

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 36 • nº 142

abril/junho – 1999

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade

Anna Candida da Cunha Ferraz

## Sumário

I- Introdução. II- O controle preventivo de constitucionalidade: 1. Conceituação. 2. Objeto do controle. 3. A presença constitucional do controle preventivo de constitucionalidade. 4. Notas características do controle preventivo. 4.1 Modalidades do controle preventivo. 4.2. Prazos. 4.3. O objeto do controle preventivo de constitucionalidade. 4.4. O processo do controle preventivo de constitucionalidade. 4.5 Os efeitos da decisão em sede de controle preventivo de constitucionalidade. 5. O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil. 5.1. O controle de constitucionalidade preventivo político. 5.2. O controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional. III- Considerações finais: as vantagens e as desvantagens do controle preventivo de constitucionalidade.

## *I - Introdução*

A conveniência de prevenir ou reparar as violações à Constituição é defendida pelos tratadistas pátrios e estrangeiros<sup>1</sup>. De um modo geral, os sistemas constitucionais modernos e contemporâneos, fundados numa Lei Fundamental Suprema, base de todo o ordenamento jurídico, centrados em constituições rígidas, admitem o controle de constitucionalidade.

É o controle de constitucionalidade um dos princípios do Estado Democrático de Direito, que se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular e dotada de supremacia.

Anna Candida da Cunha Ferraz é Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Procuradora do ESP – Ex-Procuradora-Geral do ESP.

Certo é mencionar que, embora ainda se tenha presente a discussão sobre a compatibilização do controle de constitucionalidade com a teoria democrática, ou, mais precisamente, sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade exercido sobre as leis por órgão estranho ao Legislativo<sup>2</sup>, o fato é que a adoção de sistemas de controle de constitucionalidade permeia praticamente todos os estados constitucionais<sup>3</sup>.

Se não se questiona, portanto, a necessidade e a conveniência do controle de constitucionalidade, certo é que acesa polêmica se trava quando se busca organizar ou instrumentalizar o exercício do controle de constitucionalidade: que métodos de controle adotar, que método se mostra mais adequado ao Estado Democrático de Direito, qual deve ou pode ser o objeto do controle, que órgãos devem exercer o controle, que efeitos deve ou pode o controle de constitucionalidade produzir, qual o método mais eficaz, como se coloca, nesse contexto, a interpretação constitucional, quais os limites da jurisdição constitucional. Essas são algumas questões que o tema do controle suscita.

De outro lado, convém recordar que, hoje, mais do nunca, a preocupação de se buscar assegurar a efetividade e o cumprimento da Constituição coloca o “controle de constitucionalidade” como um dos pontos centrais no plano do Direito Constitucional. Preocupam-se os juristas com a eficácia jurídica e social do documento constitucional, sede normativa básica dos valores da sociedade. Como assegurar o efetivo cumprimento das normas constitucionais? Como “vigiar”, “fiscalizar” para que a norma constitucional, fruto da escolha (presume-se) consciente dos representantes do povo, seja observada? Nesse campo, portanto, situa-se a principal problemática do “controle da constitucionalidade”: a efetividade da Constituição e a eficiência do controle, eis os pólos de preocupação na temática.

## II- O controle preventivo de constitucionalidade

### 1. Conceituação

Como se sabe, por controle de constitucionalidade entende-se a verificação da adequação de qualquer ato jurídico comissivo (ou omissivo) à Constituição. Consiste, pois, o controle de constitucionalidade em verificar a conformidade ou a desconformidade, a adequação ou a inadequação do ato jurídico ou da omissão do poder público ante a Constituição, com o objetivo de, se desconforme ou inadequado, sanar-se o vício e fazer prevalecer a Norma Fundamental<sup>4</sup>; ou, por outras palavras, busca-se, pelo controle de constitucionalidade, garantir que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe sejam conformes<sup>5</sup>, e, se desconformes, procura-se inutilizá-los.

Pressupõe, pois, o controle a existência de uma norma-parâmetro – a Constituição –, que funciona como o segundo termo da relação, sendo que o primeiro termo é representado por *atos normativos* (leis, leis delegadas, qualquer que seja o nome pelo qual são reconhecidas nos diferentes ordenamentos jurídicos, etc.) ou por *comportamentos* (uma obrigação de fazer, *verbi gratia* uma nomeação pelo Presidente da República) ditados diretamente pela Constituição.

É que o controle de constitucionalidade, qualquer que seja a modalidade por ele assumida, implica o exame do ato ou comportamento em confronto direto com a Constituição. Em tese, entre o ato em questão e a Constituição não existe norma interposta, ou, quando existe, tal norma não esgota ou não contém todo o fundamento do ato ou do comportamento que acaba por se fundar na própria Constituição.

Entre as modalidades de controle, aponta-se o controle preventivo de constitucionalidade.

Caracteriza essa modalidade de controle o *momento* em que atua. Contrapondo-se ao chamado controle sucessivo ou repressivo<sup>6</sup>, relaciona-se *ao momento da formação* dos

atos ou dos comportamentos sob controle. Assim, o controle prévio é aquele que se exerce antes de concluído o processo de formação do comportamento ou do ato, inclusive no que pertine à sua efetiva execução<sup>7</sup>.

Destarte, em regra, é o controle que opera antes que o comportamento ou o ato se aperfeiçoem<sup>8</sup>, tornem-se obrigatórios, existentes e válidos e eficazes.

## 2. *Objetivo do controle*

Ponto relevante a ressaltar, segundo generalizadamente aponta a doutrina<sup>9</sup>, é o objetivo do controle preventivo, que, em geral, significa interferência frontal no exercício da atividade normativa dos poderes políticos.

