devido processo legislativo. Diversos excertos atestam tal postura¹⁴³. Nesse sentido, a decisão em que nos deteremos foi tomada pelo tribunal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.503-DF.

Na ocasião, como já adiantamos, durante a discussão da chamada “Reforma da Previdência Social” (Proposta de Emenda à Constituição nº 33-A/95), um conjunto de deputados integrantes da oposição ao Governo, que constituíam minoria na Casa, insatisfeitos com o encaminhamento dado à proposta, que julgavam ter ferido o Regimento Interno, impetrou o remédio heróico junto ao Supremo Tribunal Federal, sob o fundamento de que os parlamentares possuíam o direito líquido e

¹⁴² O Supremo vem entendendo, majoritariamente, desde 1977 (RE 80.004), que os tratados internacionais formalmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possuem *status* de lei ordinária, mesmo aqueles que versavam sobre direitos humanos, como, *e.g.*, o *Pacto de San José da Costa Rica*, decidindo inúmeras vezes pela regularidade da prisão civil do depositário infiel. No entanto, a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004 estabeleceu forma de adquirirem os referidos instrumentos de Direito Internacional Público *status* de emenda à Constituição, o que tende, cremos, a encerrar a controvérsia. Embora a atribuição desse *status* já fosse possível antes mesmo da referida emenda, entendemos louvável essa alteração, dada a premente necessidade de ampliação do “bloco de constitucionalidade” no direito brasileiro. Para uma reflexão mais detida sobre a problemática dos tratados internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro: Piovesan (2000).

¹⁴³ MS 20.247-DF, Rel. Ministro Moreira Alves; MS 20.471-DF, Rel. Ministro Francisco Rezek; MS 23.565-DF, Rel. Ministro Celso de Mello.

certo, inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito, ao respeito às regras que regem o processo legislativo, qualquer que seja o seu *status* no ordenamento jurídico, como condição para que se configure um quadro de participação ampla e efetiva dos envolvidos no processo de reforma constitucional (aí incluída, pois, a minoria).

A impetração foi autuada e distribuída, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, que concedeu a medida liminar requerida pelos impetrantes, determinando a suspensão da tramitação da referida proposta. No julgamento do writ junto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto, defendeu de maneira veemente a necessidade de respeito parlamentar ao devido processo legislativo, decidindo, ao final, pela concessão da segurança. Do voto, podemos destacar as seguintes passagens:

os participantes dos trabalhos legislativos, porque representantes do povo, quer de segmentos majoritários, quer de minoritários, têm o direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas, ou não, estatura constitucional.

(...)

Afirmar-se que Deputados não estão legitimados a agir em Juízo com o fim de preservar o cumprimento do processo legislativo tal como concebido – especialmente quando em questão normas instrumentais maiores e diria mesmo princípios constitucionais de envergadura ímpar – é caminhar-se para o regime totalitário, olvidando-se que a democracia pressupõe não só a participação plúrima, com que se busca o equilíbrio, como também a preservação da atividade parlamentar das minorias

Seguiram o entendimento do Ministro Marco Aurélio, os Ministros Ilmar Galvão e Celso de Mello, este último, que já vinha, em outros precedentes, admitindo a hipótese, advertiu:

É preciso enfatizar que o Judiciário, ao efetuar o controle da regularidade do processo de elaboração legislativa, não transgredir o postulado da separação de poderes, pois, longe de interferir na intimidade orgânica da instituição parlamentar, desempenha o relevantíssimo encargo – delegado à magistratura judicial pelo próprio legislador constituinte – de preservar valores jurídicos e princípios fundamentais proclamados pela Lei Fundamental do Estado. A imperiosa necessidade de fazer prevalecer a supremacia da constituição, a que se acha necessariamente subordinada a

vontade de todos os órgãos do Estado que se revelam depositários das funções político-jurídicas definidas pela teoria da separação de poderes, e a inafastável tarefa de tornar efetivas as cláusulas regimentais que disponham, em caráter mandatório e vinculante, sobre o modo de elaboração legislativa legitimam, plenamente, a atuação do Poder Judiciário no processo de formação dos atos normativos, em ordem a permitir, no plano do *judicial review*, a exata aferição do fiel cumprimento, pelo Poder Legislativo, das diretrizes, dos princípios e das regras inscritas tanto na Lei Fundamental da República quanto no regimento interno, que condicionam – considerada a indisponibilidade de determinadas normas regimentais de caráter procedimental – a própria validade e eficácia das resoluções tomadas pelas Casas legislativas. (...) a observância das normas constitucionais e regimentais – especialmente quando esse desrespeito ofende o direito dos legisladores ao *devido processo* – condiciona a própria validade jurídica dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo.

