



Filipe Ferreira Munguba

CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: uma análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em
Direito Constitucional, orientada pela Professora Doutora Maria Benedita Urbano,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Outubro de 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: uma análise
comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português**

FILIPE FERREIRA MUNGUBA

Dissertação apresentada no âmbito no 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional.

Orientadora: Professora Doutora Maria Benedita Urbano.

**COIMBRA – PORTUGAL
2014**

FILIFE FERREIRA MUNGUBA

**CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE: uma análise
comparativa entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português**

Dissertação apresentada no âmbito no 2º Ciclo
de Estudos da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Aprovada em: _____ / _____ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Maria Benedita Urbano
(Orientadora)

Membro da Banca

Membro da Banca

*À Mainha. Estas mal escritas linhas
representam a materialização do sonho que
sonhastes comigo. Amo-te.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar – e como não poderia deixar de ser! – minha gratidão sincera a Deus por sua misericórdia, fidelidade e graça eternas. Concluir este audacioso projeto é mais uma prova do especial cuidado que Ele tem me dispensado ao longo de minha vida. Estou certo de que esta dissertação não representa nada mais que um instrumento de testemunho da glória d’Ele.

Aos meus pais, pela abnegação e sacrifício que fizeram para permitir minha estada longe do aconchego de meu lar. Meu amor e gratidão a vocês não têm como ser dimensionados nessas breves linhas, mas gostaria de consignar o meu muito obrigado por serem instrumentos de Deus para viabilizar o inviável; possibilitar o impossível; alcançar o inalcançável. Obrigado por me ensinarem, através de seus exemplos, o significado de família, caráter e compromisso. Amo vocês.

Meu agradecimento penhorado e especial à minha orientadora, Doutora Maria Benedita Urbano, por ser esta pessoa extraordinária que tive a satisfação de conhecer e conviver durante este curso. Obrigado pela paciência e solicitude incomuns. Obrigado por, mesmo tão atarefada com o exercício da magistratura administrativa – que culminou com licença da Faculdade de Direito –, estar sempre pronta para elucidar dúvidas ou questionamentos, além de apontar sugestões que engrandeceram sobremaneira minha dissertação. Desejo-lhe uma longa e profícua carreira tanto acadêmica como pretoriana. Muito obrigado.

À Coimbra pela experiência incomensurável que me proporcionou. Terra que justifica todas as loas desde há muito entoadas em prosa e verso. Obrigado pelos amigos adquiridos (também pelos perdidos!). Pelo amor florescido. Pela segunda família que me destes, que de tão extensa não conseguiria nominar sem ultrapassar com sobras as limitações desse espaço, motivo pelo qual peço escusas para não fazê-lo. Entretanto, quero registrar meu profundo desejo (e cada um inserido neste contexto sabe da verdade de minhas palavras) de poder desfrutar da companhia e cumplicidade de vocês ao longo de toda minha vida. Levo-lhes para sempre em meu coração.

RESUMO

O presente trabalho pretende oferecer um panorama sobre o procedimento de controle preventivo da constitucionalidade tal como configurado nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. O sistema lusitano de verificação da compatibilidade normativa com a Constituição prevê a existência de uma fiscalização jurisdicional *a priori*, cujo exercício compete ao Tribunal Constitucional. Diversamente, no arcabouço legal do Brasil não há previsão de uma atuação judiciária nesta seara, antes, constitui prerrogativa dos Poderes Legislativo e Executivo o controle de constitucionalidade das proposições legislativas, mormente através da atuação das comissões de Constituição e Justiça das casas do Congresso Nacional, e do exercício do veto pelo Presidente da República. Todavia, apesar de não existir autorização alguma de ordem constitucional-legal, o Supremo Tribunal Federal, em algumas ocasiões, tem se auto atribuído a competência para, por via difusa, manifestar-se sobre a constitucionalidade de projetos de lei. Não obstante esta atuação ocorrer excepcionalmente, é de se questionar se ela é legítima, ou, ao contrário, representa uma invasão indevida na esfera de atribuições dos outros poderes, de forma que, para legitimar esta atividade pretoriana não seria melhor a instituição formal de um controle judicial prévio na legislação brasileira. Assim, objetivando responder algumas questões sensíveis sobre este tema, a investigação foi seccionada em três capítulos. Num primeiro momento, trata-se sobre os modelos tradicionais de controle de constitucionalidade, com especial enfoque sobre o sistema francês, paradigma de fiscalização prévia; a seguir, analisa-se a configuração do controle prévio no Brasil, destacando a atuação do STF; posteriormente, aborda-se o desenvolvimento deste instituto na experiência portuguesa; por fim, após uma análise crítica sobre a interferência do STF no processo legislativo, há uma tentativa de apresentar soluções propositivas que contribuam para a otimização do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Controle preventivo de constitucionalidade. Brasil. Portugal. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

This essay intends to provide an overview of the procedure of preventive control of constitutionality as configured in the Brazilian and Portuguese legal systems. The Lusitanian verification system of rule compatibility with the Constitution predicts the existence of a preventive judicial inspection, whose practice is incumbent upon the Constitutional Court. Differently, in the legal framework in Brazil there is no provision for a judicial role in this field, before, it establishes as prerogative of the legislative and executive Powers the control of constitutionality of legislative proposals, particularly through the activities of the committees of Constitution and Justice of the houses of Congress, and the exercise of the veto by the President. However, despite the absence of any authorization of constitutional-legal order, the Federal Supreme Court, on some occasions, has given themselves the power, by a diffuse way, to opine on the constitutionality of law projects. Despite this performance being exceptional, one may question whether it is legitimate, or, conversely, represents an unwarranted intrusion into the sphere of duties of other powers, so as, in order to legitimate this activity as praetorian would not be better to institute a formal prior judicial control in Brazilian legislation. Thus, aiming to answer some questions about this sensitive topic, the research was sectioned into three chapters. At first, it deals with the traditional models of constitutionality control, with special focus on the French system, paradigm of prior control; then, it analyzes the configuration of the previous control in Brazil, highlighting the role of the FSC; subsequently, it discusses the development of this institution in the Portuguese experience; Finally, after a critical analysis of the interference of FSC in the legislative process, there is an attempt to present purposeful solutions that contribute to the optimization of the Brazilian system of constitutionality control.

Keywords: Preventive control of constitutionality. Brazil. Portugal. Federal Supreme Court. Constitutional Court.

ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

AR – Assembleia da República

art. – artigo

CC – *Conseil Constitutionnel*

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CD – Câmara dos Deputados

Cf. – Conferir

CR – Conselho da Revolução

CRF – Constituição da Quinta República Francesa

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DDP – *Deutsche Demokratische Partei* (Partido Democrático Alemão)

EC – Emenda Constitucional

ed. – Edição

LC – Lei Constitucional

LOTIC – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol

LTC – Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional Português

MC – Medida Cautelar

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

p. – página

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PEN – Partido Ecológico Nacional

PLC – Projeto de Lei da Câmara

PM – Primeiro-Ministro

pp. – páginas

PR – Presidente da República

PROS – Partido Republicano da Ordem Social

PSB – Partido Socialista Brasileiro

PSD – Partido Social Democrático

QPC – *question prioritaire de constitutionnalité*

RE – Recurso Extraordinário

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

RP – Representação

SDD – Partido Solidariedade

SPD – *Sozialdemokratische Partei Deutschlands* (Partido Social-Democrata Alemão)

STC – Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol

STF – Supremo Tribunal Federal

TC – Tribunal Constitucional

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

vol. – Volume

Zentrum – *Deutsche Zentrumspartei* (Partido Alemão do Centro)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	15
1.1 Modelo norte-americano: <i>judicial review of legislation</i>	16
1.2 Modelo austríaco: <i>Verfassungsgerichtsbarkeit</i>	19
1.2 Modelo francês: controle preventivo	26
1.3.1 Origem e afirmação do <i>Conseil Constitutionnel</i>	28
1.3.2 Composição e atribuições do <i>Conseil Constitutionnel</i>	31
1.3.3 A <i>question prioritaire de constitutionnalité</i>	36
1.3.4 A adoção do controle preventivo em outros países	38
2 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	42
2.1 Controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo	42
2.1.1 Breves notas sobre o processo legislativo.....	43
2.1.2 Atuação das comissões de Constituição e Justiça	47
2.1.3 Possibilidade do exercício do controle preventivo em sede de lei delegada	51
2.2 Controle preventivo realizado pelo Poder Executivo.....	54
2.2.1 O veto.....	54
2.3 Controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário	61
2.3.1 Possibilidade de controle judicial do veto.....	61
2.3.2 Possibilidade de controle judicial do processo legislativo	64
2.3.2.1 Atuação judicial em sede de controle concentrado de constitucionalidade.....	65
2.3.2.2 Atuação judicial em sede de controle difuso de constitucionalidade.....	66
2.3.2.2.1 Estudo de caso: MS 32.033-DF.....	71
3 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL....	78
3.1 Participação do Presidente da República.....	82
3.1.1 Promulgação.....	83
3.1.1.1 Promulgação vedada.....	84
3.1.2 Requerimento de fiscalização preventiva de constitucionalidade.....	86
3.1.3 Veto	89
3.1.3.1 Veto político	90
3.1.3.2 Veto jurídico ou por inconstitucionalidade.....	93

3.2 Participação da Assembleia da República.....	95
3.2.1 Expurgo e reformulação.....	96
3.2.2 Confirmação parlamentar.....	98
3.3 Processo de fiscalização prévia no Tribunal Constitucional.....	101
3.3.1 Requerimento de fiscalização prévia	101
3.3.2 Procedimento	103
3.3.3 Efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.....	104
3.4 Considerações acerca das vantagens e deméritos da fiscalização prévia na experiência portuguesa	108
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS.....	128

INTRODUÇÃO

Sem dúvidas, o controle de constitucionalidade se impõe atualmente como um dos ramos mais intrigantes e instigantes do estudo do direito constitucional, máxime da justiça constitucional. Por se constituir, talvez, a principal função da jurisdição constitucional, há mesmo quem afirme que o controle de constitucionalidade é “(...) *el que propriamente puede ser considerado como justicia constitucional*”¹.

Embora esta assertiva seja passível de várias restrições – pois existem diversas outras atividades atribuídas à justiça constitucional (resolução dos conflitos de competência entre os órgãos nos Estados federados ou regionais, contencioso eleitoral e referendário em alguns países, etc.) –, inelutavelmente, é através do exercício do controle de constitucionalidade que se abre aos juízes constitucionais a tarefa cotidiana de proteção da Constituição, mormente dos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante sua implementação já se apresentar como um dado adquirido na maior parte das democracias ocidentais (com algumas exceções, como, por exemplo, a Holanda), o controle de constitucionalidade revela diversas especificidades em seu modo de exercício, na medida em que cada Estado estabelece seu próprio modelo de controle. Assim, há países que possuem uma gama mais vasta de mecanismos de controle de constitucionalidade, como, a título de ilustração, Portugal, que prevê o controle abstrato preventivo, sucessivo e por omissão, além do controle concreto, e o Brasil que, com exceção do controle *ex ante*, dispõe de instrumentos semelhantes ao lusitano.

Entretanto, outros países não abarcam um leque tão extenso de modalidades de exercício da fiscalização de constitucionalidade. A França, por exemplo, apresentava, em seu arcabouço constitucional, até bem pouco tempo, apenas a ferramenta do controle *a priori*. Atualmente, porém, já se desenvolve naquele país uma incipiente fiscalização sucessiva de constitucionalidade.

O que se pretende afirmar com essas considerações é que nenhum modelo é completo ou perfeito. Por óbvio os aspectos histórico-sociológicos de cada nação são considerados e respeitados no momento de se estabelecer este tipo de mecanismo. A história revela que nos países onde havia uma severa desconfiança em relação à atuação do Poder Legislativo, o controle de constitucionalidade se desenvolveu de uma forma. Já onde existiam reticências em

¹ MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994, p.115.

relação aos Poderes Executivo e Judiciário, a afirmação do controle se deu de modo diverso.

Apesar de não haver uma construção cerrada, aplicável indistintamente a qualquer país, o controle de constitucionalidade, assim como o próprio Direito, precisa estar apto a oferecer uma resposta satisfatória às situações presentes em seu tempo, de forma que deve estar aberto a mudanças que visem a atender as necessidades atuais da sociedade que ele se propõe regular.

Assim, não se deve tolher a possibilidade de evolução do instituto do controle de constitucionalidade. Se em algum aspecto determinado ele se apresenta insuficiente, seja pela inexistência de previsão legal para sua utilização, seja por sua má utilização, constitui papel do legislador adotar soluções que garantam verdadeira efetividade ao controle de constitucionalidade.

Nesta perspectiva, o objetivo desta investigação é estudar a aplicação do controle preventivo de constitucionalidade no Brasil, tal qual atualmente instituído – que consiste em um controle político a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo – fazendo, na medida do possível, um paralelo com o mecanismo da fiscalização jurisdicional prévia da constitucionalidade existente em Portugal.

Esta abordagem encontra sua justificativa no fato de que apesar da inexistência de previsão legal, o Supremo Tribunal brasileiro, em algumas ocasiões, tem sido convocado a se manifestar sobre a constitucionalidade de propostas legislativas antes mesmo que estas normas integrem validamente o ordenamento jurídico e produzam seus efeitos. Ou seja, pode-se cogitar de um controle jurisdicional preventivo de natureza pretoriana.

Uma série de indagações se avizinha com esta problemática: seria legítima esta atuação? Qual o limite da intervenção do Poder Judiciário nesta seara? O controle político, tal como atualmente configurado, é eficaz no objetivo de evitar a entrada em vigor de leis inconstitucionais? Há condições de se fazer um raciocínio jurídico no âmbito das casas legislativas? E do Poder Executivo? Poder-se-ia pensar em uma reforma constitucional para instituir formalmente o controle preventivo no ordenamento jurídico brasileiro? Seria este controle essencial, necessário, imprescindível? Em sendo implantado, seria eficaz? Arrastaria o Tribunal para o debate na arena política? E seguramente as elucubrações não cessam nestas questões, pois é certo que tantas outras existem.

Assim, o trabalho foi pensado para tentar responder a algumas destas interrogações, sem a pretensão de arvorar-se em detentor exclusivo da verdade. Para trilhar este arrojado desiderato, a investigação foi seccionada em três capítulos. No primeiro serão abordados os modelos clássicos de controle de constitucionalidade, pois o conhecimento da história e do

desenvolvimento deste instituto é indispensável para quem objetiva tratar sobre o tema.

A seguir, no segundo capítulo, é apresentado o modelo de controle preventivo de constitucionalidade que vigora no Brasil. Com destaque para atuação de cada um dos três poderes da República na execução desta função, em especial: os trabalhos efetuados pelas duas casas do Congresso Nacional, máxime as comissões de Constituição e Justiça; o poder de veto sobre as proposições legislativas que detém o Presidente da República, inclusive por fundamento em inconstitucionalidade e; o comportamento do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle prévio, seja pela via abstrata ou difusa.

O capítulo terceiro trata do sistema português de fiscalização preventiva. Neste intrincado conjunto de competências, divisa-se a participação de cada órgão de soberania da República no processo, nomeadamente os que possuem a faculdade de iniciar o procedimento e o competente para julgar. Além disto, destaca-se as idiosincrasias características do modelo adotado pelo constituinte lusitano. Ao final, faz-se um balanço sobre as vantagens e os deméritos que esta modalidade de fiscalização da constitucionalidade demonstra ao longo de sua experiência prática.

Por derradeiro, em sede de conclusão há um esforço para, após percorrer este laborioso caminho comparativo entre os modelos de controle preventivo brasileiro e português, expor as deficiências que se entende existir em relação à configuração jurídica do país sul-americano no tocante à fiscalização *a priori* da Constituição. Posteriormente, procede-se à tentativa de responder algumas das indagações acima lançadas e, em seguida, aventura-se pela senda audaciosa (decerto temerária!) da prognose, apresentando sugestões que, possivelmente, colaborariam para melhorar o sistema de justiça constitucional existente no Brasil.

1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É possível encontrar nos escritos acerca do tema diversas classificações sobre os modelos ou sistemas de controle de constitucionalidade. A despeito das nuances apresentadas por cada autor em relação à matéria, via de regra há uma convergência no sentido de se verificar, partindo de uma análise “histórico-comparativa”², a prevalência de três grandes sistemas de controle de constitucionalidade: o modelo norte-americano, também conhecido como *judicial review*; o modelo dito austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), pois inspirado nas construções teóricas do insigne jurista Hans Kelsen e; o modelo francês, outrora sinônimo de controle político de constitucionalidade, todavia, atualmente, é inegável seu caráter jurisdicional, não obstante ser exercido (em regra) de forma preventiva³.

Os dois primeiros modelos são sobejamente conhecidos dos cultores do direito constitucional e analisados de maneira profunda pela doutrina especializada, motivo pelo qual não serão objetos de considerações mais avançadas nesta investigação. Contudo é interessante, até para efeitos de comparação, observar suas principais características, além do contexto histórico em que emergiram.

Em relação ao terceiro modelo, inclusive por constituir a referência do controle prévio de constitucionalidade e, por conseguinte, se apresentar como paradigma observado pelo constituinte português na adoção da fiscalização abstrata preventiva, será dedicada uma especial atenção, nomeadamente em relação ao desenvolvimento, lento e gradual, da justiça constitucional em França, máxime a transformação do *Conseil Constitutionnel* que deixa de ser apenas um “órgão arbitral” inserido no procedimento legislativo (tal como originalmente formulado), para assumir, claramente, o papel de uma jurisdição constitucional⁴.

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p.117.

³ Jorge Miranda denomina o sistema francês de modelo de fiscalização política. *In: Ibid*, p.118. Já Maria Benedita Urbano distingue, dentro dos modelos típicos de controle de constitucionalidade, o controle político do controle judicial, alocando no primeiro a experiência francesa do período imperial (onde a tarefa foi confiada ao Senado). No controle judicial, traz a divisão conhecida entre os modelos norte-americano e austríaco, além de sistemas que são formados a partir da confluência desses dois paradigmas, aos quais denomina de modelos mistos ou compostos (estes, por sua vez, podem ser divididos em dual ou justaposto). No que atine ao caso francês, entende ser um modelo atípico a se somar aos dois outros modelos de controle judicial e suas miscigenações; seria, dentro das espécies de controle judicial, um *quartum genus*. Essa atipicidade residiria na natureza do órgão que exerce o controle em França, que não seria nem propriamente um Tribunal nem, tampouco, um órgão político. *In: URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, pp.17-23. Blanco de Moraes fala de uma evolução do sistema francês que de híbrido passou a ter um estatuto jurisdicional. *In: MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça constitucional*. Tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p.301. Este desenvolvimento do sistema francês será visto com maior vagar em tópico específico (item 1.3), importa neste momento é registrar o caráter judicial do modelo atualmente vigente em França.

⁴ BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. 14.ed. Torino: G. Giappichelli, 2013, p.446.

1.1 Modelo norte-americano: *judicial review of legislation*

O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade tem como suas principais características o seu caráter difuso ou descentralizado, concreto, incidental e *a posteriori*⁵. Assim, qualquer juiz, seja estadual ou federal, de qualquer instância, pode enfrentar a questão da constitucionalidade da lei, quando esta apreciação se afigura imprescindível à resolução do caso concreto, produzindo a decisão efeitos apenas entre os litigantes⁶. A *Supreme Court* é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e funciona como instância recursal em matéria de controle de constitucionalidade, contudo, tem a prerrogativa de escolher os casos que pretende julgar, de modo que apenas as questões mais relevantes são tratadas pelo Tribunal⁷.

A origem histórica do surgimento do controle de constitucionalidade remete-se ao célebre caso *Marbury v. Madison*, considerado o momento fundante da *judicial review*. No fim do ano 1800 houve eleição para Presidente dos Estados Unidos da América, onde disputavam o cargo o Presidente John Adams (candidato a reeleição), expoente da corrente federalista, e Thomas Jefferson, representante antifederalista, logrando este último o êxito no confronto.

Como os antifederalistas saíram majoritariamente vencedores das eleições congressuais, só restava ao grupo federalista tentar conservar um último reduto de poder – o Judiciário. Assim, em 13 de fevereiro de 1801 foi aprovado o *Judiciary Act* que modificara as disposições do *Judiciary Act* de 1789, criando, dentre outras coisas, dezesseis novos cargos de juiz, cuja competência para nomeação pertencia ao então Presidente. Em seguida (27 de fevereiro), houve a aprovação de outra lei (*District of Columbia Organic Act*) que criaria quarenta e dois novos cargos de juiz de paz igualmente nomeados pelo chefe da nação.

William Marbury era um federalista convicto e foi premiado pelo Presidente com a nomeação para ocupar um desses cargos de juiz de paz, sendo o nome dele e dos demais indicados remetidos ao Senado para confirmação, o que só ocorreu em 3 de março, véspera da

⁵ ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.9.

⁶ Não é despidendo lembrar que o princípio do *stare decisis* e a regra do precedentes judiciais acabam, grosso modo, por generalizar os efeitos *inter partes* das decisões proferidas pelos órgãos judiciais dos Estados Unidos, nomeadamente quando a decisão é da lavra da *Supreme Court*, pois por esta possuir a última palavra em matéria de (in)constitucionalidade, seu pronunciamento vincula os demais juízes e tribunais, porque estes são hierarquicamente inferiores dentro organograma do Poder Judiciário americano. In: URBANO, op. cit., pp.20-21, nota 03. MORAIS, op. cit., pp.281-282, nota 03.

⁷ URBANO, op. cit., p.19, nota 03.

posse do chefe do Executivo. Assim, John Adams apressou-se a assinar os atos de investidura dos juízes (*commissions* ou comissões), encarregando seu secretário de Estado John Marshall (nomeado anteriormente Presidente da *Supreme Court*, permaneceu em suas funções no Executivo até o termo do mandato do Presidente Adams) de remeter os referidos documentos aos respectivos nomeados. Ocorre que, como só possuía um dia para proceder à remessa, ele não conseguiu entregar a todos os novos juízes, figurando William Marbury na lista dos que não receberam a comissão.

Devidamente empossado no dia seguinte (4 de março), Thomas Jefferson ordenou ao seu secretário de Estado James Madison a suspensão do envio dos atos de investidura dos juízes que ainda não haviam recebido (cerca de dezesseis⁸); por consequência, estes ficaram impedidos de tomar posse no cargo. Então, diante desta situação, William Marbury intentou uma ação judicial (*writ of mandamus*) ante a *Supreme Court*, lastreado na Secção 13 do *Judiciary Act* de 1789 (que atribuía competência àquele tribunal para apreciar este tipo de demanda), com o intuito de que o Judiciário obrigasse o Executivo a nomeá-lo.

Foi criada uma verdadeira tensão institucional, levando inclusive o Congresso (agora majoritariamente antifederalista) a revogar o *Judiciary Act* de 1801, com todas as consequências inerentes a esta medida (inclusive a extinção dos cargos criados). Em meio a este clima nebuloso foi que, no ano de 1803, a Suprema Corte exarou sua decisão, decisão esta que Alves Correia⁹ caracteriza como “o verdadeiro momento auroral do sistema americano de justiça constitucional”, proferida no “mais célebre caso constitucional de todos os tempos”, segundo Barroso¹⁰.

O *Chief-Justice* John Marshall, também federalista, vislumbrou uma oportunidade de marcar posição perante a Administração Jefferson e desenvolveu o seu famoso raciocínio, “verdadeira obra mestra de estratégia constitucional”¹¹. Em primeiro lugar, ele alegou que Marbury possuía direito à posse no cargo e que tal direito deveria ser protegido por um remédio apropriado (*writ of mandamus*), assim consignou que os atos do Poder Executivo, em regra, são passíveis de controle judicial.

Após, passou a analisar a competência da *Supreme Court* para expedir a ordem

⁸ Estes ficariam conhecidos, de maneira cômica, como “*midnight appointees*”, pois foram literalmente nomeados na “calada da noite”. In: MACIEL, Adhemar Ferreira. “Observações sobre o controle da constitucionalidade da leis no Brasil”. *O Direito*, ano 130, nº 3-4, 1998, p.168.

⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Direito constitucional (a justiça constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 49.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.27

¹¹ ROUSSEAU, op. cit., p.9, nota 05.

mandamental. Nesta seara, observou que a Secção 13 do *Judiciary Act* de 1789, por alargar as competências originárias do Tribunal previstas taxativamente na Constituição, padecia do vício de inconstitucionalidade. Aqui, lançou ele mão de uma argumentação silogística e arguta, para encontrar uma solução “hábil e astuta”¹², que o eternizou na história do direito constitucional: se a Constituição é lei suprema (*higher law*) de uma ordem jurídica (1º fundamento), toda norma inferior que a contrarie restará nula (2º fundamento), cabendo ao Poder Judiciário a palavra final sobre a interpretação da Constituição (3º fundamento).

Assim, John Marshall, embora tenha denegado a ordem em favor de Marbury (que na prática não foi investido nas funções de juiz), avocou para o Judiciário o poder de controlar as leis e atos emanados dos demais poderes constituídos, o que, por óbvio visou a aumentar a faculdade de controle pelos federalistas (através da *Supreme Court*) das medidas laboradas pelos antifederalistas. Conforme assevera Robert Clinton¹³, “(...) *fashionably stated, Marshall is said to have “read” judicial review “into” the Constitution, thereby establishing a policy of “judicial supremacy” and creating a forum for the propagation of conservative political ideology*”.

Não obstante entrar para história por estabelecer as balizas do controle de constitucionalidade, esta sentença consistiu em uma “arma de arremesso”¹⁴ dos federalistas contra os antifederalistas, pois apesar de Marbury não conquistar seu intento (o que pode ser visto como vitória do Executivo), o estabelecimento do controle de constitucionalidade pela *Supreme Court* contribuiu para reforçar o poder dos federalistas¹⁵. Deste modo, a sentença *Marbury v. Madison* poderia ser sarcasticamente batizada de *Marshall v. Jefferson*¹⁶⁻¹⁷.

No Brasil, a *judicial review* foi consagrada – por influência norte-americana (através do jurista Rui Barbosa) – na letra da Constituição Republicana de 1891¹⁸ (embora a

¹² ROUSSEAU, op. cit., p.9, nota 05.

¹³ CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 1989, p. 6.

¹⁴ MORAIS, op. cit., p.279, nota 03.

¹⁵ ROUSSEAU, loc. cit.

¹⁶ MORAIS, loc. cit.

¹⁷ Augusto de Lima vê a existência de uma barreira deontológica que desfavorece a atuação de Marshall, pois “(...) ele havia sido o próprio agente público a executar a ordem de comissão cujo mérito era impugnado pela resistência de James Madison”, de tal sorte que sua conduta “(...) revelava vícios de suspeição intransponíveis às ordens jurídico-processuais atuais”. In: LIMA, Augusto Carlos Rocha de. “História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e concepção de sua definição moderna”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, nº. 66, 2009, p.113.

¹⁸ Art. 59, § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

instituição do controle remontasse, a bem da verdade, ao texto da denominada Constituição provisória de 1890, além de prevista no Decreto 848, de 11 de outubro de 1890). Em Portugal, a implantação do controle difuso de constitucionalidade ocorreu – na esteira da Constituição brasileira de 1891 – quando da vigência do texto constitucional de 1911 (artigo 63º), que reconheceu “(...) à generalidade dos tribunais portugueses a faculdade de, nos feitos submetidos a julgamento, apreciarem a constitucionalidade das leis que houvessem de aplicar e recusarem essa aplicação quando julgassem a lei inconstitucional”¹⁹.

1.2 Modelo austríaco: *Verfassungsgerichtsbarkeit*

Segundo sua concepção clássica, o modelo austríaco de controle de constitucionalidade se caracteriza pelo seu exercício concentrado, ou seja, atribuído a um único órgão, criado especialmente para aferir a compatibilidade dos diplomas emanados pelo Parlamento com a Constituição: o Tribunal Constitucional. Órgão este que se encontra fora da estrutura ordinária dos tribunais, composto por pessoas designadas de um modo especial para integrá-lo (com a participação de outros poderes e não oriundos da burocracia judiciária) e que possua o poder de anular, com eficácia *erga omnes*, a norma maculada do ordenamento jurídico²⁰.

Não é facultada aos demais juízes – ao contrário do que ocorre na *judicial review* – a possibilidade de, mesmo de modo incidental, apreciar a inconstitucionalidade. O Tribunal Constitucional ao exercer o controle de constitucionalidade desempenharia uma verdadeira atividade legislativa, mas de sinal trocado: ao invés de criar uma lei com eficácia geral, retira, com os mesmos efeitos gerais, a norma da ordem vigente (“legislador negativo”). O controle é dito também abstrato, pois a decisão independe da análise da aplicação da lei a um caso concreto, antes, o que se leva a cabo pelo Tribunal é o confronto entre dois textos normativos

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

¹⁹ Cardoso da Costa continua: “Esse *allgemeinen richterlichen Prüfungsrecht* das leis foi expressamente reconhecido pela primeira vez na Constituição de 1911 – que assim se revelou, na matéria em causa como um documento constitucional precursor no espaço europeu, ao introduzir no ordenamento jurídico português (...) o sistema do controlo incidental difuso da constitucionalidade”. In: COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1992, p.10. Entretanto, contrariando essa perspectiva inaugural da Constituição de 1911 no cenário europeu, afirma Blanco de Moraes: “A ideia de que terá sido o primeiro sistema europeu que consagrou uma fiscalização jurisdicional deve ser apreciada com cautela, dado que a Noruega consagrava um sistema difuso desde meados do século XIX (...)”. In: MORAIS, op. cit., p.316, nota 03.

²⁰ Todavia, advertia Hans Kelsen que enquanto a lei “(...) não for revogada tem de ser considerada como válida; e enquanto for válida, não pode ser inconstitucional”. In: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad: João Baptista Machado, 7.ed, Coimbra: Almedina, 2008, p.299.

hierarquicamente distintos, devendo sempre a norma inferior, se contrária à superior, ser extirpada do corpo normativo de determinada ordem jurídica.

Este modelo foi adotado pela primeira vez na Constituição austríaca de 1920, que sofrera forte influência das ideias laboradas por Hans Kelsen²¹. Assim, foi instituído um Tribunal Constitucional, não integrante do Poder Judiciário, cujos membros (16) eram eleitos pelo parlamento (8 por cada Câmara), com competências para anular, por motivos de inconstitucionalidade, leis federais e dos *Länder*²².

Contudo, esta construção não foi bem recepcionada, especialmente na Alemanha (que, juntamente com a Áustria, fizera a transição da monarquia para democracia)²³, o que fomentou um acalorado debate (no fim da década de 20 e início da década de 30 do século passado) sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, “(...) ensejando na Europa um ambiente de grande discussão científico-acadêmica sobre a matéria”²⁴. Referido embate teve como expoentes o publicista alemão Carl Schmitt, além do próprio Hans Kelsen que partira em defesa de suas ideias, personificadas na criação da Corte Constitucional austríaca.

Para uma melhor compreensão das convicções esposadas por cada contendedor neste célebre entrave, faz-se mister uma breve digressão sobre o contexto histórico em que emergiram essas novéis democracias. O Império Austro-Húngaro consistia no conjunto de uma diversidade de etnias abismalmente diferentes entre si que se mantinham amalgamadas, de maneira artificial, pela coroa dos Habsburgos. Estes tinham na burocracia – tanto administrativa quanto judicial – e no direito os elementos principais para manter unido o Império multiétnico. Assim, não é inimaginável que, numa sociedade onde a unidade política era garantida por um “estamento jurídico”, após o fim da Primeira Guerra, com a passagem para o regime democrático, a tarefa de defesa da Constituição fosse entregue a um órgão de natureza jurídica. É uma concepção sociologicamente aceitável²⁵.

Por outro lado, o Império Alemão não dotava de uma estrutura burocrática a nível nacional, pelo contrário, cada Estado membro possuía seus órgãos e instituições próprios. O ingrediente unificador do reino era as forças armadas. Ademais, a unificação alemã ocorreu,

²¹ MORAIS, op. cit., p.291, nota 03.

²² MACIEL, op. cit., p.179, nota 08.

²³ Por terem sofrido fortes influências dos acadêmicos da época, tanto a Constituição austríaca, de 1920, quanto a alemã – também conhecida como Constituição de Weimar –, de 1919, são denominadas, na expressão de Paolo Biscaretti de Ruffia, de “Constituições de professores”. In: LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polémica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a proteção da Constituição*. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. (coord). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. 1, Lisboa: FDUL, 2012, p.457.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, p.458.

grosso modo, com a finalidade de construir uma “unidade política” para fins externos, nomeadamente os bélicos. Devido a este histórico de importância militar na sociedade alemã, é compreensível que se quisesse atribuir a uma autoridade forte, poderosa (afinal o Presidente do *Reich* tal como o Imperador era o chefe de Estado) a tarefa de proteger a Constituição. Tanto é verdade este apego alemão à figura militar que, antes da ascensão do regime nazi, sagrou-se vitorioso nas duas eleições diretas disputadas até então (o primeiro Presidente foi eleito indiretamente) um herói de guerra, o marechal Hindenbourg²⁶.

Além do mais, a grande crise econômica mundial de 1929 contribuiu sobremaneira para o fim da estabilidade política que vivia a República de Weimar desde 1925, com o estremecimento da aliança partidária (SPD, DDP e *Zentrum*) que dava sustentação ao Governo. A situação se complicou a tal ponto que, em 1930, o chanceler Brüning dissolveu o Parlamento (*Reichstag*) e convocou novas eleições que beneficiaram principalmente Hitler, pois este conseguiu eleger uma bancada numerosa de simpatizantes.

Agravando ainda mais a situação, o chanceler começou a governar por decretos do Presidente Hindenbourg, ancorado na segunda parte do artigo 48 da Constituição de Weimar – que dispunha sobre o que Schmitt²⁷ chama de “suspensão constitucional da Constituição”, ou seja, a possibilidade de, observadas as condições excepcionais impostas pelo texto constitucional, retirar a vigência dos artigos respeitantes aos direitos fundamentais – mediante a aquiescência, ou uma “relativa indiferença” do Parlamento²⁸. Neste turbulento cenário que Schmitt, em 1931, escreve sua obra *Der Hüter der Verfassung*²⁹ (o guardião da Constituição), reconhecendo, o mesmo, que encontrar uma resposta para este “difícil problema de direito constitucional”³⁰ (a busca de um guardião) é uma “tarefa muito difícil e perigosa”³¹.

Como resposta à sua indagação, Schmitt conclui que o Presidente do *Reich* deve ser o custódio da Constituição, e busca sustentar sua teoria em fundamentos de natureza legal, histórica e doutrinária³². O fundamento legal seria, conforme sua interpretação, a segunda parte do já citado artigo 48 da Constituição de Weimar, dispositivo que foi criado

²⁶ LISBOA, op. cit., p.458, nota 23.

²⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. trad: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996, pp.116-117.

²⁸ HERRERA, Carlos Miguel. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 86, 1994, pp.195-196.

²⁹ Na verdade, o trabalho foi publicado, inicialmente, em 1929, sob o título *Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung*, em 1931, Schmitt publicou uma espécie de versão ampliada com este novo título.

³⁰ SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. trad: Antonio Caracciolo. Milão: Giuffrè, 1981, p.13.

³¹ *Ibid*, p.5.

³² HERRERA, op. cit., p.213, nota 28.

primordialmente para defender a higidez do sistema federal alemão³³. O fundamento histórico consistiria na situação que se encontrava o Parlamento alemão, rachado em decorrência das lutas partidárias, com formação de maiorias instáveis e que, por isso, era incapaz de decidir e, por consequência, de garantir a unidade do povo (de modo que não se poderia atribuir a ele a defesa da Constituição). Por fim, seu fundamento doutrinário residia na teoria do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant³⁴.

Para entender a construção *schmittiana* é imprescindível perceber sua compreensão de Constituição. O publicista tedesco repudiava a ideia de Constituição como Lei Fundamental (uma unidade de normas jurídicas), como um sistema cerrado em si mesmo, tal como defendia Kelsen. Entendia que Constituição seria, em verdade, a vontade do povo que fundamentava a unidade política e jurídica do Estado.

Desta forma, diferenciava o conceito de Constituição do de lei constitucional. Esta última seria uma “pluralidade assimétrica de prescrições legal-constitucionais”³⁵. Parece aproximar o conceito de Constituição ao de Poder Constituinte e a materialização deste, em concreto, através de artigos (incisos, alíneas, parágrafos, etc.), constituiria um conjunto de leis constitucionais que não representam o fundamento do Estado.

Calcado neste raciocínio, Schmitt constrói sua teoria. Se Constituição é a unidade política decorrente da vontade do povo, o problema de sua guarda seria uma questão eminentemente política. Assim, não haveria espaço para sua defesa por um órgão judiciário, pois o vínculo do juiz é com a lei, de modo que ele não possui legitimidade para tomar decisões de natureza política³⁶. Outrossim, entendia o insigne jurista que sob a perspectiva democrática, seria muito difícil transferir essa função a uma “*aristocrazia della toga*”³⁷, pois isto consistiria na politização da justiça. De igual modo, como já referido (fundamento histórico), não caberia ao Parlamento esta atribuição.

Nesta perspectiva, apenas uma instância política que possuísse independência político-partidária, que pairasse acima dos limites das organizações e burocracia dos partidos,

³³ Lembra Miguel Herrera que o art. 48 permitia o uso da força pública contra um *Land* quando este se negava a aplicar as decisões do Governo central (primeira parte) e tomar as medidas necessárias – inclusive a suspensão das garantias constitucionais – para restabelecer a ordem e a segurança pública, quando estas se encontrassem perturbadas ou ameaçadas (segunda parte). Este dispositivo revela a grande preocupação dos constituintes de 1919 em encontrar instrumentos para garantir o federalismo e consolidar a nova ordem política. *In*: HERRERA, op. cit., p.212, nota 28.

³⁴ *Ibid*, p.213.

³⁵ SCHMITT, op. cit., pp.35-36, nota 27.

³⁶ SCHMITT, op. cit., p.239, nota 30.

³⁷ *Ibid*, p.236.

depositária da confiança de todo o povo³⁸ – confiança esta manifestada por intermédio do sufrágio direto (pressuposto plebiscitário)³⁹ –, um ser que não fosse um dirigente, mas um “homem objetivo”, entidade neutra e sem partido, dotado de um *pouvoir neutre*, um árbitro que não decide, mas concilia as partes e que, pela autoridade e confiança que detém, cria uma “atmosfera de inteligência”⁴⁰. Esta figura quase divina seria o Presidente do *Reich*.

No mesmo ano do lançamento do livro de Schmitt, Kelsen publica seu *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Quem deve ser o guardião da Constituição?) – obra produzida para rebater as ideias do publicista alemão – onde pontifica claramente que esta atribuição deveria caber a um Tribunal Constitucional, defendendo, portanto, sua “invenção”. Segundo sua concepção, a ordem jurídica é uma construção escalonada com distintos níveis de normas jurídicas⁴¹, constituindo a Lei Fundamental a norma mais elevada.

Ela seria, pois, o fundamento de validade de todas as outras normas pertencentes a uma mesma ordem normativa⁴². Desse modo, a Constituição não seria somente o meio de garantia da unidade do povo, mas a Lei Fundamental, o parâmetro de validade de todas as outras espécies normativas, que objetiva garantir o fiel desempenho das funções do Estado⁴³.

Assim, se o fundamento do Estado reside na ordem jurídica, cuja Constituição é a máxima expressão, nada mais coerente que entregar a defesa desta a um órgão que detém natureza jurídica (nos moldes dispostos no início do tópico). Ainda, Kelsen centra sua crítica na doutrina do *pouvoir neutre* – oriunda da monarquia constitucional – adotada por Schmitt como fundamento de sua tese. Aplicar esta construção em uma república democrática (como a alemã), onde os partidos exercem grande influência e pressão nas eleições, seria de todo descabido.

E não seria o sufrágio direto no Presidente do *Reich* que garantiria a independência e neutralidade deste, pois, de logo, ele não é eleito pela totalidade do povo, apenas por uma maioria. E, a depender da situação, num cenário de forte confronto entre grupos políticos, poderia mesmo ser eleito por uma minoria, de modo que não seria ele a garantia da unidade

³⁸ Esta mesma confiança seria também o fundamento para que ele utilizasse dos poderes suspensivos conferidos pela segunda parte do artigo 48 da Constituição de Weimar. O guardião da Constituição seria aquele que detivesse a incumbência de defendê-la contra os ataques concretos, mesmo que esses ataques ocorressem apenas de modo excepcional.

³⁹ SCHMITT, op. cit., p.240, nota 30.

⁴⁰ SCHMITT, op. cit., pp.333-334, nota 27.

⁴¹ KELSEN, op. cit., p.251, nota 20.

⁴² *Ibid*, p. 217.

⁴³ URBANO, op. cit., p.41, nota 03.

popular⁴⁴. Por fim, não admitia Kelsen que o controle de constitucionalidade a cargo de um Tribunal Constitucional fosse entendido como usurpação de competência de outro poder constituído, pois esta Corte atua, quando anula uma lei com eficácia geral, desempenhando uma função legislativa⁴⁵.

A teoria de Schmitt teve oportunidade de ser colocada à prova. Em 1932, com a justificativa de estancar rebeliões comunistas em Berlim, o chanceler Von Papen destituiu, por decreto presidencial, o Governo da Prússia, com arrimo na primeira parte do já famoso artigo 48 da Constituição de Weimar. O Governo destituído intentou uma ação judicial ante o *Staatsgerichtshof*. Este Tribunal, por sua vez, reconheceu que a primeira parte do artigo (que trata da intervenção federativa) não poderia ser aplicada ao caso, todavia, com fundamento na segunda parte do mesmo, convalidou a ação do Governo Federal⁴⁶.

Assim, aparentemente, Carl Schmitt sagrou-se o vencedor do debate travado com Kelsen, pois o Poder Judiciário alemão acolheu sua teoria. Todavia, esta vitória não seria definitiva. Pouco tempo após o julgamento do caso, Hitler, respeitando todas as prescrições e limites de ordem constitucional/legal vigentes, chega ao poder. O resto da história já se conhece⁴⁷.