O objetivo do controle preventivo é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, especialmente uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. Assim, essa modalidade de controle constitui, em essência, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização *a priori*.

Trata-se, destarte, de controle que incide sobre a criação da norma, diferentemente do controle repressivo que incide para a destruição de uma norma já posta.

## 3. *A presença constitucional do controle preventivo de constitucionalidade*

O controle preventivo desponta como modalidade de controle particularmente nas constituições de pós Segunda Guerra Mundial (Itália, 1948; Alemanha, 1949; França, 1946 e 1958), mas assume espaço significativo nas constituições das décadas de 70, 80 e 90, afora outras constituições<sup>10</sup>. Apresenta-se tratado, de modo expresso, na Constituição de Portugal de 1976 (mantido, com algumas alterações nas reformas posteriores de 1982, 1989, 1992), num capítulo cujo rótulo por si é bastante elucidativo: “Da fiscalização preventiva de constitucionalidade” (art. 278). O modelo é seguido por algu-

mas constituições de Estados lusófonos, promulgadas nesta década<sup>11</sup>; é assimilado pela Constituição da Espanha de 1978 e se encontra, também, estampado em algumas constituições de Estados, antigas colônias francesas, que seguem o modelo francês. Jorge Miranda, examinando o tema, cita ainda outros exemplos de constituições que estampam essa modalidade de controle<sup>12</sup>.

Releva assinalar que, pelos exemplos citados, já se percebe que o controle preventivo de constitucionalidade convive mais diretamente com o sistema parlamentarista de governo, que, a seu turno, adota o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, em regra posto na competência das Cortes Constitucionais. É certo que vamos encontrar algum tipo de controle preventivo em constituições presidencialistas. Entre essas, merece menção expressa a Constituição de Costa Rica. Embora dentro de um sistema presidencialista de governo, o modelo de controle de constitucionalidade adotado é o modelo concentrado atribuído a uma Câmara Especializada da Corte Suprema de Justiça, composta de sete magistrados eleitos por maioria qualificada de 2/3 (dois terços) de parlamentares<sup>13</sup>. Nas demais, como veremos adiante, o controle prévio de constitucionalidade, além de estritamente limitado quanto ao seu objeto, apresenta-se, também, bastante diferenciado dos modelos adotados nos sistemas parlamentaristas.

## 4. *Notas características do controle preventivo*

### 4.1. *Modalidades de controle preventivo*

O controle preventivo apresenta-se em várias modalidades, conforme o critério adotado para examiná-lo. Assim, é possível distinguir o controle prévio externo e o interno; o controle preventivo político e o jurisdicional; o controle que incide diretamente durante o procedimento de formação dos atos ou comportamentos e o que incide após concluído tal procedimento, mas antes de o ato se aperfeiçoar e produzir os seus efeitos normais; o controle obrigatório e o facultativo e o controle prévio material ou formal; o con-

trole total ou parcial; o puro ou o misto; o colegiado ou o singular. Merecem exame particularizado algumas dessas modalidades de controle quando especialmente voltadas para o controle dos atos legislativos ou normativos:

a) Controle preventivo externo ou interno

O controle preventivo externo é o realizado por órgão estranho àquele que produz o ato ou o comportamento sindicado. No que respeita aos atos legislativos, é precipuamente o controle que incide sobre o projeto de lei, nas suas várias fases, e é realizado por órgão diferente do Poder Legislativo: exemplificando, é o controle atuado por um órgão jurisdicional propriamente dito, pela Corte Constitucional, pelo povo ou pelo Executivo.

O controle preventivo interno, que incide também sobre os atos legislativos, é o realizado por órgãos e comissões do próprio Poder Legislativo durante a tramitação de um projeto de lei.

A modalidade de controle prévio mais freqüentemente encontrada é o controle prévio externo, que incide sobre atos aprovados pelo Legislativo e em vias de promulgação. É o caso do veto do Poder Executivo a um projeto de lei (como ocorre em Costa Rica) ou do controle atuado pelo Conselho Constitucional na França, por força do que dispõe o artigo 61 da Constituição francesa de 1958.

b) O controle preventivo quanto ao órgão: controle político e controle jurisdicional

O controle preventivo tanto pode ser atuado por um órgão político, como por órgão jurisdicional. Via de regra, nos sistemas que adotam o modelo concentrado de controle atuado por um Tribunal Constitucional, cumpre a esse órgão exercê-lo. É o caso de Portugal, Itália, Angola<sup>14</sup>.

O controle preventivo atuado por órgão não-jurisdicional, ou seja, o chamado controle político de constitucionalidade, tal como indicado em Burdeau, é por exemplo o veto, que permeia os sistemas presidencialistas. Aliás, Burdeau usa exatamente a

Constituição brasileira de 1934 para exemplificar essa modalidade de controle.

A Constituição de Costa Rica, em seu artigo 125, habilita o Poder Executivo a apor veto a projetos de lei (com algumas ressalvas) fundado em motivos de inconstitucionalidade. Interessante observar que essa Constituição, diferentemente das demais que também adotam o veto executivo, determina que, quando a Assembléia Legislativa rejeita o veto, este deve ser remetido à Câmara Constitucional, que deverá resolver a questão em trinta dias. Não é, pois, o veto superável definitivamente pela Assembléia, como é usual nos demais sistemas, ficando, destarte, sob a dependência do pronunciamento do órgão constitucional. Pode-se identificar, nesse caso, a incidência do controle dito misto, que combina elementos do controle político com o exercido pelo órgão jurisdicional.