E, na conclusão de seu voto, para enfatizar a defesa do devido processo legislativo que apregoava, escreveu o Ministro:

se o próprio Parlamento desrespeita o processo de formação das leis, negando a alguns de seus membros o direito essencial de discutir as proposições segundo uma ordem previamente estabelecida, não se faz, ele próprio, depositário fiel da grave missão institucional que lhe foi confiada, pois uma lei ou emenda constitucional oriunda de processo viciado não pode qualificar-se, por imprestável e inválida que é, como um ato estatal, digno do acatamento e da reverência da coletividade a que se destina.

Porém, na ocasião, os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal discordaram do posicionamento até aqui exposto, embora assumindo postura não uniforme, mas ainda assim adversa¹⁴⁴.

Os Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence votaram pelo conhecimento do *writ* apenas quanto à norma regimental que reproduzia o teor do artigo 60, §5º, da Constituição Federal, indeferindo-o no mérito. Para os Ministros Carlos Velloso e Octávio Gallotti, o mandado de segurança não deveria sequer ser conhecido, pois a

¹⁴⁴ Sobre a importância dos votos vencidos, leciona Häberle (2001, p. 63): “Los votos particulares de los jueces constitucionales que sostienen interpretaciones alternativas pueden convertirse en una forma especial de anunciar y promover, e incluso de acelerar, la ‘mutación constitucional’. La historia de la jurisdicción constitucional en los EUA ofrece ejemplos sobrependientes al respecto, por ejemplo, en relación con la observancia de la legislación del *New Deal* de Roosevelt. Entre nosotros ya también es posible identificar signos de tales efectos en la ‘jurisprudencia alternativa’ de los votos particulares, en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”.

impetração não se referia expressamente à violação do indigitado dispositivo constitucional.

A postura do tribunal, expressada no voto vencedor, pode ser bem identificada na ementa da decisão, cuja relatoria para o acórdão foi repassada ao Ministro Maurício Correia, a qual ganhou a seguinte redação:

Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do regimento interno e do art. 60, §5º da Constituição Federal.

Preliminar: Impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário; conhecimento quanto ao fundamento constitucional.

Mérito: Reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda constitucional do Poder Executivo, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (PEC nº 33-A, de 1995).

I – Preliminar.

1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu à discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao parágrafo único do art. 43 e ao §3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o nº 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração da norma.

A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator – matéria de fato – e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matéria prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação é matéria *interna corporis* do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação pelo Poder Judiciário. Mandado de segurança não conhecido nessa parte.

2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao §5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

II – Mérito.

1. Não ocorre contrariedade ao §5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V).

2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, §5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga

na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originalmente proposto.

3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido.

Como se vê, por ocasião deste julgamento, o Supremo Tribunal Federal efetuou o cotejo do ato indicado como ilegal, referente ao processo legislativo, ou seja, no contexto de uma norma (emenda à Constituição) ainda em elaboração, com o dispositivo constitucional (artigo 60, §5º), o que indica que o tribunal de fato admitiu poder assumir a tarefa de executar o controle de constitucionalidade preventivo – a Jurisdição Constitucional prévia.

Porém, como se viu, o tribunal impôs algumas condições ao exercício deste direito.

A primeira diz respeito à legitimação ativa para a impetração do *mandamus*. Consoante se depreende do conteúdo das manifestações dos membros da Corte, possuem exclusivamente tal legitimação os parlamentares, pois lhes seria assegurado, nas palavras do Ministro Marco Aurélio, um “direito público subjetivo de ver respeitadas na tramitação de projetos, proposições, as regras normativas em vigor, tenham estas, ou não, estatura constitucional”. O Ministro Celso de Mello, em seu voto, por sua vez, considera que

é preciso insistir na observação de que se reconhece, aos próprios membros do Congresso Nacional, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina normativa regedora da formação das espécies legislativas. O legislador, fundado na sua condição de co-partícipe do procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar em juízo o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas regimentais ou constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica.

Também o voto do Ministro Ilmar Galvão ressalta entendimento similar:

considerando a alegação de violência ao exercício de direito subjetivo seu, por inobservância das normas regimentais da Câmara dos Deputados, e tendo em vista, ainda, possuir essa alegação uma conotação clara de

ordem constitucional, considero estar diante de razão suficiente para apreciar o mérito do pedido.

Dos votos vencedores, sobre o tema destacam-se as manifestações dos Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves, os quais também expressamente em seus votos exigiram a condição de parlamentar como necessária à legitimação ativa para a propositura da ação.

No voto do Ministro Sydney Sanches, essa exigência fica clara no seguinte trecho, onde afirma conhecer da impetração:

no ponto em que se alega ter ficado prejudicado o Projeto de Emenda Constitucional, porque rejeitada a matéria na mesma sessão legislativa, tema que assume, também teor constitucional. Aí, sim, os parlamentares têm direito público subjetivo de se oporem à reapresentação da proposta rejeitada, em face da norma prevista no §5º do art. 60 da Constituição Federal, ou seja, para que não sejam obrigados a participar de processo legislativo vedado pela Constituição. (...) Quanto a esse ponto, os impetrantes têm direito público subjetivo a que esta corte examine se houve, ou não, a violação a tal norma constitucional, para que não figurem obrigados a votar ou a participar do processo legislativo se tiver ocorrido, mesmo, essa violação.

