

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 171

Julho/setembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Declaração parcial de inconstitucionalidade formal e seus limites: veto judicial?

Juliano Taveira Bernardes

Em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, já se registram vários precedentes do STF em que, embora reconhecidos vícios no processo legislativo, a declaração de inconstitucionalidade atinge somente parte do diploma promulgado. O presente ensaio, sem maiores pretensões, visa apenas a esclarecer se essa declaração parcial de inconstitucionalidade pode ser aceita dogmaticamente, e, em caso positivo, quais são os limites dela.

O estudo remete ao problema da chamada *inconstitucionalidade formal*, expressão a designar a relação de incompatibilidade do ato normativo fiscalizado em face dos limites constitucionais atinentes ao processo mediante o qual se o elabora. Lei formalmente inconstitucional é a aprovada em processo legislativo defeituoso sob o ponto de vista das normas constitucionais que o regulam. Esse tipo de defeito se contrapõe à *inconstitucionalidade material*, que se caracteriza sempre que a desconformidade constitucional decorra da análise da substância do ato normativo questionado. Assim, lei materialmente inconstitucional é a que possui conteúdo incompatível com o sistema constitucional utilizado como respectivo parâmetro de validade.

No que interessa ao presente ensaio, a inconstitucionalidade formal pode dar-se: (a) pelo descumprimento de norma constitucional sobre o processo legislativo próprio e adequado à espécie; (b) pela desobediência a circunstância impeditiva de atuação

Juliano Taveira Bernardes é Juiz Federal, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Mestre em “Direito e Estado” pela Universidade de Brasília.

do órgão legislativo, como no caso de emenda constitucional aprovada durante o estado de sítio (CF, art. 60, § 1º)¹. De sua vez, a inconstitucionalidade formal pelo descumprimento de norma constitucional sobre o processo legislativo próprio e adequado ocorre em três situações: (a.1) quando são desobedecidas normas constitucionais relativas à competência para iniciar o processo legislativo; (a.2) pela contrariedade a normas constitucionais concernentes à competência para elaborar o ato normativo, hipótese também chamada por parte da doutrina como *inconstitucionalidade orgânica*; ou (a.3) pelo desacato a normas constitucionais referentes às formalidades ou à tramitação do processo legislativo no órgão competente (Cf. ROCHA, 1991, p. 107-109).

Nas hipóteses (b) e (a.2), é indivisível o defeito que gera a inconstitucionalidade. Daí, como todos os dispositivos² da proposta aprovada estão contaminados, a declaração de invalidade abrange integralmente o diploma normativo.

Contudo, isso não ocorre necessariamente quanto às situações (a.1) e (a.3), casos em que se pode reconhecer a inconstitucionalidade de apenas parte do texto aprovado. Para ilustrar, na situação (a.1), se o ato normativo viola regras constitucionais de iniciativa legislativa especial (reservada ou vinculada), mesmo com a superação do raciocínio da Súmula 5 do STF³, o vício pode resumir-se aos dispositivos originários da emenda parlamentar indevidamente apresentada à proposta do órgão titular da iniciativa (BRASIL, 2005b).

E também na situação (a.3) é cabível adstringir a inconstitucionalidade aos dispositivos aprovados em desacato à norma constitucional referente às formalidades ou à tramitação do processo legislativo, sem afetar o restante do diploma promulgado. Por exemplo, se a lei ordinária invade campo temático de lei complementar, são inconstitucionais exclusivamente os dispositivos invasores⁴. No mesmo sentido, ao julgar a ADInMC 2.031/DF (BRASIL, [200-?]a) e a

ADIn 2.031/DF (BRASIL, [200-?]b), o STF reconheceu que o Senado Federal aprovara emenda substancial à proposta vinda da Câmara dos Deputados, porém não enviou o novo texto do projeto à Casa de origem. Por isso, a Corte declarou a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional 21, de 18/03/99, somente quanto ao § 3º do art. 75 incluído no ADCT, mas reputou válidos os demais dispositivos da EC 21/99, pois devidamente aprovados pelas duas Casas.