O tempo indubitavelmente deu razão a Kelsen! Finda a Segunda Guerra, o controle de constitucionalidade se afirmou como o “(...) único instrumento destinado a assegurar o direito das minorias, evitar a opressão de uma maioria política e impedir que o legislador atentasse contra os direitos fundamentais”⁴⁸. Assim, rapidamente o modelo concentrado, com a instituição de um Tribunal Constitucional⁴⁹ ganhou um “colorido nacional”⁵⁰ nos Estados

⁴⁴ LISBOA, op. cit., p.465, nota 23.

⁴⁵ URBANO, op. cit., p.42, nota 03.

⁴⁶ HERRERA, op. cit., p.214, nota 28.

⁴⁷ Não sem razão afirma Antonio d’Atena que a Constituição de Weimar, a primeira Constituição liberal-democrática da Europa, estava envolvida em um processo de perversão que representa uma das mais “*tragiche aberrazioni*” da história constitucional do século passado. In: D’ATENA, Antonio. Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali . In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p.456.

⁴⁸ ROUSSEAU, op. cit., p.15, nota 05.

⁴⁹ Bem pontuou Gomes Canotilho ao observar que: “(...) os tribunais constitucionais merecem acolhimento porque as relações entre a política e o direito se colocam em termos substancialmente diferentes dos de Carl Schmitt: a política tem alguma coisa a ganhar alargando a sua capacidade de prestação e purificando as suas bases de comunicação se não deixar «juridicizar» totalmente as questões políticas; o direito também não perde tudo se se considerar que algumas questões tingidas de política são, ao mesmo tempo, questões jurídico-constitucionais carecidas de um controlo jurisdicional específico”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 877.

⁵⁰ MACIEL, op. cit., p.180, nota 08.

européus, como, por exemplo, ocorreu nas Constituições italiana (1948) e alemã (1949)⁵¹. À exceção de Suíça, Grã-Bretanha, Holanda e dos países nórdicos, é possível afirmar que todas as nações da Europa ocidental estabeleceram, com maiores ou menores variações, um controle de constitucionalidade inspirado no modelo kelseniano⁵².

Entretanto, as ideias de Kelsen não foram recepcionadas tal como puramente formuladas. Apesar da instituição de uma Corte Constitucional, cada Constituição apresentou, em algum grau, um desvio ao modelo puro. Até mesmo a própria Constituição austríaca foi reformulada afastando-se da construção original de Kelsen. Isso se dá por diversas razões: seja pela ampliação do número de legitimados a requerer a manifestação do Tribunal; seja pela adoção da eficácia retroativa (*ex tunc*) das decisões da Corte; seja pela possibilidade concernente às jurisdições ordinárias, através de um mecanismo de reenvio prejudicial, apresentarem ao TC a questão de inconstitucionalidade, dentre outros fatores⁵³.

O certo é que a denominação modelo austríaco (ou kelseniano) já não parece a mais adequada para designar este sistema de controle de constitucionalidade. Maria Benedita Urbano crê que, apesar de ainda ser materialmente incorreta (porque, como já afirmado, há países que não adotam o modelo de controle concentrado), a designação “modelo europeu” se mostra mais consentânea com a quadra histórica atual, pois engloba os Estados que adotam o sistema idealizado pelo jurista vienense, mesmo com uma multiplicidade de variações⁵⁴.

Em Portugal, só na vigência da Constituição de 1976 é que “(...) foram criadas condições para afirmação do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis”⁵⁵. Todavia, no texto original, foi instituído um Conselho da Revolução (CR), órgão político que detinha a tarefa de exercer o controle concentrado de constitucionalidade. Somente após a primeira revisão constitucional, em 1982, é que passou a existir, em substituição ao CR, o Tribunal Constitucional, encaixando definitivamente o modelo português (no que respeita ao controle concentrado) na matriz austríaca de controle de constitucionalidade.

No Brasil, através da Emenda à Constituição (de 1946) nº. 16/1965 foi implantada a ação genérica de constitucionalidade, cuja competência para apreciação cabia ao STF,

⁵¹ Cristina Queiroz chega a afirmar que esta “(...) incorporação no direito constitucional europeu-continental de órgão específicos de justiça constitucional, situados fora e acima das jurisdições comuns, não representa uma evolução mas uma *ruptura* ou *revolução*, o equivalente funcional da inexistência de garantias políticas”. In: QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, p.460.

⁵² ROUSSEAU, op. cit., p.16, nota 05.

⁵³ URBANO, op. cit., p.46, nota 03.

⁵⁴ *Ibid*, p. 47.

⁵⁵ BRITO, Miguel Nogueira de; ARAÚJO, António de. Para a história da fiscalização de constitucionalidade em Portugal. In: *Anuário Português de Direito Constitucional*. vol. 3. Coimbra: Coimbra, 2003, p.173.

inaugurando-se, assim, o controle concentrado no país. Ressalte-se, por fim, que em ambos os países atualmente coexistem os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

1.3 Modelo francês: controle preventivo

O controle de constitucionalidade começou por ser um controle político⁵⁶. Esta afirmação se reveste de ainda mais relevância quando se estuda a história francesa. Para melhor compreensão, faz-se necessária, mesmo que de forma perfunctória, uma análise sobre os fatos que marcaram a vida institucional da França. A tomada da Bastilha em 1789 constitui um paradigma para a civilização ocidental, inclusive é o marco temporal da transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea. A revolução significou o rompimento, a ruptura com as instituições do *ancien régime*. Esta reação está intimamente conectada à evolução do controle de constitucionalidade em França⁵⁷. O absolutismo do rei foi substituído pela supremacia do Parlamento e esse fato presidiu, doravante, toda a vida constitucional francesa⁵⁸.

Os juízes eram vistos pelos pós-revolucionários como uma extensão do poder real. Havia uma forte desconfiança em relação a eles, de modo que os franceses não conceberiam qualquer possibilidade de entregá-los o controle da produção parlamentar, inclusive pelo receio da instalação de um *gouvernement des juges*. O ideal de uma rígida separação dos poderes, além da compreensão do papel do juiz como o de “*bouche qui prononce les paroles de la loi*” – ambas construções teóricas do Barão de Montesquieu –, e o dogma de sacralização da lei, fruto da “*volonté générale*”, produto da razão, dotada de uma especial bondade e de uma incapacidade de causar dano (pois ninguém pode ser injusto para consigo próprio) – ideia colhida da obra de Rousseau –, contribuíram para a não afirmação de um controle jurisdicional de constitucionalidade em França⁵⁹.

⁵⁶ No Brasil, a Constituição de 1924, influenciada pelo constitucionalismo revolucionário francês, confiou a sua guarda ao Legislativo (art. 15), ou seja, o primeiro documento constitucional previu um controle apenas político. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Do control da constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Braga: Livraria Cruz, 1973, p.21. Em Portugal, as Constituições de 1822, 1826 e 1838 apesar de omissas quanto a instituição de qualquer mecanismo de fiscalização de constitucionalidade, semelhante à Carta brasileira de 1824, supôs-se que, da tarefa por elas conferida às Cortes para velarem pelo seu cumprimento, possuiriam estas o dever de, além da produção legislativa, fiscalizar a constitucionalidade. Desta forma, é possível afirmar que aqui, também, o controle começou por ser um controle político. In: MORAIS, op. cit., p.311, nota 03.

⁵⁷ LIMA, op. cit., p.116, nota 17.

⁵⁸ QUEIROZ, op. cit., p.460, nota 51.

⁵⁹ BOTELHO, Catarina Santos. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: OTERO, Paulo, et al. (org.).

A concepção de superioridade da lei era de tal ordem que esta se confundia com o próprio direito, desqualificando, assim, a Constituição da condição de fonte do direito⁶⁰. Na prática, a lei ocupava o lugar cimeiro do sistema legal, lugar este atualmente ocupado pela Constituição⁶¹. Outrossim, mesmo que se pudesse compreender a Constituição como lei superior do ordenamento jurídico, a produção em larga escala de sucessivos textos constitucionais nos primeiros anos pós-revolução,⁶² certamente não contribuiu para a afirmação desta como norma suprema⁶³.

Assim, a única instância apta a “velar” pelo cumprimento da lei (e por consequência da Constituição) era o Parlamento, seu único intérprete, que possuía legitimidade democrática, tornando-se a “caixa de ressonância” da vontade geral. Nos anos imediatamente seguidos à revolução, o juiz não podia inclusive se atrever a interpretar a lei, pois a solução dos casos por ele apreciados sempre estaria contida nesta (porque era considerada perfeita!), cabia-lhe apenas a incumbência de aplicá-la. Se dúvidas possuísse, deveria paralisar o processo e aguardar que a interpretação da lei fosse dada pelo Parlamento. Até uma *Cour de cassation*, no bojo da Constituição monárquica de 1791, foi instituída junto ao Parlamento para mortificar as decisões judiciais contrárias à lei⁶⁴.

Na Constituição do Ano I (1793) houve a tentativa de se criar um *Grand Jury National* com o objetivo de controlar as leis e os atos do poder executivo que afrontassem direitos dos cidadãos, contudo esta iniciativa restou infrutífera⁶⁵. Em 1795 o abade de Sieyès publicou sua obra *Opinion sur le jury constitutionnaire* em que propunha a criação de um *Jury Constitutionnaire* com a tarefa, dentre outras atribuições, de velar pela guarda da Constituição, que funcionaria na prática como uma Corte de Cassação na ordem constitucional. Entretanto, sua proposta não foi acolhida na Constituição do Ano III (1795),

Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 2011, pp.131-132.

⁶⁰ Segundo Maria Benedita Urbano, “(...) a veneração e sacralização da lei conduziram a uma identificação entre lei e direito, pouco ou nenhum espaço restou para o texto constitucional enquanto fonte do direito”. In: URBANO, op. cit., p.51, nota 03.

⁶¹ *Ibid*, p.53.

⁶² Com suas quinze constituições produzidas desde a revolução (Constituição monárquica de 1791; Constituição da I República de 1793; Constituição diretorial de 1795; Constituição consular de 1799; Constituição imperial de 1802; Constituição imperial de 1804; Carta Constitucional da Restauração de 1814; Ato Adicional às Constituições Imperiais de 1815; Carta Constitucional orleanista de 1830; Constituição presidencialista da II República de 1848; Constituição do II Império de 1852; Leis Constitucionais da III República de 1875; Lei Constitucional do Governo provisório de 1945; Constituição da IV República de 1946; Constituição da V República de 1958), a França, nas palavras de Bacelar Gouveia, é um verdadeiro “laboratório constitucional”. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. vol.1. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011. p.310.

⁶³ URBANO, loc. cit.

⁶⁴ *Ibid*, p.52.

⁶⁵ MACIEL, op. cit., p.171, nota 08.

pois, devido à perfeição da lei, o controle de constitucionalidade para além de inútil se afiguraria afrontoso ao Parlamento, o expoente máximo da vontade popular⁶⁶.

Apesar de não ter merecido guarida num primeiro momento, a ideia de Sieyès influenciou a Constituição subsequente – do Ano VIII (1799) – e a Constituição de 1852 que delegavam ao Senado Conservador e ao Senado, respectivamente, o exercício do controle de constitucionalidade dos atos do poder público (inclusive a lei). De forma que não é absurdo afirmar que o princípio da soberania parlamentar sobrelevou o princípio da constituição escrita⁶⁷. Esta “resistência estóica”⁶⁸ ao princípio da soberania da Constituição, ou seja, o ideal de supremacia do Parlamento (*légiscentrisme*) perpassa incólume por mais de um século e meio, manifestando-se, ainda, na Constituição da Vª República (ao menos até 1971)⁶⁹.

1.3.1 Origem e afirmação do *Conseil Constitutionnel*

O *Conseil Constitutionnel* (CC) é um órgão criado pela Constituição da Vª República Francesa (CRF) de 1958. Após um período de parlamentarismo desenfreado e excessivo durante a IIIª República e agravado na IVª República⁷⁰, o CC foi pensado com o objetivo claro de findar a hegemonia do Parlamento, mas sem que isso significasse instituir uma verdadeira jurisdição constitucional tal como ocorrera nos países europeus após a Segunda Guerra⁷¹. Funcionaria, assim, como um órgão de caráter eminentemente político, voltado a garantir que o Parlamento respeitasse os demais poderes, nomeadamente as competências regulamentares do Governo.

Inclusive, o General de Gaulle, grande artífice da Vª República, era contra a adoção de uma justiça constitucional, pois temia a instauração de um *gouvernement des juges*, como, em seu modo de ver, existia nos Estados Unidos⁷². O próprio autor da parte do anteprojeto da Constituição dedicado ao CC (F. Luchaire, indicado por de Gaulle), expressou que não havia pretensão de se criar uma justiça constitucional com os contornos do modelo austríaco, mas o objetivo principal era reforçar o status do Poder Executivo em relação ao Parlamento⁷³.

⁶⁶ URBANO, op. cit., p.52, nota 03.

⁶⁷ QUEIROZ, op. cit., p.464, nota 51.

⁶⁸ BOTELHO, op. cit., p.135, nota 59.

⁶⁹ QUEIROZ, loc. cit.

⁷⁰ GOUVEIA, op. cit., p.329, nota 62.

⁷¹ ROUSSEAU, Dominique. “Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional?”. *Direito Público*, vol.1, nº 3, 2004, p.89.

⁷² URBANO, op. cit., p.53, nota 03.

⁷³ BOTELHO, Catarina Santos. A revisão constitucional francesa de 2008 e a questão prioritária de

Assim, se estabeleceu um “mecanismo de racionalização do Parlamento”, mediante a instauração do controle prévio de constitucionalidade⁷⁴. Embora pensado para assegurar a fiel observância da repartição de competências entre os poderes, a criação do CC – órgão incumbido de analisar a compatibilidade entre a produção parlamentar e a Constituição – representa uma verdadeira “revolução jurídica” na tradição constitucional francesa⁷⁵. Não obstante este órgão ainda tardaria em se afirmar.

Originalmente, apenas o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional, ou o Presidente do Senado possuíam legitimidade para requerer o controle preventivo⁷⁶; além disso, a questão sindicada se limitava apenas à dicção do texto da Constituição. Devido ao número escasso de autoridades legitimadas a suscitar o controle e ao alcance restrito do objeto do pedido – pois a Constituição positivou a maior parte dos direitos, liberdades e garantias em seu Preâmbulo que não era dotado de valor normativo – a atuação do CC, por longo período, foi discreta e sem maiores implicações na vida institucional da França.

Contudo, segundo Dominique Rousseau⁷⁷, o CC “nasceu de novo” em 1971 e em 1974. Se hoje não há questionamentos sobre o lugar de relevo ocupado pelo *Conseil* no organograma institucional francês (lugar nada coincidente com o idealizado originalmente), é certo que muito se deve a estas duas datas.

A decisão nº. 71-44, de 16 de julho de 1971, sobre liberdade de associação, representa “o grito do Ipiranga”⁷⁸ do CC, foi como que uma “revolução copernicana”⁷⁹, o “*Marbury v.*

constitucionalidade: uma revisão platónica ou um genuíno acréscimo na tutela dos direitos fundamentais? In: SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. (coord). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. 1, Lisboa: FDUL, 2012, p. 475.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Acerca do diminuto número de legitimados, disserta Joaquim Barbosa: “Era evidente a ineficácia do sistema naqueles primeiros anos de vigência da constituição, eis que naquela época o sistema político era relativamente monolítico, com o partido gaullista dominando inteiramente a cena política: seus líderes ocupavam a Presidência da República, a chefia de Governo e a presidência da Assembléia, só restando o Senado, que era e ainda é dominado por uma coalização de partidos centristas relativamente independentes dos gaullistas, mas necessariamente adversários dos partidários da esquerda. Era natural, portanto, em um quadro institucional como esse, que a jurisdição constitucional fosse uma mera fachada, com pouco ou quase nenhum desafio jurídico às normas postas em vigência sob a inspiração de uma maioria parlamentar avassaladora e de um Governo dela emanado”. In: GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. “Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 40, nº. 158 (abr-jun), 2003, p.100.

⁷⁷ ROUSSEAU, op. cit., p.91, nota 71.

⁷⁸ BOTELHO, op. cit., p.477, nota 73.

⁷⁹ *Ibid.*

Madison francês”⁸⁰, operou uma “verdadeira revolução política”⁸¹ ao romper com os princípios seculares do direito francês, em especial o da soberania da lei.

Ocorreu que o Prefeito da Polícia de Paris se negou a entregar o recibo de declaração dos estatutos ao fundador da associação “Os Amigos da Causa do Povo”. Este recorreu ao Tribunal Administrativo de Paris que, em 25 de janeiro de 1971, anulou o ato do Prefeito por entender que a lei de 1º de julho de 1901 não atribuía à autoridade administrativa a competência de analisar previamente a legalidade de uma associação nem a regularidade de seus estatutos.

Em 23 de junho de 1971, o Parlamento aprovou uma lei que alterava a lei de 1º de julho, estabelecendo um controle judicial prévio das associações, cuja iniciativa cabia ao Prefeito, apesar da virulenta oposição do Senado – pois a maioria de seus membros entendeu que a nova lei violava o direito de liberdade de constituição de partidos políticos disposto no artigo 4º da Constituição. Neste cenário, o Presidente da Assembleia Nacional requereu a apreciação do CC sobre a constitucionalidade da lei.

Em sua decisão, o *Conseil*, pela primeira vez, aplicou expressamente o Preâmbulo da Constituição de 1958, que, por sua vez, faz remissão ao Preâmbulo da Constituição de 1946 e à Declaração de Direitos de 1789, reconhecendo o direito à liberdade de associação e a consequente impossibilidade de se controlar previamente sua constituição, seja por autoridade administrativa ou judicial.

De fato, se ficasse jungido apenas ao texto constitucional, o CC nunca poderia chegar a esta conclusão, pois não há referência no corpo textual ao direito de liberdade de associação. Assim, “(...) através desta ação voluntarista ou estratégica, o Conselho abre ao seu controle da constitucionalidade das leis uma extensão praticamente ilimitada, o que lhe permitia impor-se progressivamente como uma instituição chave da V República”⁸².

Houve uma verdadeira mudança de paradigma: se antes da decisão o CC apenas fiscalizava a “regularidade externa” da lei (respeito à repartição de competências, observância do processo legislativo), a partir dela abre-se o caminho para um verdadeiro controle de mérito, sobre a “matéria de fundo” veiculada na lei⁸³. Aqui, com a ampliação do parâmetro de controle (incorporando os preâmbulos das Constituições de 1946 e 1958, além da Declaração

⁸⁰ BOTELHO, op. cit., p.477, nota 73.

⁸¹ ROUSSEAU, op. cit., p.92, nota 71.

⁸² *Ibid.*, p.73.

⁸³ *Ibid.*

de 1789), materializa-se o conceito de “bloco de constitucionalidade”⁸⁴. O CC avulta seu estatuto: de mero garante da separação dos poderes, ou um simples “cão de guarda do Executivo”⁸⁵, se afirma como defensor dos direitos e liberdades fundamentais, mesmo em detrimento do Parlamento⁸⁶.

O “segundo nascimento” do CC dá-se em 1974. Em 29 de outubro desse ano, por proposta de iniciativa do então Presidente da República, Valéry Giscard D’Estaing, o Parlamento, reunido em Congresso, aprovou a Lei Constitucional nº. 74-904, que ampliou o universo de legitimados a requerer o controle preventivo junto ao CC, acrescentando esta prerrogativa a um mínimo de sessenta Deputados ou sessenta Senadores. Esta reforma, aparentemente de pouca importância, foi também decisiva para a evolução do ordenamento francês⁸⁷, pois “(...) a limitação do direito de acesso era uma garantia da limitação do papel do Conselho Constitucional”⁸⁸.

Este instrumento de inclusão da minoria parlamentar no processo democrático foi politicamente assimilado como um verdadeiro “estatuto da oposição”⁸⁹ e sua importância é de tamanha monta que, a título de exemplo, de 1975 a 1990 houve 166 requerimentos de controle prévio, diferença abissal se comparado com os míseros 10 pedidos anteriores à reforma⁹⁰. Em 1992 outra reforma constitucional (LC 92-554) também conferiu a sessenta Deputados ou Senadores a iniciativa do controle prévio da constitucionalidade dos tratados internacionais⁹¹.

1.3.2 Composição e atribuições do *Conseil Constitutionnel*

O *Conseil Constitutionnel* está consagrado no Capítulo VII da CRF⁹² e é composto por nove membros: três nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente do Senado e três pelo Presidente da Assembleia Nacional, para um mandato não renovável de nove anos. O

⁸⁴ URBANO, op. cit., p.54, nota 03. Segundo Joaquim Barbosa: “(...) a criação do *bloc* ampliou sensivelmente as possibilidades do controle, na medida em que a obra ordinária do Parlamento passou a ser confrontada com normas supraconstitucionais de ambição e aceitação universais, muitas delas já fazendo parte da consciência político-filosófica de boa parte do mundo”. In: GOMES, op. cit., p.101, nota 76.

⁸⁵ CHAGNOLAUD, Dominique. *apud*. GOMES, op. cit., p.115, nota 76.

⁸⁶ Anota Cristina Queiroz que: “(...) até 1971 os direitos fundamentais foram garantidos *através da lei, mas não contra a lei*”. In: QUEIROZ, op. cit., p.465, nota 51.

⁸⁷ SANCHEZ NAVARRO, Ángel J. “La reforma constitucional en Francia”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, 1998 p.209.

⁸⁸ ROUSSEAU, op. cit., p.94, nota 71.

⁸⁹ GOMES, op. cit., p.100, nota 76.

⁹⁰ BOTELHO, op. cit., p.479, nota 73.

⁹¹ SANCHEZ NAVARRO, op. cit., p.210, nota 87.

⁹² Artigos 56º a 63º da Constituição da Quinta República Francesa.

CC é alterado por terços a cada três anos, de modo que cada Presidente (das casas parlamentares e da República) indica um membro a cada triênio⁹³. Entretanto, se alguém for nomeado para vaga de outro membro que foi exonerado, ou que por outro motivo esteja impossibilitado de concluir seu mandato, após o encerramento do mandato “tampão”, este substituto pode ser reconduzido ao cargo se ocupou a cadeira por menos de três anos.

Por não ter sido originalmente formulado como um Tribunal, não há qualquer requisito exigido para ser investido nas funções de membro do CC, nem mesmo idade mínima ou formação acadêmica específica⁹⁴. Entretanto, o cargo é incompatível com o de membro do Governo, do Conselho Econômico, Social e Ambiental, do de Defensor dos Direitos, além do exercício de qualquer mandato eleitoral.

Os conselheiros ainda são submetidos às mesmas incompatibilidades profissionais dos parlamentares. Após a revisão constitucional de 23 de julho de 2008, a depender da autoridade responsável pela nomeação, há possibilidade de as comissões de leis constitucionais das casas parlamentares rejeitarem a indicação por uma maioria de três quintos dos votos válidos.

Além dos integrantes nomeados, são por inerência membros vitalícios do CC os ex-presidentes da República (que não podem tomar assento se incorrerem em uma das incompatibilidades supracitadas). Segundo Dominique Rousseau⁹⁵, esta regra foi introduzida para facilitar a legalidade da ascensão do general de Gaulle ao poder, arrumando-se um lugar no desenho institucional para os ex-presidentes René Coty e Vicent Auriol.

É certo que tal previsão não é bem vista atualmente. Apesar de por muito tempo constituir uma faculdade meramente decorativa, ultimamente alguns ex-presidentes fizeram uso desta prerrogativa⁹⁶. Já houve diversas propostas para abolir esta atribuição, porém, mesmo passando em primeira leitura no Senado durante a revisão constitucional de 2008, não

⁹³ ROUSSEAU, op. cit., p.90, nota 71.

⁹⁴ Apesar de que dos 69 membros nomeados desde 1959, cerca de 90% possuem diploma e formação compatível com a carreira da magistratura, seja judicial ou administrativa; 26% são doutores em direito e; 26% professores catedráticos das faculdades de direito da França. In: FAVOREU, Louis, et al. *Droit constitutionnel*. 15.ed. Paris: Dalloz, 2013, p. 310.

⁹⁵ ROUSSEAU, op. cit., p.91, nota 71.

⁹⁶ Observa Louis Favoreu que os ex-presidentes de Gaulle e F. Mitterrand não utilizaram da prerrogativa de tomar assento no CC. G. Pompidou faleceu no curso do mandato presidencial, de modo que não teve oportunidade de exercer esta atribuição. V. Giscard d'Estaing, em razão do exercício de diversos mandatos eletivos após deixar a presidência, estava impedido de tomar lugar no CC, contudo, em março de 2004, ele superou todas as incompatibilizações e decidiu sentar-se no *Conseil*. Jacques Chirac, por sua vez, decidiu exercer sua prerrogativa a partir de setembro de 2007, mas em março de 2011, devido à abertura de um processo contra si, além de problemas de saúde, renunciou seu assento no CC. Nicolas Sarkozy assentou-se pela primeira vez em 19 de junho de 2012 e participou do exame de duas questões prioritárias de constitucionalidade, porém, após o CC reprovar suas contas da campanha de 2012, demitiu-se da função de conselheiro em 04 de julho de 2013. In: FAVOREU, op. cit., p.309, nota 94.

se conseguiu suprimir este instituto. Em 08 de janeiro de 2013, o Presidente François Hollande lançou uma proposta de reforma constitucional para extinguir esse privilégio dos ex-presidentes. Todavia, atualmente, esta previsão ainda encontra-se em vigor.

O Presidente do *Conseil* é nomeado pelo Presidente da República e tem voto preponderante em caso de empate. Diversas atribuições são delegadas pela Constituição ao CC, como a atuação no domínio eleitoral e referendário. Todavia, para efeitos desta investigação, importa destacar a atuação do órgão na seara do contencioso constitucional. Reza o artigo 61º da Constituição que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regimentos das casas parlamentares, antes de sua aplicação, devem ser submetidos a um controle prévio e obrigatório, realizado pelo CC, que se pronuncia sobre a conformidade destes com a Lei Fundamental.

Essa obrigatoriedade quanto às leis orgânicas se deve, na compreensão de Joaquim Barbosa⁹⁷, ao diminuto tamanho do texto constitucional (apenas 89 artigos), que regulou de modo perfunctório o funcionamento de diversas instituições, constituindo-se a lei orgânica o meio pelo qual estas matérias são disciplinadas mais detalhadamente.

Em relação aos regimentos parlamentários, a imposição se justifica pelo histórico do parlamentarismo desenfreado das IIIª e IVª Repúblicas, pois “(...) era exatamente por meio de manobras regimentais duvidosas e de chicanas procedimentais que as Assembléias francesas conseguiam bloquear o funcionamento regular de instituições políticas vitais em regime parlamentar”⁹⁸. A Vª República pretendeu corrigir este desequilíbrio entre os poderes e um dos mecanismos encontrados para “racionalizar o Parlamento” foi exatamente o controle dos regimentos antes destes entrarem em vigor.

As leis ordinárias, antes de sua promulgação, podem ser submetidas ao crivo do CC, por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, dos Presidentes das casas parlamentares, ou por sessenta Deputados ou Senadores. Tanto no controle obrigatório quanto no facultativo, o *Conseil* possui o prazo de um mês para deliberar, prazo este que pode ser reduzido para oito dias, se houver urgência, a pedido do Governo. O encaminhamento da lei ao CC suspende o prazo para promulgação (CRF, art. 61º). Essas são as atividades típicas exercidas pelo CC em sede de controle de constitucionalidade.

Mas há que se registrar uma espécie de controle *a posteriori* desenvolvida pelo órgão. A CRF, perseguindo o objetivo de instituir um “Parlamento racionalizado”, trouxe, em seu

⁹⁷ GOMES, op. cit., p.104, nota 76.

⁹⁸ *Ibid.*

artigo 34º, um rol de matérias cuja competência para legislar sobre elas pertence às Assembleias. O que não consta deste elenco, não se encontra no domínio parlamentar, mas é atribuição normativa do Governo. Estabeleceu-se, assim, uma divisão entre o “domínio da lei” e o “domínio do regulamento”.

Assim, se a lei editada antes da vigência da CRF dispuser sobre matéria que atualmente pertence ao âmbito regulamentar, poderá ser alterada por decreto do Poder Executivo, nos termos do artigo 37º. Agora se o Parlamento resolver editar lei sobre matéria que foge à lista disposta no artigo 34º, o Executivo também poderá modificá-la por decreto se o CC declarar que ela possui, efetivamente, caráter regulamentar. Este procedimento denomina-se “delegalização”.

Por este meio, o *Conseil* define se a norma possui natureza material de lei, ou é apenas sua forma que se reveste de conteúdo legal, sendo sua essência eminentemente regulamentar. Entendendo pela última hipótese, o CC ratifica a alteração da lei por meio de decreto⁹⁹. A composição de conflitos entre poderes é uma das atribuições típicas da justiça constitucional, neste caso ela é exercida em função de uma lei já em vigor, o que caracteriza uma especial hipótese de controle sucessivo (se não de inconstitucionalidade material propriamente dita, de uma inconstitucionalidade orgânica).

Ainda, vislumbra-se na jurisprudência do CC o exercício do controle de constitucionalidade sobre lei já promulgada. Na decisão nº. 85-187, de 25 de janeiro de 1985, o *Conseil* entendeu que era possível verificar a compatibilidade com a Constituição de lei já em vigor quando o exercício do controle se desse sobre uma lei posterior que a modifica, complete ou afete o seu domínio.

Apesar de atribuir-se essa prerrogativa, *in casu*, entendeu o CC que a lei (posterior) sindicada não possuía nenhuma destas características, pois era uma norma de simples aplicação que não interferia na lei anterior¹⁰⁰. Apenas em 1999, na decisão nº. 99-410, de 15 de março, que o CC declarou, de modo expresse, dispositivos de uma lei já promulgada contrários à Constituição¹⁰¹.

Por todos esses motivos, máxime a evolução por iniciativa jurisprudencial do *Conseil Constitutionnel*, que o órgão originalmente instituído para garantir o bom funcionamento dos

⁹⁹ GOMES, op. cit., p.105, nota 76.

¹⁰⁰ FERSTENBERT, Jacques. “Le contrôle, par le Conseil Constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées”. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l’Etranger*, nº. 2, (mar/avr.), 1991, p.349.

¹⁰¹ BOTELHO, op. cit., p.480, nota 73.

mecanismos do “*parlementarisme rationalisé*”¹⁰², para manter o legislador preso ao seu domínio, atualmente pode ser concebido como uma autêntica jurisdição constitucional. Louis Favoreu¹⁰³, um dos mais eminentes publicistas franceses, dissertando sobre as características do modelo europeu de justiça constitucional, aponta uma série de fatores que justificam a inclusão do sistema francês nesta classificação.

Assim, destaca: *a)* a existência de um contexto institucional particular: as Cortes Constitucionais são implantadas em países que adotam o sistema parlamentar (Alemanha, Itália, Espanha, Bélgica) ou semipresidencial (França, Áustria, Portugal), além de um sistema dual (judicial e administrativa), ou plural de jurisdições; *b)* o estatuto constitucional concedido às Cortes: a autonomia organizatória, administrativa e financeira; *c)* o monopólio do contencioso constitucional, na medida em que os juízes ordinários não detêm competências para julgar as matérias constitucionalmente reservadas às Cortes; *d)* o modo especial de designação, que possui sempre um componente político; *e)* o fato de que as Cortes Constitucionais (inclusive o *Conseil*) constituem uma verdadeira jurisdição e; *f)* esta jurisdição se encontra fora do organograma dos tribunais ordinários, apartada da justiça comum.

Por fim, assevera que o CC está inserido dentro destas características, pois nem a sua composição, nem suas atribuições, nem o seu funcionamento, difere de outros tribunais. Tampouco a ausência de requisitos para integrar o órgão (até porque a experiência mostrou que a grande maioria dos membros é composta por juristas) ou a politização nas indicações dos seus membros são substancialmente diversas do verificado nos demais Estados.

Também, a falta de previsão do exercício do contraditório no procedimento de controle, ou o fato de que, em alguns casos, o CC decidir *ultra petita* não podem retirar a característica de jurisdição constitucional (lembra que alguns Tribunais Constitucionais vão ainda mais longe, declarando de ofício a inconstitucionalidade de determinadas leis). E muito menos o caráter preventivo da fiscalização, pois, de semelhante forma, outras Cortes possuem esta atribuição sem que ninguém conteste seu caráter jurisdicional.

Se esta concepção do *Conseil Constitutionnel* como um órgão de justiça constitucional¹⁰⁴, que exerce um controle jurisdicional de constitucionalidade – e não político – já era defendida por eminentes estudiosos do direito constitucional, após as “revoluções”

¹⁰² FAVOREU, op. cit., p.307, nota 94.

¹⁰³ FAVOREU, Louis. *Les cours constitutionnelles*. 3.ed. Paris: PUF, 1996, pp. 16-23.

¹⁰⁴ Joaquim Barbosa – destacando a inutilidade atual do debate sobre a natureza com CC – afirma, peremptoriamente, que: “O Conselho Constitucional é, sem sombra de dúvida, uma jurisdição”. In: GOMES, op. cit., p.114, nota 76.

operadas pela evolução da jurisprudência do CC (nomeadamente a partir de 1971), com o advento da *question prioritaire de constitutionnalité*, irrompe um novo ciclo no constitucionalismo francês: o princípio da constitucionalidade se afirma impositivamente sobre a secular tradição de domínio da lei, “(...) *la légalité est désormais une simple composante de la constitutionnalité, et de ce fait, comme de la constitutionnalité, elle a fondamentalement changé de sens*”¹⁰⁵.

1.3.3 A *question prioritaire de constitutionnalité*

Desde o final da década de 80 e início da década de 90 do século passado há tentativas de incluir uma modalidade de controle *a posteriori* na França. Em 1990 e em 1993 F. Mitterrand apresentou propostas de reformas constitucionais com este objetivo. Todavia, talvez, à época “(...) os espíritos ainda não estavam suficientemente maduros para admitir uma mudança de tamanha envergadura”¹⁰⁶. O entendimento reinante neste período era o de que o controle prévio consistia num instrumento suficiente (por si só) para assegurar a efetividade da Constituição¹⁰⁷. De modo que todas as tentativas de alteração restaram infrutíferas.

Entretanto, em 2008, a Lei Constitucional n.º. 2008-724, de 23 de julho, alterou a CRF, introduzindo a *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC)¹⁰⁸, uma verdadeira hipótese de controle sucessivo de constitucionalidade, no ordenamento jurídico francês. Este instituto foi regulado pela lei orgânica n.º. 2009-403, de 15 de abril, e entrou em vigor em 01 de março de 2010.

Assim, a partir desta data, se em um dado caso concreto um litigante alega que determinada disposição legislativa viola direitos e liberdades assegurados pela Constituição, o juiz pode remeter esta questão aos tribunais de cúpula da ordem administrativa (*Conseil d’Etat*) ou judiciária (*Cour de Cassation*). Estas Cortes, por sua vez, possuem a prerrogativa de requerer a manifestação do CC sobre a alegada violação constitucional. A decisão do CC

¹⁰⁵ FAVOREU, op. cit., p.373, nota 94.

¹⁰⁶ GOMES, op. cit., p.119, nota 76.

¹⁰⁷ BOTELHO, op. cit., p.481, nota 73.

¹⁰⁸ Constituição francesa, art. n.º. 61º-1: Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

que declare a lei contrária à Constituição tem eficácia *erga omnes* e produz efeitos *ex nunc*, é permitida, contudo, a modulação de efeitos¹⁰⁹.

Desta forma, o cidadão, o particular está na origem deste controle incidental exercido pelo *Conseil Constitutionnel*. Esta inovação foi de tamanha monta, que alguns chegaram a afirmar que, sob a perspectiva dos cidadãos, a reforma permitiu a estes “reapropriarem-se da sua Constituição”¹¹⁰. Sob o prisma do juiz, este deixaria de ser um simples aplicador da lei para “(...) assumir as vestes de guardião dos direitos e liberdades constitucionais, sob a égide do CC”¹¹¹.

É certo que esse mecanismo de reenvio prejudicial possui certas limitações. Primeiro, a QPC só pode ser arguida se a alegação se fundar na violação de direitos e liberdades constitucionais. Em segundo lugar, apenas os tribunais de cúpula podem requerer a análise do CC. O juiz ordinário não tem a possibilidade de aceder de ofício à jurisdição constitucional¹¹². Não obstante esta proibição, ele funciona como uma espécie de filtro às alegações de inconstitucionalidade apresentadas pelas partes, pois lhe é facultado analisar o mérito destas e decidir se as encaminha ou não à Corte superior (é o juiz porteiro de Calamandrei)¹¹³.

Chegando a QPC ao *Conseil d’Etat* ou a *Cour de Cassation*, estes tribunais, de igual forma, procedem à seleção das questões que entendem realmente importantes e dignas de serem elevadas ao CC. Existe, em verdade, um “duplo filtro”¹¹⁴ para evitar que um número agigantado de questões impertinentes ou meramente dilatórias chegue ao CC.

Há quem vislumbre neste “pré-controle” uma forma de estender a proteção dos direitos fundamentais aos juízes ordinários e às Cortes de cúpula, “democratizando”, assim, o controle de constitucionalidade, permitindo a estes desenvolverem sua própria jurisprudência relativa aos direitos fundamentais. Essas pessoas festejam a reforma constitucional, pois entendem que ela impingiu “(...) uma marca indelével na derrota de uma anacrónica e obsessiva visão de onipotência legislativa que impregnava, com virulência, o constitucionalismo francês”¹¹⁵.

¹⁰⁹ BOTELHO, op. cit., pp.489-490, nota 73.

¹¹⁰ BOTELHO, op. cit., p.481, nota 73.

¹¹¹ *Ibid*, p. 481.

¹¹² *Ibid*, p.485.

¹¹³ CALAMANDREI, Piero. *apud*. FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La Jurisdiccion Constitucional en España. In: GARCIA BELAUNDE, Domingos; FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p.635.

¹¹⁴ BOTELHO, op. cit., p.488, nota 73.

¹¹⁵ *Ibid*, p.493.

Por outro lado, exatamente pela dificuldade de acesso ao CC oriunda dessas condicionantes, tem quem afirme que a desconfiança em relação a um governo de juízes e a prevalência do dogma da soberania da lei ainda imperam, em certa medida, na França, “(...) mantendo-se este país, por esse motivo, muito agarrado ao seu próprio modelo de justiça e avesso ao controlo de constitucionalidade”¹¹⁶.

Apesar do pouco tempo em vigor, já se pode colher um panorama da efetividade do instituto. De março de 2010 até dezembro de 2013 constam 1510 registros de QPCs oriundos do *Conseil d’Etat* e da *Cour de Cassation*, dos quais 1206 são de não reenvio (79,3%) e 314 são de reenvio (20,7%). Neste período o CC prolatou 255 decisões relativas a 297 reenvios. Destas, 137 são decisões de conformidade com a Constituição, 33 de conformidade parcial, 43 de não conformidade total, 23 de não conformidade parcial, 3 de não conformidade parcial com reservas e 16 correspondentes a outras situações¹¹⁷.

No mesmo intervalo de tempo, para se tenha ideia do volume de trabalho que a instituição da QPC representou, o CC julgou, em controle prévio, 57 leis ordinárias, 25 leis orgânicas e um tratado internacional¹¹⁸. Destarte, percebe-se que o número de *questions prioritaires* julgadas representa quase o quádruplo dos demais processos no contencioso constitucional. É possível afirmar, sem sombra de dúvidas, que a QPC representou uma nova revolução no seio do constitucionalismo francês, contribuindo para cada vez mais afirmar o *Conseil Constitutionnel* como um verdadeiro Tribunal Constitucional.

1.3.4 A adoção do controle preventivo em outros países

O controle *a priori*, apesar de sempre associado ao modelo francês de controle constitucionalidade – talvez porque até bem pouco tempo era o único meio existente neste país – não é de todo estranho na experiência constitucional de outras nações. Com efeito, vários Estados preveem – com maiores ou menores modificações, e combinado com outras espécies de controle – esta modalidade de fiscalização da Constituição.

Na esteira da Constituição portuguesa, que adota o controle prévio (*v.infra*, capítulo 3), várias ex-colônias lusitanas também acolheram semelhante disposição em seus estatutos políticos. Com pequenas variações referentes a prazos para requerimento e apreciação, além

¹¹⁶ URBANO, op. cit., p.49, nota 03.

¹¹⁷ Cf. sítio eletrônico do *Conseil Constitutionnel*: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/A-la-une/mars-2013-3-ans-de-qpc-quelques-chiffres.136319.html>>.

¹¹⁸ Cf. sítio eletrônico do *Conseil Constitutionnel*: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-44/bilan-statistique-au-31-mars-2014.141612.html>>.

dos legitimados para suscitem o controle *ex ante*, as Constituições de São Tomé e Príncipe (art. 145º), Angola (art. 228º), Cabo Verde (art. 273º) e Moçambique (art. 246º)¹¹⁹ dispõem sobre a possibilidade de fiscalização prévia de leis, decretos-leis e tratados internacionais.

A Constituição da Irlanda de 1937 também dispõe ao Presidente da República (art. 26º) a faculdade de, após ouvir o Conselho de Estado, encaminhar para a *Supreme Court* projetos de lei já votados pelo Parlamento, mas ainda não promulgados, de cuja constitucionalidade se tem dúvidas.

Também a Constituição romena de 1991 previu, em seu artigo 144, a possibilidade de a Corte Constitucional se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis antes de sua promulgação, a pedido do Presidente, do Governo, dos Presidentes das casas legislativas, do Tribunal Supremo de Justiça, ou de um número não inferior a 50 deputados ou 25 senadores. Alguns países do leste europeu, como Polónia, Hungria e Bulgária, nas Constituições (ou revisões constitucionais) pós-queda do muro de Berlim, também adotaram em alguma medida a fiscalização preventiva de constitucionalidade.