Já no voto do Ministro Moreira Alves, ela se revela na seguinte passagem:

Ora, como relator para o acórdão no Mandado de Segurança nº 20.257, no já longínquo ano de 1980, sustentei – e fui, a final, voto vencedor – que, em se tratando de texto constitucional que impeça ou proíba a discussão ou a deliberação sobre determinada matéria, haveria, no caso, direito subjetivo dos parlamentares de não serem compelidos a votar, tendo em vista a proibição constitucional.

Como se vê, nesse importante julgamento, admitindo a realização do controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo, o Supremo também admitiu a legitimidade dos parlamentares de exigirem de seus pares o acatamento do princípio do devido processo legislativo. Porém, a despeito do avanço que deve ser

reconhecido a tais entendimentos, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na ocasião não reconheceu o mesmo direito aos demais cidadãos¹⁴⁵.

Como argumenta Cattoni de Oliveira (2000), a decisão do Supremo Tribunal Federal continuou entendendo que a questão da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional estaria reduzida a um interesse particular e exclusivo dos senhores deputados e senadores, porque constituiriam condições para o exercício da sua atividade parlamentar, ignorando qualquer pretensão à produção da lei como afeta à cidadania em geral, pois apenas

os parlamentares teriam *legitimação ativa* para impetrar mandados de segurança contra atos processuais legislativos que imediatamente descumprissem a Constituição, porque lhes assistiria um direito público subjetivo 'enquanto co-partícipes do procedimento de elaboração normativa' (para usar as palavras do Min. Celso de Mello, no Mandado de Segurança n. 21.642-DF), de não terem de votar projetos de lei ou as propostas de emenda que julguem inconstitucionais. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 24)

De forma diversa do que vem manifestando o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos da mesma natureza do caso exposto acima, os diversos componentes do devido processo legislativo, como já se salientou nessa pesquisa, são pressupostos à conformação de um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização pelo Direito de "formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – dos cidadãos" (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 25). O que se deve considerar é mais que o (também importante) direito de participação das minorias parlamentares no processo de produção legislativa, mas a

¹⁴⁵ O Ministro Celso de Mello já tinha manifestado esta exclusão no julgamento do MS 23.565-DF, do qual foi o relator: "Terceiros, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, não dispõem do direito público subjetivo de supervisionar a elaboração dos atos legislativos" (Informativo STF nº 170).

própria permeabilidade (procedimental) do núcleo institucionalizado estatal da esfera pública às diversas manifestações da sociedade civil (com maior ou menor grau de organização), que, como uma rede que ocupa as cercanias daquela, se apresenta apta a captar problemas sociais ressonantes nas esferas privadas, condensando-os e transmitindo-os, a seguir, para a esfera pública. Através do devido processo, é possível às instituições estatais, em especial o Parlamento, democraticamente cumprir com seu papel de enfeixamento dessa diversidade, enfim possibilitando que, no futuro, pelo respeito às regras da democracia, aquela minoria também possa se fazer maioria¹⁴⁶.

Antes de analisarmos a segunda condição imposta pelo Supremo Tribunal para admitir a instalação da Jurisdição Constitucional em seu modo preventivo, busquemos aprofundar mais a compreensão argüida acima, qual seja, a necessidade de maior permeabilidade dos palcos deliberativos institucionalizados que compõem o núcleo estatal da esfera pública à participação dos demais sujeitos socialmente presentes, para que, assim, possamos melhor impugnar a formação de uma “sociedade fechada dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997), resultante da posição adotada pelo Pretório Excelso ao restringir a legitimidade ativa para o controle de constitucionalidade do processo legislativo unicamente aos próprios parlamentares.

¹⁴⁶ “La *democracia pluralista* forma una consecuencia organizatoria de la dignidad humana – lo que aparece como simples ‘forma estatal’, es una correspondencia más profunda. El ser humano dotado de dignidad *propia* desde el nacimiento crece gracias a procesos culturales de socialización en un status de libertad, que le atribuye la participación democrática, el status de ‘homo politicus’ como ‘natural’. Dignidad humana y democracia forman las dos caras de la misma *res publica*, que acuñan el Estado constitucional del actual estadio de evolución. La ilustración y el entendimiento occidental de la deocracia actúan profundamente. La dignidad y el valor propio de la persona tuvieron que ser concebidos por los filósofos antes de que ‘cuajaran’ en principios jurídicos. La democracia hubo de ganar-se luchando bastante duramente – partiendo de Inglaterra –, hasta que maduró en ese conjunto de procedimientos e instituciones múltiples que hoy le caracteriza. Competencia e diversidad, alternativas e oposición, la alternancia de mayoría e minoría, el desarrollo abierto – todo esto son consecuencias de la dignidad humana como premisa antropológico-cultural del Estado constitucional” (HÄBERLE, 1996, p. 150).