Entretanto, mesmo nessas situações (a.1) e (a.3), é indevida a correção de vícios formais pela declaração de inconstitucionalidade só de partes do dispositivo defeituoso, ainda que constitucional todo o restante do diploma normativo a que ele pertencer.

Essa orientação, contudo, não foi aplicada pelo STF no julgamento da ADInMC 3.472/DF (BRASIL, 2005a), razão pela qual esse precedente se torna paradigmático para ilustrar a tese defendida neste estudo.

Cuidava-se de julgamento de medida cautelar formulada em ação direta de inconstitucionalidade a discutir o processo de formação da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, cujo § 1º do art. 5º fora promulgado com a seguinte redação:

“Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha dos seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no *caput* deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.”

O pedido era para suspender liminarmente as expressões “e do Ministério Público”, “respectivamente” e “e ao Ministério

Público da União”, porque o Senado Federal teria promovido emendas substanciais no dispositivo questionado sem o submeter à reapreciação da Câmara dos Deputados.

A proposta enviada pela Câmara ao Senado, e que não retornara à Casa iniciadora, continha este teor:

“Art. 42. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação e escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final. § 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no *caput* deste artigo, caberá ao Supremo Tribunal Federal realizá-las.”

Logo, pela simples comparação do texto final com o texto vindo da Câmara, houve mesmo falha no processo legislativo da EC 45/2004. Segundo constou do voto do Ministro-Relator:

“A norma de competência assim concebida desdobra-se em três elementos de identificação: (1) a hipótese normativa de sua incidência: omissão de indicações ou escolhas no prazo assinado; (2) o objeto da competência atribuída: suprir a omissão verificada; e (3) o sujeito a quem atribuída essa competência supletiva.

Os dois primeiros elementos mantiveram-se incólumes à revisão do Senado. No terceiro, porém, relativamente ao Conselho Nacional do Ministério Público, a mesma competência que a Câmara aprovara outorgar ao Supremo Tribunal Federal é transferida, pela emenda votada solitariamente pelo Senado, ao Ministério Público da União.”

Contudo, o deferimento da medida cautelar consagrou uma *terceira* regra, que não fora nem a deliberada pela Câmara, tampou-

co a aprovada pelo Senado: o dispositivo procedente da Câmara permitia que o STF suprisse a omissão em indicar ou escolher nomes para o Conselho do Ministério Público; a regra aprovada pelo Senado transferiu essa prerrogativa ao “Ministério Público da União”; mas a norma criada pela decisão do STF, simplesmente, eliminou tal faculdade.

Ou seja, nenhuma das Casas congressuais deliberou no sentido de deixar vácuo de competência. Esse vácuo só surgiu com a norma a que passou a corresponder o dispositivo após a suspensão da eficácia das expressões “e do Ministério Público”, “respectivamente” e “e ao Ministério Público da União”. Ademais, o STF expurgou a primeira das expressões (“e do Ministério Público”), que tinha sido regularmente aprovada tanto pela Câmara quanto pelo Senado.

Certo, esse mesmo efeito de estabelecer uma regra diversa da legislada é freqüentemente registrado quando se empreende controle abstrato de inconstitucionalidades materiais. Sempre que suspende expressões lingüísticas contidas na disposição impugnada por causa de defeitos substanciais, o tribunal permite surgir norma diversa da instituída pelo órgão legislativo⁵.

Mas a diferença ontológica entre os dois casos é enorme.

Quando aprova lei em procedimento que desrespeita limites formais previstos na Constituição, o legislador acaba por “violiar” norma constitucional, mas essa violação ocorre de modo muito diferente do que se o legislador aprovasse lei cujo conteúdo fosse inconstitucional.

Neste último caso, a inconstitucionalidade (material) é reparada simplesmente dando-se prevalência à norma constitucional “violada”. Como há antinomia entre duas normas (uma inferior vs. outra superior), resolve-se a inconstitucionalidade pela mera prevalência da superior. Daí ser possível eliminar o vício somente pelo expurgo das expressões lingüísticas que põem a norma inferior em antinomia com a superior.