Na Áustria há previsão de uma verificação prévia de constitucionalidade (art. 138º/2), contudo isto se prende mais com a tarefa atribuída à justiça constitucional de zelar pela fiel observância da repartição de competências entre o Governo Federal e os *Länder*. Apenas cabe à Corte, quando provocada, declarar qual ente federativo é detentor do *munus* legislativo ou regulamentar no tocante à matéria impugnada. Não pode o Tribunal se manifestar sobre a constitucionalidade do mérito da proposta¹²⁰.

Em Itália também existia a possibilidade de o Governo requerer a análise da Corte Constitucional, em sede preventiva, sobre as leis regionais se entendesse existir invasão às suas competências legislativas. Porém, a Lei Constitucional nº. 3/2001 alterou o artigo 127º da Constituição italiana, transformando esta fiscalização *ex ante* em sucessiva.

Agora, tanto o Governo – se considerar que uma lei regional ultrapasse suas competências –, quanto as regiões – se entenderem que uma lei ou ato com valor de lei do Estado ou de outra região se imiscua em sua esfera de atribuições – podem, no prazo de até sessenta dias contados da publicação da lei, promover uma *questione di legittimità costituzionale* perante a Corte Constitucional.

¹¹⁹ A disposição da Constituição moçambicana é mais radical: pode o Presidente requerer ao Conselho Constitucional a fiscalização prévia de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação *verbis*: Art. 246º/1: O Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação.

¹²⁰ MODERNE, Franck. “El control prévio de constitucionalidade en la Europa contemporánea”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, nº. 2-3, 1993, p.415.

Entretanto, é possível ainda vislumbrar uma espécie bem pontual de controle *a priori*, que recai sobre os estatutos das regiões. A Lei Constitucional n.º. 1/1999 modificou o artigo 123º que regula o modo de elaboração dos estatutos regionais. Neste procedimento está prevista a possibilidade de o Governo requerer a apreciação do diploma pela Corte Constitucional.

Todavia, a nova redação do dispositivo constitucional gerou debate na doutrina sobre o momento do exercício deste controle: alguns sustentavam o caráter preventivo, outros entendiam que a disposição legal estabelecia um controle *a posteriori*.

Enfim, foi oportunizada à Corte Constitucional, por ocasião da Sentença n.º. 304/2002¹²¹, a possibilidade de se manifestar sobre a controvérsia, e esta consignou a existência do controle prévio de constitucionalidade nesta situação específica, *verbis*: “(...) *a previsione di un controllo di legittimità costituzionale in via preventiva delle deliberazioni statutarie è intesa infatti ad impedire che eventuali vizi di legittimità dello statuto si riversino a cascata sull'attività legislativa e amministrativa della Regione*”. De modo que, mesmo de rara ocorrência, subsiste uma hipótese de fiscalização *a priori* em Itália.

Na Espanha o controle prévio dos estatutos das regiões autônomas e das leis orgânicas, apesar de não constar do texto constitucional, foi estabelecido por disposição infraconstitucional, nomeadamente no texto da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTIC), de 3 de outubro de 1979.

Contudo, em razão, principalmente, da inobservância dos prazos estabelecidos para análise pelo TC (*v.infra*, nota 322), a experiência espanhola demonstrou que a fiscalização prévia “(...) *se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley*”¹²². Assim, a lei orgânica n.º. 4/1985 aboliu esta modalidade de controle na Espanha.

Não obstante, permanece existindo a possibilidade da fiscalização prévia para os tratados internacionais. Com efeito, reza o artigo 95º da Constituição que a celebração de um tratado internacional que contenha estipulações com ela incompatíveis, exigirá uma prévia revisão constitucional.

Neste sentido, dispõe o art. 78º da LOTIC que o Governo, ou qualquer das casas legislativas pode requerer ao Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre a existência

¹²¹ ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentenza n.º. 304/2002.

¹²² Preâmbulo da Lei Orgânica 4/1985, de 7 de junho.

ou não de contradição entre a Constituição e as estipulações de um tratado internacional cujo texto estiver já definitivamente fixado, mas que ainda não foi ratificado.

Na Alemanha, a despeito do silêncio constitucional, o TC construiu, por via jurisprudencial, a viabilidade do controle *ex ante* em relação às leis que aprovem tratados internacionais¹²³. Na Costa Rica vislumbra-se uma hipótese de controle prévio, a requerimento do Parlamento, cuja competência para apreciação pertence a uma Sala especializada da Corte Suprema de Justiça (*v.infra*, nota 328).

No Chile, o artigo 93º/1 da Constituição indica como uma das atribuições do Tribunal Constitucional o exercício do controle de constitucionalidade das leis que interpretem algum preceito da Constituição, das leis orgânicas constitucionais e das normas de um tratado que versem sobre matérias próprias destas últimas, antes de sua promulgação.

¹²³ MORAIS, op. cit., p.295, nota 03.

2 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Dentro da classificação já sobejamente conhecida, o controle preventivo de constitucionalidade existente no Brasil é eminentemente um controle político, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, cada qual atuando nos limites de suas competências constitucionais e/ou regimentais (nesse tocante, ganha relevo o disposto nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal), para evitar que uma norma eivada da mácula maior da inconstitucionalidade possa integrar a ordem jurídica em vigor.

A atuação do Poder Legislativo nesta seara se dá no momento da elaboração das leis, ou seja, durante o processo legislativo, notadamente através da atuação das comissões de Constituição e Justiça presentes no organograma das casas legislativas brasileiras. Quanto à competência do Executivo para atuar como controlador da constitucionalidade das normas (*rectius*: dos projetos de normas), esta faculdade, prevista constitucionalmente, é exercida pelo famigerado poder de veto.

Observa Walber de Moura Agra¹²⁴ que “(...) no processo legislativo brasileiro, até a promulgação da norma, só cabe o controle preventivo”. Todavia, há situações (decorrentes de construções jurisprudenciais) em que o Poder Judiciário – embora não haja previsão constitucional para sua atuação em sede de fiscalização *ex ante* da constitucionalidade – pode ser chamado a agir. A seguir, observar-se-á, com maior vagar, a atuação de cada um dos poderes em sede de controle prévio.

2.1 Controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu artigo 5º, II¹²⁵ – que estabelece o rol dos direitos e garantias fundamentais – consagra o primado da legalidade, um dos reitores de todo o ordenamento jurídico. Essa construção multissecular, como sabido, visa a combater o arbítrio do Estado, na medida em que, para que o poder público possa impor uma obrigação ao seu governado, esta obrigação deve constar de um instrumento elaborado segundo regras prévias e claras, por órgão devidamente legitimado, que constitua expressão da vontade geral da população. Assim, nesta dimensão do princípio da legalidade, o Estado só poderá gestar uma norma se esta obedecer ao devido processo legislativo, previsto na Lei

¹²⁴ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 564.

¹²⁵ Art. 5º, II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Fundamental. Nesta perspectiva, conforme anota Alexandre de Moraes¹²⁶, “(...) o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade”.

2.1.1 Breves notas sobre o processo legislativo

Para facilitar a compreensão da dinâmica do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo, necessário se faz entender – mesmo que de maneira perfunctória¹²⁷ – como surgem as espécies normativas no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição da República disciplina a matéria em seu Título IV, seção VIII, cuja epígrafe é: “Do Processo Legislativo” (arts. 59 a 69).

A CRFB atribuiu ao Congresso Nacional a tarefa de elaborar as seguintes espécies normativas: *a) emendas à Constituição*, expressão do poder constituinte derivado reformador, é o instrumento apto à modificar as disposições constitucionais, como consequência de uma Constituição rígida, possuem um rito mais dificultoso para o trâmite em relação às demais espécies normativas e, materialmente, são limitadas pelas denominadas cláusulas pétreas (CRFB, art. 60); *b) leis complementares*, que são leis que dispõem sobre matérias cuja Constituição, devido à importância destas, expressamente, exigiu a regulação do legislador, também necessitam de quórum qualificado para aprovação, embora menos exigente que o das emendas; *c) leis ordinárias*, constituem a espécie normativa mais comum, obedecem ao processo legislativo padrão; *d) leis delegadas*, se consubstanciam na faculdade que tem o legislador de delegar determinada matéria para regulação, através de lei, pelo chefe do Executivo; *e) medidas provisórias*¹²⁸, instrumento normativo com força de lei, editado pelo Presidente da República, sucedâneo do vetusto decreto-lei previsto na Carta ditatorial; *f)*

¹²⁶ Complementa ainda o professor, afirmando que o princípio da legalidade: “(...) deve ser entendido como *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional*”. In: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.731.

¹²⁷ Para análise mais detalhada, Cf., dentre outros: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.492-560; MORAES, op. cit., pp.668-727, nota 126; AGRA, op. cit., pp.411-445, nota 124; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp.916-947.

¹²⁸ A utilização de um instrumento com as características da medida provisória seria mais consentânea com a prática dos países que adotam o sistema parlamentarista de governo, ou mesmo um sistema misto parlamentarista-presidencialista (como Portugal), pois o gabinete, oriundo do Parlamento, carrega a responsabilidade política da edição dessas regulações, acarretando, como consequência prática, em caso de rejeição pelo Legislativo das resoluções do Executivo, a perda da confiança no Governo e, não excepcionalmente, sua queda. No Brasil, não há previsão alguma de responsabilização do Presidente pelo uso das medidas provisórias, de tal sorte que os governos abusam da edição delas, com o agravante que elas dispõem do poder de trancar a pauta de deliberações do Congresso (CRFB, art. 62, §6º), levando a quase que um “monopólio legislativo” exercido pelo chefe do Executivo.

decretos legislativos, instrumento utilizado para regular matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional, produzindo efeitos externos ao âmbito da casa legislativa¹²⁹ e; *g) resoluções*, meio hábil para regulamentar algumas das competências do Congresso Nacional e os atos privativos de cada uma de suas casas, geralmente possui eficácia interna, não obstante, excepcionalmente, em alguns casos possa produzir efeitos externos.

O processo legislativo, grosso modo, é dividido em três fases: fase de iniciativa, fase constitutiva e fase complementar. O atropelamento do procedimento estabelecido dá azo ao surgimento da inconstitucionalidade formal, seja ela subjetiva (fase de iniciativa), seja objetiva (nas demais fases).

A iniciativa, que consiste no poder de apresentar um projeto de lei, pode ser concorrente, a cargo dos membros do Congresso Nacional, de suas comissões, do Presidente da República e da população (quanto à iniciativa popular, *v.infra*, pp. 49-50). Neste âmbito, a iniciativa se denomina também de comum, pois diz respeito às matérias que a Constituição não reservou a titularidade do início da persecução legislativa privativamente a determinada pessoa ou órgão. Pode a iniciativa ser reservada ou privativa (nas matérias especificadamente atribuídas pela Constituição, não cabendo ampliação desse rol por via interpretativa).

Possuem iniciativa privativa: *a)* o Presidente da República, em relação aos temas que geralmente dizem respeito à carreira e a administração interna do Executivo Federal, além de algumas outras (CRFB, art. 61, §1º); *b)* o Supremo Tribunal Federal para propositura de lei complementar sobre o Estatuto da Magistratura (CRFB, art. 93), além de, juntamente com os demais Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça nas hipóteses de art. 96, II da CRFB; *c)* a Câmara e o Senado para projeto que disponha sobre a fixação da remuneração dos membros de suas respectivas estruturas; *d)* o Tribunal de Contas da União, no que diz respeito à sua organização administrativa (não há previsão expressa na Constituição, mas o STF reconheceu esta competência); *e)* o Ministério Público¹³⁰, através de seu chefe nos termos do art. 127.º2º e art. 128,º5º da CRFB.

¹²⁹ Ex: CRFB, art. 62, § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, **devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo**, as relações jurídicas delas decorrentes.

¹³⁰ Dentre as matérias cuja iniciativa privativa pertence ao Presidente da República, nos termos do art. 61, §1º, II, *d*, encontra-se a proposição de projetos de lei sobre a organização do Ministério Público. Ocorre que no art. 128, §5º, verifica-se semelhante faculdade deferida ao chefe do MP. Assim, a doutrina fala em “iniciativa concorrente” ou “iniciativa compartilhada” entre o Presidente e o Procurador-Geral da República para propositura de projetos de lei que versem sobre essa matéria. Na mesma esteira, o STF entendeu que o objetivo do constituinte ao fazer essa dupla atribuição foi afastar a iniciativa parlamentar sobre essa disposição. Cf. STF,

A próxima etapa do processo legislativo (fase constitutiva) é subdividida em fase de deliberação interna e fase de deliberação externa. Deliberação interna ou deliberação parlamentar é aquela parte do processo que ocorre dentro do Legislativo e compreende a discussão do projeto e sua votação, que pode resultar ou não na aprovação. Em regra, a tramitação dos projetos tem seu início na Câmara dos Deputados (salvo nos casos de projetos de iniciativa de Senadores ou comissões do Senado), que é a casa iniciadora, cabendo à outra o papel de revisora.

Após apresentado, o projeto de lei é debatido e discutido nas comissões da casa legislativa. A comissão temática respectiva analisa o mérito do projeto, enquanto a comissão de Constituição e Justiça (CCJ) verifica os aspectos de compatibilidade entre a proposição e a Lei Fundamental. Rejeitado na CCJ, salvo recurso, o projeto será arquivado¹³¹. Aprovado, será enviado ao Plenário onde será discutido e votado. Tanto nas comissões como no Plenário, o projeto poderá sofrer emendas¹³² que busquem o seu aperfeiçoamento.

Aprovado o projeto, respeitando o respectivo quórum de votação (a regra é maioria simples, quando não estabelecido outro, a depender da espécie normativa em votação), este será enviado para a casa revisora (em regra, o Senado), onde também será apreciado pelas comissões e pelo Plenário. Confirmado, será enviado ao Presidente da República. Rejeitado, o projeto será arquivado e, como consequência, a matéria disciplinada nele só poderá ser objeto de nova propositura na próxima sessão legislativa, salvo o disposto no artigo 67¹³³ da Constituição.

Sofrendo alterações¹³⁴, o projeto será devolvido à casa iniciadora que deverá votar em turno único as modificações apresentadas (que não podem ser objeto de subemendas).

Plenário, ADI 400MC-DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio, Diário da Justiça do dia 08/02/1991, p. 00742.

¹³¹ Nos termos do art. 58, §2º, I da CRFB, as comissões podem aprovar projetos dispensando a análise do Plenário, todavia, esta faculdade não alcança inúmeras matérias, sendo, portanto, residual, disciplinada na forma dos art. 24, II do RICD e 91 do RISF.

¹³² As emendas podem ser na dicção do art. 118 do RICD: *supressivas*, quando retiram algum seguimento do projeto de lei; *aglutinativas*, é o ajuntamento, fusão de emendas diferentes; *substitutivas*, consiste na alteração substancial da proposição toda ou em parte; *modificativas*, altera a proposta sem, contudo, transformá-la substancialmente; *aditivas*, é a que acrescenta algo à proposta; *de redação*, que altera erros gramaticais, incorreções de técnica legislativa, ou qualquer outro defeito manifesto. Outra observação importante, diz respeito aos projetos de iniciativa do Presidente da República, estes, em regra, não podem sofrer emendas que acarretem aumento de despesa, salvo nos projetos das leis orçamentárias, nos termos do art. 166, §§3º e 4º da CRFB. Também, nos projetos que versem sobre organização administrativa da Câmara, do Senado, dos Tribunais Federais e do Ministério Público (CRFB, art. 63, II) não será permitido emenda objetivando aumento de despesa.

¹³³ Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.

¹³⁴ As emendas de redação, desde que não alterem o conteúdo do projeto, não têm o condão (como as demais

Aprovado, o projeto é encaminhado para o Poder Executivo; rejeitado, é arquivado. De modo que a “palavra final” cabe sempre à casa iniciadora.

Chegando ao Poder Executivo, inicia-se a fase de deliberação externa ou executiva, que consiste na sanção ou no veto do Presidente sobre a proposição aprovada pelo Legislativo. Aqui, como será observado *infra* (item 2.2.1), ocorre uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade de caráter eminentemente político.

A sanção nada mais é que a aquiescência, a concordância do Presidente com o projeto de lei que, cumprido esse requisito, deixa de ser projeto e passa a ser lei¹³⁵. Ela pode ser *expressa*, quando o chefe do Executivo de maneira deliberada exprime sua anuência ou; *tácita*, quando decorridos quinze dias úteis do recebimento do projeto, o Presidente restar silente.

Caso vislumbre ofensas à Constituição ou julgue inoportuno ou inconveniente o projeto, o Presidente possui a faculdade de vetá-lo. Este veto poderá ser *total*, quando atinja toda a proposição legislativa ou; *parcial*, recaindo sobre seguimentos da proposta, desde que estes constituam a integralidade do texto de artigo, inciso, parágrafo ou alínea, pois não é admitido que o veto parcial incida sobre palavra ou conjunto de palavras apenas. O veto é sempre expresso e deve ser motivado, contudo, pode ser superado pela manifestação do Congresso Nacional.

Após a sanção, tem início a fase complementar do processo legislativo que se resume à promulgação e publicação da lei. A promulgação é o atestado de existência da lei, a garantia de que esta, por integrar a ordem jurídica, deve ser observada¹³⁶. É ato de competência do Presidente da República, mas, em caso de sanção tácita ou rejeição do veto pelo Legislativo, se o chefe do Executivo não atuar, cabe ao Presidente do Senado Federal este dever, ou ao Vice-Presidente, se o primeiro não fizer (CRFB, art. 66, §7º).

A publicação é o ato que torna pública a novel legislação e é imprescindível para aferição da vigência desta. Estabelece a lei de introdução às normas do direito brasileiro que,

espécies de emendas) de devolver o processo para casa iniciadora, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Cf. STF, Plenário, ADI 3472MC-DF, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça do dia 24/06/2005, p. 00005.

¹³⁵ Antigamente, ainda sob a égide da Carta de 67/69, o STF entendia que a sanção convalidava o vício de iniciativa (Súmula 05), contudo, tal posicionamento foi abandonado já no longínquo ano de 1974, quando o Tribunal evoluiu seu posicionamento, firmando, doravante, que o vício de iniciativa não é suprido nem pela sanção presidencial. Cf. STF, Plenário, RP 890-GB, Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, Diário da Justiça do dia 07/06/1974, p. 03932.

¹³⁶ Ou, no dizer de Baracho: “(...) é o ato pelo qual o Executivo consolida a existência da lei, com objetivo de ordenar a sua aplicação”. In: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria geral do veto”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 21, nº. 83 (jul-set), 1984, p.163.

salvo disposição em contrário, a lei começa a vigorar no país 45 (quarenta e cinco) dias após oficialmente publicada e, nos Estados estrangeiros, quando admitida, se inicia três meses depois de publicada. Assim, conclui-se o processo de formação das leis no Brasil.

2.1.2 Atuação das comissões de Constituição e Justiça

Conforme se sabe, o Brasil é uma República Federativa, com um Parlamento bicameral, competindo à Câmara dos Deputados a representação da população e ao Senado Federal a representatividade dos Estados Membros (e do Distrito Federal). Por conseguinte, cada uma destas casas parlamentares possui sua organização disciplinada em regimento interno próprio, para além do regimento comum do Congresso Nacional (quando os dois órgãos reúnem-se conjuntamente).

Importante destacar, na esteira de Luís Roberto Barroso¹³⁷, que “(...) nos termos do art. 58 da Constituição, o Congresso nacional e cada uma de suas casas têm comissões permanentes, cujas atribuições vêm previstas no regimento interno ou no ato de sua criação”. Então, é imperioso frisar que a competência das comissões é matéria atinente ao regimento interno da casa legislativa, ou seja, o poder de exercer o controle preventivo de constitucionalidade outorgado às comissões de Constituição e Justiça decorre, *a priori*, não da Lei Fundamental, mas de norma regimental, que, por óbvio, goza de status inferior.

Assim, tanto o Senado como a Câmara dos Deputados possuem, em sua estrutura organizatória interna, uma comissão permanente de Constituição, Justiça (CCJ)¹³⁸. Obviamente, não constitui objetivo deste ensaio analisar, à exaustão e detidamente, as competências de cada comissão em separado. Antes, contudo, evidenciar os pontos em comum na atuação destas, notadamente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

As competências das comissões de Constituição e Justiça estão definidas nos artigos 32, IV¹³⁹ do Regimento Internos da Câmara dos Deputados (RICD), e 101¹⁴⁰ no Regimento

¹³⁷ BARROSO, op. cit., p.95, nota 10.

¹³⁸ Objetivando maior rigor didático, cumpre ressaltar que o nome oficial da comissão da Câmara dos Deputados é *Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania* (RICD, art. 32, IV), enquanto a do Senado denomina-se *Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania* (RISF, art. 101).

¹³⁹ Art. 32, IV- Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; (...).

¹⁴⁰ Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I- opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho

Interno do Senado Federal (RISF). Estas são as mais diversas possíveis, cabendo destacar, todavia, a obrigatoriedade de fiscalizar a constitucionalidade das matérias que lhes forem submetidas¹⁴¹.

Quanto à eficácia da manifestação da comissão que verifica a incompatibilidade de determinado projeto com a Constituição, dispõe o §1º do retromencionado artigo 101 do RISF que “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”.¹⁴²

Assim, fica patente desde logo a força do pronunciamento da comissão de Constituição e Justiça, pois quando esta entende por inconstitucional determinado projeto este é descartado. Contudo, há uma hipótese de superação desta regra, prevista no art. 254 do RISF, que é o recurso interposto por um décimo do Senado (quando não unânime o parecer da CCJ) requerendo a tramitação do projeto.

Vê-se que, por ser um controle eminentemente político – feito com base na constitucionalidade ou não de determinada matéria, mas existindo, inerente a este parâmetro, os aspectos subjetivos de conveniência e oportunidade políticos do legislador¹⁴³ –, ele é passível de enfrentamento pelos membros da casa legislativa que atuam, de igual maneira, politicamente. Por fim, reza o §2º do mesmo artigo 101 que quando se tratar de inconstitucionalidade parcial, a comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício.

De igual modo, acerca dos efeitos do parecer da comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, prevê o artigo 54¹⁴⁴ do RICD que este será terminativo, ou seja, por fim à tramitação do processo, quando constatada a inconstitucionalidade da matéria. Entretanto, à semelhança do previsto no RISF, da decisão da CCJ da Câmara cabe recurso para o Plenário da casa legislativa, nos termos dos artigos. 132, §2º; 137, § 2º; e 164, §2º, do

da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário.

¹⁴¹ Na definição de Moura Agra: “A Comissão de Constituição e Justiça, comissão permanente existente tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, formada pela composição das forças partidárias existentes no Congresso Nacional, tem a missão de analisar os projetos normativos e impedir o trâmite daqueles que são considerados inconstitucionais”. *In*: AGRA, op. cit., p.565, nota 124.

¹⁴² Art. 254. Quando os projetos receberem pareceres contrários, quanto ao mérito, serão tidos como rejeitados e arquivados definitivamente, salvo recurso de um décimo dos membros do Senado no sentido de sua tramitação.

¹⁴³ Dissertando sobre a análise feita pela CCJ, escreve Walber de Moura Agra que: “sua avaliação não é jurídica, mas decide sobre o controle de constitucionalidade dos projetos legislativos de acordo com preceitos políticos”. *In*: AGRA, loc. cit.

¹⁴⁴ Art. 54. Será terminativo o parecer: I – da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria.

regimento interno¹⁴⁵.

Também, não é despidendo anotar – embora a doutrina tradicional geralmente não faça menção ao assunto – os poderes outorgados pelo respectivo regimento aos presidentes das casas legislativas componentes do Congresso Nacional. O artigo 17 do RICD elenca as atribuições do Presidente da Câmara, dentre as quais está a possibilidade de devolver o projeto ao seu autor quando este versar sobre matéria evidentemente inconstitucional (art. 17, II, *e*); art. 137, §1º, II, *b*)¹⁴⁶.

Destarte, verifica-se que o chefe da casa representativa do povo possui o poder de rejeitar liminarmente, por vício de inconstitucionalidade, uma proposição a ele apresentada. Em verdade, esta rejeição consiste em uma devolução ao elaborador do projeto, todavia, desta decisão presidencial cabe recurso para o Plenário que é o órgão de deliberação máxima da casa baixa do Congresso Nacional, sempre se ouvindo, previamente, a comissão de Constituição e Justiça (art. 137, §2º).

Ainda no que atine à Câmara Federal, outra observação importante diz respeito aos projetos de lei de iniciativa popular apresentados. A Carta da República de 1988 afirma que a soberania do povo é exercida, dentre outras formas, pela iniciativa popular (CRFB, art. 14, III). Esta iniciativa consiste na elaboração de um projeto de lei que, desde que cumpridos determinados requisitos constitucionais, pode ser apresentado à Câmara dos Deputados. Segundo reza o artigo 61, §2º da Constituição Federal¹⁴⁷:

“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”.

¹⁴⁵ LENZA, op. cit., p.237, nota 127.

¹⁴⁶ Art. 17. São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: (...) II - quanto às proposições: (...) *e*) devolver ao Autor a proposição que incorra no disposto no § 1º do art. 137;

Art. 137. § 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que: (...) II - versar matéria: (...) *b*) evidentemente inconstitucional; § 2º Na hipótese do parágrafo anterior, poderá o Autor da proposição recorrer ao Plenário, no prazo de cinco sessões da publicação do despacho, ouvindo-se a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em igual prazo. Caso seja provido o recurso, a proposição voltará à Presidência para o devido trâmite.

¹⁴⁷ O excessivo rigor imposto pela Constituição Federal para o manejo do projeto de iniciativa popular, notadamente quanto ao número de subscrições exigidas, levou Manoel Gonçalves Ferreira Filho a alcinhar essa faculdade de exercício da soberania popular de “instituto decorativo”. *In*: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.203. Todavia, deve-se rememorar que esse instrumento logrou a aprovação de algumas leis, dentre elas a notória Lei Complementar nº. 135/2010, conhecida como “Lei Ficha Limpa”, que nasceu de um projeto de iniciativa popular, através de instituições da sociedade civil organizada, mas, foi encaminhada na Câmara por diversos deputados federais, de tal sorte que Pedro Lenza afirma que: “(...) puramente, não foi um projeto exclusivamente de iniciativa popular, mas, sim, teve ampla aceitação da sociedade”. *In*: LENZA, op. cit., p.503, nota 127.

Vê-se que as condições constitucionais estabelecidas são de natureza formal/procedimental. Assim, o incumprimento destas imposições dá azo à inconstitucionalidade da proposição apresentada. O regimento interno da casa prevê que o projeto será protocolizado perante a Secretaria-Geral da Mesa, que verificará se foram observadas as exigências constitucionais para sua apresentação (art. 252, V).

Aqui, há, em tese, mais uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, entretanto existe uma particularidade: primeiro, o secretário-geral não é membro do parlamento, mas servidor da Câmara, portanto nem legitimidade democrática teria para atuar nesta seara; segundo, não há descrito no RICD nenhuma consequência expressa para ser aplicada caso o exame dos requisitos formais previstos na Constituição verifique incompatibilidade entre o projeto apresentado e o procedimento preconizado na Lei Fundamental. Não há previsão nem mesmo qual a autoridade competente para negar seguimento ao projeto, apenas existe a obrigação do secretário-geral de proceder à análise dos pressupostos.

Percebe-se que não há clareza quanto à solução que deva ser adotada para o caso de descumprimento dos requisitos formais do projeto de iniciativa popular. Na tentativa de desvendar esta incongruência, fazem-se necessárias algumas observações. Inicialmente, dispõe o art. 252, IX do RICD que o projeto de iniciativa popular não será rejeitado liminarmente por erros de linguagem, lapsos ou imperfeições de técnica legislativa, cabendo à CCJ escoimá-lo dos vícios formais para sua regular tramitação. Assim, a *contrario sensu*, a interpretação que se extrai deste dispositivo regimental é a de que existem hipóteses de rejeição liminar.

Proximamente, o art. 252, VI do RICD prevê que o projeto de lei de iniciativa popular terá a mesma tramitação dos demais. De outra banda, assevera o artigo 17, II, *d*) que cabe ao Presidente da Câmara determinar o arquivamento ou desarquivamento das proposições nos termos regimentais. Não há, dentre as atribuições presidenciais, a possibilidade de rejeição liminar das proposições (salvo a devolução ao autor do projeto conforme visto acima).

Solução que, provavelmente, se revela consentânea com o espírito do regimento seria: ou a devolução ao primeiro signatário¹⁴⁸ do projeto, nos termos do art. 137, II, *b*), aplicado por simetria, para que se corrigisse o vício formal de inconstitucionalidade, ou; após a análise do secretário-geral, verificada a desconformidade do projeto com os requisitos procedimentais

¹⁴⁸ A sugestão de devolução para o primeiro signatário nasce da importância que o regimento confere a esta figura que, inclusive, pode fazer uso da palavra no Plenário da Câmara (transformado em Comissão Geral) para promover a defesa do projeto de lei. Cf. art. 252, VIII, RICD.

dispostos na Constituição, este encaminharia a proposição ao Presidente que, daria seguimento à tramitação da proposição (nos termos do art. 252, VI), remetendo-o à CCJ, e esta, por consequência, o arquivaria por vício de inconstitucionalidade.

São construções que partem da conjugação dos dispositivos elencados no regimento interno, na tentativa de encontrar uma solução, sem prejuízo da existência de outras mais abalizadas, igualmente formuladas a partir da interpretação regimental.

No tocante à casa alta do Congresso Nacional, goza o Presidente do Senado Federal – à semelhança de seu congênere da Câmara – da prerrogativa de obstar o seguimento das proposições contrárias (em sua ótica) à Constituição da República. O texto regimental¹⁴⁹, diferentemente do RICD, não utiliza a expressão “devolver” (para o autor), mas sim “impugnar”. Todavia, a consequência prática é parecida, pois, desta decisão é possível recorrer, sempre com a oitiva prévia da comissão de Constituição e Justiça, nunca é demasiado salientar.

2.1.3 Possibilidade do exercício do controle preventivo em sede de lei delegada

Outra forma de atuação do Poder Legislativo, no exercício de seu controle político de constitucionalidade é a faculdade que possui para sustar atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CRFB, art. 49, V)¹⁵⁰. Segundo Barroso¹⁵¹, “(...) ambas as hipóteses ensejam o controle de constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da legalidade, na eventualidade de vir a ser vulnerado por conduta abusiva do Chefe do Executivo”. A Constituição confere ao Presidente da República a competência para expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei (CRFB, art. 84, IV).

O controle efetuado pelo Legislativo é feito, em regra, *a posteriori*, ou seja, de maneira sucessiva¹⁵². Anna Ferraz¹⁵³ denomina esta modalidade de controle de “sinal trocado”, pois é

¹⁴⁹ Art. 48. Ao Presidente compete: (...) XI – impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou a este Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

¹⁵⁰ Esse poder, lembra Zeno Veloso, arrimado nas lições de Pinto Ferreira, é denominado *veto legislativo*. In: VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999, p.335.

¹⁵¹ BARROSO, op. cit., p.96, nota 10.

¹⁵² Observa Paulo Gustavo Gonet Branco que, na verificação posterior da lei delegada pelo Legislativo, “O Congresso, então, coteja a lei com o conteúdo da delegação, valendo-se de critérios jurídicos, e não de juízos sobre conveniência e oportunidade”. In: MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p.923, nota 127.

¹⁵³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 36, nº. 142 (mar-jun), 1999, p.290.

exercido pelo Congresso Nacional sobre atos do Presidente da República. Cumpre ressaltar que parte considerável da doutrina considera essa espécie de controle na verdade não um controle direto sobre a constitucionalidade do ato Executivo, mas um controle de legalidade, pois a análise se detém à medida que o decreto exacerbou os limites da lei¹⁵⁴. A inconstitucionalidade, neste caso, ocorreria de maneira indireta, pois o decreto (ou a lei delegada) afrontaria em primeiro lugar a lei (ou a resolução do Congresso que autorizou a delegação) e, de maneira mediata, a Constituição¹⁵⁵.

Contudo, lembra Gilmar Mendes¹⁵⁶, arrimado no escólio de Geraldo Ataliba, que, ao menos, no que tange aos direitos fundamentais, máxime o princípio da reserva legal (CRFB, art. 5º, II¹⁵⁷), a ilegalidade de um regulamento, em verdade, equivale a uma inconstitucionalidade, pois “(...) a legalidade das normas secundárias expressa princípio do Direito Constitucional objetivo”. Caso contrário, aconteceria uma profunda dissociação em relação à obrigatoriedade que possui a Administração Pública de observar a Constituição, na medida em que esta, ao seu alvedrio, poderia editar atos regulamentares contrários aos direitos fundamentais e em desobediência ao princípio da legalidade.

¹⁵⁴ LENZA, op. cit., p.242, nota 127. Tem-se, da pena de Anna Ferraz, a seguinte observação: “É certo que nem sempre configurará essa apreciação do Congresso Nacional controle de constitucionalidade, porquanto em razão da amplitude do texto constitucional, tal controle poderá, também, incidir no mérito do projeto de lei delegada ou configurar simplesmente um controle de legalidade. Mas a inferência mais evidente que se retira da disciplina constitucional é que a rejeição do projeto de lei delegada se fará por ‘excesso de delegação’ ou pelo abuso ou mau uso que o Presidente da República faz da delegação que recebe, o que resulta, em última análise, em infração das normas constitucionais de distribuição de competências entre poderes”. In: FERRAZ, op. cit., p.290, nota 153.

¹⁵⁵ Importante destacar, no tocante ao controle concreto de constitucionalidade, que o Supremo Tribunal Federal, em regra, tem entendido que, para efeitos de manejo do recurso extraordinário, a violação à Constituição deve ser direta e frontal. Cf. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: CABIMENTO. OFENSA A CONSTITUIÇÃO: OFENSA DIRETA. I. - *A ofensa a Constituição, que autoriza o recurso extraordinário, é a ofensa frontal e direta. Se, para provar a contrariedade a Constituição, tem-se, antes, de demonstrar a ofensa a lei ordinária, é esta que conta para admissibilidade do recurso (...)*. In: BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, T2 - Segunda Turma, RE 119.236-SP, Relator: Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça do dia 05/03/1993, p. 02899.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p.300. Vale ressaltar que o mencionado autor produz várias críticas a esta competência do legislativo: “Deve-se registrar que, salvo melhor juízo, esse instituto não se mostra apto a propiciar um efetivo instrumento de controle contra abusos perpetrados pelo Executivo no exercício do Poder Regulamentar. Já a dificuldade de colher maiorias nas Casas parlamentares para lograr uma decisão clara sobre a legitimidade do ato normativo questionado demonstra a insuficiência desse instituto como instrumento de aferição de legitimidade do ato normativo”. O ilustre professor chega ao ponto de sugerir uma espécie de controle judicial dos regulamentos: “Assim, poder-se-ia cogitar da criação de instituto especial, nos moldes estabelecidos pelo art. 139 da Constituição austríaca, conferindo também o controle abstrato da legitimidade dos atos regulamentares ao Supremo Tribunal Federal, mediante iniciativa de órgãos do Poder Legislativo (eventualmente, as mesas da Câmara e do Senado Federal) e do Procurador-Geral da República”. In: *Ibid*, pp.299-301.

¹⁵⁷ Cf. nota 125.

Mas, se a faculdade parlamentar de sustar decretos regulamentares ou leis delegadas é fruto de um controle político sucessivo exercido pelo Legislativo, por que tomar lugar neste tópico? A Constituição brasileira, ao estabelecer a disciplina das leis delegadas (CRFB, art. 68¹⁵⁸), dispõe que a resolução do Congresso Nacional – que especifica o conteúdo e os termos da delegação conferida ao Executivo para legislar – poderá determinar a apreciação do projeto de lei delegada pelo Poder Legislativo. Nesta faculdade reside mais uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade (ou legalidade) a cargo dos parlamentares, pois a análise é efetuada na fase do projeto, ou seja, enquanto ainda não há lei propriamente dita. Destaca Anna Ferraz¹⁵⁹ que:

“(…) a decisão do Congresso Nacional, rejeitando projeto de lei delegada, aborta o nascimento da legislação delegada. Não há recurso contra essa decisão do Poder Legislativo, de tal sorte que esse controle, que não está sujeito a prazo, é definitivo e insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade”.

Uma outra possibilidade de controle *a priori* assinalada pela mencionada autora diz respeito à participação do Parlamento em iniciativas exclusivas do Presidente da República, decorrente do princípio da separação dos poderes e seus *checks and balances*. Quando a Constituição atribui ao Senado, por exemplo, a competência para aprovar nomes indicados pelo chefe do Executivo para cargos tipicamente administrativos, como presidente e diretores do Banco Central (CRFB, art. 52, III), ou quando cuida de deixar sob responsabilidade do Congresso a aprovação ou autorização de certos atos presidenciais (CRFB, art. 49) – como autorizar o estado de defesa ou aprovar declaração de guerra –, em sua visão, a interferência de um poder constituído em outro para mediar o exercício de funções típicas deste, configurar-se-ia exercício do controle prévio da constitucionalidade das medidas deste órgão de soberania¹⁶⁰.

Todavia, a percepção doutrinária é omissa em contar essa hipótese como figurante das possibilidades de controle preventivo de constitucionalidade, talvez por ser de um esforço interpretativo hercúleo a aceitação desta tese, pois tais atividades nada mais são que o exercício do jogo democrático entre os poderes constituídos. Contudo, por dever de fidelidade à pesquisa elaborada, deve-se fazer constar esse ponto de vista, ainda que não ressonante na

¹⁵⁸ Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...) § 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício. § 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

¹⁵⁹ FERRAZ, op. cit., p.290, nota 153.

¹⁶⁰ *Ibid*, pp.290-291.

doutrina majoritária.

2.2 Controle preventivo realizado pelo Poder Executivo

Como visto, segundo o regime constitucional do processo de formação das leis, o Presidente da República possui parcela de extrema importância quanto à decisão de ingresso ou não do novo ato normativo no do ordenamento jurídico vigente. Essa atuação executiva, que ocorre na fase de deliberação externa (*v.supra*, item 2.1.1), se dá precisamente através do instituto do veto, instrumento de suma importância no organograma de divisão dos poderes e detentor de especial relevância no que diz respeito ao controle *a priori* da constitucionalidade.

2.2.1 O Veto

O veto é um instrumento antiquíssimo na tradição jurídica ocidental que consiste na “(...) faculdade atribuída a poder diverso daquele que detém a incumbência de exercer a atividade legiferante, de obstar a transformação de um projeto de lei em lei propriamente dita”¹⁶¹. Ou, nos moldes delineados pelo constituinte brasileiro, na recusa (total ou parcial) manifestada pelo chefe do Executivo sobre determinado projeto de lei¹⁶².

A origem deste instituto, segundo Rômulo Barreto¹⁶³, na esteira dos ensinamentos de Mário Casasanta, remonta à Roma antiga. As magistraturas romanas tomavam suas decisões por unanimidade, mas cada um de seus membros possuía direito ao “*intercessio*”, que consistia no direito a um voto contrário que obstava, por conseguinte, a decisão. Passa pela Idade Média, onde é acolhido na Inglaterra, por ocasião da Magna Carta de 1215, perdurando (com idas e vindas) até 1707, durante o reinado da rainha Ana. Desde então, com a ascensão e fortalecimento do regime parlamentar (o gabinete passou a possuir quase que exclusivamente a iniciativa dos projetos de lei), o veto não foi mais utilizado. No fim do século XVIII reaparece na Constituição dos Estados Unidos e na Europa Continental.

No Brasil, todas as Constituições trouxeram, embora com diferentes configurações, a figura do veto. A Carta de 1824, adotando a inteligência da Constituição Francesa de 1791,

¹⁶¹ HETSPER, Rafael Vargas. “O poder do veto no ordenamento jurídico brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 49, nº. 193 (jan-mar), 2012, p.218.

¹⁶² ROSA, Mauro Andrade. “O veto nos estados presidencialistas: algumas reflexões sobre o veto no Brasil e nos Estados Unidos”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 23, nº. 89 (jan-mar), 1986, p.145.

¹⁶³ BARRETO, Rômulo Paes. “O veto nas repúblicas presidencialistas”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 26, nº. 103 (jul-set), 1989, p.48.

dispunha, em seu artigo 64, sobre a “recusa de consentimento” do Imperador sobre o projeto de lei advindo do Legislativo. Lembra Mauro Rosa¹⁶⁴ que esse instituto só foi utilizado uma única vez durante todo o período imperial. A Constituição de 1891, em sua redação original, reconhecia apenas o poder de “negar sanção” a projeto enviado ao Presidente, que poderia ser superado por dois terços dos membros das casas legislativas.

A Emenda nº. 3/1926 modificou o artigo 37, §1º da Carta Republicana para passar a contemplar na legislação brasileira o denominado veto parcial, que, junto com o veto total, poderia ser exercido pelo chefe do Executivo no prazo de dez dias do recebimento do projeto. Na Constituição de 1934 (art. 45, §§ 1,2 e 3) foi alterado o quórum para superação do veto pelo Legislativo, que passou a ser a maioria absoluta (em votação secreta) e estabeleceu-se o prazo de trinta dias para Câmara dos Deputados apreciar o veto¹⁶⁵.

A Carta do Estado Novo de 1937 (art. 66, §§ 1,2 e 3) dilatou o prazo para análise do projeto pelo Presidente de dez para trinta dias e instituiu um processo de votação nominal (retrocedendo em relação à Constituição anterior que estabelecia o voto secreto), com o quórum de dois terços para superar o veto.

A Constituição democrática de 1946, com alterações promovidas pela Emenda nº. 17/1965 (art. 70, §§ 1,2 e 3), reduziu o prazo para apreciação presidencial, retornando para os dez dias (tal como em 1891 e 1934), estabeleceu que o veto parcial só poderia ser apostado sobre segmentos completos de artigo, parágrafo, inciso ou alínea, e dispôs que o Congresso se reuniria em sessão conjunta para conhecer do veto (antes, o veto era remetido à casa iniciadora do projeto).