Para tanto, servimo-nos da crítica do constitucionalista alemão Peter Häberle, que, criticando essa redução da interpretação constitucional ao círculo corporativo especializado (sociedade fechada aos “intérpretes jurídicos vinculados às corporações”), propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Contra a sociedade fechada de intérpretes, o jurista alemão alega em sua proposta que, no processo de interpretação da Constituição, estão envolvidas todas as potências públicas, “participantes materiais do processo social”, sendo a interpretação constitucional, “a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade” (1997, p. 13). E, assim, os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

As reflexões de Peter Häberle nos parecem bastante adequadas às reflexões a que nos propusemos fazer:

Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que não se reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos. (HÄBERLE, 1997, p. 26)

Em outra passagem, o autor assevera: “Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo” (Häberle, 1997, p. 34).

Contra o fechamento da interpretação constitucional à participação dos variados integrantes do espaço social, Häberle propõe a inversão da regra, com a ampliação da legitimação e, assim, do círculo dos intérpretes da Constituição. Especificamente sobre o processo de produção normativa em sede parlamentar, Häberle comenta:

Ademais, a Corte Constitucional deve controlar a participação leal (*faire Beteiligung*) dos diferentes grupos na interpretação da Constituição, de forma que, na sua decisão, se levem em conta, interpretativamente, os interesses daqueles que não participam do processo (interesses não representados ou não representáveis). (HÄBERLE, 1997, p. 46)

Em nota sobre a passagem acima, o referido autor defende a necessidade de que a proteção judicial se efetive não por meio de um controle *a posteriori*, mas mediante a participação em procedimentos prévios. E finaliza dizendo que a “observância do processo ‘correto’ deve ser examinada pelos Tribunais”, exatamente na linha de nossa defesa do devido processo legislativo e da imprescindibilidade de sua análise pela Jurisdição Constitucional.

As considerações feitas acima, para análise da primeira limitação imposta pelo Supremo Tribunal Federal, serão de grande valia também para o segundo ponto de restrição imposto pelo tribunal: a impossibilidade de intervenção da Jurisdição Constitucional no exame das chamadas “questões *interna corporis*”.

Sampaio (2002) denomina restrições dessa natureza, bem como aquelas relativas às questões políticas, ou discricionárias, “espaços vazios de jurisdição”, ou “espaço de indenidade”, identificando-as como áreas tidas como não jurisdicionáveis. Comentando a experiência italiana a respeito, o autor aduz:

A grande preocupação que ocupa os juízes na definição do que seja não jurisdicionável está centrada no princípio da separação dos poderes, especialmente na especialização de certos órgãos para tomada de determinadas decisões, que não cabem ser avaliadas por sua oportunidade

ou por sua conveniência, enfim, por seu mérito. (SAMPAIO, 2002, p. 299)

Mais adiante, ao analisar o tratamento dado ao problema pelo sistema brasileiro, Sampaio serve-se, como ponto de partida, das considerações contidas no voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, no julgamento do caso que agora analisamos, o qual distingue ato discricionário, “em que o Judiciário não pode interferir para analisar sua conveniência, oportunidade, utilidade ou justiça” (SAMPAIO, 2002, p. 307), da questão política, que “situa-se no âmbito da discricionariedade política, das opções políticas tomadas segundo uma certa linha programática, fundada também em juízo de conveniência e oportunidade, além de adequação e utilidade, evidentemente no campo de competência constitucional reservada” (SAMPAIO, 2002, p. 307), e dos atos *interna corporis*, que “dizem respeito à economia interna do órgão ou Poder, no exercício de sua competência própria, sem atentar contra direitos subjetivos individuais de terceiros ou de seus próprios membros” (SAMPAIO, 2002, p. 308), para depois defini-los como sendo “aqueles adotados por quem tenha competência, nos limites definidos pela Constituição ou pelas leis, destinados a produzir efeitos no âmbito do órgão, entidade ou setor de onde emanado” (Sampaio, 2002, p. 309).

No caso analisado, ressalvados os votos vencidos, a Corte entendeu, pois, que não poderia efetuar a análise dos atos dessa natureza (*interna corporis*), sob o argumento principal de necessidade de observância do princípio constitucional da separação e independência dos poderes da República.