No primeiro caso (de inconstitucionalidade formal), por sua vez, inexistente propriamente antinomia entre a Constituição e a norma legal. A violação não decorre em si da norma legislada (norma-produto), mas dos atos ligados à formação dela. Logo, é descabido aproveitar partes do dispositivo irregularmente aprovado, pois o conserto do que de válido restasse dele não se obtém com o simples reconhecimento da superioridade da norma constitucional violada. Seria necessário que o órgão controlador pudesse voltar no tempo e retificasse o procedimento que violou a norma paramétrica utilizada na fiscalização do processo legislativo.

No controle da inconstitucionalidade material, o objeto recai sobre o mesmo dispositivo aprovado em processo legislativo regular. Não há dúvidas quanto à origem da norma legislada (a norma existe), embora nela se reconheça defeito de conteúdo que lhe prejudica a validade (a norma é inválida). Ao contrário, quando o tribunal reputa formalmente inconstitucional algum dispositivo, porém opta por suspender apenas expressões dele, para tentar salvar o restante do preceito, a corte termina por se transformar numa instância corretora do próprio processo legislativo.

Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade formal cujo objeto incide sobre partes do texto de um dispositivo legal implica invadir competências legislativas por meio da reflexa “aprovação” de proposta diversa da aprovada pelo órgão competente. Para evitar a declaração de invalidade de todo o dispositivo, o tribunal institui uma nova norma que tecnicamente pode ser considerada inexistente (pelo menos do ponto de vista a conceituar a existência como resultado positivo da operação de retroagir o ato até se chegar ao órgão competente para editá-lo)⁶. Trata-se de uma intempestiva espécie de “emenda parlamentar” feita por órgão judicial, que substitui o legislador no próprio trabalho de “produção” do dispositivo. Daí a inviabilidade te-

órica da declaração de inconstitucionalidade parcial em casos tais.

Antes de prosseguir, outro importante aspecto da inconstitucionalidade parcial. Quanto ao objeto, a inconstitucionalidade parcial pode ser entendida (Cf. MORAIS, 2002, p. 179-180): (1) num *sentido amplo*, em que o caráter parcial da inconstitucionalidade é aferido em face da totalidade de um mesmo diploma normativo⁷; ou (2) num *sentido restrito*, no qual a índole parcial da inconstitucionalidade é contrastada em função da totalidade de um único dispositivo que possa ser decomposto em mais de uma norma. Neste último caso, a inconstitucionalidade parcial divide-se ainda em: (2.a) *horizontal*, se a declaração de inconstitucionalidade gera efeito ablativo de expressões lingüísticas contidas no texto do dispositivo impugnado, com o aproveitamento do restante do texto na extração de norma(s) válida(s); ou (2.b) *vertical* (ou qualitativa), hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade, sem afetar ou reduzir o texto do dispositivo, repercute sobre alguma(s) interpretação(ões) que dele se extrai(em), tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Então, somadas essas últimas observações com as que foram ditas antes, afigura-se claro que as argumentações deste estudo estavam a se referir somente à inconstitucionalidade parcial do tipo “horizontal”. Daí, cabe perguntar se, em matéria de vícios formais, deve-se também reputar indevida a declaração da inconstitucionalidade parcial “vertical”.

A resposta é positiva: se a inconstitucionalidade formal não leva em consideração o conteúdo do preceito, o vício a que ela se refere reside somente no próprio trabalho de elaboração textual das propostas legislativas, e não nas interpretações que destas podem ser extraídas. Logo, o que se pode corrigir mediante a declaração de inconstitucionalidade parcial do tipo “vertical” são exclusivamente desconformidades substanciais (inconstitucionalidades materiais). Por

isso mesmo, o STF vem considerando meras irregularidades, e não inconstitucionalidades, as alterações de texto em projetos legislativos promovidas pela Casa revisora, mesmo sem a aprovação da Casa de origem, quando tais alterações não impliquem modificação substancial na proposta original⁸.

Para concluir, em razão da independência das funções estatais, o controle judicial abstrato da constitucionalidade formal não pode alterar o sentido (*i.e.*, a norma) decorrente do dispositivo atingido pela falha no processo legislativo. A declaração de inconstitucionalidade não deve poupar expressões lingüísticas ou interpretações obtidas do dispositivo impugnado. Pelas mesmas razões que o veto presidencial, deverá abranger “texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (§ 2º do art. 66 da CF/88).