A Carta de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 1/1969 (art. 59, §§ 1,2 e 3) aumentou o prazo para apreciação do veto pelo chefe do Executivo de dez para quinze dias. A votação – que em 1946 e 1967 (antes da EC 1/1969) era secreta – passou a ser pública, no prazo de quarenta e cinco dias; o quórum foi alargado para dois terços dos membros de cada casa legislativa (na anterior era de dois terços dos membros presentes à sessão conjunta do Congresso) e; modificou-se, novamente, a abrangência do veto parcial para permitir a supressão de palavras isoladas.

¹⁶⁴ Apenas Dom Pedro I manejou esse instrumento. Durante o reinado de D. Pedro II, não há registro da utilização da “recusa de consentimento”. ROSA, op. cit., p.157, nota 162; Cf. BARRETO, op. cit., p.50, nota 163.

¹⁶⁵ Observa Rômulo Paes Barreto: “O que houve realmente de novo foi a fixação do prazo de 30 dias para reexame pela Câmara. Na Constituição de 1891, por exemplo, inúmeros projetos vetados ficavam paralisados porque não se previa qualquer medida para o seu andamento”. *In: Ibid*, p.52.

A atual Constituição restabeleceu a restrição ao alcance do veto parcial, manteve o prazo de quinze dias para manifestação presidencial, alterou o quórum para maioria absoluta e, na redação original, previa a votação secreta. Entretanto, a recentíssima Emenda Constitucional nº. 76/2013 alterou o § 4º do artigo 66, suprimindo a expressão “em escrutínio secreto” consignada originalmente, de modo que, atualmente, no Brasil a apreciação do veto é feita de forma pública, enfraquecendo, sobremaneira, as prerrogativas parlamentares, dentre elas a independência na condução do mandato eletivo¹⁶⁶.

O veto foi concebido originariamente como um instrumento de limitação do Poder Legislativo a ser utilizado pelo Executivo, dentro da concepção clássica de separação dos poderes. Assim, gozaria o veto de um cariz negativo, de mecanismo de defesa do Executivo. Em sua histórica obra, Montesquieu¹⁶⁷ assentou que:

“(…) se o poder executivo não tem o poder de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes. (...) O poder executivo deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas. Mas, se o poder legislativo participar da execução, o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca participasse da legislação pela faculdade de estatuir, não mais haveria liberdade. Porém, como é preciso que ele participe da legislação para se defender, cumpre que ele aí tome parte pela sua faculdade de impedir”.

¹⁶⁶ A Emenda Constitucional nº. 76, de 28 de novembro de 2013, surgiu no contexto de resgate da moralização dos poderes públicos. O então Deputado Federal Natan Donadon teve sua prisão decretada pelo Supremo Tribunal Federal, pois foi condenado pelos crimes de peculato e formação de quadrilha. Contudo, a Câmara dos Deputados, em votação secreta, resolveu manter o mandato do parlamentar, pois o quórum necessário para cassação do mandato eletivo não foi atingido (maioria absoluta). Tal fato gerou uma indignação sem precedente na sociedade brasileira, pois a Câmara, ao fazer valer o “espírito corporativo” ao invés de primar pela moralidade, estabeleceu a figura do “deputado presidiário”, situação inédita no país. Essa excrecência constituiu objeto das mais diversas manifestações da mídia e da população, de tal sorte que a retumbante pressão social deu azo a uma discussão sobre o fim do voto secreto no Legislativo. Os mais exaltados pregavam o término do escrutínio secreto para todos os casos previstos na Constituição, inclusive as indicações de autoridades (Ministros de Tribunais Superiores, chefes de missão diplomática, etc.). Todavia, o consenso acordado no Congresso foi a extinção do voto secreto para cassação de mandato eletivo e, surpreendentemente, a apreciação dos vetos apostos pelo Executivo. Indubitavelmente, o Congresso, por iniciativa própria, foi cerceado em seu direito de legislar, pois, a apreciação pública dos vetos tolhe a liberdade do parlamentar, especialmente em um regime de coalizção partidária como o brasileiro. A título de ilustração, conforme à digressão histórica do instituto do veto narrada acima, apenas as Constituições autoritárias de 1937 e 1967/69 trouxeram semelhante disposição. Essa infeliz decisão do constituinte derivado não é compatível com a democracia, mas própria de regimes de exceção, como ilustra a própria história constitucional brasileira.

¹⁶⁷ A redação deste trecho foi extraída da citação constante no artigo de Marco Antônio Striquer Soares, esta opção foi escolhida, pois a tradução mais se adequa aos fins deste trabalho, notadamente no que diz respeito ao emprego do vocábulo “veto” e do verbo “vetar”. Todavia, o clássico livro do Barão de Montesquieu foi utilizado na pesquisa. In: SOARES, Marco Antônio Striquer. “O veto: controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário?”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 40, nº. 159 (jul-set), 2003, p.245. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. trad: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp.173-175.

Todavia, esta era uma concepção lastreada no modelo do estado liberal, em que o Executivo possuía poucas atribuições. Com o surgimento do estado social, a atuação deste poder foi alargada, passando o veto a ser concebido, também, como instrumento de atuação do Presidente da República na condução dos negócios do Estado. Assim, não ficou o veto jungido apenas à ideia de defesa, de natureza negativa, mas de instituto que assume feições de matriz positiva, contribuindo para o desenvolvimento da agenda governamental¹⁶⁸.

O veto é um ato inserido no processo legislativo, cuja natureza jurídica, ainda hoje, constitui ponto de dissenso doutrinário. Alguns autores entendem tratar-se de um poder, outros de um poder-dever, e há quem defenda que consiste em um direito do Presidente da República¹⁶⁹.

O veto pode ser classificado: *a)* quanto à forma, dividindo-se em: *i) explícito*, quando devidamente motivado e; *ii) tácito*, quando o silêncio presidencial importar em veto (ao invés de sanção); *b)* quanto à extensão: *i) absoluto*, quando a manifestação do Executivo não pode ser revista pelo Legislativo; *ii) limitado*, quando o Presidente apenas paralisa o trâmite do projeto, até decisão final do Parlamento.

Este veto limitado, por sua vez, pode ser: *ii.1) suspensivo*¹⁷⁰, que é o veto clássico, criado pela Constituição Francesa de 1791, onde o Executivo devolve o projeto para nova apreciação do Legislativo (originalmente, a deliberação ocorria na nova legislatura); *ii.2) qualificado*, consiste no veto suspensivo que exige quórum diferenciado para superar a manifestação contrária do Presidente, podendo ser: *ii.2.1) total*, quando abarca todo o projeto de lei; *ii.2.2) parcial*, aqui a incidência dá-se apenas sobre partes da proposição.

Permanecendo no universo do veto limitado, tem-se o: *ii.3) reenvio*¹⁷¹, que consiste no pedido do chefe de Estado ao Legislativo pugnando por uma nova deliberação, este difere

¹⁶⁸ Crava Marco Antônio Soares que: “O veto deixou de ser apenas um instrumento de limitação do Poder Legislativo e passou a ser um instrumento de atuação positiva do Presidente da república na condução dos negócios do Estado, o veto fortaleceu enormemente a atuação do chefe do Executivo nos nossos dias”. In: SOARES, op. cit., p.246, nota 167.

¹⁶⁹ Interessante compilação faz Alexandre de Moraes que elenca os autores que entendem que o veto é: a) *poder*: Oswaldo Trigueiro, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Antonio Amorth; b) *poder-dever*: Pontes de Miranda, Bernard Schwartz; c) *direito*: Pinto Ferreira, Alcino Pinto Falcão, Georges Burdeau, Joseph Barthélemy, Manuel Garcia Pelayo. In: MORAES, op. cit., p.685, nota 126.

¹⁷⁰ Observa Norma Martins que o veto suspensivo introduzido na Constituição Francesa de 1791 “(...) foi recebido com violenta repulsa pela opinião pública. Isto se deu, principalmente, pelo fato de indivíduos sem escrúpulos explorarem as massas, arrastando-as a uma atividade revolucionária, imbuídas de falsas ideias. Maurice Maier afirma que “o veto suspensivo foi uma dessas ideias, ativas e perigosas, que determinaram a queda de Louis XVI”. In: MARTINS, Norma Izabel Ribeiro. “Veto”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 3, n.º 9 (mar), 1966, p.166.

¹⁷¹ A expressão *reenvio* aqui, dentro da classificação de veto proposta por Mauro Rosa, significa a faculdade do

do veto suspensivo, pois não está condicionado a uma nova legislatura, e aparta-se do veto qualificado, na medida em que não se exige quórum especial (previsto, por exemplo, no art. 10º da Constituição francesa de 1958).

Ainda quanto à extensão, poderá o veto ser: *iii) translativo*, em que a palavra final sobre o veto é transferida a outro ente. Esta espécie de veto pode ser subdividida em: *iii.1)* veto translativo *popular*, quando o povo, através do referendo, tem a incumbência de ratificar as leis do parlamento (tal como previa a Constituição de Weimar de 1919) e; *iii.2)* veto translativo *oligárquico*, quando o ente detentor da “palavra final” for um órgão não representativo (o exemplo, segundo Mauro Rosa¹⁷², é exercício do controle *a priori* de constitucionalidade realizado pelo *Conseil Constitutionnel*).

No Brasil, o regime constitucional do veto é tratado no artigo 66 da Lei Fundamental. O chefe do Executivo, por razões de inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, pode apor veto sobre projeto de lei. Se assim proceder, deve comunicar ao Presidente do Senado, no prazo de 48 horas, o motivo que o levou a rejeitar o projeto. Recebido o veto no Congresso, será posto em votação em até trinta dias, será apreciado em sessão conjunta do Congresso Nacional, só sendo possível superá-lo pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores em sessão aberta (*v.supra*, nota 166).

Se não apreciado nos trinta dias, o veto entrará na pauta da próxima sessão, sobrestando as demais proposições (exceto aquelas que possuem prazo constitucional a ser observado). Mantido o veto, a lei é enviada ao Presidente para promulgação; se este assim não proceder em até 48 horas, cabe ao Presidente do Senado promulgá-la, e, se em igual prazo não fizer, a atribuição transfere-se para o Vice-Presidente do Senado.

O veto, na disciplina constitucional brasileira, é sempre *motivado*¹⁷³. Assim, por consequência, deve ser *escrito*, pois a explicitação dos motivos da rejeição se faz na comunicação enviada ao Presidente do Senado. Além do mais, é *relativo*, pois pode ser superado pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Também, é *irretratável*, posto que uma vez encaminhado seus motivos ao Presidente do Senado, o Presidente da República não pode retratar-se.

Presidente de solicitar uma nova deliberação do Parlamento quando discordar da matéria. Não se confunde com o reenvio existente no processo de fiscalização prévia em Portugal que é uma das consequências da pronúncia pela inconstitucionalidade (*v.infra*, item 3.1).

¹⁷² ROSA, op. cit., pp.148-156, nota 162.

¹⁷³ Segundo Pedro Lenza, a ausência de motivação é um vício tão grave que leva à inexistência do veto, assim, “o veto sem motivação expressa produzirá os mesmos efeitos da sanção (tácita)”. *In*: LENZA, op. cit., p.521, nota 127.

Ainda, o veto é sempre *supressivo*, não servindo de sucedâneo de emenda para alterar ou acrescentar disposições ao projeto de lei. Como já explicitado, o veto pode ser *total*, quando incidir sobre toda a proposição, ou *parcial*¹⁷⁴ que, nos termos do artigo 66,§2º da CRFB, só poderá incidir texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea.

Uma última observação acerca do instituto do veto diz respeito aos fundamentos ensejadores de seu manejo: a inconstitucionalidade (veto jurídico) e a contrariedade ao interesse público (veto político). A rejeição de um projeto de lei pelo Presidente da República, por motivo de incompatibilidade com a Constituição, consiste em verdadeiro controle político de constitucionalidade.

Apesar de atribuir precipuamente ao STF a função de seu guardião (art. 102), a Lei Fundamental também dispõe que compete à União (junto com os demais entes federativos) zelar por sua guarda (CRFB, art. 23, I). Nesse âmbito, o chefe do Poder Executivo, como autoridade maior da União, tem por incumbência fazer valer as disposições constitucionais¹⁷⁵.

Embora possua essa prerrogativa, é de se salientar que o juízo presidencial feito sobre o projeto de lei posto à sua apreciação está sujeito a suas convicções e valorações de natureza

¹⁷⁴ Como anotado alhures, o veto parcial foi introduzido na Constituição de 1891 pela Emenda Constitucional nº. 3/1926, contudo importante destacar o contexto social que levou essa espécie de veto a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Ele é fruto das ideias sempre abalizadas de Rui Barbosa – considerado por muitos o maior de todos os juristas pátrios – que combatia, com suas ideias reformistas, a existência das chamadas caudas orçamentárias. Estas eram emendas realizadas às leis orçamentárias, geralmente criando despesas vultosas para o Executivo, todavia, como só poderia vetar o projeto inteiro, o Presidente tinha de “engolir” esse artifício parlamentar, sob pena de desgaste político. Em 1922, por exemplo, o Presidente Epitácio Pessoa, por discordar das referidas caudas, vetou, por inteiro o projeto de lei orçamentária. Assim, na lição de Mauro Rosa, a criação do veto parcial “(...) objetiva atender a uma necessidade universalmente sentida, que era a de dar ao Executivo os meios para arrancar dos tetos legislativos, os famosos **pingentes** ou **caudas** que eram acrescentados maliciosamente durante o debate parlamentar. Esses **riders**, assim chamados pelos norte-americanos, eram disposições estranhas ao texto em elaboração, quase sempre nos projetos de lei orçamentárias que, obrigatoriamente, tinham de ser sancionados pelo Presidente, se não pretendesse fulminar todo o projeto. O Presidente, sem o veto parcial, encontrava-se desarmado diante dos **riders** que constituem uma forma sutil de chantagem política”. In: ROSA, op. cit., p.48-152, nota 162. Também, Cf. BARRETO, op. cit., pp.50-52, nota 163. Entretanto, como prova do caráter dinâmico do direito e das relações sociais, atualmente, parte da doutrina tece críticas ferinas à utilização do veto parcial pelo Executivo: “É o veto um instrumento de controle da ação parlamentar. No entanto, a prática tem demonstrado utilização diversa, principalmente quando se trata do veto parcial, o que transforma esse Instituto em instrumento do Presidente da República para exercer a função legislativa, o que configura não apenas um abuso, mas uma interferência do Poder Executivo nas funções exclusivas do Poder Legislativo (...). O veto parcial abre espaço para abuso ainda maior por parte do Poder Executivo, pois apenas parte do Projeto de Lei se transforma em norma legal, não raras vezes com espírito ou caráter claramente antagônico à proposição desejada pelo Legislativo. Isso é uma demonstração clara da vontade de legislar do Executivo”. In: SILVA, Jonas Barbosa da. *O veto presidencial no Brasil*. Trabalho Final em Curso de Especialização. Universidade do Legislativo Brasileiro, 2009, p.63. Por fim, registre-se a lapidar frase de Therezinha Lúcia Ferreira Cunha, cunhada no já distante ano de 1981: “A finalidade do veto parcial é evitar abusos por parte do legislador. Entretanto, no Brasil, veio a permitir abusos por parte do Executivo”, In: CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. “Veto e técnica legislativa”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 18, nº. 72 (out-dez), 1981, p.63.

¹⁷⁵ Aponta Zeno Veloso que: “Ao vetar projeto de lei sob o argumento de que ele conflita com a Carta Magna, assume o Presidente da República, sem dúvida, papel de guardião da Constituição, exercendo um controle preventivo de constitucionalidade”. In: VELOSO, op. cit., p.333, nota 150.

pessoal, e sua decisão, que aferirá a adequação ou não da proposição à Constituição, sofrerá, sempre, deste viés ideológico¹⁷⁶.

Então, é salutar que o veto – especialmente por motivo de inconstitucionalidade – seja utilizado com parcimônia e prudência, para não comprometer o desenvolvimento constitucional com questiúnculas menores de cunho eminentemente privado. Outrossim, para fazer valer sua vontade na condução dos negócios do Estado, o Presidente sempre terá o veto político a sua disposição.

Por mencionar o veto político, é de bom alvitre ressaltar que, hodiernamente, o Executivo utiliza-se dele para impor sua agenda, pois ele tem servido para “(...) adequar a produção legislativa ao programa de governo proposto pelo Executivo”¹⁷⁷. Muitas vezes o Presidente se funda em razões de interesse público para justificar a inconveniência ou inoportunidade de determinada proposta de lei e, conseqüentemente, apor o veto. Porém, a prática vem demonstrando que, não raro, os alegados motivos de interesse público em verdade são os motivos personalíssimos do próprio chefe do Executivo¹⁷⁸.

Com essas observações, é possível afirmar que o veto consiste em um importante instrumento de controle de constitucionalidade no Brasil, que traz um harmonioso “diálogo” entre os poderes da República (mormente o Executivo e o Legislativo), arejando estes e contribuindo para o desenvolvimento da incipiente democracia brasileira. Todavia, tal como delineado, talvez este tão destacado instituto não se mostre, por si só, suficiente para atender a contento às necessidades do procedimento brasileiro de formação de leis.

Seria de se cogitar algumas mudanças em sua configuração, nomeadamente no que diz respeito às balizas reitoras do veto por inconstitucionalidade, sobretudo no que atine à faculdade presidencial de fazer uso desta modalidade de veto sem a obrigação de realizar um razoamento jurídico e vinculado – pois, no fundo, o PR ao manejar este instrumento, efetua uma análise discricionária, fundada em razões de conveniência e oportunidade, tal como ocorre no veto político – sobre a matéria objeto do juízo de inconstitucionalidade (*v.infra*, conclusão).

¹⁷⁶ Neste diapasão, Walber de Moura Agra assim se manifesta: “Nesse caso, não se pode exigir do Presidente da República subsídios doutrinários que alicercem sua decisão sob perfil estritamente jurídico – seus interesses de conveniência e oportunidade preponderam em relação aos seus fundamentos jurídicos. O controle político de constitucionalidade permite incorporar à jurisdição constitucional parâmetros extradogmáticos de interpretação”. *In: Agra*, op. cit., p.564, nota 124.

¹⁷⁷ SOARES, op. cit., p.247, nota 167.

¹⁷⁸ Assevera Marcos Soares que: “O veto por interesse público, nesse ambiente, muito além de controlar os excessos do Legislativo, serve para ajustar a produção legislativa ao programa de governo proposto pelo Presidente”. *In: Ibid.*

2.3 Controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário

Nesta seara o que menos existem são certezas. Por não haver previsão expressa na Constituição ou em nenhuma outra espécie normativa federal, a possibilidade de o Poder Judiciário controlar os atos emanados dos outros poderes, de maneira prévia, ou seja, antes de transformarem-se em lei e passarem a integrar o ordenamento jurídico, dotados de vigência e produzindo efeitos, é, indubitavelmente, um ponto sensível no seio doutrinário.

A questão da permissão desta atuação sem previsão está umbilicalmente ligada às problemáticas da separação de poderes, da legitimidade democrática do Judiciário, do ativismo judicial – na perspectiva de usurpação ilegítima das funções constitucionalmente estabelecidas a um poder constituído por outro diverso –, e a tantas outras que, ainda atualmente, causam o despertar de paixões e a promoção de embates entre os pensadores contemporâneos.

Não obstante a existência desta celeuma, esta falta de pacificação, o STF vem, quando provocada sua jurisdição, construindo e estabelecendo as bases da atuação judiciária em sede de controle de constitucionalidade preventivo dos atos produzidos pelos outros poderes da República, ainda não dotados de força normativa.

2.3.1 Possibilidade de controle judicial do veto

Esta temática além de controversa não encontra muito amparo nas divagações doutrinárias, mas já mereceu tratamento do Supremo Tribunal Federal. Conforme oportunamente consignado, o veto jurídico deve ser utilizado com temperança, em decorrência da observância devida pelo Presidente da República à Constituição. Todavia, mesmo se houver situações em que se constate o uso abusivo deste instrumento, alguém lembrará que, para coibir esse excesso, é atribuição do Legislativo analisar os motivos da rejeição presidencial e, eventualmente, superá-la, controlando, deste modo, a atuação do PR.

Gilmar Mendes¹⁷⁹ nega validade a esta tese, pois, em sua opinião, ela “(...) admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência”, relativizando “de forma inaceitável” a vinculação dos poderes à Lei Fundamental. Sua crítica continua no que atine à análise do veto pelo

¹⁷⁹ MENDES, op. cit., p.297, nota 156.

Congresso, afirmando que a ausência da maioria exigida para derrubada do veto, calcada em motivações eminentemente políticas, acarretará a manutenção do veto, mesmo que fundado em “razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada”.

Neste cenário, questiona-se a possibilidade de utilização da via judicial para controlar o fundamento invocado nas razões do veto. Segundo Mendes¹⁸⁰, “(...) em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia”. Sugere o professor que o instrumento processual adequado para o exercício deste controle seria o mandado de segurança, pois o STF tem admitido sua utilização para dirimir conflitos entre poderes.

Na mesma esteira caminha Luís Roberto Barroso¹⁸¹, observando que devido à obrigatoriedade que possui o Presidente da República de obedecer à Constituição quando da elaboração de seus atos, “(...) representantes da maioria que aprovou o projeto deveriam ter reconhecido a possibilidade de suscitar a controvérsia”.

Marco Antônio Soares¹⁸² também levanta a questão. Primeiramente, lembra que o STF já afirmou que a aposição tardia do veto (decorridos mais de quinze dias) convalida a lei, ou seja, torna nulo o veto. Depois, traz à colação o seguinte problema: se o veto não é motivado, por conseguinte, inexistente – pois a motivação é condição obrigatória de existência –, e o Congresso decide pela manutenção do mesmo (situação extrema em que o Legislativo estaria totalmente subjugado pelo Executivo), quem deve declarar a inexistência do ato presidencial? Afirma o autor¹⁸³ que:

“O fundamento do veto proporciona o debate político, debate que extrapola as paredes do Congresso, com repercussão social. Mesmo considerando que o projeto de lei volta para manifestação do chefe do Executivo, é preciso declará-lo nulo (...)”, assim, conclui ele: “(...) podemos dizer que toda afronta manifesta ao princípio da legalidade (no caso, de uma inconstitucionalidade manifesta) contida no veto deve ter como consequência a declaração de nulidade pelo Poder Judiciário”.

Por fim, adverte que esta atuação judicante deve ser excepcional e não regra (como excepcional é o exemplo!). Contudo, não obstante essas concepções recentes, a doutrina

¹⁸⁰ MENDES, op. cit., p.297, nota 156.

¹⁸¹ BARROSO, op. cit., p.91, nota 10.

¹⁸² SOARES, op. cit., pp.249-250, nota 167.

¹⁸³ *Ibid*, p.250.

clássica ainda se prende à ideia de que a faculdade atribuída ao Presidente para vetar projetos de lei é um ato político discricionário e, por isso mesmo, não passível de controle pelo Poder Judiciário, sendo o Legislativo a instância competente para analisar as razões da rejeição presidencial¹⁸⁴.

Entendimento este partilhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da questão de ordem na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 1, o STF¹⁸⁵ manifestou-se nos seguintes termos:

“No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público" (...). Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado”.

Com esta decisão, o STF firma a linha mestra de seu pensamento no que diz respeito ao controle judicial do veto. Entretanto, em decisão monocrática, na apreciação da ADPF nº. 45, apesar de julgada prejudicada em decorrência das peculiaridades do caso, o Ministro Celso de Mello fez observações (a título de *obiter dictum*) que vão de encontro à posição chancelada pelo Plenário do Tribunal.

A ação foi intentada contra veto do Presidente da República que, no entender do demandante, desrespeitou o preceito constitucional que garante aplicação de recursos mínimos na área de saúde. Em uma substanciosa decisão, o Ministro faz digressões importantes, dignas de registro¹⁸⁶:

“(…) não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como *instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas*, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando

¹⁸⁴ BARACHO, op. cit., pp.141-214, nota 136.

¹⁸⁵ STF, Plenário, ADPF 1QO-RJ, Relator: Ministro Néri da Silveira, Diário da Justiça do dia 07/11/2003, p. 00082.

¹⁸⁶ STF, ADPF 45MC-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 04/05/2004, p. 00191.

inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, *a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte*, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais (...) sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (...). Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional”.

Assim, admitiu o Ministro a possibilidade da apreciação de vetos presidenciais quando estes contrariarem o estabelecido na Constituição. Todavia, como já ressaltado, a decisão não teve efeito prático algum, pois a ação foi julgada prejudicada. Mas, a posição ainda em voga, fruto da manifestação do Pleno, é em sentido contrário à esposada nessa decisão monocrática pelo Ministro Celso de Mello¹⁸⁷.

2.3.2 Possibilidade de controle judicial do processo legislativo

Ab initio, cumpre rememorar que o Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade dito híbrido ou misto¹⁸⁸ (tal como Portugal), que consiste num sincretismo entre os clássicos modelos norte-americano (*judicial review*) e austríaco (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), de modo que neste país coexistem os controles difuso e concentrado de constitucionalidade (*v.supra*, capítulo 1). Buscando uma melhor compreensão do tema abordado neste tópico, far-se-á uma análise sobre a possibilidade da interferência judicial em atos inacabados oriundos do Parlamento sob a perspectiva de cada um desses sistemas de controle, separadamente.

¹⁸⁷ O Ministro do STF, em verdade, reproduziu a velha técnica do *Chief Justice* Marshall no célebre *landmark case Marbury v. Madison*, pois primeiro analisou o mérito da demanda posta à sua apreciação, tornando pública sua opinião (quanto à possibilidade do controle do veto pela Suprema Corte), para somente depois destacar a impossibilidade de controlar a matéria de fundo, em razão da prejudicialidade. Poderia muito bem se ater apenas à questão processual e extinguir o feito, contudo, não satisfeito, resolveu manifestar-se acerca da legitimidade do pedido veiculado, mesmo na impossibilidade de deferi-lo. A diferença entre os dois pronunciamentos, separados por mais de dois séculos, reside no fato de que Marshall com sua astúcia criou a *judicial review*, já Mello, ao divulgar sua opinião em decisão monocrática, apenas demonstrou sua divergência com o pensamento majoritário imperante na Corte da qual faz parte.

¹⁸⁸ Ou, na classificação de Maria Benedita Urbano, modelo misto *justaposto*. In: URBANO, op. cit., p.22, nota 03.

2.3.2.1 Atuação judicial em sede de controle concentrado de constitucionalidade

É firme na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que não é possível o exercício do controle preventivo de constitucionalidade, no sistema jurídico brasileiro, pela via abstrata, pois esta só exsurge para afrontar ato normativo pleno, em vigor, e não projeto legislativo, visto que o mesmo ainda carece dos requisitos necessários para se tornar lei (*lato sensu*).

Em sentido contrário, reconhecendo a possibilidade do exercício do controle prévio por via principal, notadamente em relação às propostas de emenda à Constituição, destaca-se, na doutrina, a posição de Zeno Veloso¹⁸⁹:

Nosso parecer, (...), é de que cabe ação direta contra proposta de emenda constitucional que violem as cláusulas pétreas da Lei Fundamental. Certo, não se trata ainda, de ato normativo público, perfeito e acabado, mas de proposta, de ato em formação. Porém, a agressão aos ditames constitucionais já existe, a subversão alarmante atinge o nível de gravidade máxima. (...) Reconhecemos, entretanto, que este nosso posicionamento está além do texto escrito, da expressão literal da Constituição.

Além de se encontrar distante da literalidade constitucional, como reconhece o próprio autor, seu entendimento está contrário à jurisprudência dominante do STF, que, por ocasião da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 466¹⁹⁰, oportunamente clarificou que não cabe controle prévio abstrato de constitucionalidade, pois o sistema de controle brasileiro não permite, nem comporta tal modalidade, em decisão que restou assim ementada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA - LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, § 4º, IV) - INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO - AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO - NÃO-CONHECIMENTO DA ACÇÃO DIRETA. - O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou - como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite - o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal. Atos normativos "in fieri", ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não

¹⁸⁹ VELOSO, op. cit., p.179, nota 150.

¹⁹⁰ STF, Plenário, ADI 466 MC-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 10/05/1991, p. 05929.

concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe - ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante - a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo - que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional - e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão - que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, já promulgados, editados e publicados. - A impossibilidade jurídica de controle abstrato preventivo de meras propostas de emenda não obsta a sua fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas - que não são normas constitucionais originárias - não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle sucessivo ou repressivo de constitucionalidade. O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.

Nesta perspectiva, o STF – ao tempo em que apreciou a questão – encerrou o potencial debate que eventualmente poderia surgir sobre a utilização desta via para controle de proposição legislativa. De fato, se não há, em canto algum, previsão para atuação judiciária em sede preventiva, a título *principaliter tantum*, o Tribunal não poderia agir de modo diverso, sob pena de afrontar a própria inteligência constitucional. Entretanto, no que diz respeito à manifestação do Judiciário sobre projetos normativos na via incidental, esta matéria constitui uma questão diversa, esmiuçada no próximo tópico.

2.3.2.2 Atuação judicial em sede de controle difuso de constitucionalidade

Primeiramente, cumpre ressaltar que esta previsão também não é encontrada na dicção explícita do conteúdo constitucional. Contudo, a jurisprudência do STF tem admitido, de forma excepcional, a utilização do mandado de segurança, por parlamentar detentor de

mandato, para obstar seguimento à proposta de emenda à Constituição conflitante com as disposições do artigo 60, §4º da Constituição Federal.

A despeito do entendimento pretoriano no que atine à possibilidade de controle dos atos emanados dos entes políticos, que não será objeto de análise detida neste trabalho¹⁹¹, o STF, desde há muito, registrou que os atos das casas legislativas, em regra, constituem matéria *interna corporis*, notadamente quanto aos aspectos discricionários respeitantes às questões políticas, e, por conseguinte, não passíveis de correção pela via judicial¹⁹². Todavia, esta regra é flexibilizada quando o ato legislativo afronta diretamente preceito constitucional (pois aqui não há margem para discricionariedades).

Neste contexto, o processo legislativo – que encontra sua disciplina geral nos arts. 59 a 69 da CRFB – tem seu desenvolvimento pormenorizado nos regimentos internos das casas congressuais. Assim, quando o ato afronta norma regimental, este, *a priori*, é juridicamente insindicável. Entretanto, quando o dispositivo do regimento reproduz inteligência veiculada no texto da Lei Fundamental, abre-se a via judicial (que apreciará não a desconformidade com o regimento em si, mas com a própria Constituição)¹⁹³.

¹⁹¹ Cf., porém, decisão do STF no MS 23.452-RJ, na qual foi assentado que o princípio da separação dos poderes “(...) não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. O Poder Judiciário, quando intervier para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes”. In: STF, Plenário, MS 23452-RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 12/05/2000, p. 00020.

¹⁹² A esse respeito, Cf. “MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LEGISLATIVO NO CONGRESSO NACIONAL. INTERNA CORPORIS. MATÉRIA RELATIVA A INTERPRETAÇÃO, PELO PRESIDENTE DO CONGRESSO NACIONAL, DE NORMAS DE REGIMENTO LEGISLATIVO É IMUNE A CRÍTICA JUDICIÁRIA, CIRCUNSCREVENDO-SE NO DOMÍNIO INTERNA CORPORIS. PEDIDO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO”. In: STF, Plenário, MS 20471-RJ, Relator: Ministro Francisco Rezek, Diário da Justiça do dia 22/02/1985, p. 01589. Também, Cf. MS 20464-DF e MS 20467-DF.

¹⁹³ Em mandado de segurança impetrado por Deputada Federal contra ato do Presidente da Câmara, foi alegado o descumprimento, por este último, de diversas normas regimentais, inclusive uma norma que contém regra igual à estatuída no art. 60, §5º da CRFB, durante o processo legislativo. Quanto às violações do Regimento, o STF, fiel à sua jurisprudência, não conheceu da ação, por se tratar de matéria *interna corporis*. Mas, em relação à norma com conteúdo constitucional, manifestou-se a Suprema Corte: “(...) 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”. In: STF, Plenário, MS 22503-DF, Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Diário da Justiça do dia 06/06/1997, p. 24872. Não obstante, há, na doutrina, pensamentos contrários ao entendimento da Corte, admitindo a extensão do controle judicial aos atos desalinhados com as normas regimentais, como garantia de um direito parlamentar ao devido processo legislativo. Como exemplo, Alexandre de Moraes aduz que: “(...) o flagrante desrespeito às normas regimentais, durante o processo legislativo, caracteriza clara ilegalidade, uma vez que os regimentos internos das casas legislativas (...) são resoluções, ou seja, espécies normativas primárias previstas diretamente na Constituição Federal (CF, art. 59, inc. VII)”. Continua o autor, afirmando que, nessa esteira, os parlamentares têm “(...) direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo constitucional e legal, em conformidade com as normas da Constituição Federal e das resoluções, instrumentos formais que trazem os regimentos internos, não sendo, portanto, obrigados à

Agora, resta a indagação concernente a como proceder na situação em que o ato viola direta e frontalmente, não dispositivo regimental, mas a norma constitucional. Aqui, tem assento a problemática relativa às cláusulas pétreas, previstas no segmento constitucional que dispõe sobre o processo legislativo.

Cláusulas pétreas constituem o núcleo inflexível, imodificável da Constituição, uma limitação ao Poder Constituinte Derivado Reformador. Reza o artigo 60, §4º da *Lex Mater* que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais.

Ora, proposta de emenda à Constituição (PEC) consiste em produto do processo legislativo. Cumpridos os requisitos de iniciativa e protocolada na mesa da casa legislativa, tem início o trâmite processual. Contudo, a CRFB proíbe, expressamente, a deliberação sobre PEC que atente contra qualquer um dos postulados supracitados. A própria proposta já é, *ab initio*, inconstitucional¹⁹⁴.

Atento a esta concepção, o STF, ainda sobre a égide da Carta Constitucional anterior, por ocasião do julgamento do mandado de segurança, cujo um dos impetrantes foi o ex-Presidente da República Itamar Franco (à época Senador), firmou entendimento no sentido de que é possível a contestação judicial do processo legislativo quando verse sobre PEC em desconformidade com o núcleo imutável da Lei Fundamental. Eis a ementa deste verdadeiro *leading case*¹⁹⁵:

“Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente a abolição da república. - Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio

participação e votação de um processo legislativo viciado, quer pela inconstitucionalidade, quer pela flagrante ilegalidade”. *In*: MORAES, op. cit., pp.752-753, nota 126.

¹⁹⁴ Sábia colocação de Zeno Veloso quando afirma que, da leitura do art. 60, §4º da CRFB: “(...) depreende-se, inequivocamente, que a Constituição não admite, sequer, que se delibere sobre proposta que se mostre propensa, que se incline para supressão, derrogação ou extinção daqueles princípios. Tãmanha é a rigidez constitucional, nesse aspecto, que o preceito proibitivo **alcança o próprio processo legislativo**. (...) É inconstitucional a mera **pretensão** de deliberar sobre uma proposta tendente a tal abolição. Logo, é inconstitucional o próprio projeto de emenda à Constituição, sendo lícita a intervenção do Poder Judiciário para suspender o processo, digamos, para cortar o grande mal pela raiz. (...) O controle preventivo, neste caso, é pertinente, legítimo e, até, necessário”. *In*: VELOSO, op. cit., p.178-179, nota 150.

¹⁹⁵ STF, Plenário, MS 20257-DF, Relator: Ministro Décio Miranda. Relator p/ Acórdão: Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça do dia 27/02/1981, p. 01304.

andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição (...).”

Acertado o posicionamento do Tribunal ao firmar tal precedente, pois, admitir o controle judicial dessas propostas é o único meio de fazer valer a supremacia da Constituição. Ademais, a PEC, diferente do projeto de lei, não está sujeita à deliberação do Executivo, ou seja, não é passível de veto. Antes, constitui prerrogativa do constituinte reformador sua promulgação.

Assim ela é analisada apenas em instância única, aumentando o risco de eventuais normas contrárias à Lei Fundamental – máxime ao cerne imutável desta – entrarem em vigor com status de normas constitucionais. Ao Judiciário cabe esta defesa intransigente da ordem constitucional, de tal sorte que o STF, ao externar este entendimento, inaugurou um novo período de consagração da força normativa da Constituição.

Aqui, sobressalta outra oportuna observação. A decisão do Pretório Excelso faz referência ao processamento de lei ou emenda contrária à Constituição. Interessante ressaltar que o Tribunal consignou, neste aresto, a possibilidade de projetos de lei conflitantes com cláusula pétrea também sofrerem a censura do Poder Judiciário.

O instrumento idôneo para suscitar esse controle em sede difusa, como já se pôde intuir, é o mandado de segurança, que é uma ação prevista na CRFB (art. 5º, LXIX) e disciplinada pela Lei nº. 12.016/2009, que serve para proteger direito líquido e certo, não amparado por “*habeas-corpus*” ou “*habeas-data*”, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Ou seja, o que se busca é a proteção de direito subjetivo em face do ato de efeito concreto, que macula sua esfera jurídica individual, e não o controle da constitucionalidade deste ato de *per si*¹⁹⁶. Porém, para se chegar à satisfação da tutela pretendida, necessário se faz

¹⁹⁶ Neste sentido, o STF já disse que mandado de segurança não pode servir de sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, pois este tipo de ação (ADI) integra o conjunto de mecanismos do controle abstrato da constitucionalidade das normas, e, nessa espécie de controle (*principaliter tantum*), a competência para iniciativa não é facultada nem ao cidadão, nem ao próprio parlamentar (embora partido político com representação no congresso possua legitimidade): “O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO É SUCEDANEO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESSA CIRCUNSTANCIA, POREM, NÃO INIBE A PARTE, COM LEGITIMO INTERESSE MORAL OU ECONOMICO, DE SUSCITAR O CONTROLE INCIDENTAL OU DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS, CUJA APLICAÇÃO - EXTERIORIZADA PELA

o reconhecimento da inobservância à Constituição residente na prática da conduta do agente público.

O STF, entretanto, reconheceu que só possui direito líquido e certo à higidez do processo legislativo, a um procedimento compatível com as disposições constitucionais, o parlamentar detentor de mandato eletivo, não se revelando este direito extensivo a terceiros estranhos à atividade legislativa¹⁹⁷.

“Mandado de segurança requerido pelo Impetrante na qualidade de cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária. Falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa”.

Ainda, em decisão monocrática, o já bastante citado Ministro Celso de Mello – verdadeira referência da produção constitucional contemporânea brasileira – explicita essa possibilidade de intervenção judicial no processo legislativo condicionada à iniciativa parlamentar, cuja licença se pede para transcrever parte deste substancioso pronunciamento, *verbis*¹⁹⁸:

“Desse modo, e em princípio, torna-se possível o controle jurisdicional do processo de criação dos atos normativos, desde que, provocado para viabilizar o exame de sua compatibilidade com o texto da Constituição da República, venha ele a ser instaurado por iniciativa formal de qualquer dos integrantes das Casas legislativas. A possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar, ao parlamentar (e a este apenas), o direito público subjetivo - que lhe é inerente - de ver elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo, a certeza de observância da efetiva supremacia da Constituição, respeitados, necessariamente, os aspectos discricionários concernentes às *political questions* e aos atos *interna corporis*. Titulares do poder de agir em sede jurisdicional, portanto, tratando-se de controvérsia

PRÁTICA DE ATOS DE EFEITOS INDIVIDUAIS E CONCRETOS - SEJA POR ELA REPUTADA LESIVA AO SEU PATRIMÔNIO JURÍDICO”. *In*: STF, Plenário, MS 21077 MC-AgR-GO, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 03/08/1990, p. 07235.

¹⁹⁷ STF, Plenário, MS 21303 AgR-DF, Relator: Ministro Octávio Gallotti, Diário da Justiça do dia 02/08/1991, p. 00783.

¹⁹⁸ STF, MS 23334 MC-RJ, Decisão da Presidência. Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 05/02/1999, p. 00055. No mesmo sentido: “CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. I. - O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas”. *In*: STF, Plenário, MS 24642-DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça do dia 18/06/2004, p. 00045.

constitucional instaurada ainda no momento formativo do projeto de lei, não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídica imposta pela Constituição em sede de elaboração das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de partícipe eminente do procedimento de formação das normas estatais, dispõe da prerrogativa irrecusável de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela Casa legislativa, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam, no plano material ou formal, a atividade de positividade das regras legais. Desse modo, é ao congressista - e não a terceiros - que compete o direito subjetivo de questionar, em juízo, quando for o caso, a elaboração, pelo Congresso Nacional, de normas legais supostamente vulneradoras do texto constitucional. Inquestionável, portanto, a legitimidade ativa do ora impetrante para o ajuizamento da presente ação de mandado de segurança”.

Isto posto, nota-se que o STF definiu as balizas de sua atuação – excepcional, frise-se – durante o processo de formação de leis. Admite o Excelso Pretório legitimidade ao parlamentar para impugnar, através de mandado de segurança, proposta de emenda à Constituição conflitante com as cláusulas pétreas além de projetos de lei ou PECs incompatíveis com o devido processo legislativo.

Essa construção jurisprudencial, que como visto, começou na década de 80 do século passado (MS 20257-DF), possibilita afirmar que o Brasil admite o controle preventivo de constitucionalidade por via difusa. Este entendimento, inclusive, é partilhado pela doutrina. Todavia, em julgamento recente, o Tribunal teve oportunidade de, detalhadamente, firmar algumas posições quanto a esta problemática.