A Constituição de Angola, de 1992, que segue a de Portugal, admite a legislação delegada em que não existe reserva absoluta de legislação pelo Parlamento (art. 57), cabendo ao Tribunal Constitucional, à semelhança de Portugal, exercer a fiscalização preventiva (art. 154), mediante requerimento do Presidente da República ou de 1/5 de deputados.

Também a Constituição espanhola abriga o controle prévio a ser realizado pelo Tribunal Constitucional e que recai especialmente sobre a ratificação de certos tratados (art. 95.2). Estende-se, todavia, tal controle às leis em geral, por força da cláusula geral contida no art. 161.1 "d", que incorporou a modalidade na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. Esse controle prévio incidente sobre as leis é rotulado de "forma excepcional de controle", conforme aponta Cruz Villalon<sup>15</sup>, que o admite "como um mal menor". "Um mal porquanto se trata da interferência no processo legislativo por parte de um órgão estranho ao mesmo, aparecendo como um "veto constitucional"<sup>16</sup>. Afora isso, em Espanha, o Tribunal Constitucional exerce controle prévio sobre o projeto

de Estatuto de Autonomia das comunidades autônomas, que pode ser provocado pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, cinquenta deputados, cinquenta senadores e pelos órgãos colegiados executivos e Assembléias das Comunidades Autônomas<sup>17</sup>.

c) Controle preventivo quanto ao momento

O controle preventivo pode incidir durante o procedimento de elaboração do ato ou após sua elaboração e antes de seu aperfeiçoamento.

Em Portugal, segundo Jorge Miranda<sup>18</sup>, não há sujeição automática de certos diplomas, nem uma pré-apreciação necessária de todos os diplomas. Para o exercício do controle, impõe-se a iniciativa do Presidente da República ou dos Ministros da República. A iniciativa exerce-se *antes da ratificação* quanto aos tratados; quanto às leis e aos decretos-leis, os diplomas referidos devem ser remetidos ao Tribunal Constitucional *antes* da promulgação das leis; e devem ser submetidos ao controle preventivo, *antes da assinatura*, os decretos de aprovação de acordos internacionais e os decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares regionais. Interessante observar que, no caso de o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade, tanto o Presidente da República como o Ministro da República podem exercer o poder de veto, solicitando nova apreciação do diploma pela Assembléia respectiva ou comunicando-o ao Governo (art. 139º, 1 e 4, e art. 235º, 4). Já, ao contrário, o exercício do “veto político” preclui a iniciativa de fiscalização preventiva, salvo se houver modificação do texto pela Assembléia, em segunda deliberação<sup>19</sup>.

d) Controle preventivo obrigatório e facultativo

Revelam as constituições vigentes que o controle preventivo pode ser obrigatório, exigível para certos diplomas, ou pode ser facultativo, isto é, provocado por iniciativa discricionária de certas autoridades públicas.

Em regra, o controle preventivo é facultativo, tal como ocorre em Portugal, onde pode ser suscitado por órgão ou autoridades políticas: o Presidente da República (quando a este cabe promulgar leis, decretos-leis – leis delegadas), os ministros de Estado, os Presidentes do Parlamento ou de suas Casas (art. 278º, 1 e 2).

Vale ainda observar que o Presidente da República, o Primeiro Ministro e um quinto de Deputados podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de qualquer norma constante de decreto enviado ao Presidente da República para promulgação como *lei orgânica*.

A Constituição francesa abriga os dois tipos de controle preventivo<sup>20</sup>: o obrigatório e o facultativo<sup>21</sup>. De um lado, a Constituição francesa demanda, obrigatoriamente, o exercício do controle preventivo no caso das *leis orgânicas e dos regimentos parlamentares*. Devem esses diplomas ser remetidos ao Conselho Constitucional *antes* da promulgação ou publicação. Nesses casos, a promulgação fica suspensa pelo prazo em que o Conselho deve-se pronunciar (1 mês ou 8 dias). O requerimento pode ser formulado pelo Presidente da República, Primeiro Ministro, Presidente da Assembléia Nacional e do Senado e, mais recentemente, por 60 deputados. O controle preventivo é facultativo no caso dos Tratados Internacionais quando aprovados, mas não publicados. As mesmas autoridades retro-indicadas podem solicitar o pronunciamento do Conselho Constitucional. Cabe ao Conselho Constitucional examinar a compatibilidade entre o tratado e a constituição. No caso de negativa, a revisão da constituição deve preceder à ratificação do tratado<sup>22</sup>.

A Constituição de Costa Rica, como se viu, abriga também as duas modalidades de controle prévio: o obrigatório e o facultativo.

e) Controle preventivo material e formal

Tal como ocorre no controle repressivo, o controle preventivo pode incidir sobre o exame do conteúdo material do ato em refe-

rência à Constituição ou relativamente ao procedimento formal que deve ser observado na sua elaboração.

Jean Gicquel aponta tais modalidades de controle: o *controle interno ou material* da lei, que se opera por referência à Constituição, e o *controle externo ou formal* do texto, que se exerce tendo como parâmetro as regras procedimentais introduzidas pela Constituição, em prol da racionalização da atividade parlamentar<sup>23</sup>.

Ruben Hernandez Valle, analisando a Constituição de Costa Rica, aponta o controle formal de constitucionalidade ali existente ao observar que, em Costa Rica, a “decisão da Câmara Constitucional somente se impõe na medida em que ela estabelece a existência de um procedimento inconstitucional no exame do projeto” considerado, quer se trate de reforma constitucional, quer de um projeto de lei qualquer<sup>24</sup>.