Notas

¹ Parte da doutrina menciona, ainda, a inconstitucionalidade formal por intempestividade da elaboração legislativa, como no caso de lei aprovada fora do prazo de aprovação fixado na Constituição (Cf. ROCHA, 1991, p. 109-110). Certamente se trata de um vício do processo legislativo, mais exatamente de uma hipótese de inconstitucionalidade por omissão que se manifesta durante o atraso em se aprovar o ato. Porém, uma vez produzido, o problema da demora não contamina o ato normativo. Ele é válido para todos os efeitos, razão pela qual não parece ter utilidade prática esse outro tipo de inconstitucionalidade formal, não pelo menos para o presente ensaio.

² Neste texto, a expressão “dispositivos” está empregada de acordo com o que dispõe o parágrafo único incluído no art. 12 da LC 95, de 26/02/98, pela LC 107, de 26/04/2001. Refere-se, portanto, a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens empregados na formulação legislativa.

³ Dizia o texto da súmula revogada pelo STF no julgamento da Representação 890/GB (BRASIL, [200-?]:c): “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do poder.”

⁴ A menos que o órgão legislativo não seja em princípio o competente para editar ambas as leis mencionadas, como no caso a envolver lei ordinária estadual e lei complementar federal, hipótese em que se exteriorizaria a situação (a.2), *i.e.*, uma in-

constitucionalidade orgânica. Da mesma forma, não haverá inconstitucionalidade se a norma invasora limitar-se a reproduzir norma idêntica baixada pelo órgão competente (nesse último sentido, cf. Acórdão 212/86 do Tribunal Constitucional português).

⁵ Aqui, “disposição” difere-se de sentido que se está empregando à palavra “dispositivo”. Significa cada enunciado lingüístico pertencente a uma fonte de direito. A seu turno, “norma” é o conteúdo de sentido resultante da interpretação da disposição. Logo, do ponto de vista interpretativo, as disposições formam o objeto, e as normas o resultado da interpretação. Sobre as diferenças entre “disposição” e “norma”, por todos, Cf. GUASTINI, 1998, p. 16 et. seq.

⁶ Segundo Marcelo Neves (1998, p. 43), “pertencem ao sistema jurídico todas as normas que possam retrotrair imediata ou mediamente ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos da produção jurídica.”. O ilustre autor também agrega ao conceito de pertinência (existência) a circunstância de a norma não ainda haver sido revogada ou expulsa por invalidez. Todavia, parece que a circunstância de ter sido expulsa por tal motivo não tem a ver com a existência em si da norma. A expulsão por decorrência da invalidez está relacionada com os efeitos depreciativos que incidem em face dos atos inválidos, o que parece conduzir à idéia de subtração da respectiva *eficácia*. De outro lado, a revogação liga-se à *vigência* da norma. Tanto é que uma norma revogada pode remanescer eficaz (ultra-atividade), caso típico do direito adquirido. Cf. NORONHA, 1998, p. 91-110.

⁷ Exemplo: a inconstitucionalidade a atingir somente alguns dos dispositivos integrantes de certo diploma que possui outros dispositivos não defeituosos.

⁸ Nesse sentido, por todos, Cf. o julgamento da ADC 3/DF, rel. Min. Nelson Jobim, BRASIL, 2003, p. 43.

Referência

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3. Relator: Min. Nelson Jobim. Distrito Federal, [200-?]. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 45, 9 maio 2003.

_____. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.031. Relator: Min. Octávio Gallotti. Distrito Federal, [200-?]. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 182, p. 3, [200-?]a.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.031. Relator: Min. Ellen Gracie. Distrito Federal, [200-?]. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 188, p. 1, [200-?]b.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.472 Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, [200-?]. *Informativo STF*, n. 392, 2005a.

_____. _____. Representação Pública n. 890/GB. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 69, p. 625, [200-?]c.

_____. _____. Súmula n. 5. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 8 abr. 2005b.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2002. 1 t.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, abr./jun.1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.