2.3.2.2.1 Estudo de caso: MS 32.033-DF¹⁹⁹

Este caso é bem interessante e ressalta o desvario que acomete o processo legislativo brasileiro, com a participação de setores do Poder Judiciário. Trata-se aqui de mandado de segurança, impetrado por Senador da República, objetivando paralisar a tramitação do Projeto de Lei nº. 4.470/2012, aprovado na Câmara dos Deputados (recebeu no Senado a designação de PLC nº. 14/2013), que pretendia modificar as leis nº. 9.096/1995 e nº. 9.504/1997, estabelecendo que a migração partidária durante a legislatura não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. Alegava o impetrante que o projeto afrontava os artigos 1º, V e 17 da CRFB ²⁰⁰ e, por

¹⁹⁹ STF, Plenário, MS 32033-DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator p/ Acórdão: Ministro Teori Zavaski, Diário da Justiça Eletrônico 033. Divulgado em 17/02/2014, Publicado dia 18/02/2014.

²⁰⁰Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do

consequente, estava eivado de inconstitucionalidade.

Em verdade, este projeto de lei contrariava entendimento firmado no STF por ocasião do julgamento da ADI 4.430²⁰¹ (o projeto foi proposto três meses depois da decisão) que deu interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do art. 47 da lei nº. 9.504/1997, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda no momento de sua criação.

Faz-se mister abrir um parênteses para contextualizar a situação. A decisão do STF na ADI 4.430 foi prolatada em 2012. Durante a legislatura (2011-2014), foram criados novos partidos, o Partido Social Democrático (PSD) e o Partido Ecológico Nacional (PEN), ocorrendo uma migração massiva de parlamentares especialmente para a primeira agremiação. Em 2013, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) aprovou a criação de mais dois novos partidos, a saber: Solidariedade (SDD) e Partido Republicano da Ordem Social (PROS).

Ainda, buscava a obtenção do registro junto ao TSE outro partido: o Rede Sustentabilidade, capitaneado por Marina Silva que figurava como potencial candidata à presidência da República (por ter obtido votação expressiva nas eleições de 2010). Todavia, não foi exitoso em seu pleito. Para abafar a provável candidatura de Marina Silva, a base governista resolveu votar, em regime de urgência, este projeto de lei que, em verdade, tornaria muito dificultosa a estruturação partidária, pois, mesmo que um número considerável de parlamentares migrasse para o seu partido, eles não “levariam” consigo o tempo proporcional de rádio e TV, além da cota do fundo partidário²⁰².

Pois bem. Distribuído o processo, o Ministro Gilmar Mendes (relator), entendendo

Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) V - o pluralismo político.

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: (...)§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

²⁰¹ STF, Plenário, ADI 4430-DF, Relator: Ministro Dias Toffoli, Diário da Justiça Eletrônico 184. Divulgado em 18/09/2013, Publicado dia 19/09/2013.

²⁰² Por ironia do destino, a política se filiou ao Partido Socialista Brasileiro (PSB) e foi indicada para compor a chapa que concorreria à presidência da República na condição de candidata a vice-presidente. O então “cabeça” da chapa era o ex-governador do Estado de Pernambuco Eduardo Campos. Contudo, em 13 de agosto de 2014, em pleno período de campanha eleitoral, o presidenciável faleceu em um acidente aéreo. Assim, em razão desta fatalidade, Marina Silva assumiu a condição de candidata à presidência da República e o esforço da base governista no Parlamento para impedir sua postulação restou vão.

presentes os requisitos autorizadores, deferiu medida liminar para suspender a tramitação do projeto de lei no Senado até o julgamento do Plenário do STF. Em seu voto na sessão plenária de julgamento, o Ministro destacou as razões que, em seu entender, davam azo à concessão da segurança pleiteada na ação.

Primeiro, ele traça uma linha evolutiva sobre o exercício do controle preventivo de constitucionalidade pelo STF. Afirma, ainda, que é necessária a análise de mérito do projeto de lei ou PEC, pois só assim se afigura possível verificar a incompatibilidade desta ou daquele com cláusula pétrea. Em seguida, assenta o Ministro que o PLC 14/2013 viola o disposto no art. 60, §4º da CRFB, pois, em seu entender, a proposta revelaria “(...) caráter casuístico, ofensivo a direitos fundamentais como a isonomia, a igualdade de chances, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a liberdade de criação de legendas, todos cláusulas pétreas da Constituição”.

Além do mais, nos termos propostos, o projeto dispensava tratamento diferenciado a situações iguais, pois os parlamentares que migraram para os partidos criados antes de sua proposição (PSD e PEN) levariam para a nova agremiação o tempo de rádio e TV e a cota do fundo partidário. Já os partidos que tentavam se viabilizar junto ao TSE (SDD, PROS e REDE), caso criados, não gozariam da prerrogativa deferida ao PEN e PSD. Toda esta situação culminaria em um tratamento distinto no tocante ao surgimento de agremiações partidárias durante a mesma legislatura e, por consequência, em afronta à isonomia.

Outro argumento robusto esgrimido pelo Ministro residia na percepção de que no julgamento da ADI nº. 4.430, o STF deu uma interpretação conforme à Constituição do dispositivo legal que o projeto pretendia alterar, e tal decisão formou coisa julgada material, com eficácia *erga omnes*. Assim, a proposição padeceria de inconstitucionalidade, pois a Corte sedimentou entendimento contrário ao veiculado nela²⁰³. Destarte, o projeto funcionaria como uma espécie de ação rescisória²⁰⁴ contra a decisão do Supremo.

Ao longo de seu substancial e minudente voto, o Ministro Mendes aponta seus argumentos para justificar a regularidade de sua medida. Lembra que o Poder Judiciário é o garante das condições mínimas de democracia; é o último estalão que as minorias têm para recorrer, funcionando também como protetor destas. Além destas considerações expendidas, ele tece diversas outras colocações doutrinárias e dogmáticas sobre o papel e a prerrogativa do

²⁰³ Argumentou o Ministro Dias Toffoli que a “(...) interpretação que o parlamento está dando, já aprovada na Câmara dos Deputados, está interdita, de acordo com a interpretação dada pela maioria do Supremo”.

²⁰⁴ Ação que tem por objetivo desconstituir o caso julgado material formado em decisão de mérito prolatada por autoridade judicial.

Poder Judiciário. E encerra nos seguintes termos:

“Em conclusão, pode-se afirmar, com tranquilidade, que: (i) os direitos políticos, neles contidos a livre criação de partidos em situação isonômica à dos demais atores envolvidos, o pluripartidarismo e o direito à participação política, são cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988; (ii) o projeto de lei em exame pretendia impor interpretação constitucional diametralmente oposta à exarada pelo STF na ADI 4.430; (iii) o projeto afigura-se casuístico, resultando no atingimento de atores políticos previamente identificáveis; (iv) a sua aprovação significaria a introdução de odiosa discriminação política entre parlamentares em uma mesma legislatura, com nefastos efeitos para o regime democrático, ante a produção de uma desigualdade prejudicial à concorrência democrática; (v) o projeto viola o princípio da igualdade de chances e, assim, viola o direito das minorias políticas de livremente mobilizarem-se para a criação novas legendas; e (vi) viola a segurança jurídica, em sua expressão concernente à proteção da confiança legítima, uma vez que todo o sistema político confiava que, pelo menos nessa legislatura, isto é, nas próximas eleições gerais, a regra seria aquela fixada pelo STF na ADI 4.430”.

Não obstante este esforço interpretativo hercúleo para fazer valer seu ponto de vista, a posição defendida pelo Ministro Mendes acompanhada pelos Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello, restou vencida. A maioria do Pleno do Tribunal caminhou em sentido diverso, notadamente quanto à impossibilidade de exercício do controle prévio de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.

Capitaneado pelo Ministro Teori Zavaski (relator para acórdão), o STF entendeu que a atribuição de verificação da constitucionalidade de projetos de lei cabe aos poderes políticos, seja através dos meios internos que dispõe o Parlamento, seja através da atuação presidencial (veto). De tal modo que não é facultada ao Judiciário a possibilidade de intervir nesta seara. Observou, com propriedade, o Ministro Zavaski:

“Outra relevante consequência da prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento é a de subtrair, dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de, eles próprios, exercerem o controle preventivo da legitimidade das normas. (...) Aliás, quanto mais evidente e grotesca for a inconstitucionalidade material de projetos de leis – como seriam as dos exemplos trazidos no voto do relator (instituição de pena de morte, descriminalização da pedofilia ou instituição de censura aos meios de comunicação) – menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. (...) Mas, se, por absurdo, um projeto assim viesse a ser transformado em lei, ainda não ficaria de modo algum comprometida a eficácia do controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico”.

O recentemente aposentado Ministro Joaquim Barbosa – então Presidente da Corte –, sempre com palavras pesadas, advertiu que a pretensão veiculada no mandado de segurança “(...) ultrapassa em arrogância até mesmo o controle prévio, pois neste se aguarda necessariamente o esgotamento do processo legislativo”. Em outra oportunidade, asseverou que em um sistema presidencialista como o brasileiro, caracterizado pela separação de poderes:

“(...) é bizarra a intervenção de uma Corte Judiciária no sentido de proibir o Legislativo de deliberar. Admitir o controle de conteúdo de proposta ainda em debate no foro legislativo adequado, sem qualquer densidade normativa, causa desnecessária fragilização dos mecanismos de *checks and counterchecks* e de separação de Poderes de nosso sistema”.

Os Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia laboraram, em seus votos, uma retrospectiva da jurisprudência do STF (praticamente já exposta em sua totalidade neste trabalho), notadamente no que tange à sua atuação em controle prévio de constitucionalidade, concluindo, ambos, que não há um só precedente no Tribunal que autorizasse o controle de projeto de lei por vício de inconstitucionalidade material²⁰⁵. Portanto, a matéria seria inédita no seio da Corte.

O Ministro Fux foi ainda mais longe em sua análise, sustentando que a violação de cláusula pétrea por projeto de lei não da margem ao controle de constitucionalidade, o que só ocorre, única e exclusivamente, com as propostas de emenda à Constituição, *verbis*:

“(...) a fiscalização a priori de projetos de lei por suposta ofensa às cláusulas pétreas é incompatível, sob o ponto de vista descritivo, com o desenho institucional do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio. E dentro do juízo de conveniência e oportunidade política devem ser admitidos todos os argumentos, sob pena de restringir o debate público e, no limite, descaracterizar a própria atividade parlamentar. Daí por que o constituinte não previu qualquer mecanismo prévio de controle de constitucionalidade sobre projetos de lei, ainda que supostamente atentatórios às cláusulas pétreas. Em termos mais claros: as cláusulas pétreas vinculam o poder constituinte derivado reformador apenas e tão somente para salvaguardar a identidade do pacto originário, i.e., dos parâmetros constitucionais, considerados relevantes em um momento constitucional. Isso não ocorre quando da atuação do legislador ordinário, cuja função

²⁰⁵ Observou a Ministra Cármen: “(...) não se há de esquecer inexistir, até o presente, precedente deste Supremo Tribunal no qual se tenha concedido ordem de segurança para trancar processo de projeto de lei por suposta inconstitucionalidade material (...)”. Na mesma esteira, manifestou-se o Ministro Fux: “É inelutável a conclusão a que se chega depois desse inventário jurisprudencial: inexistente precedente na Corte autorizando, de forma expressa e categórica, o controle preventivo de constitucionalidade de projeto de lei por vício material, ainda que supostamente tendente a abolir cláusula pétrea”.

precípua é concretizar diuturnamente os comandos constitucionais. Ao realizá-la, os agentes políticos não podem sofrer limitações prévias de cunho material, ao risco de se comprometer a própria atividade do legislativo”.

Defendeu semelhante entendimento a Ministra Cármen Lúcia:

“(…) não prevalece o controle prévio abstrato no sistema brasileiro, que tenha por objeto projeto de lei (ressalva feita a Proposta de Emenda Constitucional, em controle concreto, para assegurar o direito do parlamentar, garantindo-lhe o direito-dever posto no par. 4º do art. 60 da Constituição do Brasil)”.

Ainda, o Ministro Marco Aurélio esposou suas convicções concernentes à impossibilidade de controle prévio de projeto de lei por vício material de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

“Na petição inicial, o impetrante, em momento algum, argui vício na tramitação do processo legislativo, o que poderia legitimar a impetração do mandado de segurança, conforme a jurisprudência do Supremo. Ao contrário, a todo tempo, sustenta que a irregularidade advém do conteúdo do projeto, das restrições propostas. Quanto aos processos legislativos ordinários, não há previsão constitucional a permitir o controle de constitucionalidade do conteúdo dos projetos de lei, ainda que sob o argumento de desrespeito a princípios constitucionais ou a direitos fundamentais. Os projetos de lei apenas são impugnáveis, via mandado de segurança impetrado por parlamentar, quando e se verificada a inobservância a dispositivos regimentais, legais ou constitucionais que disciplinam o processo legislativo”.

Como o processo decisório do STF é caótico – cada Ministro redige um voto individual, de modo que a decisão é a soma dos votos individuais que caminharam no mesmo sentido – a disciplina do controle prévio de constitucionalidade pelo Poder Judiciário encontra-se recheada de vários *obiter dicta*, não havendo uma configuração clara das balizas estabelecidas.

Por exemplo, há Ministro que inadmite a apreciação de projeto de lei violador de cláusula pétrea, outros que se reservam a não tecer observações nessa seara. Entretanto, os pontos de vista convergentes – e que constituem a orientação majoritária do Tribunal – estão expostos na ementa desse julgamento, que resume e alinha a compreensão da Corte no que atine à matéria ora analisada e, que devido à importância para o deslinde da questão, reproduz-se a seguir:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.

À guisa de conclusão, é possível extrair as linhas gerais do pensamento da Corte: é admitida a intervenção do STF, de forma excepcional, para viabilizar o controle de proposta de emenda à Constituição contrária à cláusula pétrea (CRFB, art. 60, §4º) e de projetos de lei e PECs que afrontem o trâmite constitucional do processo legislativo (vício formal de inconstitucionalidade). Todavia, é defeso ao Poder Judiciário analisar o mérito de projeto de lei em tramitação no Parlamento, sob pena de usurpação de função constitucionalmente atribuída a outro órgão. Ademais, quando houver abuso do legislador sempre haverá a via judicial que poderá ser acionada de forma repressiva (controle *a posteriori*) para caçar a validade de ato normativo contrário à Lei Fundamental.

3 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Ao contrário do Brasil – que não possui regramento específico no tocante à configuração jurídica do controle preventivo de constitucionalidade de atos normativos, conforme anteriormente analisado –, em Portugal, a própria Constituição da República (CRP) traz disciplina própria atinente a esta competência. Prevista nos artigos 278º e 279º da CRP²⁰⁶, a fiscalização preventiva da constitucionalidade, que consiste em um procedimento interpoderes (*rectius*: inter órgãos de soberania), envolvendo, com atribuições detalhadas, o Presidente da República²⁰⁷, o Governo, o Tribunal Constitucional e a Assembleia da

²⁰⁶ Art. 278º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade)

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

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

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

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

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

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

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

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

Art. 279º (Efeitos da decisão)

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

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

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

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

²⁰⁷ Também os Representantes da República para as Regiões insulares, conforme o art. 278º/2 da CRP, possuem atribuições em sede de fiscalização preventiva, todavia tal perspectiva foge aos limites da presente investigação, que intenta centrar apenas nas competências dos órgãos de cúpula da República portuguesa. Semelhante critério foi adotado em relação ao estudo brasileiro, excluindo, alhures, a análise das competências dos Governadores e Prefeitos nesta seara.

República, constitui um marco na experiência constitucional lusitana, que compõe, junto com as modalidades de fiscalização sucessiva (abstrata e concreta) e por omissão, o sistema de controle de constitucionalidade português, caracterizado pela convergência de diferentes tipos de fiscalização em seu bojo²⁰⁸, configurando o controle prévio o representante do modelo dito francês nessa miscelânea sistêmica adotada pela CRP.

Inspirada nas atribuições originárias do *Conseil Constitutionnel*²⁰⁹, a fiscalização preventiva, conforme delineada pela CRP, permite a um certo número de legitimados (em regra, o Presidente da República) arguir, durante o procedimento legislativo, a inconstitucionalidade de determinado diploma junto ao Tribunal Constitucional que, respeitados os prazos constitucionalmente estabelecidos, se manifestará acerca da questão e, a depender do entendimento esposado (pela inconstitucionalidade ou não da norma), haverá consequências diversas, merecedoras de especial análise mais adiante.

Este instrumento racionalizador do sistema de controle da constitucionalidade, embora passível de contundentes críticas (*v.infra*, item 3.4), possui uma importância fundamental no desenvolvimento da vida institucional portuguesa, constitui um “(...) momento fascinante do desenrolar do processo político constitucional”²¹⁰. Segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira²¹¹, a fiscalização preventiva possui duas funções: impedir a entrada em vigor de normas presumivelmente inconstitucionais e afastar as reservas eventualmente levantadas sobre a constitucionalidade do diploma inquinado, pois estas poderiam enfraquecer a legitimidade ou até a própria eficácia do mesmo.

Jorge Miranda²¹², para além da função mais notória de “atalhar as inconstitucionalidades grosseiras”, destaca ainda a função de prevenção de querelas graves no campo das relações internacionais de Portugal (notadamente quanto à possível vinculação do Estado português às convenções internacionais evitadas de inconstitucionalidade) e de resolução de dúvidas acerca da constitucionalidade da norma, “(...) de maneira a

²⁰⁸ Jorge Miranda destaca que o sistema adotado pelo constituinte de 1976 “(...) revelar-se-ia um sistema complexo, por pretender cobrir todas ou quase todas as modalidades possíveis de controlo (...)”. In: MIRANDA, Jorge. “A fiscalização da constitucionalidade: uma visão panorâmica”. *Revista Scientia Iuridica*, Tomo 42, nº 244/246 (jul-dez), 1993, p.170.

²⁰⁹ Como lembra Blanco de Moraes: “(...) no plano das fontes externas o decisor constitucional português não deixou de ser marcado pelo paradigma francês da Constituição de 1958”. In: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo II. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2011, p.23.

²¹⁰ MENDES, Armindo Ribeiro. “Tribunal constitucional entre o direito e a política: a fiscalização preventiva de constitucionalidade”. *Revista Julgar*, nº 3, 2007, p.118.

²¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p.241.

²¹² MIRANDA, op. cit., pp.256-257, nota 02. Na mesma esteira, Cf. MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, pp.65-66.

desdramatizar a situação e evitar que o problema se ponha com maior gravidade no futuro”.

Na mesma esteira, Blanco de Morais²¹³ ratifica as funções já destacadas: *a)* vedar, por intermédio de um “diagnóstico precoce”, a vigência de normas presumivelmente ou mesmo grosseiramente inconstitucionais, permitindo uma “profilaxia” do ordenamento jurídico; *b)* garantir a segurança jurídica, impedindo a produção de efeitos do ato inconstitucional na ordem interna, com a conseqüente desnecessidade de utilização da fiscalização sucessiva para sanar o vício, além de, no atinente às convenções internacionais, livrar o Estado de responsabilizações por descumprimento de obrigações elencadas em acordos (ou tratados) virtualmente inconstitucionais.

O professor de Lisboa ainda acrescenta, como função da fiscalização preventiva, a brevidade do procedimento em comparação com o controle *a posteriori*; além da função de reforçar o estatuto do Presidente da República nesta espécie de fiscalização, porquanto atua como órgão moderador entre os demais protagonistas desta modalidade de controle. Ademais, em sua perspectiva, vislumbra uma função processual do referido instituto: o poder de impedimento, com efeito preclusivo, da existência jurídica do ato tido por inconstitucional²¹⁴.

A fiscalização *a priori* é um dos meios possíveis de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico português, todavia nem de longe foi desenhada pelo constituinte como a principal forma de combater as desconformidades com a Constituição dos atos emanados pelo poder público. De modo que “(...) a fiscalização preventiva não é um instituto ordinário de controlo de constitucionalidade”²¹⁵.

Em decorrência desta “importância secundária”²¹⁶, ela possui um âmbito de atuação mais restrito: apenas recai sobre as “(...) normas constantes dos actos normativos mais importantes no plano da hierarquia das fontes”²¹⁷. Segundo o art. 278º da CRP, estão sujeitos ao controle prévio as leis, decretos-leis, tratados e acordos internacionais (além dos decretos

²¹³ MORAIS, op. cit., pp.26-29, nota 209.

²¹⁴ Blanco de Morais constrói o seguinte raciocínio: se o Tribunal Constitucional afirma a inconstitucionalidade de determinado diploma e este, após ser devolvido ao Parlamento não é retificado e tampouco confirmado (ou seja, a AR não “derruba” a pronúncia do TC), tem-se que a norma não chegou a existir, destarte, “(...) o controlo preventivo encontra-se, assim, investido na função de exprimir um poder jurisdicional de impedimento à existência jurídica de um acto inconstitucional”. In: *Ibid*, p.30.

²¹⁵ *Ibid*, p.29.

²¹⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco. “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional em Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, p.21.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume II, 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p.923. Ou, segundo Alves Correia, a fiscalização *ex ante* (com exceção dos decretos regulamentares de leis gerais da República, pois sua obra é anterior à revisão de 2004), tem por objeto “(...) todos os diplomas com valor legislativo ou equiparado”. In: CORREIA, op. cit., p.92, nota 09.

legislativos regionais)²¹⁸.

O objeto da fiscalização preventiva de constitucionalidade são normas jurídicas²¹⁹. Mas que normas? São normas constantes de “diplomas imperfeitos”, pois lhes faltam um requisito de existência jurídica (promulgação), daí a justificativa da utilização pela CRP do vocábulo “decretos” para designar as leis e os decretos leis antes de serem promulgados²²⁰.

Ademais, bem adverte Blanco de Morais²²¹ que, rigorosamente analisando, o controle preventivo incide sobre “actos *pré-normativos*” ou sobre “normas *imperfeitas*”, pois, na hipótese de serem consideradas inconstitucionais (e não confirmadas pelo Parlamento), estas não terminarão o processo legislativo e, em consequência, não existirão²²².

Para finalizar estas considerações preliminares, cumpre ressaltar que, apesar de o sistema de fiscalização de constitucionalidade português contemplar como parâmetro, além do vício da inconstitucionalidade, a ilegalidade de determinadas normas, é certo que no âmbito do controle *a priori*, apenas os diplomas desconformes com a Constituição podem tornar-se objetos deste.

Pois, entendeu o legislador constituinte que, por se tratar de uma competência excepcional, apenas o vício maior legitimaria a atuação do Tribunal Constitucional durante o procedimento de formação das leis²²³. Encerrada esta perfunctória introdução, a seguir analisar-se-á, de maneira mais detida, a participação de cada ator determinado pela

²¹⁸ Até a revisão de 2004, os decretos regulamentares de leis gerais da República também eram submetidos à fiscalização preventiva. Segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, dois eram os motivos: por emanarem das Assembleias das regiões autónomas tal como os decretos legislativos regionais, e também por ser uma tentativa de evitarem-se fraudes à Constituição. Todavia, a reforma aboliu essa modalidade do parâmetro do controle prévio. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007, p.724. No tocante aos decretos regulamentares em si, destaca Rui Medeiros que “(...) a razão pelo qual o decreto regulamentar não é passível de fiscalização preventiva de constitucionalidade prende-se, claramente, com considerações sobre o peso político secundário do acto de que se trata”. In: MEDEIROS, op. cit., p.73, nota 202.

²¹⁹ MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.723, nota 218.

²²⁰ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.923, nota 217.

²²¹ MORAIS, op. cit., p.24, nota 209.

²²² O TC, no Acórdão nº. 334/1994, afirmou que a pronúncia de inconstitucionalidade “(...) não afecta a configuração da ordem jurídica, porque não incide sobre normas jurídicas, mas sobre apenas decretadas mas não promulgadas normas de decretos que não são leis nem decretos-leis, apenas elementos do processo da sua formação”. In: PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 334/1994, Relator: Conselheiro Sousa e Brito.

²²³ Gomes Canotilho aduz que: “(...) em virtude da específica finalidade do controlo prévio – impedir a entrada em vigor de normas inconstitucionais – o objecto da fiscalização é apenas a inconstitucionalidade e não também a ilegalidade (como acontece na fiscalização sucessiva)”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1028. Jorge Miranda e Rui Medeiros são taxativos ao afirmarem que apenas a inconstitucionalidade direta constitui parâmetro do controle preventivo, devendo o TC rejeitar liminarmente o pedido quando esta não é verificada. In: MIRANDA; MEDEIROS, loc. cit.. Gomes Canotilho e Vital Moreira observam que, por não existir fiscalização prévia de ilegalidade (como ocorre no controle sucessivo), mesmo que o TC observe a existência desta durante o julgamento do diploma objeto da análise, não poderá conhecer officiosamente da ilegalidade. In: CANOTILHO; MOREIRA, loc. cit.

Constituição no procedimento de fiscalização prévia de constitucionalidade.

3.1 Participação do Presidente da República

O Presidente da República (PR), chefe de Estado, embora dentro de um sistema de governo misto (com acento parlamentarista), possui um importante e necessário rol de atribuições constitucionalmente estabelecidas, com o objetivo de, no âmbito interno, harmonizar as relações entre os órgãos de soberania e, no campo externo, garantir a convivência equilibrada entre Portugal e os demais Estados. Por possuir uma legitimidade democrática direta – já que eleito pelo sufrágio direto, universal e secreto, nos termos do art. 121º/1 da CRP – desempenha o importante papel de representante da comunidade nacional²²⁴.

No que atine ao respeito, ou à guarda da Lei Fundamental, exsurge, em decorrência do próprio juramento prestado quando de sua posse (CRP, art. 127º), o dever de defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição, tornando-se, assim, ao lado de outros protagonistas, um “*guardião*”, ou, mais rigorosamente, um dos “*co-defensores*” da Constituição²²⁵.

Neste contexto, assume relevante valor a participação do PR no procedimento de fiscalização da constitucionalidade das normas. Entendeu o constituinte português que, por ser um dos “*guardiões*” da Constituição, o PR possuiria a faculdade de suscitar, seja em sede de fiscalização abstrata preventiva ou sucessiva, ou ainda na fiscalização por omissão, a desconformidade de determinada norma com a CRP.

Todavia, é no procedimento objeto desta investigação (controle prévio) que mais se avulta o status presidencial no tocante à fiscalização de constitucionalidade. Primeiramente, porque, em regra²²⁶, ele é o titular do poder de iniciativa, ou seja, o único legitimado para requerer ao Tribunal Constitucional a pronúncia de inconstitucionalidade de uma norma ainda imperfeita.

Para além desse fato, como se verificará mais adiante, nesta modalidade de controle, a força das decisões do TC é mais mitigada (passível de superação pela AR), de modo que, destaca-se, com ainda maior vigor a atuação do PR, visto que ele deterá a “*palavra final*”

²²⁴ CANOTILHO, op. cit., p.619, nota 223.

²²⁵ *Ibid*, p.621.

²²⁶ Rememorando que aqui não se analisará a competência dos Representantes da República para as regiões autónomas, também possuidores poder de iniciativa no campo da fiscalização prévia. Outrossim, há exceção consistente no procedimento do controle preventivo que tenha por objeto leis orgânicas, pois aqui, além do PR, possuem legitimidade ativa de requerimento o Primeiro-Ministro e um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efetividade de funções (CRP, 278º/4).

sobre o ingresso ou não da norma tida por inconstitucional pelo TC (e confirmada pela AR) no ordenamento jurídico. Assim, conforme assevera Blanco de Moraes²²⁷, o instituto da fiscalização preventiva “(...) valoriza, na realidade, o protagonismo “moderador” ou “arbitral” do Presidente da República”.

Nos termos do art. 278º/1 da CRP, o PR poderá requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade de norma constante de decreto enviado a ele para promulgação como lei ou decreto-lei, tratado internacional (que lhe seja submetido para ratificação), ou de acordo internacional (cujo decreto de aprovação seja remetido para sua assinatura), no prazo de oito dias a contar da data de recepção do respectivo diploma (CRP, art. 278º/3). Assim, tem-se que recebido o diploma o Presidente pode: *a*) promulgar (assinar ou ratificar); *b*) requerer a fiscalização prévia da constitucionalidade ou; *c*) vetar, por razões de mérito, segundo competência que lhe confere o art. 136º da CRP. Para melhor compreensão, observar-se-á, com mais vagar, cada uma dessas possibilidades.

3.1.1 Promulgação

Objetivando não se alongar desnecessariamente, faz-se remissão às noções sobre promulgação registradas por ocasião da análise do sistema brasileiro de formação das leis (*v. supra*, item 2.1.1), onde se pontua a ideia de promulgação como sinonímia de “atestado de validade” da lei²²⁸. Ganha, contudo, importância o destaque deste instituto em tópico específico em decorrência da relevância no que respeita ao controle prévio de constitucionalidade.

Primeiro, no que diz respeito à natureza jurídica da promulgação, destaca Canotilho²²⁹ quatro teorias: *a*) *teoria declarativa*, onde o PR, com a promulgação, se limitaria apenas a atestar a existência da lei, resumindo-se a um “notário da lei”; *b*) *teoria legislativa*, segundo a qual com a promulgação o PR participaria no exercício da função legislativa; *c*) *teoria da administração*, em que a promulgação é tida como uma espécie de “cláusula executiva” que dotaria a lei do “crisma da autoridade” e do “vigor da executoriedade” e; *d*) *teoria do controle*

²²⁷ MORAIS, op. cit., p.34, nota 209.

²²⁸ Ou, se preferir, as palavras mais elaboradas e sempre abalizadas de Gomes Canotilho, especificando as particularidades do modelo lusitano: “A promulgação é um acto do Presidente da República mediante o qual este atesta ou declara que um determinado diploma foi elaborado por um determinado órgão constitucional para valer formalmente como lei, decreto-lei ou decreto regulamentar”. *In*: CANOTILHO, op. cit., p.624, nota 223; Rememora Paulo Otero que: “(...) a promulgação é o instituto constitucional herdeiro do espírito da sanção real”. *In*: OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2010. p.248.

²²⁹ CANOTILHO, loc. cit.

constitucional, onde a promulgação consistira num ato mediante o qual o PR exerce um controle constitucional sobre a regularidade do ato normativo e sobre sua legitimidade constitucional.

Esta última teoria parece mais relevante no que toca à fiscalização da constitucionalidade, pois, em sua *ratio* está presente a ideia de que, com a promulgação, o Presidente, em verdade, exercita um verdadeiro controle prévio sobre a constitucionalidade da norma. Assim, a promulgação consistiria “(...) num exame prévio, formal e material, da legalidade constitucional. Trata-se (...) do exercício de uma *função constitucional de controle* que assiste constitucionalmente ao chefe de Estado”²³⁰.

Como se observará mais adiante, a promulgação, no caso de superação do veto político pela AR, constitui uma obrigação do PR; diferentemente ocorrerá se a confirmação parlamentar incidir sobre o veto por inconstitucionalidade, pois, aqui haverá uma faculdade presidencial. No entanto, há situações, constitucionalmente previstas, de proibição ou vedação do exercício da promulgação.

3.1.1.1 Promulgação vedada

Em caso de pronúncia do TC pela inconstitucionalidade de determinada norma constante de um dado decreto, reza a CRP (art. 279º/2) que este não poderá ser promulgado até que as normas viciadas sejam expurgadas (ou confirmadas pela AR). Entretanto, este tópico destina-se, especialmente, a analisar a situação elencada no art. 278º/7 da Lei Fundamental.

Como já foi registrado, o Presidente, em regra, é o detentor do poder de iniciativa na fiscalização prévia. Contudo, dispôs o texto constitucional que quando a norma conste de decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, podem requerer a apreciação preventiva, além do PR, o Primeiro-Ministro (PM) e um quinto dos Deputados (da AR) em efetividade de funções²³¹. Segundo Gomes Canotilho²³², com essa previsão, objetivou o legislador conceder

²³⁰ QUEIROZ, Cristina. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 2013, p.168.

²³¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros destacam que, devido à importância das leis orgânicas, possivelmente quis o constituinte revisor de 1989 – reforçando as garantias de intervenção dos protagonistas políticos envolvidos – atender, dialeticamente, às exigências de eficácia e de pluralismo do sistema democrático. Não obstante, a despeito da necessidade da expansão desse rol de legitimados, ponderam que: “(...) se, em vez da intervenção mais próxima desses sujeitos políticos no processo não seria preferível estabelecer a sujeição automática destas leis [assim como os tratados mencionados na alínea i) do artigo 161º.] à fiscalização preventiva antes da promulgação.” In: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.725, nota 218. A solução propugnada pelos autores se equipara à sistemática empregada em França, onde a fiscalização prévia de leis orgânicas é obrigatória.

a possibilidade de o Governo controlar, previamente, a elaboração de leis sobremaneira relevantes sob o ponto de vista político e, também, “(...) assegurar o direito das minorias que foram vencidas mas não convencidas no Plenário da AR”.

Fato é que o PR, nos termos do art. 278º/7 da CRP, não pode promulgar os decretos recebidos na condição citada (para ser promulgado como lei orgânica²³³) sem que decorram oito dias de sua recepção, ou, em caso de requerimento de fiscalização prévia, sem que o TC tenha se manifestado. Isto ocorre por razões óbvias: para que o Governo ou a minoria parlamentar possam, no prazo estipulado (CRP, art. 278º/3), suscitar a fiscalização *ex ante* da constitucionalidade. Tanto é que o Presidente da AR, nos moldes do art. 278º/5, na data em que enviar ao PR o decreto que deva ser promulgado como lei orgânica, deve dar ciência disto ao PM e aos grupos parlamentares da AR. Da data desta notificação contar-se-á o prazo para o exercício de iniciativa do requerimento de controle prévio (CRP, art.278º/6).

Se numa hipótese limite o PR promulgar o diploma em desrespeito a este prazo, segundo Jorge Miranda²³⁴, somente por meio da fiscalização sucessiva o TC poderia apreciar a lei orgânica (em seu entender, a promulgação meramente irregular não afeta qualquer outra questão de constitucionalidade do diploma), salientando que esse problema só se põe em relação à iniciativa parlamentar, pois no que toca ao Primeiro-Ministro, este poderia resolver a situação simplesmente negando a referenda do Governo à promulgação (pois, nos termos do art. 140º/1 c/c 134º/b da CRP, a promulgação sempre implica em referenda ministerial).

Outra situação que se coloca é a do veto político exercido dentro do lapso de oito dias, posteriormente confirmado pela AR. Para o mencionado professor, neste caso deve-se admitir a fiscalização preventiva por iniciativa do PM ou dos Deputados (para o PR estariam valendo as regras de preclusão por decurso de prazo)²³⁵.

Por fim, se o PR promulgar o decreto (lei orgânica) após iniciado o processo de fiscalização no TC (antes da decisão deste), valeria a mesma regra exposta anteriormente, ou seja, só em sede de controle sucessivo poder-se-ia cogitar de corrigir este vício (novamente

²³² CANOTILHO, op. cit., p.1033, nota 223.

²³³ Canotilho e Vital Moreira observam que basta apenas que o decreto “(...) incida sobre matéria que deveria ser regulada como lei orgânica, e que não tenha sido deliberadamente para tentar fugir ao respectivo regime constitucional”. In: CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.926, nota 217.

²³⁴ MIRANDA, op. cit., pp.263-264, nota 02.

²³⁵ Já Blanco de Moraes sustenta que a oposição do veto político preclui, nos termos do art. 136º/1, da CRP, o controle de constitucionalidade seja pelo PR, pelo PM ou pelos Deputados, mantendo-se essa preclusão mesmo em caso de superação do veto pela AR, “(...) dado que o acto de confirmação parlamentar impõe ao Presidente a obrigação de promulgar, tendo já caducado a faculdade de requerer a fiscalização preventiva, a qual antecede sempre o controlo de mérito”. In: MORAIS, op. cit., p.40, nota 209.

faz-se a observação da referenda ministerial). Para Blanco de Morais²³⁶, a violação da regra da promulgação vedada acarreta a inconstitucionalidade formal do ato, e tem como consequência a invalidade do mesmo, devendo ser verificada em sede de controle abstrato sucessivo.

3.1.2 Requerimento de fiscalização preventiva da constitucionalidade

Conforme acima observado, esta atribuição está posta ao Presidente da República. Questão que se reveste de particular relevância é a de saber se essa dotação conferida pela CRP ao PR de desencadear o processo de fiscalização prévia, quando se encontrar perante dúvidas (ou mesmo certeza) sobre a (in)constitucionalidade de norma(s) constante(s) de determinado diploma, consiste numa faculdade ou, ao contrário, em obrigação.

Na redação originária do texto constitucional, previa o art. 277º que os diplomas enviados para promulgação pelo Presidente eram simultaneamente enviados ao Conselho da Revolução e só poderiam ser promulgados decorridos cinco dias da recepção pelo CR. Em caso de dúvidas sobre a constitucionalidade da norma contida no diploma, o órgão castrense apreciaria *ex officio*, comunicando ao PR, no prazo citado, para que este não promulgasse.

Havia aqui uma verdadeira “*pré-apreciação necessária*”²³⁷ dos diplomas pelo CR (sem prejuízo de o próprio PR requerer a fiscalização prévia quando suspeitasse da inconstitucionalidade). Todavia, esta previsão foi abolida (juntamente com o CR) por ocasião da primeira revisão constitucional em 1982. Finda essa breve digressão histórica, volve-se ao busfílis da questão.

Rui Medeiros²³⁸, calcado em argumentos como o da vinculação do PR à Constituição, em decorrência do próprio juramento de posse, além de uma concepção algo *schmittiana* sobre a problemática do guardião da Constituição, advoga a ideia de que o PR não pode deixar de requerer a fiscalização prévia quando considerar determinada norma inconstitucional. Seria, pois, em seu sentir, um dever atribuído ao PR, ancorado na mesma *ratio* que o leva a elencar também como dever presidencial a apreciação da constitucionalidade das normas antes da promulgação. Não haveria “margem de manobra”, lugar para discricionariedade do Presidente. Antes, ele se encontraria vinculado a requerer a fiscalização prévia junto ao TC.

²³⁶ MORAIS, op. cit., p.41, nota 209.

²³⁷ MIRANDA, op. cit., p.261, nota 02.

²³⁸ MEDEIROS, op. cit., pp.74-78, nota 212.

Todavia, este não é o pensamento que melhor se coaduna com a corrente majoritária. Gomes Canotilho²³⁹, apesar de não vislumbrar liquidez no que respeita a esta competência presidencial (se é ou não de exercício livre), afirma que a maioria da doutrina se inclina para “(...) reconhecer sempre o direito a um juízo de oportunidade política mesmo que o Presidente da República esteja “convencido” da inconstitucionalidade”. Jorge Miranda²⁴⁰ aduz que a iniciativa é “livre em si mesma”, e Bacelar Gouveia²⁴¹ assevera que o requerimento de fiscalização prévia é sempre facultativo.

Contudo, os argumentos mais substanciosos para debelar as posições tendentes a defender uma iniciativa vinculada do PR são oferecidos por Blanco de Moraes²⁴². De largada, rememora ele a dicção do texto constitucional que adota, no art. 278º/1, o vocábulo “pode” para designar a faculdade do PR em utilizar o controle preventivo, contrariamente ao que ocorre no comando delineado pelo art. 115º/8 – que trata da fiscalização prévia obrigatória dos referendos –, pois aqui a CRP é expressa ao afirmar que o Presidente *submete* as propostas de referendo a uma fiscalização preventiva *obrigatória* de constitucionalidade e de legalidade²⁴³. Ou seja, extrai-se da própria letra da Constituição que quando o constituinte entendeu a necessidade do exercício obrigatório desta competência assim o fez expressamente.

Outro dado importante: se um diploma julgado inconstitucional pelo TC e posteriormente confirmado pela AR pode ser promulgado ou não pelo PR (atuando como árbitro), este, com maior razão, possui a faculdade de requerer ou não a fiscalização prévia. Ainda, deve-se destacar que o controle preventivo é o único que admite pedido de desistência (LTC, art. 53º), assim, admitir um controle obrigatório é caminhar contra a lógica do sistema, pois não é concebível que uma competência vinculada possa ser passível de desistência.

Quanto ao argumento, no plano teleológico, de que o dever de requerer a fiscalização prévia quando diante de dúvidas (ou certezas) sobre a inconstitucionalidade de determinada norma decorre do juramento de posse (de defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição), lembra o professor lisboeta que este só possuiria alguma relevância se o PR expusesse publicamente essas dúvidas ou certezas, pois, se não as explicita, não cabe ao Direito

²³⁹ CANOTILHO, op. cit., p.1027, nota 223.

²⁴⁰ MIRANDA, op. cit., p.261, nota 02.

²⁴¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2005. p.1342.

²⁴² MORAIS, op. cit., pp.44-48, nota 209.

²⁴³ Para mais desenvolvimento sobre o controle preventivo dos referendos, Cf. URBANO, Maria Benedita. *O referendo: perfil histórico-evolutivo do instituto: configuração jurídica do referendo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 1998, pp.230-236.

Constitucional “julgar estados de alma” do Presidente. Além do mais, segundo ele, o juramento presidencial constitui uma promessa dotada de valor metajurídico, não decorrendo dela qualquer obrigação no sentido de acionar os mecanismos de controle de constitucionalidade.

Por fim, quanto à obrigatoriedade do manejo da fiscalização prévia pelo PR lastreada na promoção da defesa do interesse público, observa o citado publicista que se em sede de fiscalização sucessiva a CRP previu a possibilidade de modulação de efeitos da decisão do TC (art. 282º/4), como forma de resguardar este interesse, ou seja, a faculdade de um órgão jurisdicional valorar politicamente a existência e extensão do referido interesse público, então, por maioria de razão, o PR, dentro de um processo com carga política significativa (fiscalização prévia), possui legitimidade para medir as diversas dimensões do interesse público, podendo optar, ou não, pela utilização do controle *ex ante*.

Corroborando este entendimento o fato de que, em sede de controle preventivo, se o TC se pronunciar pela inconstitucionalidade, todo o diploma é inquinado com a referida mácula, pois não existe nesta modalidade de fiscalização abstrata a possibilidade de decretação da inconstitucionalidade parcial.