#### 4.2. Prazos

Essencial para o funcionamento adequado do controle preventivo é a fixação de prazos, seja para as autoridades requererem a apreciação do diploma pelo órgão competente (controle facultativo), seja para provocarem tal manifestação (controle obrigatório), seja para o órgão competente (Tribunal Constitucional ou Conselho Constitucional) se pronunciar.

A eficácia do controle preventivo está, assim, ligada à celeridade da apreciação da questão de constitucionalidade pelo órgão competente. A questão de prazo se torna tanto mais necessária quando se percebe que esse controle barra a ação legislativa, impedindo a elaboração de um ato normativo pelo poder competente, como se viu.

Releva notar que a fixação de prazos tanto incide sobre a iniciativa do controle como, e principalmente, para a tomada de decisão sobre o mesmo pelo órgão competente.

Em Portugal, a provocação deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da recepção do diploma pela autoridade competente (art. 278º, 3). A *vacatio* deve ser pre-

vista no diploma, vale dizer, este tem de estabelecer que, antes de sua promulgação, transcorrerá o prazo para a interposição do controle de constitucionalidade preventivo. O Tribunal Constitucional tem prazo de vinte e cinco dias (que pode ser encurtado por solicitação de urgência do Presidente da República – art. 278º, 8) para pronunciar-se.

A *vacatio* estabelecida pelo próprio diploma, salienta Jorge Miranda<sup>25</sup>, não pode frustrar os poderes dos órgãos de iniciativa e do Tribunal Constitucional, nem reduzir o tempo para a fiscalização se exercer. Se isso ocorrer, a *vacatio* deverá ser considerada prejudicada ou automaticamente prolongada por efeito da norma constitucional.

De notar-se que a Constituição de Portugal prevê, de modo expreso (art. 278, 7), que o Presidente da República não pode promulgar os decretos de lei orgânica sem que decorram oito dias após a respectiva recepção, o que busca, exatamente, evitar a inviabilização do controle prévio por uma promulgação célere, no dia imediato da recepção, por exemplo; também o Presidente da República não pode promulgar o decreto referido antes do pronunciamento do Tribunal Constitucional, nos casos em que a intervenção deste órgão é requerida.

O artigo 61 da Constituição francesa de 1958 estabelece que o Conselho Constitucional deve-se pronunciar dentro de um mês a partir da provocação, sendo que, em caso de urgência, esse prazo, por solicitação do Governo, pode ser reduzido a oito dias. No caso do controle obrigatório das leis orgânicas, a provocação deve ser feita antes de sua promulgação, e a dos regulamentos parlamentares antes de sua entrada em vigor (art. 61). No caso das leis em geral, incluídas como objeto do controle pela Emenda Constitucional de 1974, presume-se que o prazo para a provocação do controle deve ser o mesmo que o prazo atribuído ao Presidente para a promulgação da lei (art. 10).

Em Costa Rica, a provocação do controle prévio deve ser posta antes de a matéria

receber votação definitiva, e a Câmara Constitucional tem um mês de prazo para resolver a questão.

#### 4.3. *O objeto do controle preventivo de constitucionalidade*

Usualmente, essa modalidade de controle incide *sobre e no* processo de criação de normas e, apenas raramente, sobre atos ou comportamentos diretamente derivados da Constituição.

Revela o estudo comparado que o objeto principal do controle preventivo são: a.1) as normas ditas primárias, isto é, normas derivadas diretamente da Constituição<sup>26</sup>. Nesse rol de normas primárias, incluem-se as leis em elaboração pelo Parlamento ou os atos normativos primários, originados, por reserva constitucional, do Governo; a.2) as leis delegadas, ou seja, sobre atos normativos elaborados pelo Governo mediante autorização do Parlamento; a.3) as normas constantes de tratados internacionais; a.4) os decretos regulamentares regionais (nos Estados que adotam o sistema administrativo de divisão regionalizada, como ocorre em Portugal<sup>27</sup>; a.5) em alguns sistemas, tal controle incide também sobre a reforma constitucional.

Exemplificando:

A fiscalização preventiva em Portugal, disciplinada no artigo 278º, é bastante ampla quanto ao objeto de controle. Incide sobre qualquer norma constante de tratado internacional, sobre decretos enviados ao Presidente da República para promulgação como lei ou decreto-lei, sobre acordo internacional remetido para a assinatura do Presidente da República. Incide, ainda, sobre decretos regulamentares regionais e decretos legislativos regionais.

Em Espanha, o controle prévio incide sobre os tratados internacionais e sobre os projetos de Estatutos de Autonomia (que devem ser submetidos ao referendo popular) e sobre as Leis Orgânicas. O primeiro é previsto diretamente pela Constituição (art. 95), e o segundo foi incorporado pela

LOTC<sup>28</sup>. Fernandes Segado, discorrendo sobre o “recurso prévio” para declarar a inconstitucionalidade dos Estatutos de Autonomia, defende a validade da medida, tendo em vista que seria irrazoável o gravíssimo problema que seria suscitado pela invalidação jurisdicional de uma norma em cuja elaboração participou o povo por intermédio do correspondente referendo<sup>29</sup>.