Nos votos dos Ministros participantes da posição majoritária naquele julgamento, pode-se verificar claramente o balizamento adotado pelo Supremo: além de restrita a legitimidade aos parlamentares, porque, segundo o tribunal, teriam

violado direito subjetivo público ao devido processo legislativo, enquanto participantes direitos do procedimento, o conhecimento do *writ* estaria adstrito às questões procedimentais que violassem diretamente disposição constitucional, ou seja, o Regimento Interno somente poderia servir de parâmetro quando seu conteúdo guardar relação direta com as disposições constitucionais de processo legislativo. Assim o voto do Ministro Maurício Corrêa, que conheceu do mandado de segurança apenas “na parte relativa à questão constitucional suscitada, vale dizer, possível violação do art. 60, §5º, da Carta Política”, acrescentando: “No que diz respeito à matéria regimental, peço vênica ao ilustre relator para, nessa parte, não conhecer da impetração”. Da mesma forma, o voto do Ministro Néri da Silveira:

a separação dos Poderes da República, como princípio basilar da nossa ordem constitucional, aconselha que cada Poder exercite suas funções, com autonomia, sem a interferência dos demais. No que concerne ao Poder Judiciário, é certo que a Constituição lhe confere competência para tomar conhecimento de fatos e atos ocorridos no âmbito dos outros poderes, mas isso há de dar-se nos limites que a Constituição autoriza, na salvaguarda do equilíbrio e da própria independência dos poderes, qual autêntica função moderadora, e na asseguarção dos direitos e garantias dos indivíduos e de quem quer que tenha sofrido lesão de direito ou esteja ameaçado de violência, em virtude de atos impugnados. Fora desse amplo domínio de sua atuação, não compete ao Poder Judiciário conhecer de questões ou controvérsias da intimidade dos outros Poderes, cujo campo de atuação a Constituição define, com os respectivos limites. Nem as questões de conveniência ou oportunidade, nem as matérias *interna corporis* hão de passar pelo crivo do Judiciário, desde que lesão a direito subjetivo não se configure.

O mesmo se diga do voto do Ministro Moreira Alves, que afirma categoricamente que a observância das normas regimentais “se exaure na esfera do Poder Legislativo, sendo imune à jurisdição desta Corte. (...) Questões dessa natureza se resolvem exclusivamente no âmbito da atuação parlamentar”, para depois assim concluir:

Portanto, assim caracterizo minha posição: com referência ao §5º do artigo 60 da Constituição, há realmente, no caso, e foi ela levantada, questão constitucional relativa ao direito subjetivo público de não serem os parlamentares obrigados a votar emenda se tiver sido violado esse princípio

constitucional; quanto a questões relativas ao Regimento Interno, delas não conheço, por serem, tipicamente, na espécie, questões *interna corporis*.

Resta, pois, clara a opção do Supremo Tribunal Federal: apenas violação regimental que também importe violação de norma constitucional pode ser objeto de impugnação pela via do controle jurisdicional preventivo, acessível mediante a impetração de mandado de segurança, exclusivamente por parlamentar, prejudicado em seu direito público subjetivo ao devido processo legislativo, que obsta que sejam eles compelidos a processos que tenham por contrários à ao Regimento Interno e (necessariamente) à Constituição.

A corrente até aqui majoritária ressalva que a interpretação do Regimento Interno da Casa Legislativa (Câmara ou Senado), foge a qualquer possibilidade de controle, por entendê-la matéria *interna corporis*, o que Sampaio (2002) vai denominar “espaço indene de intervenção jurisdicional”.

Como vimos acima, a jurisdição constitucional interpretada de tal maneira, colocado o princípio da separação de poderes acima da supremacia da Constituição, somente contribui para um maior fechamento dos espaços discursivos necessários à conformação do Estado Democrático de Direito, criando, segundo Cattoni de Oliveira, verdadeiras ilhas de discricionariedade, o que resulta “numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 26). Concordamos com Sampaio no tocante à imperiosa necessidade de se encontrar o melhor equilíbrio entre esses espaços de liberdade e o papel da Jurisdição Constitucional, em especial o do Supremo Tribunal Federal, que não deve se acovardar diante das questões que envolvem a defesa da Constituição, mas sim

assumir, como dissemos, postura mais ativa, cumprindo o papel institucional de promover, de forma precípua, sua guarda.

Somente assim poderão ser verdadeiramente assegurados os direitos inerentes não só às minorias parlamentares, mas dos diversos cidadãos e grupos que se fazem presentes nessa sociedade cada vez mais plural, policêntrica, diversificada e sem fronteiras. É imperioso assumir-se uma abordagem do fenômeno constitucional que permita uma melhor leitura da relação Constituição e realidade, oferecendo uma interpretação que, ao mesmo tempo, se mostre constante atualizadora da Constituição e racionalizadora do papel que cabe à Jurisdição Constitucional. Nesse sentido, segundo Häberle (1997), a Corte Constitucional (em nosso caso, o Supremo Tribunal Federal) deve desempenhar um papel de mediadora entre as diferentes forças presentes no plexo social.