De tal sorte que o PR possui a decisão política de iniciar ou não a fiscalização prévia, pois, se entender que o interesse público ficará mais bem protegido com a declaração de inconstitucionalidade apenas da norma viciada, dentre todas que compõem determinado diploma, nada obsta a que utilize o controle sucessivo, onde é possível a decretação parcial do juízo de desconformidade da norma com a Constituição²⁴⁴. Tem-se, destarte, que a atribuição conferida, pela CRP, ao PR é de exercício facultativo.

Outrossim, saliente-se que o requerimento formulado pelo Presidente da República não necessariamente precisa ser calcado em certezas ou convicções quanto à inconstitucionalidade do diploma, antes, é suficiente, para desencadear o processo de fiscalização prévia, que a solicitação presidencial se funde em dúvidas quanto à incompatibilidade da norma com a Lei Fundamental²⁴⁵. Oportuno lembrar que não há, nem na

²⁴⁴ Conclui Blanco de Moraes, *verbis*: “O Presidente pode, pois, estimar, em razão da matéria, que o interesse público ficará melhor salvaguardado com a entrada em vigor do regime previsto no diploma, do que com o seu bloqueamento decorrente da respectiva submissão a fiscalização preventiva. Nessas circunstâncias é-lhe legítimo, à luz do próprio princípio da proporcionalidade, preferir a eliminação cirúrgica da parcela normativa inconstitucional através da formulação de um pedido de fiscalização abstrata sucessiva, quando o diploma tiver já sido publicado, ao invés de adoptar uma opção excessiva que passasse pela preclusão da existência da totalidade do diploma”. *In*: MORAIS, op. cit., p.47, nota 209.

²⁴⁵ Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal Constitucional nos Acórdãos 232/03 e 415/05, que, apesar de serem tirados a requerimento de Representante da República, as considerações jurídicas ali espostas valem para a

CRP nem na LTC, amparo jurídico-positivo que fundamente a não admissão de um requerimento de fiscalização prévia em que o autor se limita a transmitir dúvidas e solicita uma pronúncia do TC sobre estas²⁴⁶.

3.1.3 Veto

A Constituição da República Portuguesa traz, em seu bojo, a previsão do instituto do veto, instrumento posto ao alcance do PR para rejeitar proposições oriundas dos órgãos dotados de competência legislativa. Este instituto, segundo o próprio texto constitucional, possui um regime dúplice, ou seja, há dois tipos de veto: o *veto político*, fundado em razões de mérito e conveniência política, e o dito *veto jurídico*, ou *veto por inconstitucionalidade*. Este último compõe a engrenagem do processo de fiscalização prévia da constitucionalidade²⁴⁷. Como anteriormente observado (*v.supra*, item 2.2.1), no Brasil

atividade presidencial. Contudo, não foi sem alguma discordância que se chegou ao entendimento de que simples dúvidas quanto à inconstitucionalidade poderiam constituir parâmetro para fiscalização prévia. Por exemplo, a Conselheira Maria dos Prazeres Pizzaro Beleza, em declaração de voto no Ac. 232/2003, reproduzida também no Ac. 415/2005, arrematou: “(...) não basta a simples manifestação de dúvidas de constitucionalidade para que se justifique a intervenção do Tribunal Constitucional, mesmo em processo de fiscalização preventiva, no essencial, pelas seguintes razões: 1. A fiscalização preventiva não é uma função consultiva, não é uma função auxiliar do veto. É uma função jurisdicional do Tribunal Constitucional, ao mesmo título que as demais funções de fiscalização. 2. Se o Tribunal Constitucional não se pronuncia pela inconstitucionalidade, o poder de veto fica intacto e pode ser exercido livremente. Se, diferentemente, o Tribunal Constitucional se pronuncia pela inconstitucionalidade, o poder de veto muda de natureza, passando a exercer apenas uma função subordinada de execução da decisão do Tribunal (veto obrigatório). O Ministro da República (neste caso) não é, portanto, um órgão consultante, mas antes um órgão requerente ou de iniciativa, que pode também vir a ser um órgão executor. 3. No sistema português, que reconhece aos tribunais poderes muito amplos de fiscalização sucessiva, a fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional não constitui um modo normal de fiscalização da constitucionalidade das leis. No espírito da Constituição, a fiscalização preventiva serve apenas o objectivo de evitar a entrada em vigor de textos legais feridos de uma inconstitucionalidade particularmente nítida e clara. Se se fosse mais longe, fazendo intervir o Tribunal Constitucional sempre que um argumento de inconstitucionalidade pudesse ser configurado, o peso do sistema deslocar-se-ia para a fiscalização preventiva, com prejuízo, pelo menos, da fiscalização sucessiva difusa. 4. Não podendo o Tribunal Constitucional decidir da oportunidade da sua intervenção, cabe necessariamente ao órgão requerente, enquanto órgão detentor da iniciativa processual, o papel de seleccionar os casos em que se justifica a fiscalização preventiva. Para que esta se exerça dentro do espírito da Constituição, é necessário que exista aos olhos do órgão requerente mais do que uma simples dúvida, ainda que razoável. O órgão requerente deverá estar ele mesmo convicto da existência da inconstitucionalidade e sustentá-la em termos afirmativos, não em termos meramente dubitativos e hipotéticos. Se o órgão requerente não tiver essa convicção, não deverá suscitar a intervenção do Tribunal Constitucional”. *In*: PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 232/2003, Relator: Conselheiro Rui Moura Ramos e; PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 415/2005, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto.

²⁴⁶ MORAIS, op. cit., pp.29-30, nota 209.

²⁴⁷ Rui Medeiros afirma que essa classificação dual é equivocada. Em verdade, segundo ele, existe o regime geral de veto, que se funda em considerações políticas, em razões de inconstitucionalidade ou em juízo de ilegalidade, e o regime especial do veto por inconstitucionalidade ligado à fiscalização preventiva. *In*: MEDEIROS, op. cit., p.85, nota 212. Todavia, essa distinção não parece, *prima facie*, desencadear maiores debates doutrinários. A concepção mais usual, contudo, é a que dá conta da existência de dois direitos de veto.

também há essa dualidade de vetos, entretanto o regime jurídico ao qual eles são submetidos em Portugal é substancialmente diferente, possuindo cada espécie de veto funções e características próprias, a seguir pormenorizadas.

3.1.3.1 Veto político

Segundo Gomes Canotilho²⁴⁸, o direito do Presidente da República ao veto político decorre dos poderes de conformação política reconhecidos a este pela CRP, além de, quando aplicado no caso concreto, constituir um poder de controle político autônomo²⁴⁹. Este veto consiste no exercício de um controle prévio quanto ao mérito e oportunidade política dos diplomas legislativos postos à apreciação presidencial antes da promulgação. É a tradução da manifestação de discordância do PR sobre o mérito do conteúdo. Através do veto, o Presidente tem que a solução normativa é inconveniente, inoportuna ou errada²⁵⁰.

Alude ainda o professor de Coimbra, arrimado na melhor doutrina tedesca, que esta espécie de veto constitui um verdadeiro *direito político-material de controlo*. Por depender exatamente desse juízo de conveniência política exercido pelo PR, o veto é sempre facultativo²⁵¹. Aqui, o chefe de Estado exercita sua prerrogativa sem estar vinculado a manifestação alguma de qualquer outro órgão, cabendo-lhe, no gozo de sua liberdade de conformação, utilizar ou não este instrumento²⁵².

O regime jurídico do veto político e suas especificidades estão consagrados no art. 136º da CRP²⁵³. Algumas considerações são imperativas. Primeiro, importante destacar a

Cf., por todos, CORREIA, op. cit., p.111, nota 09.

²⁴⁸ CANOTILHO, op. cit., p.625, nota 223.

²⁴⁹ URBANO, op. cit., p.236, nota 243. Esta faculdade *d'empecher* ou de *bloqueio*, também é classificada como um poder negativo atribuído pela CRP ao PR. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra, 1991, pp.52-53.

²⁵⁰ OTERO, op. cit., p.248, nota 228.

²⁵¹ CORREIA, op. cit., p.111, nota 09.

²⁵² Observa Canotilho que: "A consagração expressa do direito de veto, sobretudo do de veto político, revela, pois, que entre nós, o controlo prévio do Presidente da República pode não ser apenas um controlo jurídico mas também um controlo político. A conformação constitucional do veto político aponta para ideia de que o Presidente, ao exercer esse direito, desenvolve um poder de direção política não inteiramente reconduzível a uma mera actividade de controlo". In: CANOTILHO, op. cit., p.626, nota 223.

²⁵³ Art. 136º (promulgação e veto)

1. No prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembleia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada.

diferença de regime a depender da gênese do diploma vetado: se oriundo da AR ou do Governo. Quando o PR veta decreto enviado pelo Parlamento para ser promulgado como lei, deve fazê-lo no prazo de vinte dias, contados da data de recepção do diploma. Além do mais, este veto deve ser necessariamente *fundamentado*, e a mensagem enviada à AR deve solicitar novo pedido de apreciação do decreto.

Diz-se, ainda, que é *suspensivo*, pois a AR poderá derrubá-lo pelo voto da maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (quanto às matérias do art. 136º/3, o quórum qualificado será de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos parlamentares em efetividade de funções). Nesta hipótese, o PR possui o dever de promulgar o decreto, no prazo de oito dias contados de sua recepção²⁵⁴.

Se o decreto é encaminhado pelo Governo para promulgação, altera-se o quadro acima explicitado. O PR possui um prazo de quarenta dias (contados da recepção do diploma ou da decisão do TC que não se pronuncie pela inconstitucionalidade, em caso de fiscalização prévia) para apor o veto. Além do prazo mais dilatado, este veto é *absoluto*, pois o Governo não possui meios de superá-lo. Não é necessária a devolução do diploma ao Gabinete e *nem a fundamentação*, bastando a comunicação por escrito do sentido do veto²⁵⁵.

Neste contexto, se o Governo ficar inconformado com a oposição do veto, só lhe resta converter o diploma vetado em proposta de lei e encaminhar à AR para o devido processamento, pois o Parlamento possui a vantagem de, através da confirmação, rechaçar eventual futuro veto presidencial. Todavia, se o diploma se referir à matéria reservada à competência legislativa do Governo (CRP, art. 198º/1, *c*) e art. 198º/2), não poderá ser

2. Se a Assembleia da República confirmar o voto por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua recepção.

3. Será, porém, exigida a maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, para a confirmação dos decretos que revistam a forma de lei orgânica, bem como dos que respeitem às seguintes matérias:

a) Relações externas;

b) Limites entre o sector público, o sector privado e o sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção;

c) Regulamentação dos actos eleitorais previstos na Constituição, que não revista a forma de lei orgânica.

4. No prazo de quarenta dias contados da recepção de qualquer decreto do Governo para ser promulgado, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, comunicando por escrito ao Governo o sentido do veto.

5. O Presidente da República exerce ainda o direito de veto nos termos dos artigos 278.º e 279.º.

²⁵⁴ Aduz Alves Correia que: "(...) a Constituição, em face de uma colisão entre a opinião político-legislativa da Assembleia da República e a do Presidente da República (órgão de soberania que participa da função legislativa, mas não é um órgão legislativo), dá prevalência à vontade do Parlamento". In: CORREIA, op. cit., p.113, nota 09.

²⁵⁵ *Ibid*, p.112.

transformado em proposta de lei e enviado à AR. Aqui, segundo Paulo Otero²⁵⁶, “(...) o veto político do Presidente da República assume natureza absolutíssima”.

Questão interessante, para efeitos desta dissertação, é saber se o veto político pode ser exercido com fundamento em inconstitucionalidade. De partida, tem-se que, no ordenamento constitucional português, essa hipótese é vedada (diferente do que se sucede no Brasil, onde a CRFB prevê um veto por inconstitucionalidade valorado politicamente, pelo chefe do Executivo).

Se detectar pretensa inconstitucionalidade, o PR pode recorrer ao TC para que este a analise em fiscalização prévia. É de bom alvitre frisar que a iniciativa presidencial de suscitar o controle *a priori* sempre precede ao veto político²⁵⁷. De modo que, se não requerer a pronúncia da Corte (ou requerida, esta se pronuncie pela não inconstitucionalidade da norma), o PR só pode invocar motivos de ordem política (e não motivos de inconstitucionalidade) para justificar a oposição do veto político, sob pena de, segundo Alves Correia²⁵⁸, atentar contra a Constituição e deturpar toda a lógica do controle preventivo de constitucionalidade.

Destaca Blanco de Moraes²⁵⁹ que o veto político fundado em inconstitucionalidade “(...) enfermaria, em abstracto, de vício material de *desvio de poder*”, pois estaria sendo usado de maneira contrária à finalidade constitucionalmente atribuída a ele, que consiste na “(...) apreciação negativa, não da perfeição jurídica, mas sim do conteúdo político” de um decreto pelo PR. Não obstante, lembra o ilustre professor que, se eventualmente tal prática viesse a ocorrer, esta acarretaria em uma inconstitucionalidade desprovida de qualquer sanção²⁶⁰.

Por fim, alude Paula Brito²⁶¹ que permitir o uso do veto político fundado em inconstitucionalidade é admitir o retrocesso à época em que o controle de constitucionalidade era um controle político exclusivo. Fala a autora aqui em hipótese de fraude à Constituição,

²⁵⁶ OTERO, op. cit., p.251, nota 228.

²⁵⁷ POIS, “(...) a questão jurídica é necessariamente prévia em relação à questão política”. In: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.726, nota 218.

²⁵⁸ CORREIA, op. cit., p.113, nota 09.

²⁵⁹ MORAIS, op. cit., p.49, nota 209.

²⁶⁰ Com efeito, rememora o citado docente que, até o ano de 1994, das doze vezes que o então Ministro da República nos Açores após o veto político sobre os diplomas regionais, este se fundou sempre em razões de inconstitucionalidade (e ilegalidade), sendo raras as vezes que se aventaram motivos de discordância política ou técnica, assim: “(...) sedimentou-se (...) durante este período, uma prática *Contra Constitutionem*, em favor de um verdadeiro controlo político preventivo da constitucionalidade pelo Representante da República, a par do controlo preventivo de natureza jurisdicional”. Entretanto, não há notícia de nenhuma espécie de sanção, em decorrência da “(...) existência de uma *“zona branca”* de controlo de constitucionalidade no ordenamento português e que consiste na insindicabilidade dos actos políticos”. In: *Ibid*, p.50.

²⁶¹ BRITO, Paula Maria Dias. *A Fiscalização preventiva da constitucionalidade de leis e decretos-leis na constituição de 1976*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-políticas, policopiada, Coimbra, 1997, p.214.

pois se estaria alargando as possibilidades constitucionalmente conferidas ao PR quando recebe um decreto para promulgação. A CRP só permite o veto por inconstitucionalidade na sequência de uma pronúncia do TC. De forma que, na configuração desenhada pelo constituinte, é inadmissível o uso do veto político lastrado em motivos de inconstitucionalidade.

3.1.3.2 Veto jurídico ou por inconstitucionalidade

Esta modalidade de veto é verificada na sequência de uma pronúncia do TC a favor da inconstitucionalidade de determinada norma, em sede de fiscalização prévia. Reza a CRP (art. 279º/1) que, caso se verifique essa situação, o Presidente deverá vetar o diploma (ato contínuo) e devolvê-lo ao órgão que o tiver aprovado (AR ou Governo).

Nesta espécie de veto não há lugar para discricionariedade do PR quanto à sua oposição ou não, pois este se encontra vinculado ao comando constitucional que o obriga a vetar²⁶². Desta forma, a pronúncia pretoriana no sentido da inconstitucionalidade gera dois efeitos imediatos: a impossibilidade de promulgação²⁶³ (com a consequente oposição do veto) e a devolução do diploma ao órgão responsável por sua confecção.

O veto deve ser expresso. Entretanto, contrariamente ao veto político, o veto por inconstitucionalidade não carece de fundamentação, ou melhor, esta é feita por remissão ao acórdão do Tribunal, exatamente porque aqui o PR age vinculado, exercendo uma função formal atribuída pela CRP a ele²⁶⁴.

O órgão autor do diploma vetado poderá: *a)* expurgar a norma tida por inconstitucional (mantendo se possível hígido o restante do decreto). Neste caso, é facultado ao PR o direito de promulgar o decreto ou exercer o veto político; *b)* reformular o diploma adequando-o à

²⁶² Jorge Miranda e Rui Medeiros criticam o vocábulo “veto” utilizado para designar este instituto, pois ele diverge do clássico sentido do veto, exatamente por ser vinculado, obrigatório. Na verdade, entendem eles que o verdadeiro veto por inconstitucionalidade é o requerimento de apreciação preventiva feito pelo PR ao TC. Contudo, afirmam que, apesar desta incongruência terminológica, o sentido útil da expressão consiste em “(...) o Tribunal não comunicar directamente com os órgãos de aprovação das normas, em apenas comunicar através do Presidente da República (...)”, de modo que este não passa de um mero nuncio ou transmissário da decisão do TC. *In: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.732, nota 218.*

²⁶³ Aqui, lembra Blanco de Moraes que o ordenamento francês – inspiração para o sistema de fiscalização prévia português – prevê, como efeito de uma decisão positiva de inconstitucionalidade, apenas a proibição de promulgação da norma tida como inconstitucional e, diz ele, que não é compreensível o motivo pelo qual o constituinte luso se afastou deste paradigma claro e simplificado. Em outras palavras, quiçá quis afirmar que o veto por inconstitucionalidade é uma “invenção” desnecessária da experiência constitucional portuguesa. *In: MORAIS, op. cit., p.75, nota 209.*

²⁶⁴ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.929, nota 217. GOUVEIA, op. cit., p.1346, nota 241.

manifestação do TC, hipótese em que o PR poderá promulgar, vetar politicamente, ou ainda requerer nova apreciação preventiva de inconstitucionalidade (CRP, art. 279º/3) e; c) restar silente, nada fazer, de tal sorte que, nesta conjuntura, o veto jurídico encerraria o processo legislativo²⁶⁵. Assim, o expurgo (*latu sensu*) não afasta o veto político, pois “(...) o saneamento da inconstitucionalidade não consome as eventuais objecções político-constitucionais em relação ao diploma”²⁶⁶.

Todavia, se o veto por inconstitucionalidade tiver por objeto projeto de lei oriundo da Assembleia da República, esta poderá confirmá-lo (CRP, art. 279º/2), situação em que exsurge o papel decisivo do Presidente da República no processo de fiscalização prévia. Superado o veto e remetido o diploma ao PR, este – ao contrário do regime do veto político – *poderá* promulgar ou não o decreto, arbitrando o conflito constitucional em favor de um dos órgãos de soberania em confronto, a saber: o TC, que se pronunciou pela inconstitucionalidade da(s) norma(s) e; a AR, que atropelou a decisão da Corte, através da confirmação do diploma²⁶⁷.

Assim, embora não possa vetar novamente o decreto confirmado, pode o PR não o promulgar²⁶⁸. Esta opção presidencial constitui uma decisão de natureza absoluta, pois não há instrumentos jurídico-constitucionais hábeis para sindicá-la. Saliente-se que não há prazo expresso para o exercício da promulgação nesta hipótese, mas, aplica-se aqui, por analogia, o prazo geral de promulgação (CRP, art. 136º), de modo que, se não exercida neste interstício, a faculdade de promulgação caducará²⁶⁹⁻²⁷⁰.

²⁶⁵ OTERO, op. cit., p.252, nota 228.

²⁶⁶ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.935, nota 217.

²⁶⁷ Neste contexto, anotam, de maneira lapidar, Jorge Miranda e Rui Medeiros: “Com efeito, a faculdade de promulgação ou de assinatura afigura-se uma via de equilíbrio: de equilíbrio entre o órgão legislativo representativo e o órgão de fiscalização da constitucionalidade, com *arbitragem* pelo Presidente da República – também ele órgão representativo e que aparece ligado à garantia do regular funcionamento das instituições democráticas (...)”. E esta faculdade tem razão de ser, diversamente da obrigatoriedade de promulgação quando o veto político é superado, “(...) porque nem o órgão legislativo deve prevalecer sobre o juízo de inconstitucionalidade, nem o Tribunal Constitucional sobre a assembleia política representativa”. Neste caso, o veto por inconstitucionalidade convola-se em “verdadeiro poder de sanção legislativa”. *In*: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.735, nota 218. Contra, Blanco de Moraes, defensor da tese que em questão de constitucionalidade a última palavra deveria caber ao Judiciário, afirma que esta possibilidade de arbitragem presidencial “(...) consiste num reflexo, tardio e residual, de um poder de controlo político da constitucionalidade de normas em favor do Chefe de Estado, que foi consagrado em certas monarquias dualistas e na República de Weimar”. *In*: MORAIS, op. cit., p.86, nota 209.

²⁶⁸ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.930, nota 217.

²⁶⁹ Cf. *Ibid*, p.932. MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.736, nota 218.

²⁷⁰ Numa perspectiva crítica quanto à possibilidade dessa caducidade, Blanco de Moraes a denomina de “recusa de promulgação de bolso” e arremata dizendo que: “Trata-se de mais uma “cova de lobo” de recorte político legado por este processo de fiscalização, a qual, para além de se revelar portadora de uma desnecessária carga conflitual, resulta ser, também, incompreensível, em razão da intenção do decisor constitucional em suprimir o “veto de bolso””. *In*: MORAIS, op. cit., pp.87-88, nota 209.

3.2 Participação da Assembleia da República

Este órgão de soberania possui uma importante função no desenrolar do procedimento de fiscalização prévia da constitucionalidade de normas, nomeadamente quanto à possibilidade de expurgo, reformulação ou confirmação das disposições tidas por inconstitucionais, objeto de pronúncia do Tribunal Constitucional. Entretanto, quanto à elaboração de diplomas legislativos, o Regimento da Assembleia da República (RAR)²⁷¹ elenca certas atribuições ao Parlamento que dizem respeito à verificação da conformidade com a Constituição dos projetos e propostas de lei apresentados junto àquele órgão.

Como oportunamente observado, no Brasil não há regramento específico quanto ao desempenho do controle preventivo, sedimentada a ideia, no seio da doutrina, que esse exercício é, majoritariamente, desempenhado pelo Congresso Nacional, no âmbito das comissões de Constituição e Justiça. Em decorrência de Portugal possuir um modelo hermético de fiscalização prévia, desnecessário se faz tecer maiores considerações sobre o processo legislativo (nos moldes delineados no item 2.1.1), todavia é salutar pontuar algumas observações.

O RAR, em seu artigo 120º/1/a)²⁷², dispõe que não serão admitidos para processamento os projetos ou propostas de lei que contrariem a Constituição e, por conseguinte, o Presidente do Parlamento deve rejeitá-los, cabendo recurso desta decisão (art. 126º). Ainda, há previsão de elaboração, pelos Serviços da Assembleia, de uma nota técnica para cada projeto de lei, enviada à comissão parlamentar, após a admissibilidade do mesmo, onde constará, sempre que possível, a análise dos requisitos constitucionais da proposição (art. 131º/2/,a)), devendo esta ser anexada ao parecer da lavra da comissão.

Por fim, embora o RAR não discorra nominalmente sobre a quantidade de comissões permanentes, prevê que, no início de cada legislatura, estas serão criadas com competências especificamente delimitadas. No alvor da XII legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, foi estabelecida, dentre outras comissões permanentes, a Comissão de Assuntos Constitucionais,

²⁷¹ PORTUGAL. *Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, de 20 de Agosto (Declaração de Rectificação n.º 96-A/2007, de 19 de Setembro) com as alterações introduzidas pelo Regimento da Assembleia da República n.º 1/2010, de 14 de Outubro.*

²⁷² Artigo 120.º Limites da iniciativa

1 - Não são admitidos projectos e propostas de lei ou propostas de alteração que:

a) Infrinjam a Constituição ou os princípios nela consignados;

Direitos, Liberdades e Garantias, cuja principal tarefa, segundo seu Regulamento²⁷³, é ocupar-se dos assuntos de natureza constitucional (art. 2º).

Importa destacar, para efeitos desta investigação, a atribuição conferida a esta comissão de dar parecer sobre a constitucionalidade de propostas de lei, projetos de lei ou outras iniciativas parlamentares, quando houver solicitação nesse sentido do Presidente da AR, ou das outras comissões parlamentares permanentes (art.3º/1/b)).

Não obstante essa participação da AR na verificação da constitucionalidade das proposições – e a despeito de no Brasil isto ser considerado o verdadeiro controle preventivo de constitucionalidade exercido pelo Parlamento –, tem-se, na doutrina lusitana, que essa apreciação prévia exercida pelo órgão legislativo, especificamente quanto ao poder de rejeição imputado ao Presidente da AR, não se confunde com a fiscalização preventiva, pois, mesmo que fundado no dever de vigilância pelo cumprimento da Constituição (CRP, art. 162º/a)), qualquer decisão emanada dele será de cunho puramente político²⁷⁴.

Finda esta breve consideração sobre a possibilidade de uma competência própria parlamentar no exercício do controle *a priori*, analisar-se-á, doravante, as atribuições da AR, constitucionalmente expressas na CRP, relativas à sua participação no procedimento de fiscalização prévia, na sequência de uma decisão do TC pela inconstitucionalidade da norma.

Com Bacelar Gouveia²⁷⁵, tem-se que, verificada tal situação, com a consequente devolução do diploma (pelo PR) com o veto por inconstitucionalidade aposto, cabem à AR três respostas possíveis: *a*) restar silente, pondo fim ao processo legislativo; *b*) expurgar (*latu sensu*) as normas consideradas inconstitucionais e; *c*) confirmar o diploma. A seguir, serão observadas, de maneira mais detida, as duas últimas hipóteses.

3.2.1 Expurgo e reformulação

De partida, faz-se mister afirmar que a faculdade da AR de expurgar ou reformular a norma é admitida apenas se o decreto tido por inconstitucional foi enviado para ser promulgado como lei (o Governo também pode expurgar se versar sobre decreto-lei). As normas constantes dos demais atos sujeitos à fiscalização prévia, nomeadamente os tratados e acordos internacionais, não podem ser objetos de expurgo, posto que a modificação destes

²⁷³ PORTUGAL. *Regulamento da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, de 20/07/2011.*

²⁷⁴ MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.723, nota 218.

²⁷⁵ GOUVEIA, op. cit., p.1346, nota 241.

atos (passada a fase de negociação) consistiria, na verdade, no surgimento de um novo tratado ou acordo, o que resultaria em ofensa às normas de direito internacional. Pode o Parlamento, quando muito, e se o caso permitir, formular reservas²⁷⁶.

Apesar de inexistir no texto constitucional uma distinção conceitual entre expurgo e reformulação, o RAR parece oferecer um parâmetro que leva a esta diferenciação, especificadamente no que toca à consequência derivada da aplicação de cada um destes institutos. Dispõe o n.º 1 do art. 163º que se a AR expurgar a norma, o decreto será enviado ao PR para promulgação. Já se a solução adotada for a reformulação, reza o n.º 2 do aludido artigo que o fruto desta operação resultará em um novo decreto, que também será enviado para promulgação. Esta sutil distinção é importante, pois um novo decreto é passível de um novo pedido de fiscalização prévia de constitucionalidade.

Blanco de Moraes²⁷⁷ organiza sistematicamente esses conceitos. Para ele, o expurgo *latu sensu* é gênero e desdobra-se em: *a) expurgo simples*, que por sua vez poderá ser: *i) sem ablação de texto*, no caso de uma inconstitucionalidade formal em que o expurgo se resume à repetição juridicamente correta do trâmite legislativo; *ii) com ablação de texto*, que consiste na retirada, de maneira supressiva, das normas inconstitucionais do diploma, conservando a integridade do resto do texto e; *b) reformulação*, que acarreta a remoção da inconstitucionalidade através da modificação textual do diploma, da introdução de novos preceitos, ocasionando, aqui, o surgimento de um novo diploma.

Conforme Canotilho²⁷⁸, a expurgação simples tem o condão de superar o veto por inconstitucionalidade. Neste caso, deve o PR (salvo exercício do veto político) promulgar o diploma²⁷⁹. Já o decreto objeto de reformulação sofre “uma alteração no espírito da lei”²⁸⁰, de maneira que o diploma reformado é outro, daí que o PR poderá suscitar novamente a apreciação preventiva da constitucionalidade não só das normas alteradas, mas de qualquer norma constante deste novel decreto (CRP, art. 279º/3).

Isto se justifica porque a norma reformulada pode: ainda ser inconstitucional; pode conduzir à “contaminação das outras normas”; pode, outrossim, constituir parâmetro de

²⁷⁶ MIRANDA, op. cit., pp.256-268, nota 02.

²⁷⁷ MORAIS, op. cit., pp.82-85, nota 209.

²⁷⁸ CANOTILHO, op. cit., p.1029, nota 223.

²⁷⁹ Alves Correia, corroborando este entendimento, diz que nos casos de expurgo simples, “(...) traduzindo-se este numa mera *supressão* de um número, de uma alínea ou de artigo considerado inconstitucional (...)” pelo TC, como consequência, tem-se que o diploma sobre o qual foi feito o expurgo não será “(...) *substancialmente* diferente do primeiro (...)”, assim, “(...) admitir, em tais casos, uma nova fiscalização preventiva da constitucionalidade seria “fiscalizar duplamente o mesmo diploma””. *In*: CORREIA, op. cit., p.118, nota 09.

²⁸⁰ MORAIS, op. cit., p.84, nota 209.

aferição da constitucionalidade de outras normas constantes do diploma originário e; em decorrência de ser um novo decreto, o diploma está sujeito a todos os trâmites relativos ao procedimento de fiscalização prévia²⁸¹.

Frise-se, destarte, que, mesmo se houver alteração material do diploma, através da supressão e/ou inclusão de novas normas, se não forem removidas as inconstitucionalidades apontadas pelo TC, não haverá expurgo (*latu sensu*), de modo que o Presidente se encontra constitucionalmente impedido de promulgar o decreto. Uma importante nota resta imperativa. Em Portugal, ao contrário do que ocorre na França, o PR não pode promulgar como lei o decreto com normas julgadas inconstitucionais, em sede de fiscalização *a priori*. Antes, sem o expurgo, fica ele impedido de promulgar o diploma²⁸².

3.2.2 Confirmação parlamentar

A faculdade de confirmação (no Brasil se usa com mais frequência as expressões “superação” ou “derrubada”) parlamentar do veto jurídico aposto pelo PR é um mecanismo de equilíbrio entre os órgãos de soberania, na esteira da clássica doutrina dos “*checks and balances*”.

Com efeito, dispõe o art. 279º/2 da CRP que se o TC se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de determinado diploma, esta só poderá ser promulgada se expurgada a mácula, ou se confirmada por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. O art. 279º/4 prevê o mesmo quórum qualificado para a confirmação de norma inconstitucional constante de tratado. Em um caso ou em outro, como já anteriormente pontuado, a promulgação (ou ratificação) constitui uma faculdade do PR, que atuará como árbitro entre a decisão pretoriana e a vontade parlamentar.

²⁸¹ CANOTILHO, op. cit., p.1031, nota 223.

²⁸² Lembrem Miranda e Medeiros que na França se o *Conseil Constitutionnel* declarar que uma norma contém uma disposição contrária à Constituição e esta é inseparável do conjunto da lei, não poderá o Presidente promulgá-la (art. 22º, Lei Orgânica do CC). Entretanto, se entender que a disposição pode ser separada, o PR possui a faculdade de promulgar a lei, com exceção do segmento declarado inconstitucional, ou, pode, ainda, solicitar às Câmaras Legislativas uma nova leitura (art. 23º). Não obstante, defendam ambos que a solução lusitana se mostra mais adequada, pois se afigura mais coerente que o órgão legislativo (e só ele), no exercício de sua função legiferante, possa proceder às reformulações necessárias do diploma, possuindo o monopólio da decisão sobre a inseparabilidade ou não do preceito inconstitucional do restante do diploma *In*: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.733, nota 218.

A confirmação parlamentar do decreto portador de norma inconstitucional apenas confere ao chefe de Estado “(...) a possibilidade de promulgar o diploma (ou ratificar o tratado), apesar de ele conter normas inconstitucionais”, de tal sorte que “(...) a confirmação não elimina as inconstitucionalidades declaradas pelo TC. O que era inconstitucional continua a sê-lo. A confirmação não revoga nem anula a decisão de inconstitucionalidade”²⁸³.

Verifica-se, contudo, que não é de fácil manejo a utilização do instituto da confirmação, pois é necessária uma significativa maioria parlamentar (dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.) para levá-lo a cabo²⁸⁴.

A decisão de confirmação da AR, para Canotilho e Moreira²⁸⁵, não versa sobre a pronúncia do TC, antes, tem por objeto o veto jurídico presidencial, pois, neste caso, o que está em votação não é a constitucionalidade ou não do diploma, mas sim se, apesar de inconstitucional, pode ou não o PR promulgá-lo. Esta seria a *quaestio iuris* ponderada na deliberação do Parlamento. De modo que, segundo os professores conimbricenses, ao confirmar o diploma, a AR não censura nem revoga a decisão do TC, esta não é anulada, pode, entretanto, se tornar ineficaz.

Este instituto, apesar de não levantar maiores controvérsias doutrinárias, não ficou imune à verve crítica de Blanco de Moraes²⁸⁶, que o chama, logo de início, de “(...) uma manifestação de esquizofrenia do Estado de direito democrático”. Na visão do referido professor, não faz sentido a justificativa utilizada usualmente para avaliar a coerência do instituto da confirmação, que consistiria em uma tensão dialética entre o princípio democrático (atinente à atividade parlamentar) e o princípio do controle (atribuído à Justiça Constitucional). Pois, a sobreposição do princípio democrático sobre o do controle dos atos jurídicos (fundamento do Estado de direito), resultaria em um “(...) retrocesso relegitimador de formas de despotismo maioritário, sempre prontas a justificar o atropelo e a nominalização da Lei Fundamental através da acção de maiorias alargadas”.

²⁸³ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., pp.930-931, nota 217.

²⁸⁴ Interessante observação de Vieira de Andrade no que toca à fiscalização prévia. Diz ele que nesta modalidade de controle há uma atenuação dos poderes do TC, existindo uma verdadeira supremacia do princípio da maioria sobre a legitimidade da justiça constitucional, “(...) embora a maioria em causa seja uma maioria especialmente exigente”, pois constitui a soma de uma maioria qualificada do Parlamento, através do instituto da confirmação, com a vontade do Presidente da República, no exercício de seu papel arbitral. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.78.

²⁸⁵ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.931, nota 217.

²⁸⁶ MORAIS, op. cit., p.91, nota 209.

Ratificando sua tese, diz que não deixa de ser curioso que um dos raros precedentes históricos da confirmação parlamentar remete exatamente à Constituição brasileira de 1937, a Carta ditatorial de Getúlio Vargas, que possibilitava ao PR apresentar ao Parlamento lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal e, se o Congresso (ambas as Casas) confirmasse referida lei por maioria de dois terços, a decisão da Corte restaria sem efeito (isso ocorria em sede de controle sucessivo). Tal previsão, indubitavelmente, “(...) atenuou o princípio da jurisdição constitucional”²⁸⁷.

Com ironia peculiar, afirma o professor lisboeta que a Carta outorgada em 1937 “(...) não parece constituir propriamente um paradigma da afirmação autónoma do princípio democrático”²⁸⁸. Assim, embora com as resistências oponíveis, permanece o instituto da confirmação parlamentar como uma das etapas do procedimento da fiscalização de constitucionalidade *ex ante*. Talvez, por ser de escassa utilização²⁸⁹, não constitua objeto de maior celeuma²⁹⁰⁻²⁹¹.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: GARCIA BELAUNDE, Domingos; FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, p.392.

²⁸⁸ MORAIS, op. cit., p.93, nota 209.

²⁸⁹ Até 2007 nunca havia sido utilizada, salvo uma vez, quanto a um decreto legislativo regional. In: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.734, nota 218.

²⁹⁰ O problema apontado por Blanco de Morais remonta à origem do instituto que foi criado, no período de transição democrática, para impedir que o Conselho da Revolução (CR), órgão castrense, detivesse um poder absoluto de veto por inconstitucionalidade frente aos diplomas oriundos da AR. Apesar da extinção do CR em 1982, Jorge Miranda e Rui Medeiros apontam que a confirmação continua a oferecer coerência no plano sistemático da CRP, pois permite uma conjugação dos princípios democrático e do Estado de Direito, haja vista que se Portugal fosse apenas um Estado democrático, não existira controle de constitucionalidade e, se somente Estado de Direito, tudo acabaria com a primeira pronúncia do TC. In: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., p.735, nota 218. Blanco de Morais, advogando pensamento oposto, diz que é compreensível a vigência do instituto da confirmação no período transicional (1976 a 1982), contudo incoerente sua continuidade após esse interstício. Aduz, com ironia, que considerar os argumentos esposados anteriormente, seria admitir que a Holanda, por não possuir um sistema de controle de constitucionalidade, não seria um Estado de Direito, e França, em decorrência de todo processo de controle preventivo acabar com pronúncia do *Conseil Constitutionnel*, se consubstanciaria em um Estado de Direito não democrático. Afirma que “(...) parece ser incompreensível que num processo de controlo de constitucionalidade, como a fiscalização preventiva, subsistam enclaves políticos passíveis de inquirar a jurisdicionalidade que a lógica do sistema pretende consagrar para administração da Justiça no universo dos assuntos constitucionais”. Pois, após a transição democrática em Portugal, não é compreensível que “(...) a subsistência deformada do instituto, o qual postula que uma pronúncia de inconstitucionalidade fundada num juízo de caráter jurídico e emitida ao abrigo da função jurisdicional, possa ser objecto de uma desconstrução ditada pelo alvedrio político dos consensos parlamentares ou por uma inapropriada arbitragem política, desenvolvida pelo Presidente da República”. In: MORAIS, op. cit., pp.92-93, nota 209. Na mesma esteira, afirma Vitalino Canas que: “(...) a possibilidade de confirmação de actos normativos inconstitucionais é uma incompreensível entorse do Estado de Direito democrático”. In: CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objecto, efeitos*. 2.ed. Lisboa: AAFDL, 1994. p.45.

²⁹¹ Apesar de o Governo possuir participação importante no processo de fiscalização preventiva, sua atuação não será apreciada em tópico específico, pois já tratada no bojo das anotações feitas sobre o PR e a AR, nomeadamente quanto à faculdade que detém o Primeiro-Ministro de requerer a iniciativa do controle prévio nos decretos enviados à promulgação como lei orgânica, as consequências do veto político sobre um decreto-lei, além da possibilidade de expurgo em diploma de autoria do Governo, na sequência de uma pronúncia de inconstitucionalidade (*v.supra*, itens 3.1.1.1; 3.1.3.1 e; 3.2.1).

3.3 Processo de fiscalização prévia no Tribunal Constitucional

O procedimento do processo de fiscalização prévia da constitucionalidade de normas jurídicas é disciplinado na Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), especificamente nos artigos 51º a 61º (os arts. 51º ao 56º trazem disposições comuns a todos os processos de fiscalização abstrata). Por determinação constitucional, o requerente pode promover o pedido no prazo de oito dias, a contar da recepção do diploma (ou da notificação), devendo o TC se pronunciar em até vinte e cinco dias, tempo este que pode ser encurtado pelo Presidente da República. Algumas questões no campo da atuação jurisdicional do TC nesta seara saltam aos olhos e merecem maiores reflexões, lastreadas no detalhamento do procedimento previsto na LTC.

3.3.1 Requerimento de fiscalização prévia

Dispõe o artigo 51º da LTC que o requerimento de apreciação da inconstitucionalidade é dirigido ao Presidente do Tribunal e deve especificar, além das normas cuja apreciação se requer, as normas ou princípios constitucionais violados. Conforme adverte Matos Correia²⁹², neste dispositivo legal encontram-se aflorados dois princípios processuais de suma importância no regime da fiscalização prévia: o princípio do pedido e o da especificação.

O princípio do pedido possui duas vertentes: a primeira se traduz no brocardo latino *nemo iudex sine actore*, que significa, exatamente, a necessidade de o procedimento ser iniciado por outro ente que não o julgador, pois, se fosse permitido ao TC (tal como o CR, *v.infra*, item 3.4) atuar *ex officio*, “(...) o perigo de transformação desse órgão numa «superpotência constitucional» agravar-se-ia incommportavelmente”²⁹³ e; a segunda, na fixação do objeto do processo pelo requerente, devendo a pronúncia pretoriana guardar congruência com o pedido veiculado.

Apesar de pontuar distinções entre o conceito de pedido no processo civil e no processo constitucional, Vitalino Canas²⁹⁴ ressalta que o requerimento de iniciativa dos

²⁹² CORREIA, José de Matos. *A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. 2.ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007. p.35.

²⁹³ CANAS, Vitalino. *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes*. Coimbra: Coimbra, 1986. pp.102-105.

²⁹⁴ Na primeira acepção, pedido seria a pretensão deduzida, de forma determinada, em juízo, contendo uma reivindicação da parte interessada de uma providência do Tribunal (condenar, declarar, etc.). Na outra manifestação, não haveria de se falar em pedido no sentido formal, pois o requerente não necessariamente estaria

processos de fiscalização abstrata, mesmo não guardando fiel correspondência com o sentido processual do vocábulo “pedido” (o primeiro é um ato de iniciativa de um processo que se destina à tutela de interesses cujo requerente não é titular; ao contrário, o segundo carrega a pretensão da parte titular de um interesse tutelável), possui a mesma função, qual seja: a fixação exclusiva do objeto do processo, de onde deflui a obrigação para o TC de se pronunciar apenas sobre as questões aventadas no requerimento. De forma que o princípio da especificação se confundiria com o próprio princípio do pedido, concretizado nesta segunda vertente.

Assim, deve o requerente solicitar, com clareza, as normas que pretende ver apreciadas pelo TC, e indicar os dispositivos constitucionais que entende violados, sob pena de o pedido não ser aceito (art. 51º/2), podendo o Presidente do Tribunal, em caso de falta, insuficiência ou obscuridade nas indicações feitas pelo requerente, notificá-lo para supri-las em dois dias (art.51º/3, art. 57º/2 e 3). Quanto a esta obrigatoriedade de especificação, faz-se imperiosa alguma observação.