Na França, o Conselho Constitucional exerce controle prévio sobre as leis orgânicas, antes de serem estas promulgadas; também exerce controle prévio sobre os regulamentos parlamentares e suas modificações. Em ambos os casos, o fundamento constitucional está no artigo 61 da Constituição, sendo que o Conselho Constitucional se recusa a examinar qualquer caso que envolva regulamentos parlamentares já em execução. Quando consultado com fundamento no mencionado artigo, o Conselho não pode-se recusar a examinar a questão<sup>30</sup>. Em reforma introduzida em 1974, o alcance do artigo 61 foi ampliado para abranger também as leis em geral que, antes de sua promulgação, podem ser “deferidas” ao Conselho Constitucional mediante solicitação do Presidente da República, do Primeiro Ministro, do Presidente da Assembléia Nacional, do Presidente do Senado ou de sessenta deputados ou sessenta senadores<sup>31</sup>.

Costa Rica, que adota um sistema concentrado de controle de constitucionalidade por meio de uma Câmara especializada na Suprema Corte de Justiça, conforme se mencionou, admite um controle prévio, como na França, porém em amplitude bem maior, segundo acentua Ruben Hernandez Valle<sup>32</sup>. O controle prévio obrigatório incide sobre projetos de reforma constitucional ou de reforma da lei relativa à jurisdição constitucional, além de alcançar os projetos relativos à aprovação de tratados ou acordos internacionais; o controle facultativo pode ser movimentado, mediante solicitação de dez deputados, relativamente a todos os demais projetos de lei e aos textos de aprovação de atos ou contratos administrativos ou a revi-



são do regulamento interno da Assembléia Legislativa; a Corte Suprema de Justiça, o Procurador-Geral da República, o Tribunal Eleitoral também podem provocar controle prévio sobre projetos de lei que afrontem as normas relativas à competência constitucional respectiva; finalmente, o Defensor do Povo também pode provocar o controle sobre projetos de leis que entenda afrontosos a direitos e liberdades fundamentais<sup>33</sup>. Anota referido autor a particularidade do sistema que permite controlar a constitucionalidade das regras *interna corporis* do Legislativo, sendo que, conforme indica, esse controle prévio – tanto o dos regimentos internos da Assembléia como os relativos às revisões constitucionais - somente incide sobre os *vícios procedimentais*.

#### 4.4. O processo do controle preventivo de constitucionalidade

Parece relevante mencionar que a disciplina do *processo* de controle prévio, que se desenvolve nos sistemas em que o controle é atribuído a um órgão constitucional específico (as Cortes ou Tribunais Constitucionais, ao Conselho Constitucional em França, à Câmara Constitucional em Costa Rica), assume especial relevo. De observar-se que a Constituição e as Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais e órgãos especiais buscam, acima de tudo, manter a celeridade do processo mediante a fixação de prazos estreitos e das restrições às delongas dilatórias do procedimento.

A iniciativa do controle preventivo é notadamente reservada a órgãos ou autoridades públicas (o Governo, o Presidente da República, o Procurador-Geral) ou a um grupo de parlamentares. Não se encontram exemplos de controle preventivo provocado por iniciativa popular (ressalvado o caso do referendo obrigatório que deve ser provocado antes de a lei entrar em vigor e que, indiretamente, poderia constituir manifestação de controle popular de constitucionalidade) ou por particulares interessados.

Em razão da fixação de prazos, acima mencionada, o processo de controle preventivo busca ser célere, ficando o contraditório reduzido ao mínimo. Na verdade, a fixação de prazos, como se viu, é extraordinariamente necessária nessa modalidade de controle, a fim de que esta não se constitua em mero instrumento político de retardamento do processo de elaboração legislativa.

Para exemplificar, veja-se o processo adotado em Costa Rica, muito bem relatado por Ruben Hernandez Valle.

Em Costa Rica, a solicitação de controle obrigatório deve ser formulada pela Mesa da Assembléia Legislativa; nos demais casos, pelos deputados ou órgãos habilitados para tanto.

Quando se trata de uma revisão constitucional, a solicitação de exame deve ser formulada após o voto da reforma em “primeira leitura”, no curso da primeira legislatura e antes da leitura definitiva do projeto. Relativamente aos outros projetos ou atos legislativos sujeitos ao controle, a solicitação deve ser feita após o voto em “primeira leitura” e antes do voto em “terceira e última leitura”. Todavia, quando a Assembléia tem prazo fixado pela Constituição ou pelo Regimento para votar o texto, a demanda à Câmara deve ser formulada em “prazo razoável”, diz Ruben Hernandez Valle, sendo que o projeto pode ser votado mesmo se a decisão da Câmara não é proferida. Esse caso ocorre principalmente com os projetos de lei orçamentária.

Inexistindo prazos fixados constitucionalmente ou regulamentarmente, a provocação do controle deve ser feita antes do voto definitivo, repita-se.

Salvo no caso do exame obrigatório, a demanda deve ser apresentada sob forma articulada, precisando os aspectos do projeto considerados inconstitucionais.

A Câmara Constitucional, depois de receber a demanda, comunica à Assembléia o recebimento e lhe solicita enviar os documentos relativos à questão, bem como os elementos de fato que possam instruir o

processo. O exame de constitucionalidade não interrompe o processo legislativo, salvo o voto do projeto em terceira e última “leitura”, ou, se esta já teve lugar, a assinatura ou a publicação do respectivo decreto (ressalva feita aos projetos que têm prazos fixados constitucionalmente ou regulamentarmente, como se viu).

Tem a Câmara um mês de prazo para examinar o projeto questionado, prazo esse contado da recepção do mesmo pela Câmara. Uma vez terminado o exame pela Câmara Constitucional, a discussão do projeto continua.