Vale aqui novamente citar as palavras do constitucionalista alemão:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito. O constitucionalista é apenas um mediador (Zwischenträger). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consciência (Vorbehalt der Bewährung), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos “intérpretes da Constituição da sociedade aberta”. Eles são os participantes fundamentais no processo de *trial and error*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto. (HÄBERLE, 1997, p. 42/43)

O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma conseqüência metodológica de abertura material da Constituição.

Embora nossa atual Constituição Federal, como de todas as modernas Constituições dos países que adotam a Jurisdição Constitucional, consagrem a democracia e o princípio da soberania popular como supostos básicos, também dispõem sobre as formas de manifestação da vontade popular – tomada nos termos propostos por Friedrich Müller (2003) – sobre a atuação dos órgãos que representam essa vontade. Estes têm o dever de agir sob o balizamento de limites previamente estabelecidos, tendo seus atos vinculados à observação de determinados procedimentos (devido processo). Dessa forma, o que se pretende é exatamente que esses atos possam ser objeto de crítica e, pois, de controle.

Um ambiente como o proposto, que legitime o confronto de opiniões e a pluralidade de interesses, somente irá vingar se também puder haver consenso sobre a forma de resolução de conflitos e sobre os próprios limites desses conflitos, ou seja, o papel da Jurisdição Constitucional, enquanto instância de solução de conflitos, é fundamental e deve ser, imperiosamente, levado a sério.

A Jurisdição Constitucional, nesta perspectiva, não se mostra incompatível com um sistema democrático que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, essa instância de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativo-procedimentais da democracia e atenuar a possibilidade de conflitos básicos que afetem o próprio sistema, configurando aquilo que Ronald Dworkin (1999) nomeia “democracia constitucional” (*constitutional democracy*).

Ao contrário, onde a Jurisdição Constitucional não procura assumir tal postura, relegando-se a um segundo plano diante dos Governos, eventuais conflitos de índole constitucional resolvem-se pela interpretação da maioria, o que

indubitavelmente põe em risco qualquer possibilidade de consenso entre as forças políticas.

Tudo se resolve em termos de postura. O equilíbrio instável que se verifica e que parece constituir o autêntico problema da Jurisdição Constitucional (ao menos nos termos em que aqui a colocamos), enquanto Jurisdição Constitucional Democrática, afigura-se necessário e inevitável. Todo esforço que se há de fazer é, pois, no sentido de preservar esse equilíbrio e evitar disfunções. Assim como a atuação da Jurisdição Constitucional, como aqui propugnado, pode contribuir para a maior legitimidade do processo de conformação normativa, porque, assumindo sério compromisso com a observância geral do devido processo legislativo, permite a renovação do processo político, com o reconhecimento de novos ou pequenos grupos e com a inauguração de reformas de cunho econômico-social, de outra forma, como a que infelizmente ainda se verificou haver no âmbito nacional, ela pode bloquear o desenvolvimento constitucional do país e, assim, abalar a democracia.

5. CONCLUSÕES.

Chegamos ao final do presente trabalho, com a mesma inquietude com que o iniciamos.

Aqui buscamos investigar, de maneira crítica, a atuação do método de controle de constitucionalidade preventivo enquanto forma eficaz de contribuição para a garantia do devido processo legislativo no Estado Democrático de Direito e, assim, resgatar a possibilidade de ser verificada uma formação em maior grau democrática do direito no contexto brasileiro.

Efetuamos, inicialmente, algumas considerações a respeito da fundamentação do direito, analisando mais especificamente algumas das teses propostas por Immanuel Kant, em especial no que se refere à construção de um direito fundado na liberdade, e por Hans Kelsen, com sua conhecida tentativa de ancorar o direito em um fundamento de validade meramente formal – representado pela norma fundamental. Vimos que as contribuições de ambos para a construção de uma Teoria do Direito mais bem alicerçadas são inegáveis, mas se mostraram insuficientes para justificar uma realidade cada vez mais complexa, ao mesmo tempo, fragmentada, o que nos incitou à busca de mais amplos horizontes.

Na análise do constitucionalismo, passo decisivo para a consagração do princípio da supremacia da Constituição, pudemos, enfim, vislumbrar a possibilidade de se construir uma fundamentação democrática do direito, calcada numa Constituição que, apesar de não mais poder ser idealizada como fruto de uma vontade nacional ou popular, que, de todo, se mostram insuficientes porque massificantes de algo que é, em seu íntimo, necessariamente diverso e

heterogêneo, busca garantir, pelo pré-estabelecimento dos procedimentos de tomada de decisão na esfera pública, bem como de acesso dos cidadãos ao poder do Estado, a gênese democrática do direito.