Os requerimentos elaborados de maneira genérica – que fazem referência a várias normas constitucionais violadas ou normas violadoras – merecem tratamento diverso a depender do tipo de inconstitucionalidade invocada como fundamento. Quando a inconstitucionalidade é de natureza formal ou orgânica, por óbvio, todo o diploma (e todas as normas constantes dele) padece do vício, de modo que seria justificável aceitar-se um requerimento genérico nesse caso. Nesta esteira encaminhou-se o entendimento do Tribunal Constitucional, por ocasião do Acórdão nº. 31/1984²⁹⁵:

“No peticionamento da declaração de inconstitucionalidade orgânica e formal (...) não importava a especificação concreta e individualizada de qualquer das normas dos diplomas legais postos em crise, pois que, estes, na sua universalidade padecem de um vício que os afecta por inteiro e não somente, a algum ou alguns dos seus preceitos, individualmente considerados”.

Agora, se o defeito versar sobre inconstitucionalidade material, o tratamento não pode ser semelhante. Com efeito, o TC igualmente já teve oportunidade de se manifestar a respeito

obrigado a invocar uma providência do Judiciário, a simples dúvida quanto à inconstitucionalidade (ou ilegalidade) de determinada norma seria suficiente para fundar o requerimento de apreciação. Mas, mesmo que uma manifestação fosse requerida, não se poderia cogitar da existência de pretensão, pois não há interesse particular a ser tutelado em processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Se não há pretensão, não existe pedido em sentido material. *In*: CANAS, op. cit., pp.114-115, nota 293.

²⁹⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 31/1984, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz.

do tema, assentando, no Acórdão n.º 442/1991²⁹⁶, que “(...) não preenche, pelo menos nas hipóteses de inconstitucionalidade material, o requisito de indicação da norma (ou normas), cuja inconstitucionalidade se pretende que o Tribunal Constitucional aprecie, a *mera referência* de que um diploma legal (...) é inconstitucional”²⁹⁷.

Aceito o requerimento pela Corte, esta, quando de sua pronúncia, em atenção ao princípio da correspondência entre o pedido e a sentença, deve se manifestar apenas sobre as normas cuja apreciação foi expressamente solicitada. Todavia, o Tribunal, segundo a inteligência do art. 51º/5 da LTC, poderá fundamentar sua decisão na violação de normas ou princípios constitucionais diversos dos veiculados no requerimento.

E, de fato, assim tem funcionado desde os primórdios de funcionamento do Tribunal Constitucional. Como exemplo do tratamento dado à matéria pela jurisprudência da Corte, tem-se o Acórdão n.º 11/1983²⁹⁸ em que o Plenário assentou que “(...) o Tribunal Constitucional é livre para fundamentar uma eventual declaração de inconstitucionalidade (...) na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles que foram invocados pelo Presidente da República.”.

3.3.2 Procedimento

Quanto ao requerimento, este deve observar os pressupostos elencados no item anterior. Se formulado por parte ilegítima, ou quando não forem supridas as deficiências nele veiculadas (mesmo após a intimação para retificar), ou ainda se proposto fora do prazo, o requerimento deve ser rejeitado. Entendendo o Presidente do TC pela rejeição, deve submeter os autos à conferência e a Corte decidir, no prazo de dois dias (LTC, art. 52º e art. 57º/2).

A fiscalização prévia é o único processo de controle abstrato de constitucionalidade em que se admite a desistência (LTC, art.53º)²⁹⁹. Aceito o pedido de fiscalização, o Presidente

²⁹⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão n.º 442/1991, Relator: Conselheiro Alves Correia.

²⁹⁷ Não obstante ter o Tribunal ponderado, no já citado Ac. 31/1984 que: “(...) no domínio da inconstitucionalidade material (...) o ónus de identificar concretamente as normas cuja apreciação é requerida, apenas em casos muito especiais pode ser satisfeito através da referência global a todo o articulado que integra um determinado texto legal. Só dificilmente se pode conceber que todas as normas contendam com o mesmo preceito ou princípio constitucional (...) ou, com várias normas ou princípios constitucionais simultaneamente, se a causa de pedir for complexa”. Por esse raciocínio, seria de se admitir hipóteses de requerimento genérico no âmbito de inconstitucionalidade material, embora não fique claro em que situações isso seria possível.

²⁹⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão n.º 11/1983, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca.

²⁹⁹ Essa exceção apenas ressalta o caráter mais marcadamente político da fiscalização prévia, deixando ao arbítrio do requerente a ponderação da viabilidade político-conjuntural de encerrar o processo junto ao TC. Em

da Corte notifica o órgão do qual emanou a norma impugnada para, querendo, se manifestar em três dias (LTC, art. 54º).

A distribuição do processo é feita em um dia, contado da data da entrada deste no Tribunal e faz-se conclusão imediata ao relator. Este, em cinco dias, elabora um memorando com o enunciado das questões sobre as quais o TC deve se manifestar, as soluções por si propostas e a respectiva fundamentação.

São enviadas cópias do processo, do memorando e da resposta (se houver) do órgão autor da norma para os demais juízes (LTC, art.58). Entregue o memorando ao Presidente do TC, o processo é-lhe concluso e deve ser pautado na sessão plenária a ser realizada em dez dias contados do recebimento do pedido de fiscalização prévia.

Não pode a decisão ser proferida sem que se passem dois dias da entrega das cópias do memorando elaborado pelo relator aos demais juízes. Após a sessão plenária, debatido o pedido e proferida a decisão, o processo é concluso ao relator (se este for vencido, é enviado a outro juiz) para elaboração do acórdão, no prazo de sete dias, e sua subsequente assinatura (LTC, art. 59º). Por fim, importa lembrar que se o PR usar a faculdade conferida pela CRP de encurtar o prazo de pronúncia do TC, cabe ao Presidente da Corte diminuir os prazos veiculados na LTC, adequando-os à solicitação presidencial (LTC, art. 60º).

3.3.3 Efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade

Primeiramente, vale ressaltar que, quanto às decisões que proclamam a não inconstitucionalidade, estas não constituem óbice para uma eventual declaração posterior de inconstitucionalidade, em sede de controle abstrato sucessivo, pois não fazem caso julgado material e, de fato, há casos em que a incompatibilidade com a Constituição só se revelará com a aplicação concreta da norma, não possuindo o TC os elementos para visualizar a situação futura no julgamento preventivo.

Afirmou o Tribunal, oportunamente, no Acórdão nº. 225/1995³⁰⁰ que “(...) é certo que o facto de a norma ter sido já objecto de um juízo de não inconstitucionalidade, em sede de fiscalização preventiva, não obsta a que essa questão volte a ser examinada em fiscalização

regra, na fiscalização abstrata, “(...) o processo não está ao dispor de nenhum sujeito processual, incluindo, aliás, o próprio Tribunal Constitucional que não lhe pode pôr termo por razões de inconveniência ou de inoportunidade da fiscalização”. *In*: CANAS, op. cit., p.130, nota 293.

³⁰⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 225/1995, Relator: Conselheiro Vitor Nunes de Almeida.

sucessiva”. Anteriormente, no que diz respeito a esta problemática, já havia assentado a Corte Constitucional³⁰¹ que:

“(…) as únicas decisões capazes de precludirem a possibilidade de nova apreciação judicial da constitucionalidade de uma norma são as que, sendo proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva, declaram a sua inconstitucionalidade. Só elas, com efeito, têm força obrigatória geral, preciosamente porque são só elas também que expurgam o ordenamento jurídico de normas inquinadas do vício de inconstitucionalidade”.

Quanto aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, são aqueles elencados no art. 279º da CRP e já referidos anteriormente, todavia, não custa, de maneira sintética, rememorá-los. Fica o PR proibido de promulgar o decreto, devendo apor o veto por inconstitucionalidade e, em seguida, devolver o diploma ao órgão do qual emanou³⁰². De toda forma, não há força obrigatória e geral nas pronúncias de inconstitucionalidade, pois, como anteriormente visto, o Parlamento poderá eventualmente superar o entendimento do Tribunal³⁰³.

Mas não é de toda inócua a decisão do TC, porque, com ela, se estabelece, no seio da jurisprudência constitucional, uma *presunção de inconstitucionalidade* da norma, de importância especial no campo dos direitos fundamentais (direito de resistência, possibilidade de a Administração Pública recusar cumprimento a norma, etc.), além de, para alguns autores, essa pronúncia de inconstitucionalidade poderá ser considerada como pressuposto do recurso obrigatório do Ministério Público (CRP, art. 280º/5)³⁰⁴⁻³⁰⁵.

³⁰¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 66/1984, Relator: Conselheiro Messias Bento.

³⁰² Esta vedação de promulgação seguida do veto vinculado, na visão de Blanco de Moraes - sempre com a artilharia voltada contra o controle prévio - constitui uma redundância, “(...) firmando-se como mais um dos trâmites inúteis e bizantinos que marcam a fiscalização preventiva”. In: MORAIS, op. cit., p.75, nota 209.

³⁰³ Nas palavras de Alves Correia: “A decisão do Tribunal (...) não tem, ao contrário do que acontece com a declaração de inconstitucionalidade na fiscalização sucessiva, força obrigatória geral, não afecta a configuração da ordem jurídica, porque não incide sobre normas jurídicas, mas sobre apenas decretadas mas não promulgadas normas de decretos que não são leis nem decretos-leis, apenas elementos do processo de sua formação. Tem apenas um efeito vinculativo dos órgãos intervenientes na criação das normas julgadas inconstitucionais pelo Tribunal”. In: CORREIA, op. cit., p.117, nota 09.

³⁰⁴ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.935, nota 217.

³⁰⁵ Dispõe o art. 280º/5 da CRP que cabe recurso para o TC, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional. Além de Canotilho e Vital Moreira considerarem a decisão em fiscalização preventiva como pressuposto para este recurso do MP, Blanco de Moraes afirma que a pronúncia de inconstitucionalidade consiste em um “julgamento” (art. 279º/2), de tal sorte que o MP “(...) deve, em sede de *fiscalização sucessiva concreta* (...), recorrer obrigatoriamente para o Tribunal Constitucional da decisão jurisdicional que aplique norma já julgada inconstitucional pelo mesmo Tribunal em qualquer um dos processos de fiscalização, neles se encontrando naturalmente compreendido o controle preventivo”. In: MORAIS, op. cit., p.88, nota 209. Contra esse posicionamento, Jorge Miranda e Rui Medeiros aduzem que não é justificável recurso de uma decisão

Uma derradeira observação diz respeito às técnicas ou modalidades decisórias que podem ser adotadas pelo TC no âmbito do controle prévio de constitucionalidade. As decisões, em regra, são de pronúncia de inconstitucionalidade ou de rejeição. Todavia, no campo da dogmática constitucional encontram-se vários outros tipos de decisão engendrados por uma Corte Constitucional, nomeadamente as decisões interpretativas conforme à Constituição e as ditas decisões manipulativas.

O assunto é de uma vastidão vultosa que, por si só, constituiria objeto de uma dissertação autônoma. O objetivo, aqui, é apenas saber se, dentro das diretrizes do ordenamento jurídico português, essas categorias decisórias podem ser utilizadas pelo Tribunal em sede de fiscalização *a priori*.

No que atine às decisões conformes à Constituição, estas são lícitas em controle prévio e utilizadas pelo TC. Nas decisões interpretativas de acolhimento (*rectius*: pronúncia pela inconstitucionalidade), o órgão jurídico afirma a inconstitucionalidade de uma dentre as várias interpretações que a norma comporta (embora sem afirmar a constitucionalidade das outras).

Já nas de rejeição, se dentre todas as interpretações ao menos uma se afigurar compatível com a Lei Fundamental, o Tribunal nega o pedido formulado. É bem sabido que as decisões em controle *ex ante* não produzem efeitos *erga omnes*. Assim, de princípio, uma decisão interpretativa do TC não vincula os demais juízes, não torna obrigatória a aplicação da norma nos moldes delineados pela pronúncia da Corte. Porém, ela exerce uma função orientadora que deve ser levada em conta pelos aplicadores. Até mesmo porque, eventualmente, a norma poderá ser sindicada em controle sucessivo concreto.

Agora, no plano interno, as decisões interpretativas ocasionam as mesmas consequências das demais. Se acolher o pedido de pronúncia, os efeitos da decisão serão o veto obrigatório e a devolução ao órgão autor do diploma, facultando-se a este último expurgar a norma (pois não é possível suprimir apenas a interpretação), ou reformulá-la, de

judicial contrária à pronúncia pela inconstitucionalidade em fiscalização prévia, e elencam três razões para tanto: “(...) em primeiro lugar, porque o Tribunal Constitucional, na fiscalização preventiva, não interfere no julgamento de casos concretos e uma decisão de outro tribunal divergente dessa pronúncia não põe em causa o exercício da sua autoridade nesses casos; em segundo lugar, porque a fiscalização preventiva é um processo de caráter interlocutório enxertado num procedimento de decisão política; em terceiro lugar, porque tal pronúncia, na perspectiva do Estado de Direito democrático, não prevalece (insista-se) sobre a vontade concordante do Parlamento e do Presidente da República, (...) e deve ficar aberta aos tribunais em geral a plenitude do seu poder de apreciação, seja para concluírem pela inconstitucionalidade, seja para não concluírem”. In: MIRANDA; MEDEIROS, op. cit., pp.736-737, nota 218. Ainda, Joana Rodrigues diz que “(...) se afigura artificial, e mesmo contrário ao espírito do sistema, prever a obrigatoriedade de recurso como forma de obviar a uma solução (a reprovação da norma pela Assembleia, mesmo após o juízo preventivo do Tribunal Constitucional) que foi afinal expressamente consagrada na Constituição”. In: RODRIGUES, Joana Amaral. “O papel do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade”. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 33, n.º 132, 2012, p.248.

forma a impossibilitar a subsistência da interpretação julgada inconstitucional, ou ainda (se for a AR) confirmar o diploma apesar da pronúncia do TC.

Se a decisão é de rejeição, esta não gerará o dever de veto jurídico nem a devolução do decreto. O Presidente da República pode, todavia, fazer uso da sua faculdade de veto político (observados os prazos legais) ou promulgar o diploma.

A declaração parcial de inconstitucionalidade, tal como pode ocorrer na fiscalização sucessiva, não é possível, pois, como já visto, o TC se pronuncia pela inconstitucionalidade de todo o diploma e, conseqüentemente, o veto presidencial alcança a totalidade do mesmo. Em relação às decisões de caráter manipulativo, mormente as denominadas decisões *aditivas* e as *substitutivas*, há relativo consenso na doutrina que, em controle prévio, não existe possibilidade da utilização destas.

Vitalino Canas³⁰⁶ fala que essas decisões constituem uma solução de último recurso, inteiramente subsidiária e só têm cabimento em casos onde se verifique uma situação “necessidade legislativa”. Esta hipótese extrema se verificaria quando: *a*) a declaração de inconstitucionalidade provocar um vácuo no ordenamento jurídico, restando sem disciplina normativa uma situação de vida anteriormente regulada; *b*) esta ausência de previsão normativa for prejudicial aos interesses públicos e/ou privados atuais e; *c*) não for verossímil que o legislador edite uma nova regulação que supra o vazio em um curto espaço temporal.

Destarte, a ocorrência deste estado de necessidade legislativa no controle *a priori* é de difícil percepção, pois a pronúncia pela inconstitucionalidade não cria vazio normativo algum, haja vista que a norma ainda não integra o ordenamento jurídico; além do mais, pode o Parlamento, quando do reenvio do decreto, reformá-lo anteriormente à sua transformação em lei, de modo que a atuação “criadora” do Tribunal seria desnecessária e, caso ocorresse, constituiria uma verdadeira intromissão na liberdade de conformação do legislador.

Particularmente no tocante às decisões aditivas – quando a norma veicula um regime específico para determinado grupo, omitindo deste universo outro contingente que, à luz do princípio da igualdade, deveria estar nela integrada –, lembra Blanco de Moraes³⁰⁷ que, se a norma julgada em processo de fiscalização preventiva é juridicamente inexistente, além de não vincular o legislador, uma pronúncia de inconstitucionalidade desta natureza, caso houvesse, não teria outro efeito que não o de um apelo ao órgão legiferante para que este suprimisse a omissão constante da norma antes de sua entrada em vigor.

³⁰⁶ CANAS, op. cit., p.48, nota 290.

³⁰⁷ MORAIS, op. cit., pp.98-99, nota 209.

3.4 Considerações acerca das vantagens e deméritos da fiscalização prévia na experiência portuguesa³⁰⁸

Analisado o desenvolvimento do controle preventivo de constitucionalidade presente em Portugal, cabe tecer algumas considerações acerca das vantagens ou deméritos que, porventura, comprometam seu desempenho. Como já afirmado, a fiscalização preventiva foi criada por ocasião da Constituição da República de 1976, de modo que não configura um instituto habitual numa “perspectiva histórico-comparatística”³⁰⁹. Por seu caráter inovador – calcado em precedentes da experiência constitucional francesa –, o instituto não ficou imune a críticas e questionamentos.

Não é despidendo lembrar que, na versão originária do texto constitucional, competia – além do Presidente da República – ao Conselho da Revolução a iniciativa de desencadear (*ex officio*) o processo de fiscalização prévia. Assim, de 1976 a 1983, enquanto existiu, o CR, dos 64 diplomas que apreciou em controle *a priori*, iniciou o procedimento de fiscalização 35 vezes (o PR submeteu os outros 29 diplomas à fiscalização do CR)³¹⁰.

Durante este período, importa destacar que, a partir do ano de 1980, o Governo da Aliança Democrática entrou em litígio com o CR e o PR. Como dispunha de maioria parlamentar, o Governo obteve várias autorizações da AR para legislar, o que levou o CR a fiscalizar, em sede de controle preventivo, esta ação legislativa governamental. Neste contexto, constituiu a fiscalização *ex ante* uma “arma determinante” no embate entre o Primeiro-Ministro (Sá Carneiro) com o Presidente (Ramalho Eanes) e o Conselho da Revolução³¹¹.

Segundo rememora Ribeiro Mendes³¹², o Governo de Sá Carneiro procurava aprovar diplomas legislativos que se afiguravam, de maneira contundente, contrários “(...) às soluções socializantes em matéria da Constituição Econômica”. Esta disputa entre Governo e os outros dois órgãos de soberania revelava, desde logo, a grande desvantagem apontada ao instituto da fiscalização preventiva: a politização do processo legislativo. Pois, os pedidos de fiscalização

³⁰⁸ As considerações sobre o controle preventivo de constitucionalidade feitas neste tópico, embora restrinjam seu objeto de análise ao desenvolvimento deste instituto em Portugal, em verdade possuem um alcance mais global, pois dizem respeito às problemáticas que surgem com a adoção deste meio de fiscalização nos Estados que fizeram esta opção. Tanto as críticas quanto os benefícios apontados na experiência lusitana podem ser considerados como observações de ordem geral sobre o mecanismo da fiscalização de constitucionalidade *a priori*.

³⁰⁹ GOUVEIA, op. cit., p.1342, nota 241.

³¹⁰ MENDES, op. cit., p.102, nota 210.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*, p.103.

eram motivados, sobretudo, em critérios políticos e não necessariamente na desconformidade de determinado diploma com a CRP.

Neste cenário de conflito e acirramento entre órgãos de soberania, nos estertores do primeiro período constitucional (antes da revisão de 1982), houve um projeto de revisão constitucional elaborado, em 1981, a pedido da Aliança Democrática, por três ilustres professores de Coimbra – Barbosa de Melo, Vieira de Andrade e Cardoso da Costa – onde se propunha que o futuro Tribunal Constitucional – que viria a substituir o CR – não mais detivesse competências para atuar em fiscalização prévia³¹³.

Nos debates da revisão constitucional existiam correntes que defendiam a extinção do controle *a priori*, pois a experiência da utilização do instituto, até aquele momento, revelava um excesso de politização das decisões, o que poderia ser prejudicial à atuação do novel Tribunal Constitucional.

Contrariamente, outros Deputados foram pela manutenção desta modalidade de controle, pois ela constituiria uma “indispensável válvula de segurança” que dispunha o sistema português para evitar a entrada em vigor de “fatos consumados legislativos” (dada a natural morosidade do controle sucessivo), reforçando, assim, o princípio da constitucionalidade, além de constituir um “mecanismo de independência entre os órgãos de soberania”. Em suma, ao fim dos trabalhos não houve maioria para extinguir a fiscalização prévia do sistema português, cuja competência para apreciação, após a revisão constitucional, foi transferida para o TC³¹⁴.

Também na quarta revisão constitucional aventou-se a possibilidade de eliminação da fiscalização prévia. Conforme lembra Paula Brito³¹⁵, o Partido Social Democrata, na nota justificativa de seu projeto de revisão constitucional, propunha “(...) o fim da apreciação preventiva da constitucionalidade das leis, terminando com a actual duplicação de instrumentos nesta matéria e com o risco do potencial desvirtuamento de um instrumento que é jurídico e não de combate político”. Assim, pugnava pela extinção dos artigos 278º e 279º da CRP. Essa nova tentativa de supressão também não logrou êxito.

³¹³ Outro projeto, elaborado pelo Primeiro-Ministro Sá Carneiro, auxiliado pelos professores Marcelo Rebelo de Sousa e Margarida Salema, dispunha de semelhante previsão. *In*: MENDES, op. cit., p.103, nota 210.

³¹⁴ A corrente que propugnava a extinção da fiscalização prévia tinha como vulto o Deputado Costa Andrade; a que defendia a manutenção era representada por Luís Nunes de Almeida, autor dos argumentos expendidos no texto. *In*: *Ibid*, p.104.

³¹⁵ BRITO, op. cit., p.171, nota 261.

Destarte – e aqui não há pretensão de entrar no debate sobre a legitimidade democrática do juiz constitucional³¹⁶ – vê-se que, desde os primórdios da ordem constitucional vigente e ainda com reverberações atuais, o grande inconveniente apontado para o instituto da fiscalização prévia é exatamente o perigo da maior politização da atividade jurisdicional³¹⁷, pois ela correria o risco de “(...) legitimar politicamente diplomas de duvidosa constitucionalidade, ou, em sentido oposto, num instrumento de obstrução ou dilação das decisões dos órgãos legislativos”³¹⁸.

Buscando condensar as inúmeras críticas lançadas sobre a fiscalização preventiva, Paula Brito³¹⁹ as divide em cinco grandes grupos, pretendendo abarcá-las todas dentro destes. A primeira objeção, já reproduzida acima, diz respeito à *possibilidade de politização da decisão do Tribunal Constitucional*. Com efeito, como anteriormente frisado, antes da revisão de 1982, num cenário de conflito entre Governo e Presidente (e CR,) estas críticas foram merecidas, pois, de fato, houve uma atuação política de um órgão também político: o Conselho da Revolução. Contudo, com a criação do TC, que se firmou como órgão jurisdicional, esta componente política ultimamente é minorada.

Nesta seara encontram-se diversas outras questões. Primeiro, o problema da proximidade da decisão judicial com o processo legislativo, onde as paixões e ânimos estão ainda sobremaneira acirrados, tendo o órgão jurisdicional um tempo abreviado para se manifestar, além da pressão oriunda da imprensa ou outros setores, que pode afetar o comportamento do juiz, de tal sorte que não seria seguro “chamar” o TC para o debate na arena política. Segundo, o modo de nomeação dos juízes para o TC, que carregaria um viés político na indicação, pois ela é feita pelo Parlamento, de modo que se o juiz fosse indicado por determinado partido ou bloco partidário tenderia a votar de acordo com as conveniências deste.

³¹⁶ Este debate, longo e duradouro, poderia constituir objeto de uma dissertação em separado, contudo não constitui objeto da presente investigação. Apenas ressaltando que, conforme lição de Louis Favoreu reproduzida por Vital Moreira, desde os anos 80 do século passado a legitimidade do controle jurisdicional das leis não é mais posta em causa. In: MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp.177-178. O princípio da maioria e a jurisdição constitucional não são axiologicamente contrapostos, antes, como ensina Sousa e Brito, ambos constituem “(...) dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um dos quais tem sua própria racionalidade”. In: BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.43.

³¹⁷ GOUVEIA, op. cit., p.1342, nota 241.

³¹⁸ CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p.935, nota 217.

³¹⁹ BRITO, op. cit., pp.178-204, nota 261.

Postos estes problemas, devem ser observadas algumas considerações. A proximidade da manifestação do Tribunal com a confecção da lei não seria motivo, por si só, justificador para se afastar a intervenção jurisdicional. Se a lei é promulgada e publicada nada obstará que, no outro dia, um órgão legitimado desencadeasse um processo de fiscalização sucessiva. Então, essa proximidade temporal parece que não é motivo determinante para supressão do controle prévio.

Semelhantemente, o modo de designação dos juízes do Tribunal não pode constituir óbice à fiscalização prévia, pois se assim o fosse este critério também deveria obstaculizar o processo de controle sucessivo, inviabilizando a necessidade de existência de um Tribunal Constitucional!³²⁰ Pois, se o juiz vota de acordo com a agenda do patrono de sua nomeação no controle *ex ante*, é de se presumir que de igual modo agiria no *ex post*. Tirante à discussão quanto à legitimidade democrática da justiça constitucional, a participação parlamentar na indicação dos juízes faz parte do processo democrático.

Não seria de se supor que um julgador agiria de determinada maneira por “dever de gratidão” com o responsável por sua nomeação. Os juízes do TC gozam de estatuto próprio, garantias previamente estabelecidas que contribuem para a independência na atuação do magistrado quando de seu ofício jurisdicional. Além de que, os que chegam ao TC não são “aventureiros”, mas possuem história, currículo, formação jurídica e humanista, seja como magistrado ou como jurista, de tal sorte que sugerir eventual manipulação partidária destes atores, à partida, seria algo exagerado³²¹.

Corroborando com esse argumento a impossibilidade de recondução no mandato de juiz constitucional. Assim, não se há de cogitar que o julgador atue de determinada maneira para agradar determinado setor que possa ser responsável, eventualmente, por sua recondução ao cargo. Dito isto tudo, acresce-se que, em Portugal, tem-se observado na jurisprudência do TC uma atuação independente e consciente dos magistrados, constituindo, neste ponto, a

³²⁰ Ao menos no que respeita às funções atinentes ao contencioso constitucional, máxime o controle de constitucionalidade.

³²¹ A crítica contra a atuação política é sempre alvissareira, mas cumpre notar que o constituinte procurou se munir de meios para se evitar ao máximo a politização do TC. O prazo fixo para os mandatos, os votos de vencido (dentre outros aspectos) são armas que visam a garantir uma atuação independente do magistrado. Entretanto, para conciliar as funções de juiz constitucional com a existência de um Estado Democrático é necessária, de algum modo, a participação dos legitimados pela população na indicação dos integrantes de um órgão de tamanha envergadura e importância como é o TC. Se o modelo atual é correto ou não, não cabe aqui se aventurar nesta senda. Todavia, é certo que a participação política neste processo é um elemento legitimador da atividade do Tribunal, tanto é assim que em praticamente todas as Cortes Constitucionais os integrantes são nomeados com a participação de pelo menos um ator detentor de legitimidade democrática direta, ou seja, oriunda do sufrágio.

faculdade de utilização do voto de vencido mais uma garantia de independência da judicatura constitucional.

Um segundo demérito geralmente dirigido ao controle preventivo diz respeito à *possibilidade de dilações insuportáveis do processo legislativo*. O processo de fiscalização prévia, de fato, alonga o procedimento de formação das leis, mas a questão é saber em que medida se dá esse prolongamento e se este é aceitável. O fim maior desta modalidade de controle é evitar a entrada de normas inconstitucionais no ordenamento jurídico. Deste modo, alargar o lapso temporal do procedimento legislativo, objetivando esse desiderato, parece aceitável.

Além do mais – e isto é imprescindível – existem prazos constitucionalmente determinados (e temporalmente curtos) para o requerimento de fiscalização e para a pronúncia do Tribunal. Esses prazos, ao menos até hoje, sempre foram respeitados pelo TC, de tal sorte que essa crítica padece de maior credibilidade, pois o tempo que se perde com a dilação do processo legislativo é um “nada” se comparado com o benefício profilático trazido pelo controle *a priori*³²².

Outra reserva que se levanta contra o controle preventivo reside no que alguns denominam de *intromissão do órgão de controle no processo legislativo*. A fiscalização se dá quando ainda não conclusa a fase da elaboração da norma, de maneira que a participação do TC (a quem cabe o controle da constitucionalidade) neste momento seria uma espúria forma de intervenção em outro órgão de soberania (ferindo o primado da separação dos poderes). Além do mais, intervir no processo legislativo tornaria o Tribunal não um legislador negativo (na acepção kelseniana), mas um verdadeiro legislador positivo, um co-legislador junto com o Parlamento.

A atuação o TC consistiria numa limitação à soberania da Assembleia da República, até mesmo uma limitação do princípio da maioria em detrimento do princípio da constitucionalidade, pois, no sistema de organização do Estado, cabe ao Parlamento,

³²² Esta crítica, todavia, parece substancial quando não há, por parte de um Tribunal Constitucional, respeito às leis! Este absurdo ocorreu em Espanha e levou à extinção da fiscalização prévia das leis. Apesar de não previsto expressamente na Constituição, o controle prévio foi consagrado na Lei do Tribunal Constitucional que, obviamente, dispunha sobre o seu procedimento. Importa dizer que, depois de cumpridos determinadas etapas, o TC tinha um prazo de dez dias para julgar o pedido, podendo ser alargado para trinta dias. Lembra Paula Brito que foram apenas sete sentenças tiradas pelo TC espanhol em controle preventivo. Destas, a título de exemplo, a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) n.º 76/1983 foi proferida após doze meses, a STC n.º 53/1985 ao fim de treze meses, a STC n.º 72/1984 cerca de seis meses e a STC n.º 36/1985 ao termo de quinze meses. Acrescente-se que o pedido de fiscalização suspendia a tramitação do projeto de lei, verificando-se, nos casos citados, uma delonga insuportável e injustificável (além de *contra legem*) no processo legislativo. Neste cenário, o controle prévio em Espanha se revelou um instrumento político de paralisação das proposições legislativas, o que levou a sua extinção. *In*: BRITO, op. cit., pp.183-184, nota 261.

legitimado pelo sufrágio popular, a missão de elaborar as leis. Este argumento também não subsiste, pois tal como delineado pelo constituinte português, na fiscalização prévia existe uma valorização do estatuto parlamentar em detrimento da pronúncia do Tribunal (*v.supra*, nota 284). Através da confirmação parlamentar, pode a Assembleia da República tornar ineficaz a decisão do TC que pronuncie a inconstitucionalidade de determinada norma.

Assim, a decisão do Tribunal não é condicionante – e nem fator decisivo – da vontade do legislador parlamentar. Ao fim e ao cabo, restará ao Presidente da República – neste cenário de superação da pronúncia de inconstitucionalidade pela AR – o poder de mediar o conflito entre estes órgãos de soberania.

Parece, destarte, que o instituto da confirmação parlamentar se afigura indispensável no desenho constitucional, contribuindo, sobremaneira, para reforçar, inclusive, a legitimidade da própria fiscalização prévia, pois esta não condiciona o Parlamento, órgão responsável pela elaboração das leis e detentor de legitimidade democrática³²³.

Mais uma objeção que pode ser considerada em relação ao controle *a priori* diz respeito à ineficácia deste, nomeadamente em relação ao momento em que é exercido, pois há quem defenda que quando a fiscalização é requerida *a inconstitucionalidade da norma eventualmente ainda não é apreciável*. É verdade que existem situações em que só a experiência prática da norma em vigor revelará determinada contrariedade com a Constituição. Assim, até pelo tempo exíguo que o Tribunal detém para se manifestar, este não seria o momento recomendável para a análise da norma, pois as particularidades desta não seriam aferíveis na oportunidade.

Esta ideia teria maior relevância até o ano de 2008 na França, visto que até então não era possível sindicar a norma em sede de controle sucessivo, de modo que uma lei declarada constitucional pelo *Conseil Constitutionnel* que, posteriormente, se revelasse conflitante com a Constituição, restaria integrada ao ordenamento jurídico, sem possibilidades de contestação.

Contudo, com a reforma constitucional e o advento da *question prioritaire de constitutionnalité* (*v.supra*, item 1.3.3), esta crítica, embora ainda pertinente (pois o

³²³ É bem verdade que o instituto da confirmação não alcança a atividade legislativa do Governo – que é abundante em Portugal – de modo que o decreto-lei vetado por inconstitucionalidade não se encontra passível de superação por manifestação do Gabinete. Embora se possa questionar este alcance limitado, parece que o constituinte quis, com a confirmação, destacar o papel e a importância institucional do Parlamento que é o detentor por excelência da atividade legislativa. O Governo, embora frequentemente elabore decretos-leis, não possui nesta atividade sua principal atribuição. Outrossim, se ele achar que a matéria objeto do veto é indispensável na ordem jurídica, nada obsta que a encaminhe à AR, sob forma de proposta de lei para que esta, se entender pertinente, proceda à votação e aprovação da mesma pois, em caso de novo veto, o Parlamento tem a faculdade de superá-lo através da confirmação, assim, o “círculo fecha”. Desta forma, parece acertada a opção do constituinte de deixar fora das atribuições do Governo o exercício da confirmação.

instrumento possui um alcance limitado, nomeadamente no que respeita aos órgãos com legitimidade ativa para propor a questão), já perde a robustez que possuía outrora.

Em Portugal, esta reserva nunca mereceu especial consideração, pois, como o TC só se pronuncia pela inconstitucionalidade – e não pela constitucionalidade – da norma, sempre haverá a via da fiscalização abstrata sucessiva para questionar novamente o diploma, porque a decisão do Tribunal em sede de controle preventivo não faz coisa julgada.

Assim, o sistema misto de controle de constitucionalidade português se revela bastante eficaz, acobertando, praticamente, todas as hipóteses de aferição da constitucionalidade de normas. O que escapar do controle prévio, seja por autocontenção do Tribunal, ou seja porque a norma, na ocasião, ainda não se mostra inconstitucional, certamente será revisto na fiscalização *a posteriori*.

Uma última crítica – e que se liga à anterior – refere-se à *possibilidade da criação de um precedente quanto ao juízo de constitucionalidade*. Argumentam que se o TC, em controle prévio, já se pronunciou (ou não) pela inconstitucionalidade da norma, quando de eventual análise, em fiscalização sucessiva, tenderá a possuir um juízo pré-estabelecido sobre a mesma, esta portaria um estigma que dificultaria um julgamento favorável do Tribunal.

Como anteriormente afirmado, há inconstitucionalidades que só se revelam com a aplicação concreta da norma, de modo que essa assertiva também não subsiste, pois, o TC irá apreciar, quando provocado, os efeitos que produz a norma quando de sua vigência na ordem jurídica. O fator tempo é determinante neste sentido, e não deve afetar o julgador que analisará uma situação inteiramente distinta da anteriormente apreciada: a primeira quando do controle prévio, onde não existia lei; a segunda na fiscalização sucessiva, onde a lei é aplicável e produz efeitos.

Outrossim, esse alegado “preconceito” dispensado pelo Tribunal Constitucional à norma sindicada *ex ante* não resistiria muito tempo, porque a composição do órgão julgador é alterada após o término do mandato dos juízes, de forma que não é impossível ocorrer uma revisão na jurisprudência da Corte por duas vias distintas: seja pela mudança de convicções de seus membros, seja pela substituição dos mesmos.

Em relação às vantagens do instituto da fiscalização preventiva, estas são expressivas e corroboram a importância deste meio de controle de constitucionalidade. Primeiramente, tem-se como valor fundamental que está na gênese deste instituto a *segurança jurídica*. O objetivo maior de afastar a entrada de disposições contrárias à Constituição no ordenamento jurídico traz segurança e afasta as incertezas que poderiam cercar uma norma de constitucionalidade duvidosa. Concretizando, por outro lado, o direito do jurisdicionado (ou

cidadão) a uma ordem jurídica justa, ou seja, o direito de que as leis criadas sejam formadas em sintonia com a *Paramount Law*.

Também, o controle *a priori* apresenta como vantagem a *celeridade*, na medida em que o procedimento previsto possui prazos exíguos – que ainda podem ser encurtados pelo Presidente da República –, de modo que restaria mais eficiente requerer a fiscalização prévia do que se submeter a todo o périplo causticante do controle sucessivo, onde não há obrigatoriedade temporal que vincule o Tribunal.

Ainda, destaca-se a *simplicidade*, pois se a norma tida por inconstitucional não chegou a viger, por consequência não produziu efeitos, o que não ocorreria em sede de fiscalização sucessiva, onde haverá sempre a possibilidade de existência de determinados “fatos consumados”, que nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade poderá alcançar, sob pena de violar outros pilares estruturantes do Estado de Direito. Esta vantagem só reforça o postulado da segurança jurídica. Por fim, a interação e simbiose entre os órgãos de soberania no processo de fiscalização preventiva representam um benefício salutar e bem vindo em um Estado de Direito Democrático³²⁴.

Comparando os méritos e desvantagens vê-se que estas não são em suficiente medida capazes de superar aqueles. Não obstante, o instituto da fiscalização prévia deve estar apto para atender às necessidades da sociedade e das instituições e, como o próprio Direito, se for necessário evoluir para consecução de tal desiderato, é preciso estar aberto às modificações que visem a aprimorar sua eficácia, sempre objetivando contribuir para o desenvolvimento da jurisdição constitucional. A título de arremate, defendendo a manutenção do controle *ex ante* na ordem jurídica portuguesa, já no longínquo ano de 1993, asseverava, com propriedade, Jorge Miranda³²⁵:

Continuo sendo favorável à fiscalização preventiva. Suprimi-la afectaria o equilíbrio dos órgãos de soberania e acarretaria consequências muito negativas, pela possibilidade de criação de factos consumados legislativos

³²⁴ Embora defenda a extinção da fiscalização prévia da constitucionalidade no Chile, Sergio Verdugo elenca as vantagens colhidas na doutrina sobre este modelo de controle: *a)* tende a evitar os efeitos traumáticos da anulação de uma norma inconstitucional; *b)* Impede a geração de responsabilidade internacional do Estado (nomeadamente no que diz respeito ao descumprimento de tratados internacionais); *c)* Implica uma “extrema” rapidez e simplicidade em sua execução; *d)* Fortalece o princípio da igualdade perante a lei (pois a pronúncia tem caráter *erga omnes*, evitando, assim, um possível futuro controle repressivo concreto de efeitos restritos aos litigantes) e; *e)* é útil para verificar se o quórum qualificado para aprovação de leis orgânicas foi respeitado pelo Parlamento (antecipando-se a uma futura constatação da existência de inconstitucionalidade formal que afete uma espécie legislativa tão importante). *In*: VERDUGO RAMIREZ, Sergio. “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”. *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º. 1, 2010, p.209.

³²⁵ MIRANDA, op. cit., p.179, nota 208.

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 (...). Além disso, a fiscalização preventiva parece ser a forma mais adequada de controlo da constitucionalidade de convenções internacionais.

Nisto consiste o controle preventivo de constitucionalidade existente em Portugal, controle este que se revela um verdadeiro controle judicial, com regras claras e balizas específicas. Onde a própria Constituição delimita a extensão da atuação de cada órgão de soberania e a interface institucional existente entre eles durante o procedimento. Apesar da existência de críticas contundentes (e defesas apaixonadas!), a fiscalização prévia, além de mostrar em grande medida a sua resiliência (pois resistiu a diversas investidas contra sua manutenção na ordem jurídica), mantém-se como momento determinante do complexo e vasto sistema português de controle de constitucionalidade.

CONCLUSÃO

Analisados – com as limitações espaciais impostas a esta investigação – os modelos de controle prévio de constitucionalidade brasileiro e português, cabe neste momento, à guisa de conclusão, apresentar algumas críticas e sugestões que se afiguram pertinentes no que diz respeito ao sistema político de fiscalização preventiva existente no Brasil.

Advoga-se, desde logo, a necessidade premente de alteração, transitando do atual controle “frouxo” e deficitário (exercido pelo Legislativo e Executivo), para a implantação de um verdadeiro controle jurisdicional de constitucionalidade *a priori*, sempre norteado pela ideia de que “(...) o momento mais oportuno para o reconhecimento da inconstitucionalidade é durante o processo legislativo”³²⁶.

A primeira observação diz respeito à incongruência do regime do veto por inconstitucionalidade vigente no ordenamento jurídico. Como anteriormente frisado, cabe ao chefe do Executivo o manejo deste instrumento, sem necessidade de nenhuma análise jurídica prévia efetuada por um órgão externo. De modo que a decisão do Presidente, mesmo fundada em inconstitucionalidade, será, sempre, uma decisão política!

Assim, convivem lado a lado dois regimes de veto que, no fundo, desbocam em um só, pois tanto o veto jurídico (por motivos de inconstitucionalidade), quanto o veto político (por razões de inconveniência e inoportunidade), são fruto de um juízo discricionário e político por parte do PR. Destarte, propugna-se desde logo a eliminação desta modalidade de veto, visto que representa um “pleonasma”, uma redundância, apenas com um pano de fundo diferente: a suposta contrariedade do projeto de lei com a Constituição.

A existência do veto por inconstitucionalidade no arcabouço legal brasileiro só se justificaria se, e somente se, houvesse uma manifestação de um órgão jurídico acerca da proposição normativa analisada, tal como ocorre em Portugal. Caso contrário, poderia muito bem o PR utilizar-se do veto político para mortificar os projetos de lei eivados de inconstitucionalidade. Afinal, a contrariedade com a Lei Fundamental, dentro deste juízo político levado a cabo pelo Presidente, seria sempre uma razão de inconveniência que justificaria o uso do veto político.