Fernandez Segado relata o procedimento a ser observado pelo Tribunal Constitucional em Espanha, acrescentando que o processo não apresenta a natureza de um conflito, porque, em realidade, formula-se ao Tribunal uma consulta que se resolve segundo formas processuais e, embora tenha efeitos vinculantes, parece aproximar-se mais da chamada jurisdição voluntária constitucional<sup>34</sup>. A decisão do Tribunal não adota em sentido estrito a forma de *sentença*: a LOTC menciona o termo *pronunciamento*. Se esse *pronunciamento* é no sentido da inexistência da inconstitucionalidade alegada, o texto seguirá o curso do procedimento correspondente. Se o Tribunal entender existir a inconstitucionalidade alegada, deverá declarar qual o preceito ou os preceitos constitucionais infringidos. Nesse caso, a tramitação do texto não poderá continuar sem a prévia supressão ou modificação dos mesmos pelo órgão competente. Assim, o pronunciamento do Tribunal tem efeitos vinculantes, pois obriga a supressão ou reforma dos preceitos que contrariem a Constituição.

Assinale-se, ainda, que essa via de controle preventivo não cerra a possibilidade de um controle posterior, segundo determina, de modo expresse, o artigo 79,5 da LOTC. Destarte, ressalta o constitucionalista espanhol, o *pronunciamento* do Tribunal Constitucional, nesses casos, não produz efeitos de “coisa julgada material”. A decla-

ração do Tribunal tem efeitos vinculantes (embora tal não esteja expressamente previsto no texto constitucional, mas sim na LOTC, art. 78.2). Os órgãos legitimados para provocar o controle prévio estão previstos no artigo 95. e da Constituição espanhola e 78.1 da LOTC (o Governo, qualquer das Câmaras e, no caso dos Estatutos Autônomos, as autoridades interessadas, conforme mencionado acima). O Regulamento do Congresso estabelece, de modo expresse, como pode o órgão provocar o controle prévio (iniciativa do Pleno, dos Grupos Parlamentares, uma quinta parte dos deputados); o Regulamento do Senado também dispõe a respeito<sup>35</sup>.

O Tribunal, como se viu, não se pronuncia sobre anteprojetos ou propostas prévias, mas somente sobre o texto definitivo pendente apenas do requisito do consentimento para tornar-se ato normativo aperfeiçoado.

Recebida a provocação, o Tribunal assinala prazo para que o solicitante ou demais órgãos legitimados, no período de um mês, manifestem sua opinião fundamentada sobre a questão. Salvo outros pedidos de esclarecimentos formulados pelo Tribunal, este emitirá sua declaração<sup>36</sup>.

#### 4.5. Os efeitos da decisão em sede de controle preventivo de constitucionalidade

Fixar, de modo preciso, os efeitos das decisões sobre controle de constitucionalidade é medida de grande importância na dinâmica constitucional, particularmente em se tratando de controle preventivo, uma vez que essa modalidade de controle incide sobre a atuação própria e independente dos poderes políticos, seja quando se trata de controle sobre a formação da lei, seja quando incide sobre decretos-lei ou decretos regulamentares, da lavra do Governo com a aprovação dos Parlamentos. Isso mesmo evidenciam as Constituições dos Estados que adotam o controle preventivo de constitucionalidade. Em sua maioria, tais constituições cuidam de disciplinar, de modo ex-

presso, os efeitos da decisão produzida em sede de controle preventivo.

Assim, se o órgão competente se pronuncia pela constitucionalidade das normas legislativas, das normas regulamentares, etc., a autoridade que provocou o incidente *deve promulgar o diploma*. É o que ocorre em Portugal, com ressalva ao tratado, porquanto, nesse caso, o poder do Presidente para assiná-lo ou não é discricionário.

Se a pronúncia é pela inconstitucionalidade, ainda no caso de Portugal (art. 279º), estabelece a Constituição que os efeitos são imediatos e comuns, isso significando que o Presidente da República ou o Ministro da República devem vetar a norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional. Assim, prevê a Constituição a impossibilidade de promulgação, assinatura ou ratificação do diploma, conforme o caso, se o órgão que o tiver aprovado não expurgar a norma julgada inconstitucional (art. 279º, 2). Refere-se Jorge Miranda a um tipo de *veto vinculado*, diferente do veto clássico. Por outro lado, a comunicação do pronunciamento somente é feita ao órgão que provocou o controle<sup>37</sup>.

Em Portugal, admite-se que os decretos sejam reformulados e novamente examinados, se isso for solicitado. Canotilho refere-se, nesse caso, à *reabertura do processo legislativo*<sup>38</sup>. Observe-se que somente o *órgão legislativo elimina o preceito inconstitucional ou pode reformulá-lo*. Mas se admite, também (art. 279º, 2), que o decreto seja confirmado por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. Assim, a Assembléia da República pode confirmar um decreto inconstitucional pelo voto de 2/3 de deputados, e o Presidente deve promulgá-lo, nesse caso. Vê Jorge Miranda, nessa medida, um meio de *equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Tribunal Constitucional*.

No caso de norma constante de tratado, se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela sua inconstitucionalidade, este pode-

rá ser ratificado se a Assembléia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de suas funções (art. 279, 4).

Observa-se, portanto, que, em Portugal, a decisão do Tribunal Constitucional pode ser superada, não sendo definitiva, pois.

A Constituição de Cabo Verde, no tocante aos efeitos da decisão de constitucionalidade, segue, em linhas gerais, a de Portugal no que se refere à fiscalização preventiva da constitucionalidade, conforme dispõem os artigos 301º e 302º.