Porém, como essa mesma Constituição se torna muitas vezes frágil aos ataques de maiorias momentâneas, que assumem o poder do Estado, decididas a impor à coletividade projetos que apenas visam sua manutenção enquanto força hegemônica, fez-se necessária a construção de instrumentos de defesa constitucional, dentre os quais o controle de constitucionalidade. Na América do Norte, cuja Constituição pode ser considerada como marco cronológico inicial do constitucionalismo¹⁴⁷, a célebre decisão do *Chief Justice Marshall*, na aurora do Século XIX, abre alas para o desenvolvimento do modelo de controle repressivo difuso de constitucionalidade (modelo de Suprema Corte), calcado na análise do caso concreto, o qual foi absorvido pelo Brasil desde sua primeira Constituição republicana (1891), juntamente com outros institutos igualmente estadunidenses, como o presidencialismo e o federalismo, entre outros. De outro lado, ainda no arrebol do Século XVIII, a Revolução Francesa de 1789 marca o início do constitucionalismo europeu continental, onde o controle de constitucionalidade se desenvolverá de forma distinta do modelo norte-americano, porque centralizado em um Tribunal Constitucional, este desligado do Poder Judiciário e competente unicamente para a apreciação e julgamento de ações constitucionais diretas. Ali se desenvolverá o controle de constitucionalidade repressivo concentrado¹⁴⁸, cuja

¹⁴⁷ Respeitamos o posicionamento dos autores que identificam o início do constitucionalismo com os documentos ingleses de redução do poder monárquico, em especial a Magna Carta de 1215, mas, assim como Magalhães (2004) entendemos que o marco inicial do constitucionalismo melhor se localiza entre as Revoluções norte-americana e francesa, conformando duas realidades constitucionais que hoje parecem, lentamente, gradualmente, se fundirem, apesar de ainda serem muito distintas.

¹⁴⁸ À exceção da própria França que, como visto no decorrer deste trabalho, por razões várias optou pela exclusividade do controle preventivo, realizado pelo Conselho Constitucional. Outros estados

análise se centra na norma em abstrato, o qual também aporta no Brasil, mais recentemente, com o surgimento e difusão das ações diretas de constitucionalidade.

Ao analisarmos as características básicas do controle de constitucionalidade, em suas vertentes repressiva, concentrada e difusa, bem como a sua contextualização no cenário brasileiro, percebemos alguns de seus trunfos no desempenho do referido mister de proteção do bloco de constitucionalidade, mas também, e principalmente, pudemos identificar algumas de suas insuficiências e dificuldades no desempenho dessa função, chegando-se, assim, ao estudo do controle de constitucionalidade preventivo.

Em busca de uma melhor resposta para a premente necessidade de proteção ao devido processo legislativo, enquanto ingrediente indispensável à formação democrática da opinião e da vontade e de sua institucionalização no âmbito do Estado de Direito, foram verificadas as contribuições de algumas formas de controle de constitucionalidade preventivo existentes no Direito Comparado (França, Espanha e Portugal), bem como os mecanismos já existentes no Brasil: as Comissões de Constituição e Justiça, o veto do Chefe do Poder Executivo e o controle preventivo de caráter jurisdicional.

Procuramos analisar de forma detida o funcionamento das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional, presentes no seio do Poder constitucionalmente incumbido da importante tarefa de institucionalizar a construção do direito positivo, ocupando, pois, posição privilegiada no manancial de instrumentos de controle preventivo de constitucionalidade no Brasil as quais, portanto, não podem ser menosprezadas. Ao contrário, devem ser, por todos nós,

nacionais europeus também prevêem, juntamente com o controle repressivo concentrado, o controle preventivo, como visto no caso Espanhol e Português, ou, ainda, adotam também formas de controle difuso. Um aprofundamento sobre o assunto pode ser obtido em Sampaio (2002).

mais bem acompanhadas, pois de sua boa atuação depende intimamente a introdução no ordenamento jurídico brasileiro, em maior ou menor escala, de normas que podem constituir ofensa à Constituição, o que também contribuiria para o desassoberbamento do Poder Judiciário no que concerne ao controle repressivo.

Quanto ao veto, atribuído pela Constituição ao Chefe do Poder Executivo, que no Brasil reúne as chefias de Estado e Governo, vimos que este instrumento urge ser encarado de uma nova maneira, qual seja enquanto parte necessariamente integrante do procedimento de elaboração normativa, que deve ser visto como um todo processual, e não como tem ocorrido, encarado como algo estanque, fruto de uma visão compartimentalizada, incompatível com a concepção procedimental aqui desenvolvida e que resulta, muitas vezes, na própria inutilidade de tão importante instituto.

Já a análise da atuação do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, no desempenho de seu papel no âmbito do controle de constitucionalidade preventivo nos mostrou que muito ainda precisa ser desenvolvido, sendo premente uma mudança de postura do órgão diante das demandas que lhe são propostas, quando chamado a se pronunciar acerca de alegada violação ao devido processo legislativo, assumindo uma postura mais ativa em defesa da correção dos processos de formação das leis, em verdadeira parceira com os mais diversos segmentos sociais, que não podem se tornar reféns de uma maioria parlamentar que resolve se impor aos demais, ou de um Governo que pretenda transformar a Constituição em instrumento a seu serviço, mudando-a ao seu bel prazer. É neste sentido que a proposta de Peter Häberle, com a qual compactuamos, se torna de curial importância, pois quanto maior a abertura da sociedade de intérpretes da Constituição, maior se tornará o grau de legitimidade do

direito, e, assim, mais avançaremos na caminhada rumo à conformação de um Estado que, além de direito, se quer democrático.