Ainda, mesmo se admitindo a implantação de um sistema de controle prévio inspirado no modelo português – onde, na sequência de uma pronúncia pela inconstitucionalidade, há

³²⁶ FIGUEIREDO, Patrícia Cabianchi; MONTAL, Zélia Cardoso. “Controle preventivo de constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos.”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 16, nº 64 (jul-set), 2008, p.261.

uma obrigatoriedade de não promulgação do diploma e a consequente aposição do veto jurídico –, não necessariamente teria razão de existir o veto por inconstitucionalidade. Neste particular, é bem acertada a crítica (*v.supra*, notas 263 e 302) que defende mais coerência na simplicidade do modelo francês, onde não existe esta espécie de veto, apenas há um dever presidencial de sinal negativo do PR, um *non facere*: a vedação da promulgação do diploma³²⁷.

É patente que constitui pretensão deste ensaio a defesa da implantação de um modelo jurisdicional de controle preventivo de constitucionalidade no Brasil. E nesta construção, não restaria lugar para a manutenção do veto por inconstitucionalidade nos moldes atualmente vigentes (CRFB, art. 66, §1º).

Um juízo político que proclame a inconstitucionalidade, sem prévia manifestação do STF, não pode ser sério, ou melhor, corre sérios riscos de não o sê-lo. Argumente-se, ainda, que, no processo legislativo brasileiro, o veto por inconstitucionalidade poderá ser superado pelo Congresso Nacional, não existindo previsão de um juízo “arbitral” ou “moderador” do PR, até mesmo porque não há intervenção do Poder Judiciário neste processo que justifique esta mediação presidencial entre os outros poderes constituídos.

Sendo assim, a norma vetada por inconstitucionalidade e superada pelo Congresso sempre será (ou sempre poderá ser) objeto de controle sucessivo (o próprio PR é legitimado para tanto), pois, a palavra final sobre a conformidade com a Constituição cabe ao STF. Chamar o Tribunal a atuar apenas após a confirmação parlamentar (o que gera obrigatoriedade de promulgação) seria atentar contra a segurança jurídica, pois uma lei inconstitucional iria produzir efeitos até posterior pronúncia pretoriana que, como é sabido, não está sujeita a prazos específicos, o que demonstra a incoerência do texto constitucional neste particular.

Desta forma, afigura-se uma solução de bom alvitre a possibilidade de intervenção do STF, por iniciativa presidencial, quando existir dúvidas sobre constitucionalidade de determinado diploma. Isto, inclusive, legitimaria a existência do veto por inconstitucionalidade, além de servir como profilaxia da ordem legal, evitando que uma situação contrária à Lei Maior integre o ordenamento jurídico³²⁸.

³²⁷ Constituição Francesa, art. n.º. 62º, 1ª parte: Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61 não pode ser promulgada ou executada.

³²⁸ Solução diferente da propugnada, todavia não menos interessante, é a sistemática adotada na Costa Rica. O Presidente possui a faculdade de vetar o projeto de lei e devolvê-lo à Assembleia Legislativa, indicando as razões de sua objeção. O Parlamento, tal como observado no Brasil e em Portugal, poderá superar o veto por um quórum de votação qualificado (dois terços). Agora, se o veto se funda em inconstitucionalidade, reza o artigo 128 da Constituição costarriquenha que: “*Si el veto se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, ésta enviará el decreto legislativo a la Sala indicada en el artículo 10, para que*

Vencida a questão do veto, discorrem-se, agora, considerações sobre a atuação do Supremo Tribunal em sede de controle prévio, não obstante a inexistência de previsão legal para tanto. Como oportunamente observado (*v.supra*, item 2.3.2), a jurisprudência do STF não admite o controle abstrato de proposições legislativas. Admite, porém, de forma excepcional, o controle difuso, por iniciativa parlamentar, através do mandado de segurança, de PECs afrontadoras de cláusulas pétreas (CRFB, art. 60, § 4º) e de projetos de lei que desrespeitem o processo legislativo³²⁹.

De fato, o art. 60, § 4º da Carta da República estabelece, de forma cristalina, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição que vise a abolir algum dos postulados ali elencados. Entretanto, apesar desta expressa vedação, não se estabelece uma forma de coibir, de sancionar uma situação que viole esta disposição. A Constituição veiculou a proibição, mas não o remédio a ser utilizado em caso de desobediência. O STF, assim, construiu, por via jurisprudencial, a solução de adotar o mandado de segurança como instrumento idôneo para reparar tal violação.

É coerente que exista uma solução elaborada pelo Tribunal para velar pelo cumprimento da Lei Fundamental. Todavia, mais coerente ainda seria o próprio texto constitucional estabelecer, de forma expressa, uma medida (mesmo que fosse o próprio mandado de segurança!) e os autorizados a utilizá-la, de forma a legitimar esse controle de propostas de emenda à Constituição. Quanto menos se deixar margem ao livre exercício interpretativo (neste caso uma interpretação criativa!), melhor para o Estado de Direito.

Em relação aos projetos de lei que desrespeitam etapas do procedimento legislativo, desde logo não parece lícito que o parlamentar intente uma ação jurídica para trancar o processamento da proposição. Ora, a inconstitucionalidade formal é uma espécie de inconstitucionalidade passível das mesmas reprimendas aplicáveis à inconstitucionalidade material.

resuelva el diferendo dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que reciba el expediente. Se tendrán por desechadas las disposiciones declaradas inconstitucionales y las demás se enviarán a la Asamblea Legislativa para la tramitación correspondiente. Lo mismo se hará con el proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, cuando la Sala declare que no contiene disposiciones inconstitucionales”. Assim, o veto por inconstitucionalidade até poderá ser fruto de um juízo político (como no Brasil), mas, se o Parlamento discordar das razões presidenciais, enviará o projeto de lei ao Tribunal para que este órgão jurisdicional analise a constitucionalidade do diploma (ao invés de por em votação a superação do veto), de modo que o veto por inconstitucionalidade, embora de aposição discricionária pelo chefe do Executivo, estará vinculado a uma pronúncia judicial. *In: COSTA RICA. Constitución Política de Costa Rica.* Entrada em vigor: 07 de novembro de 1949.

³²⁹ Quanto a esta segunda hipótese, há arestos do Tribunal que veiculam esta possibilidade (apreciação de projetos de lei em desconformidade com o trâmite legislativo), todavia, na prática, o Tribunal nunca se debruçou sobre uma situação concreta que veiculasse essa matéria.

Admitir mandado de segurança para paralisar projetos que ferem as regras de processamento e, ao mesmo tempo, proibir a análise do mérito das proposições (como parece sustentar o STF), é tratar de modo desigual dois defeitos que veiculam o mesmo vício: a contrariedade com a Constituição³³⁰.

Mais coerente – e consentâneo com as democracias que adotam alguma forma de controle prévio – seria a intervenção judicial ao fim do processo legislativo, seja motivada por vício de inconstitucionalidade formal ou material. Após a conclusão do trâmite burocrático e antes da promulgação presidencial, deveria existir um prazo para que o Presidente da República e os parlamentares (ou um número determinado destes) pudessem solicitar a manifestação do STF acerca da compatibilidade da proposta legislativa com a Constituição.

Ou seja, a implantação de um sistema de controle abstrato preventivo de constitucionalidade. Assim não haveria “hierarquia” ou “prevalência” de determinado tipo de inconstitucionalidade sobre outro. Antes, qualquer vício capaz de macular o projeto de lei estaria apto à deliberação do Tribunal.

Além de se evitar este tratamento desigual, a adoção da fiscalização prévia (que, à partida, deve ser feita por emenda à Constituição) evitaria outro mal maior: a atuação descontrolada e sem comedimento do STF. Descontrolada no sentido de que não existe, atualmente, uma baliza que regule essa intervenção judicial em matéria de controle *ex ante*; descomedida, pois, como não há controle, os Ministros, no fim das contas, atuam da maneira que querem.

³³⁰ Vide o caso do MS 20.257 anteriormente analisado (*v. supra*, nota 195). Em seu voto sustentou o inaugurador da divergência, posteriormente designado relator para Acórdão, Ministro Moreira Alves: “Não admito Mandado de Segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra”. Explicitou, assim, a impossibilidade de controle do mérito dos projetos de lei. Contudo, a ementa do Acórdão veiculou o seguinte texto: “(...) Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei (...), vedando a sua apresentação (...) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei (...) porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”. A conclusão inelutável é que, ao menos nesse precedente, admitiu o STF o cabimento do mandado de segurança para controlar inconstitucionalidades relativas ao processamento do projeto (formal) ao tempo em que vedou à esfera judicial o controle material das proposições legislativas, mesmo contra o voto do relator.

Essas afirmações são verificadas no estudo de caso do segundo capítulo (*v.supra*, item 2.3.2.2.1), onde o relator originário do processo deferiu medida liminar para trancar o processamento de projeto de lei que, no seu entender, se mostrava materialmente desconforme com a Lei Fundamental. As razões, como já afirmado, foram substanciosas e robustas, contudo, a bondade do julgador não pode se sobrepor às regras jurídicas, estabelecidas previamente, em um Estado Democrático de Direito.

No caso, a inexistência de previsão legal do controle preventivo é motivo suficiente para desautorizar a conduta adotada naquela situação. Por mais inconstitucional que se revelasse o projeto de lei, não pode o Poder Judiciário, por via jurisprudencial, promover uma espécie (ou arremedo) de emenda à Constituição (pois não possui legitimidade para tanto), atribuindo uma nova função a si próprio. A ausência de previsão legal leva à censura da atitude do relator que, ressalte-se, restou fracassada, pois o Pleno do Tribunal indeferiu a ação.

A implementação de um sistema prévio evitaria este tipo de abuso pretoriano, pois, ao se estabelecer a possibilidade de um projeto de lei ser objeto de controle de constitucionalidade após o encerramento de sua tramitação no Parlamento (e antes da promulgação presidencial), um caso como este – onde se pretendia a suspensão do *processamento* da proposição legislativa – não ocorreria.

O respeito às formalidades e às regras previamente estatuídas são elementos estruturantes do Estado de Direito e corolários do princípio da segurança jurídica. Com outras palavras, a observância à forma é garantia de liberdade, valor inegociável numa democracia. Como já ensinava, desde há muito, Jhering³³¹: “a forma é inimiga jurada do arbítrio, irmã gêmea da liberdade”.

A atividade legislativa, durante seu desenvolvimento, deve ficar intocada, pois se desenvolve *interna corporis*, e a elaboração das leis é uma prerrogativa parlamentar. Acertado, então, o modo como se desenrola o controle prévio em Portugal e França, onde, só após a conclusão do trâmite da proposição legislativa esta poderá ser sindicada, a requerimento, junto à Corte Constitucional. Permitir esta intervenção antes – como pretendeu o STF – é se imiscuir nos meandros da atividade parlamentar, o que, aí sim, feriria o respeito e harmonia que devem existir nas relações interpoderes.

Outra questão diz respeito à legitimidade ativa apenas do parlamentar para utilização do mandado de segurança com o fito de controlar previamente a constitucionalidade de

³³¹ JHERING, Rudolf Von. *apud*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.8.

projeto de lei. É bem verdade que, segundo a Súmula 266³³² do Supremo, o mandado de segurança não é cabível contra lei em tese, mas no controle preventivo de proposição legislativa ainda inexistente lei, de tal sorte que admitir a ação para sindicatá-la por inconstitucionalidade formal e rejeitá-la quando respeite ao mérito, como acima já explicitado, se configura uma incongruência.

Contudo, o STF tem admitido o manejo da ação mandamental por iniciativa de parlamentar, sob o argumento de que apenas este possui direito à higidez do processo legislativo e, por conseguinte, a legitimidade ativa para intentar o mandado de segurança.

Como consequência, não estende a terceiros a possibilidade de utilizar esta via para questionar inconstitucionalidades de proposição legislativa, mesmo que estes justifiquem a condição de potenciais destinatários da norma (se esta entrar em vigor), pois admitir um controle nestes moldes seria transformar o mandado de segurança em instrumento substituto da ação direta de inconstitucionalidade, instaurando verdadeiro controle normativo abstrato preventivo no ordenamento brasileiro, conforme se verifica do julgamento monocrático do MS 23.565-DF³³³:

“Em suma: a eventual pretensão de terceiro, em não sofrer os efeitos derivados de norma legal ou de emenda à Constituição, ainda em fase de elaboração, e alegadamente ofensiva de qualquer das cláusulas constitucionais, não se eleva, só por si, à condição de direito líquido e certo para fins do processo mandamental e de ativação da jurisdição do Estado, especialmente - tal como no caso ocorre - se a tutela jurisdicional é invocada para paralisar o curso regular de processo de reforma da Carta Política instaurado perante órgão competente. Admitir-se a legitimidade ativa ad causam do ora impetrante equivaleria, em última análise, a permitir que se instaurasse verdadeiro controle preventivo de constitucionalidade in abstracto dos atos inerentes ao processo de formação das espécies normativas, o que se revela inviável em nosso sistema institucional, na medida em que essa técnica de fiscalização constitucional concentrada sequer é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro, consoante já advertiu o Supremo Tribunal Federal (...)”³³⁴.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. Súmula nº 266. “*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese*”. Aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963.

³³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF, Decisão Monocrática, MS 23565-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 17/11/1999, p. 00033.

³³⁴ Também no MS nº. 23.328-DF se observa manifestação semelhante: “Não podem terceiros, portanto - invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei - investir-se na posição de partes interessadas no controle jurisdicional prévio do processo de criação do direito positivo. Terceiros não dispõem, em consequência, do direito público subjetivo de supervisionar o processo de formação dos atos legislativos. A circunstância de terceiros não ostentarem necessária condição parlamentar desqualifica-os para postularem tutela jurisdicional que objetive resguardar, no procedimento de elaboração das normas, a observância estrita dos princípios constitucionais, sob pena, em situações como a destes autos, de (...) transformar, indevidamente, em controle normativo abstrato, o processo de mandado de segurança que não pode converter-se em sucedâneo (não autorizado) da ação direta de inconstitucionalidade”. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF, Decisão

Com a devida vênia, o argumento do STF não comove. O vício de inconstitucionalidade é sobremaneira grave, pernicioso, nocivo, que deve, o quanto antes, ser extirpado da ordem jurídica. É bem certo que o cidadão não tem direito a participar do processo legislativo, visto que não eleito para tanto. Agora, a mácula de inconstitucionalidade revela a violação de um direito subjetivo dos brasileiros de ter as leis elaboradas em conformidade com a Constituição. Além do mais, o mandado de segurança é cabível, também, na modalidade preventiva, quando há possibilidade de uma situação ilegal produzir efeitos iminentes.

Ainda, acostado ao magistério de Häberle³³⁵, deve-se considerar que o processo de interpretação constitucional vincula todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, além de todos os cidadãos, não sendo factível falar de uma lista fechada, um rol taxativo de intérpretes constitucionais. O cidadão, nesta sociedade aberta de intérpretes da Constituição, possui papel fundamental no desenvolvimento e na afirmação do Estado de Direito. Além do cidadão, outros entes públicos também ficam alijados deste controle restrito à iniciativa parlamentar como, por exemplo, as assembleias legislativas estaduais.

Dizer que admitir a impetração do mandado de segurança por terceiros seria instaurar um controle abstrato aparenta um contrassenso, pois se o parlamentar, no exercício legítimo de sua função, questiona projeto de lei não existe controle abstrato; agora, se o terceiro age de forma semelhante tem-se uma situação diferente e não prevista no texto constitucional: o controle preventivo abstrato da constitucionalidade.

Por que se justifica esta distinção? Há, inclusive, quem defenda o reconhecimento do direito de impetrar o mandado de segurança nestas situações a todos os cidadãos³³⁶. Já que não existe previsão legal para nenhuma das hipóteses alinhavadas, o coerente seria ou o STF admitir o uso do MS por todos ou, ao contrário, rejeitar a todos – incluindo os parlamentares – a utilização deste meio. Mais uma vez, a implantação de um sistema de controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade acabaria com essas incoerências produzidas por via jurisprudencial.

Não se quer aqui, frise-se, defender uma sobreposição de competências, nem defender a legitimidade popular sobre a parlamentar no que atine à produção normativa. Apenas, ao

Monocrática, MS 23328-DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça do dia 05/02/1999, p. 00054.

³³⁵ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição par uma interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p.13.

³³⁶ FIGUEIREDO; MONTAL, op. cit., p.278, nota 326.

demonstrar as incoerências argumentativas do Supremo Tribunal Federal, quer-se ratificar a necessidade premente da adoção de um modelo de fiscalização *a priori* da constitucionalidade na ordem legal brasileira. Estabelecer critérios pré-definidos é, sem dúvida, a melhor forma de eliminar incoerências.

Por derradeiro, não parece razoável a postura de admitir um controle *incidenter tantum* (através do mandado de segurança) ao tempo que inadmite em via principal, como atualmente ocorre na jurisprudência do STF. Dentro dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, existe no Brasil a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que, segundo o artigo 1º da Lei 9.882/1999 “será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

Discutir a extensão deste preceito certamente constitui objeto de um estudo em separado, mas, em rápidas linhas, verifica-se que o alcance deste instrumento é bastante indeterminado. Parece constituir, *prima facie*, uma espécie de panaceia da ordem jurídica, aparentando abarcar em seu bojo todas as situações residuais (em que não caiba a utilização da ADI nem da ADC) que possam ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade. Há quem defenda o uso da ação direta de inconstitucionalidade para o exercício do controle preventivo (*v.supra*, nota 189).

Entretanto, parece mais pertinente alocar uma eventual previsão normativa de controle *ex ante* neste conceito indeterminado veiculado na ADPF: evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público³³⁷. Uma futura implantação do controle judicial prévio poderia se valer, certamente, deste instrumento já existente no ordenamento brasileiro, alterando a Constituição e a lei de regência para especificar seu cabimento nas hipóteses de questionamento de projetos de lei após o fim do processo legislativo e antes da promulgação presidencial.

A título de arremate, tomam-se emprestadas as palavras abalizadas de um profundo conhecedor da matéria, Manoel Gonçalves Ferreira Filho – um dos maiores constitucionalistas que o Brasil já produziu – defendendo a viabilidade (*rectius*: a necessidade) da adoção de um sistema jurisdicional de controle preventivo de constitucionalidade, *verbis*:³³⁸:

³³⁷ Esta é a posição de Patrícia Figueiredo e Zélia Montal: “No controle preventivo concentrado, entende-se pelo cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”. *In*: FIGUEIREDO; MONTAL, op. cit., p.278, nota 326.

³³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema brasileiro e as recentes inovações no controle de

É curioso que num país em que a imitação do estrangeiro é princípio de política legislativa, em nome da imperiosa necessidade de seguir os “avanços”... – o que se passa com o controle de constitucionalidade é um bom exemplo disto – não se tenha cogitado de substituir o complexo sistema adotado por outro que é simples e eficiente: o controle preventivo. Seguindo-se nisto, ou não, o modelo francês. Antes da edição do ato normativo uma Corte constitucional faria o controle, impondo a adaptação da proposta às normas fundamentais. Isto, por iniciativa do autor da proposta ou de qualquer das Câmaras, ou de uma parcela ponderável de seus membros. Assim as regras a final editadas seriam sempre constitucionais, ou teriam de ser consideradas como tais, sem possibilidade de contestação. Desapareceria, destarte, a polêmica sobre sua validade, portanto, a incerteza quanto ao Direito, que não só gera inúmeros litígios como abala a segurança jurídica. Dir-se-á que isto não atenderia à premência de tempo na elaboração das leis; nisto, haveria outra vantagem: menos leis. Surgiria um freio à inflação legislativa, tão negativa e prejudicial quanto a monetária. Não é por falta de leis que o país não é bem governado!

Concluindo, advoga-se a implantação no Brasil de um modelo de controle jurisdicional prévio da constitucionalidade. Controle este a ser exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o “guardião da Constituição”, o Supremo Tribunal Federal. Nisto acompanhando, ou não, o modelo português, pois há de se respeitar as particularidades de cada país, inclusive os aspectos sociológicos que influenciam na aplicação e desenvolvimento do direito em cada ordenamento.

A sugestão caminharia no sentido de que o Presidente da República ou um grupo parlamentar (seja de um terço, um quinto, etc.)³³⁹, pudesse suscitar (por meio de ADPF ou outro instrumento que inove a ordem jurídica), após o fim do processamento do projeto de lei junto às casas legislativas e antes de sua promulgação, a análise do STF sobre a matéria, caso vislumbrasse uma situação de inconstitucionalidade. Se houvesse uma pronúncia positiva do Tribunal³⁴⁰, ocorreria um dever presidencial de não promulgação do diploma (não necessariamente um veto por inconstitucionalidade) e de devolução do projeto ao Parlamento.

O Congresso, em sessão conjunta, possuiria a faculdade de superar a manifestação do STF, o que poderia levar, inclusive, à promulgação da norma, todavia esta estrearia na ordem

constitucionalidade: leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999”. *Revista O Direito*. Lisboa, ano 133, n.º 2, 2001, p.270.

³³⁹ Na esteira das lições de Gomes Canotilho que, embora não disserte especificamente sobre o controle preventivo, faz abalizada observação: “O controlo deve dar guarda à legitimidade processual das *minorias políticas*, desde logo porque o governo «democrático» é um «governo de proteção das minorias»”. *In*: CANOTILHO, op. cit., p.881, nota 49.

³⁴⁰ Lembra-se aqui que o STF, ao contrário do TC, também declara a constitucionalidade das normas analisadas. A sugestão aqui seria para que, em sede de controle prévio, apenas pudesse o Supremo se manifestar no sentido da inconstitucionalidade, deixando aberta a porta para posterior análise em controle sucessivo.

jurídica já maculada pela presunção de inconstitucionalidade. Atribuir-se-ia, contudo, tal como ocorre em Portugal, ao Presidente a faculdade de promulgação ou não em caso de superação da pronúncia do STF pelo Congresso.

Por óbvio, esses procedimentos devem possuir um prazo temporalmente curto (tal como se observa na experiência franco-lusitana), os quais devem ser integralmente respeitados (especialmente pelo STF), sob pena de se verificar o que ocorreu em Espanha (*v.supra*, nota 322), ou seja, a inviabilidade do controle preventivo.

Poder-se-ia, como em França, cogitar um controle obrigatório das leis complementares (no Brasil não existe a espécie legislativa lei orgânica)³⁴¹. Por que razão as leis complementares? Pelo fato de que elas veiculam matérias expressamente delegadas pela Constituição, o que exige uma atenção especial e um cuidado adicional na elaboração das mesmas³⁴².

Quanto ao controle prévio das convenções internacionais, apesar de não constituir objeto desta investigação e, por conseguinte, sua viabilidade não ter sido tratada com o aprofundamento necessário, parece que, na experiência dos países que o adotam (como, por exemplo, uma boa parte dos Estados da Europa, em decorrência da “comunitarização” cada vez maior do Direito neste Continente), este tem se revelado bastante eficiente, motivo pelo qual se afiguraria, também, pertinente sua implantação no Brasil.

Uma nota no que respeita às propostas de emenda à Constituição: estas, salvo melhor juízo, não estariam acobertadas por esse controle preventivo sugerido, porque não cabe ao Presidente da República a intervenção neste procedimento (é de competência da mesa do Congresso Nacional a promulgação das emendas), de modo que, na sistemática defendida aqui, sem a participação do PR não teria sentido o controle jurídico, pois se o STF se

³⁴¹ Joaquim Barbosa inclusive equipara a lei complementar com a lei orgânica francesa. De fato ambas são categorias normativas que dispõem, com maior detalhamento, sobre matérias cuja Constituição previu, mas não regulou com profundidade. *In*: GOMES, op. cit., pp.103-104, nota 76.

³⁴² Com o controle prévio obrigatório de lei complementar se evitaria, por exemplo, a situação recentíssima em que o STF, em julgamento ainda não publicado (concluído em 25/06/2014), julgou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar nº 78/1993, que estabelecia ao Tribunal Superior Eleitoral a competência de, de acordo com os dados populacionais (fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), distribuir, proporcionalmente, o número de vagas na Câmara dos Deputados para cada Estado (e o Distrito Federal). Assim, uma lei que vigorou desde sua publicação (1993), foi aplicada a todas as eleições disputadas desde então (1994, 1998, 2002, 2006, 2010) repentinamente deixa de produzir efeitos, pois o STF a declarou inconstitucional. Imagine-se a delicadeza da situação: o julgamento ocorreu às portas da eleição de 2014 e os entes federados não sabiam a quantas cadeiras teriam direito na disputa para Câmara (a solução, por questões que fogem ao espaço desta observação, foi manter o número anterior das bancadas na CD). Isto demonstra a sutileza das matérias objeto de lei complementar, o que justificaria, talvez, a adoção de um controle preventivo obrigatório desta espécie normativa, como ocorre com as leis orgânicas na França. *In*: Julgamento Conjunto: ADIs 4947, 5020, 5028, 4963, 4965, MC na ADC 33 e MC na ADI 5130, até o momento ainda não publicado.

manifestasse pela inconstitucionalidade, por exemplo, a proposta volveria ao Parlamento que, certamente, derrubaria o entendimento pretoriano. Assim, na hipótese, seria o Parlamento um “juiz de si mesmo”.

Contudo, defende-se a utilização do mandado de segurança – como atualmente ocorre – nos casos de proposta de emenda violadora de cláusulas pétreas, pois a própria Constituição veda, expressamente (CRFB, art. 60, §4º), sua deliberação. Todavia, seria de bom alvitre que esta previsão constasse, de forma cristalina, no texto da Lei Fundamental, ou seja, que o remédio a ser adotado em caso de violação (mandado de segurança) fosse apontado expressamente.

Mas, reconhece-se que esta filigrana, este detalhe não é motivo suficiente para questionar a correção da prática atualmente adotada, pois, se há uma proibição constitucional expressa, deve haver também uma sanção à violação desta.

Em síntese, não importa a sugestão acolhida e o modelo adotado. Certamente há inúmeras outras propostas que caminham em sentido semelhante³⁴³. O que se faz necessário é a implementação efetiva e célere de um procedimento de fiscalização prévia da constitucionalidade das leis que confira ao STF poderes expressos para atuar nesta seara, para extinguir esta sanha legiferante e inovadora do Tribunal, além de garantir um mecanismo para os parlamentares, nomeadamente as minorias, questionarem a constitucionalidade das propostas legislativas junto a um órgão jurisdicional.

Por fim, não se pretende aqui elevar o controle prévio à condição de panaceia do sistema jurídico brasileiro. Mas destacar a importância de sua adoção que, juntamente com as demais modalidades de controle de constitucionalidade existentes no Brasil (e são várias!), serviria para reforçar o grande desiderato da justiça constitucional: garantir a efetividade e a normatividade da Constituição. É certo que o controle preventivo, por si só, é insuficiente e deficitário (vide o caso francês), mas ao se somar com outras possibilidades de fiscalização de constitucionalidade, certamente representa uma “válvula de segurança”³⁴⁴ do sistema, uma arma poderosa de defesa da Constituição.

³⁴³ Domingos Paiva sugere, por exemplo, a adoção do controle prévio ao menos para as leis fiscais e previdenciárias: “(...) a técnica de controle preventivo a cargo do juiz constitucional possui a vantagem de evitar inúmeros danos, pois é capaz de elidir os estados de incerteza que são previsíveis e despertados já no curso do processo legislativo. Seria de indagar de sua utilidade no Brasil, no mínimo em relação às leis fiscais e de custeio de seguridade, para que não afetassem desnecessariamente o contribuinte, nem comprometessem o orçamento do Estado em vão”. *In*: PAIVA, Domingos Augusto. “O controle de constitucionalidade na França”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 36, nº. 144 (out-dez), 1999, p.208.

³⁴⁴ MENDES, op. cit., p.104, nota 210.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp.75-84.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria geral do veto”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 21, nº. 83 (jul-set), 1984, pp.141-214. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181546>>.

BARRETO, Rômulo Paes. “O veto nas repúblicas presidencialistas”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 26, nº. 103 (jul-set), 1989, pp.47-66. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181952>>.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. 14.ed. Torino: G. Giappichelli, 2013.

BOTELHO, Catarina Santos. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: OTERO, Paulo, et al. (org.). *Estudos em memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 105-137.

_____. A revisão constitucional francesa de 2008 e a questão prioritária de constitucionalidade: uma revisão platónica ou um genuíno acréscimo na tutela dos direitos fundamentais? In: SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. (coord). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. 1, Lisboa: FDUL, 2012, pp. 469-493.

BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: *Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 39-47.

BRITO, Miguel Nogueira de; ARAÚJO, Antônio de. Para a história da fiscalização de constitucionalidade em Portugal. In: *Anuário Português de Direito Constitucional*. vol. 3. Coimbra: Coimbra, 2003, pp.161-173.

BRITO, Paula Maria Dias. *A Fiscalização preventiva da constitucionalidade de leis e decretos-leis na constituição de 1976*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-políticas, policopiada, Coimbra, 1997.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional: conteúdo, objecto, efeitos*. 2.ed. Lisboa: AAFDL, 1994.

_____. *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes*. Coimbra: Coimbra, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 871-887.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Volume II, 4.ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Os poderes do Presidente da República (especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and judicial review*. Kansas: University Press of Kansas, 1989.

CORREIA, Fernando Alves. *Direito constitucional (a justiça constitucional)*. Coimbra: Almedina, 2002.

CORREIA, José de Matos. *A fiscalização da constitucionalidade e da legalidade*. 2.ed. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *A jurisdição constitucional em Portugal*, 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1992.

CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. “Veto e técnica legislativa”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 18, nº. 72 (out-dez), 1981, pp.59-80. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181342>>.

D’ATENA, Antonio. Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali . In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 437-456.

FAVOREU, Louis. *Les cours constitutionnelles*. 3.ed. Paris: PUF, 1996.

_____, et al. *Droit constitutionnel*. 15.ed. Paris: Dalloz, 2013.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. La Jurisdicción Constitucional en España. In: GARCIA BELAUNDE, Domingos; FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 625-709.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 36, nº. 142 (mar-jun), 1999, pp.279-296. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/491>>.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. “O sistema brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade: leis n.º 9.868, de 10 de novembro e n.º 9.982, de 3 de dezembro de 1999”. *Revista O Direito*. Lisboa, ano 133, n.º 2, 2001, pp.249-270.

FERSTENBERT, Jacques. “Le contrôle, par le Conseil Constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées”. *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et a l’Etranger*, n.º. 2, (mar/avr.), 1991, pp.339-391.

FIGUEIREDO, Patrícia Cabianchi; MONTAL, Zélia Cardoso. “Controle preventivo de constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 16, n.º 64 (jul-set), 2008, pp.258-282.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. “Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 40, n.º. 158 (abr-jun), 2003, pp. 97-125. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/847>>.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. vol. 1. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2005.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição par uma interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º. 86, 1994, pp.195-227.

HETSPER, Rafael Vargas. “O poder do veto no ordenamento jurídico brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 49, n.º. 193 (jan-mar), 2012, pp.215-226. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496569>>.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. trad: João Baptista Machado, 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Augusto Carlos Rocha de. “História do controle de constitucionalidade de atos normativos: precedentes e concepção de sua definição moderna”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 17, n.º. 66, 2009, pp.89-120.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polémica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a proteção da Constituição. In: SOUSA, Marcelo Rebelo de, et al. (coord). *Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*. vol. 1, Lisboa: FDUL, 2012, pp. 457-468.

MACIEL, Adhemar Ferreira. “Observações sobre o controle da constitucionalidade da leis no Brasil”. *Revista O Direito*, ano 130, n.º 3-4, 1998, pp.165-182.

MARTINEZ, Miguel Ángel Alegre. “Control difuso y control concentrado de constitucionalidad: características diferenciales”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994, pp.113-136.

MARTINS, Norma Izabel Ribeiro. “Veto”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 3, nº. 9 (mar), 1966, pp.165-192. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180739>>.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Armindo Ribeiro. “Tribunal constitucional entre o direito e a política: a fiscalização preventiva de constitucionalidade”. *Revista Julgar*, nº 3, 2007, pp.97-118.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. “A fiscalização da constitucionalidade: uma visão panorâmica”. *Revista Scientia Iuridica*, Tomo 42, nº 244/246 (jul-dez), 1993, pp.161-180.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo III. Coimbra: Coimbra, 2007.

MODERNE, Franck. “El control prévio de constitucionalidade em la Europa contemporánea”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, nº. 2-3, 1993, pp. 409-416.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. trad: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. Tomo I. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Justiça constitucional*. Tomo II. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 167-175.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OTERO, Paulo. *Direito constitucional português*. vol. 2. Coimbra: Almedina, 2010.

PAIVA, Domingos Augusto. “O controle de constitucionalidade na França”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 36, nº. 144 (out-dez), 1999, pp.197-210. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/542>>.

QUEIROZ Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. vol. 1, Coimbra: Coimbra, 1996, pp. 457-480.

_____. *Os poderes do Presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 2013.

RODRIGUES, Joana Amaral. “O papel do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade”. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, ano 33, nº. 132, 2012, pp.221-257.

ROSA, Mauro Andrade. “O veto nos estados presidencialistas: algumas reflexões sobre o veto no Brasil e nos Estados Unidos”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 23, nº. 89 (jan-mar), 1986, pp.139-168. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181673>>.

ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. “Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional?”. *Direito Público*, vol.1, nº 3, 2004., pp.89-98. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/492/827>>.

RUBIO LLORENTE, Francisco. “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional em Europa”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, nº 35, 1992, pp.9-39.

SANCHEZ NAVARRO, Ángel J. “La reforma constitucional en Francia”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, 1998, pp.205-214.

SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. trad: Antonio Caracciolo. Milão: Giuffrè, 1981.

_____. *Teoría de la constitución*. trad: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SILVA, José Afonso da. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil. In: GARCIA BELAUNDE, Domingos; FERNANDEZ SEGADO, Francisco (coord.). *La jurisdicción constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson, 1997, pp. 387-407.

SILVA, Jonas Barbosa da. *O veto presidencial no Brasil*. Trabalho Final em Curso de Especialização. Universidade do Legislativo Brasileiro, 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496500>>.

SOARES, Marco Antônio Striquer. “O veto: controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário?”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, volume 40, nº. 159 (jul-set), 2003, pp.241-251. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/888>>.

TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. *Do control da constitucionalidade no Brasil e em Portugal*. Braga: Livraria Cruz, 1973.

URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *O referendo: perfil histórico-evolutivo do instituto: configuração jurídica do referendo em Portugal*. Coimbra: Coimbra, 1998.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. Belém: Cejup, 1999.

VERDUGO RAMIREZ, Sergio. “Control preventivo obligatorio: auge y caída de la toma de razón al legislador”. *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º. 1, 2010, pp. 201-248.

Legislação e jurisprudência

ANGOLA. *Constituição da República de Angola*. Entrada em vigor: 05/02/2010. Disponível em: < http://www.governo.gov.ao/Arquivos/Constituicao_da_Republica_de_Angola.pdf>.

BRASIL. Congresso Nacional Constituinte. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Promulgada em 24/02/1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em: 05/10/1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. 8. ed. Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegInterno.pdf>.

_____. Congresso. Senado Federal. *Regimento Interno: Resolução n.º. 93, de 1970*. vol. 2. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/RegInternoSF_Voll.pdf>.

_____. Lei Complementar n.º 78 de 30 de dezembro de 1993. *Disciplina a fixação do número de Deputados, nos termos do art. 45, § 1º, da Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp78.htm>.

_____. Lei Federal n.º 9.882 de 3 de dezembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. Súmula n.º 266. “*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese*”. Aprovada na Sessão Plenária de 13/12/1963. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28s%FAmula+266%29%29+NAO+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulas&url=http://tinyurl.com/pvshf9d>>. Acesso: 17/08/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 400MC-DF*. Relator: Ministro Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário da Justiça em 08/02/1991, p. 00742. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346359>>. Acesso: 12/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 466 MC-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 10/05/1991, p. 05929. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>>. Acesso: 12/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3472MC-DF*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça em 24/06/2005, p. 00005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387256>>. Acesso: 13/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4430-DF*. Relator: Ministro Dias Toffoli, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico n.º 184. Divulgado em 18/09/2013, Publicado dia 19/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>>. Acesso: 21/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 100-RJ*. Relator: Ministro Néri da Silveira, publicado no Diário da Justiça em 07/11/2003, p. 00082. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>>. Acesso: 17/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45MC-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 04/05/2004, p. 00191. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>>. Acesso: 19/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º 20257-DF*. Relator: Ministro Décio Miranda. Relator p/ Acórdão: Ministro Moreira Alves, publicado no Diário da Justiça em 27/02/1981, p. 01304. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>>. Acesso: 12/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º 20471-RJ*. Relator: Ministro Francisco Rezek, publicado no Diário da Justiça em 22/02/1985, p. 01589. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85165>>. Acesso: 15/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º 21077 MC-AgR-GO*. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 03/08/1990, p. 07235. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373423>>. Acesso: 17/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º 21303 AgR-DF*. Relator: Ministro Octávio Gallotti, publicado no Diário da Justiça em 02/08/1991, p. 00783. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325598>>. Acesso: 18/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 22503-DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça em 06/06/1997, p. 24872. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85766>>. Acesso: 16/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Decisão Monocrática, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 23328-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 05/02/1999, p. 00054. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000052676&base=baseMonocraticas>>. Acesso: 25/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Decisão da Presidência, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 23334 MC-RJ*. Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 05/02/1999, p. 00055. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000052123&base=basePresidencia>>. Acesso: 19/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 23452-RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 12/05/2000, p. 00020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso: 20/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Decisão Monocrática, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 23565-DF*. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 17/11/1999, p. 00033. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000051391&base=baseMonocraticas>>. Acesso: 25/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 24642-DF*. Relator: Ministro Carlos Velloso, publicado no Diário da Justiça em 18/06/2004, p. 00045. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86168>>. Acesso: 16/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Mandado de Segurança (MS) n.º. 32033-DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator p/ Acórdão: Ministro Teori Zavaski, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico n.º. 033. Divulgado em 17/02/2014, Publicado dia 18/02/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006>>. Acesso: 21/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, Plenário, *Representação (RP) 890-GB*. Relator: Ministro Oswaldo Trigueiro, publicado no Diário da Justiça em 07/06/1974, p. 03932. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263667>>. Acesso: 18/05/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF, T2 - Segunda Turma, *Recurso Extraordinário (RE) n.º. 119.236-SP*. Relator: Ministro Carlos Velloso, publicado no Diário da Justiça em 05/03/1993, p. 02899. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207215>>. Acesso: 30/04/2014.

CABO VERDE. *Constituição da República de Cabo Verde*. Entrada em vigor: 25/12/1992. Disponível em: <[https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/1437105f604ce363c1257082003ea54a/\\$FILE/Constitution%20Cape%20Verde%20-%20POR.pdf](https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/1437105f604ce363c1257082003ea54a/$FILE/Constitution%20Cape%20Verde%20-%20POR.pdf)>.

CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Entrada em vigor: 11/03/1981. Disponível em: <http://www.senado.cl/capitulo-viii-tribunal-constitucional/prontus_senado/2012-01-16/105012.html>.

COSTA RICA. *Constitución Política de Costa Rica*. Entrada em vigor: 07/11/1949. Disponível em: <http://www.asamblea.go.cr/centro_de_informacion/biblioteca/Paginas/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.aspx>.

ESPAÑA. *Constitucion Española*. Entrada em vigor: 29/12/1978. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/ConstitucionCastellano.aspx>>.

_____. *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/Normas%20Reguladoras/Texto%20consolidado%20nueva%20LOTC.pdf>>.

_____. *Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio*. Por la que se deroga el Capítulo II del Título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/Normas%20Reguladoras/LEYORGANICA41985.pdf>>.

FRANÇA. *Constitution de la République Française* (trad.p/ português). Entrada em vigor: 04/10/958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>.

IRLANDA. *Constitution of Ireland (Bunreacht na hÉireann)*. Entrada em vigor: 29/12/1937. Disponível em: <<http://www.irishstatutebook.ie/en/constitution/index.html#article20>>.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Entrada em vigor: 01/01/1948. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2_titulo5.html>.

_____. Corte Costituzionale. *Sentenza n.º 304/2002*. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do>>. Acesso: 12/09/2014.

MOÇAMBIQUE. *Constituição da República de Moçambique*. Entrada em vigor: 21/01/2005. Disponível em: <<http://www.mozambique.mz/pdf/constituicao.pdf>>.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa: Assembleia Constituinte, 02 de Abril de 1976. Entrada em vigor: 25/04/1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>.

_____. *Organização e Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*. Lei n.º 28/82 de 15 de Novembro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de Setembro, e pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro). Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/legislacao0101.html>>.

_____. *Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, de 20 de Agosto (Declaração de Rectificação n.º 96-A/2007, de 19 de Setembro) com as alterações introduzidas pelo Regimento da Assembleia da República n.º 1/2010, de 14 de Outubro*. Disponível em:

<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/Legislacao_Anotada/RegimentoAR_Simples.pdf>.

_____. *Regulamento da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, de 20/07/2011*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/sites/COM/XIILEG/1CACDLG/Apresentacao/Paginas/Regulamento.aspx>>.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 11/1983, Relator: Conselheiro Martins da Fonseca. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/1983011.html>>. Acesso: 27/06/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 31/1984, Relator: Conselheiro Monteiro Diniz. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840031.html>>. Acesso: 27/06/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 66/1984, Relator: Conselheiro Messias Bento. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840066.html>>. Acesso: 01/07/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 334/1994, Relator: Conselheiro Sousa e Brito. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940334.html>>. Acesso: 17/06/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 225/1995, Relator: Conselheiro Vitor Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950225.html>>. Acesso: 01/07/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 232/2003, Relator: Conselheiro Rui Moura Ramos. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030232.html>>. Acesso: 22/06/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 415/2005, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050415.html>>. Acesso: 22/06/2014.

_____. Tribunal Constitucional – TC, Plenário, Acórdão nº 442/1991, Relator: Conselheiro Alves Correia. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910442.html>>. Acesso: 27/06/2014.

ROMÊNIA. *Constituição de Romênia*. (trad.p/espanhol). Entrada em vigor: 08/12/1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176035>>.

SÃO TOME E PRÍNCIPE. *Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe*. Promulgada em: 25/01/2003. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e#a160>>.