Na França, estabelece o artigo 62 da Constituição de 1958 que uma disposição declarada inconstitucional não pode ser promulgada nem ter aplicação. As decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Na verdade, o Conselho Constitucional não anula leis, apenas admite que o governo revogue ou afaste a lei (no caso, por ex., do art. 34, que introduz a figura da chamada *deslegalização*). Em se tratando do controle previsto no artigo 61, o qual, conforme Gicquel, é o único controle de constitucionalidade existente em França, o Conselho Constitucional, segundo a lei orgânica que o organizou, deve motivar a declaração e fazê-la publicar no Jornal Oficial, *depois* de comunicar seu texto à Assembléia (art. 61)<sup>39</sup>. Na verdade, o juiz constitucional dá uma *interpretação* à lei que resulta numa *reedição* da lei ou, conforme ressalta Gicquel, ocorre uma *censure constructive* que determina a não-conformidade da lei à Constituição e que o legislador deverá observar. Reformulada a lei, o texto definitivo, votado, deve ser promulgado pelo Chefe de Estado (art. 10 da Constituição), num prazo de quinze dias após o seu encaminhamento pelo Governo<sup>40</sup>. Esse prazo fica suspenso quando ocorre a consulta ao Conselho Constitucional.

Também a Constituição de S. Tomé e Príncipe, que adota modalidade de controle polí-

tico prévio, estabelece, diretamente, os efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade: as decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela Assembléia Nacional terão força obrigatória geral e serão publicadas no *Diário da República* (art. 111º, 4).

Em Espanha, os efeitos do pronunciamento do Tribunal Constitucional foram relatados acima, englobadamente com o processo a que submete o controle prévio. Apenas para lembrar, demonstra Fernandez Segado que a decisão do Tribunal Constitucional, no caso de controle prévio, tem caráter vinculante, porquanto se trata de evitar a ratificação do tratado, a aprovação referendária de um Estatuto ou a promulgação de uma Lei orgânica que faria politicamente mais onerosa sua invalidação *ex post* por inconstitucionalidade, se o bloqueio prévio, anterior aos atos finais, não tivesse lugar<sup>41</sup>.

Nos sistemas que admitem o controle político prévio externo, por meio do veto ao projeto de lei, os efeitos do veto são, via de regra, superáveis. O veto pode ser derrubado pelo Legislativo, ressalvado o exemplo dantes citado de Costa Rica, onde o veto não aceito pelo Legislativo por motivo de inconstitucionalidade deve ser submetido à Câmara Constitucional. No tocante ao prazo para o exercício do veto, as Constituições sempre o definem de modo expresso.

##### *5. O controle preventivo de constitucionalidade no Brasil*

As constituições brasileiras não abrigaram, de modo geral, o controle preventivo de constitucionalidade, nos moldes vistos nas constituições parlamentaristas contemporâneas. O sistema presidencialista de governo, adotado entre nós desde 1891, na linha do modelo americano introduzido pela famosa decisão de Marshall de 1803, inclinou-se pelo controle de constitucionalidade jurisdicional e, conseqüentemente, repressivo, inicialmente difuso, e presentemente, seja pelo método difuso, seja pelo concentrado<sup>42</sup>.

Não obstante, é possível identificar a existência, em nosso sistema, de institutos e práticas próprias ou exemplificativas do controle de constitucionalidade preventivo, quer político, quer jurisdicional.

##### *5.1. O controle de constitucionalidade preventivo político*

Até a Constituição de 1988, a título de controle preventivo de constitucionalidade, no plano federal, apontavam-se os usuais nos sistemas presidencialistas, vale dizer o chamado controle político de constitucionalidade, operado pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo, a saber: o veto presidencial, veto preventivo, modelo de controle externo, fundado em motivo de inconstitucionalidade, e o pronunciamento das Comissões de Justiça das Casas Legislativas contrário à constitucionalidade de qualquer projeto ou ato submetido à sua censura (controle preventivo interno).

Assim, previam as Constituições de 1891 (art. 37, § 1º), 1934 (art. 45, *caput*), 1937 (art. 66, § 1º), 1946 (art. 70, § 1º), 1967 (art. 62, § 1º) e 1969 (art. 59, § 1º) o veto presidencial fundado em motivo de inconstitucionalidade. Em todos os casos, o veto presidencial, modalidade de controle político externo, não era definitivo, mas superável pelo Congresso Nacional.

A Constituição de 1988 mantém o *veto presidencial* (art. 66, § 1º). Pode o Presidente da República vetar o projeto de lei, já aprovado no Congresso Nacional, fundando seu veto na inconstitucionalidade do projeto. O veto será sempre motivado e poderá colher o projeto no seu todo ou parcialmente. Como nas constituições anteriores, o veto não é absoluto, mas apenas relativo e superável. Será superado desde que, em sessão conjunta das Casas, tomada dentro de 30 dias de seu recebimento, for rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores, em votação secreta (§ 4º). Observe-se que, existindo no Brasil o controle jurisdicional de constitucionalidade, a lei porventura resultante de veto superado poderá ser objeto

desse controle jurisdicional que, este sim, é terminativo.

Mantido o veto, o projeto será promulgado pelo Presidente da República ou pelo Presidente do Senado (ou Vice-Presidente), no caso de os dois primeiros não assinarem a promulgação devida (§ 7º). Além de prazos para a apresentação do veto pelo Presidente, e para apreciação do veto pelo Congresso Nacional, institui a Constituição Federal de 1988 a figura do *sobreestamento*, que consiste em, esgotado o prazo sem deliberação pelo Congresso Nacional, colocar-se o veto na ordem do dia da sessão imediata, ficando as demais proposições sobreestadas até a votação final do veto, com algumas ressalvas (§ 6º); o silêncio do Presidente da República, no prazo de 15 dias fixado para o seu veto, importará sanção do projeto (§ 3º).