Chegamos, enfim, à conclusão de que não obstante estejam corretas as manifestações que prenunciam a riqueza instrumental existente em nosso país no que se refere ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas, isto não necessariamente tem resultado na efetiva proteção do marco constitucional (o que justifica, cremos, a manutenção de nossa inquietude), razão pela qual no desenvolvimento desse trabalho, dentro de seus estreitos lindes, também buscamos propor uma interpretação e aplicação dos instrumentos de controle de constitucionalidade preventivo que de fato lhes propicie maior efetividade e real abertura democrática.

Para tanto, entendemos fundamental que se assuma o compromisso de se encarar o processo de defesa da formação democrática da opinião e da vontade e sua institucionalização no Estado de Direito, no qual se encontram as diversas manifestações do controle de constitucionalidade, preventivo ou repressivo, difuso ou concentrado, como uma obra que necessariamente permanece em constante construção, procurando conceder à Constituição da República Federativa do Brasil a efetividade necessária para a que possamos desempenhar a missão a que nos propusemos enquanto parceiros do direito, enfim, norteando a edificação de uma sociedade verdadeiramente mais justa, fraterna e igualitária.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.) **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva: 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Globo, 1993.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. **O controle legislativo de constitucionalidade**. Porto Alegre: SAFE, 2001.

BAKER, Robert S. **A responsabilidade governamental e seus limites**. Questões de democracia, Washington (D.C.), v.5, n.2, ago. 2000. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0800/ijdp/ijdp0802.htm>> Acesso em 14/07/2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. **Evolução do Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil**. Revista de Direito Público, São Paulo, n.4, p. 34-43, 1968.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 1995.

BRASIL. Congresso Nacional. Resolução 17, de 1989. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, 22 set. 1989. p. 3.

BRASIL. Congresso Nacional. **Resolução 93, de 1970**. Aprova o Regimento Interno do Senado Federal. Texto editado e conformidade com a Resolução 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2002. Brasília: Senado Federal, 2003. 2v.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. In: MEDAUAR, Odete. (Org.) **Coletânea de legislação administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 271-275.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 03 de dezembro de 1999. In: MEDAUAR, Odete. (Org.) **Coletânea de legislação administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 275-277.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: SAFE, 1984.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. **Controle judicial e processo legislativo**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). **Direito Público**: coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2003.

CASTRO, Dayse Starling Lima (Org.). **Direito Público**: terceira coletânea de artigos. Belo Horizonte: Castro Assessoria e Consultoria, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos de filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **O supremo tribunal federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte, 2004. No prelo.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte, 2005. No prelo.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DEL NEGRI, André L. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DELACAMPAGNE, Christian. **História da filosofia no século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALLARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 6ª ed. Padova: CEDAM, 1992.

FERRAND, Martín Risso. **Derecho constitucional**. Montevideo: FCU, 2005, t.I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

GALLUPPO, Marcelo Campos. Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo. **Teoria geral do processo civil**. Cadernos da Pós-Graduação. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

GILLISEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito: Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HÄBERLE, Peter. **La libertad fundamental en el estado constitucional**. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, fraternidad, igualdad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional**. Madri: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución: estudios de teoria constitucional de la sociedad abierta**. Madri: Tecnos, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Retos actuales del estado constitucional**. Bilbao: IVAP, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado Nacional**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2ª ed. México: FCU, 2000.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Merle, Jean-Christophe e Moreira, Luiz (Organização). **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Edipro, 1996.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Bruno Amaro. **O raciocínio jurídico**: uma visão aristotélica. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2005.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1998.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 31, n.124, out/dez. 1994.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia e poder constituinte. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) **Quinze anos de constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004. 2v.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder municipal**: paradigmas para o estado constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da emenda constitucional n.3, 1993. In: MARTINS, Ives G. S. e MENDES, Gilmar F. (Orgs.). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994

MAILLÉ, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2ª ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MICHELMAN, Frank. **Morality, identity and constitutional patriotism**. Denver University Law Review, nº 76, p. 1.009-1028, Denver, 1999.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. I e II.

MIRANDA, Jorge. **O controlo da constitucionalidade em Portugal**: antecedentes e criação do órgão da justiça constitucional. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTORO PUERTO, Miguel. **Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales**. Madri: Colex, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Nauman. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POLLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987, v.1.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**: filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2^a ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura Souza. **Democratizar a democracia**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEUBNER, Ginter. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.