Ainda em matéria de controle preventivo externo, viabilizado por órgão político, a Constituição de 1988 inova ao introduzir nova modalidade de controle político de constitucionalidade, consoante decorre dos artigos 49, V, e 68, § 3º. Trata-se de controle de “sinal trocado”, todavia, porquanto se cogita de controle político de constitucionalidade a ser exercido pelo Congresso Nacional relativamente a atos do Presidente da República. Como se observa à leitura dos indicados textos, além de introduzir o controle político sucessivo, consubstanciado na *sustação*, pelo Congresso Nacional, de atos regulamentares e de legislação governamental delegada (art. 49, V), a Constituição em vigor cria a modalidade do controle político prévio. Tal controle prévio é exercido pelo Congresso Nacional, no caso previsto no artigo 68 (que disciplina a lei delegada) quando este estabelece que o Congresso Nacional pode determinar a remessa necessária do *projeto de lei delegada*, elaborado pelo Executivo, para apreciação do Poder Legislativo. Assim, o exame da legislação delegada se fará previamente à promulgação da lei delegada. A decisão do Congresso Nacional, rejeitando o 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<sup>43</sup>.

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<sup>44</sup>. 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.

Observe-se que a sustação *a posteriori* dos atos normativos presidenciais, que também configura controle de constitucionalidade, é controle político sucessivo e, a meu ver, superável pelo pronunciamento do Poder Judiciário.

Por outro lado, é possível vislumbrar, no Brasil, controle de constitucionalidade preventivo, político, porquanto exercido pelo Congresso Nacional, de atos administrativos presidenciais, derivados diretamente da Constituição ou inerentes à função executiva própria do Presidente da República. Trata-se do controle do Poder Legislativo sobre atos do Poder Executivo que, ainda que possam ser vistos sobre outras óticas (freios e contrapesos, partilha de competências relevantes para o estado, etc.), resultam verdadeiro controle de constitucionalidade da atuação do Poder Executivo pelo Poder Legislativo.

Tal modalidade de controle preventivo pode configurar controle de constitucionalidade no caso do exercício de certas competências administrativas do Congresso Nacional, arroladas precipuamente nos arts. 49 e 52 da Constituição Federal. Sob a

ótica do controle, cogita-se, nesses casos, de o Poder Legislativo participar do exercício da função executiva, aprovando atos que, em decorrência do princípio da separação de poderes, seriam inerentes à função executiva. Essa participação, que pode ser vista como exercício do controle de freios e contrapesos, não deixa de ser interferência de um poder na competência de outro poder, daí por que, ao menos no que respeita à distribuição de competências, pode ser visto tal controle como controle de constitucionalidade. Veja-se, exemplificadamente, o artigo 52, quando cogita da aprovação de nomes para o exercício de certos cargos tipicamente administrativos, ou o artigo 49, quando cuida da aprovação de certos atos presidenciais ou da autorização de certas práticas presidenciais.

Também é mantido no sistema brasileiro em vigor, como modalidade de controle político preventivo interno, o pronunciamento das Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso sobre a constitucionalidade dos projetos de leis e resoluções a serem apreciados pelo Parlamento. A disciplina dos efeitos do pronunciamento dessas comissões fica a cargo dos respectivos Regimentos Internos. Assim, exemplificando, o parecer da Câmara de Deputados opinando sobre a inconstitucionalidade da propositura implica arquivamento do projeto, salvo se 2/3 (dois terços) dos deputados solicitarem a votação em plenário. Com a ressalva apontada, tal parecer é terminativo. Nesses casos, considerando-se tratar-se de “questão de política interna”, não pode incidir controle jurisdicional.

### 5.2. O controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional

O controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, já se disse, é precipuamente repressivo e, ante o sistema constitucional vigente, desenvolve-se por dois métodos: o controle difuso de constitucionalidade e o controle dito concentrado. Pelo primeiro, todo e qualquer ato jurídico pode ser

apreciado em sua compatibilidade com a Constituição, e todo e qualquer juiz pode decidir a questão de constitucionalidade. A decisão definitiva e final fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, cuja missão, no sistema constitucional brasileiro, é a de guarda da Constituição (art. 102, *caput* e inciso III). Dessa forma, a decisão que envolve a constitucionalidade de atos jurídicos, particularmente das leis (federais, estaduais ou municipais), proferida em grau de jurisdição inferior, poderá ser levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão definitiva, proferida pela maioria absoluta de votos (art. 97), decidirá sobre a inconstitucionalidade questionada. A decisão, nesses casos, terá efeitos para as partes. O controle concentrado é atuado pelo Supremo Tribunal Federal pela ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e pela ação direta de constitucionalidade, introduzida pela Emenda Constitucional 3/93 (e ainda pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Na primeira, a decisão tem efeitos *erga omnes*, e, na segunda, eficácia contra todos e efeitos vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para o Poder Executivo (art. 102, I, “a”). Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os efeitos ditados pela Constituição resumem-se a dar ciência ao órgão competente para editar a norma ou a fixação de prazo para a adoção das providências administrativas cabíveis (art. 103, § 2º).

Destarte, ante o sistema vigente, não existe a previsão do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, nos moldes existentes no direito comparado. Não é prevista a possibilidade de o Judiciário, em tese, impedir a tramitação (frustrando a iniciativa, discussão ou aprovação) de projetos de lei em curso no Congresso Nacional<sup>45</sup> e a conseqüente conversão destes em lei, fundado em motivo de inconstitucionalidade.

Não obstante, o tema do controle preventivo jurisdicional vem aflorando as lides

jurídicas, tanto em sede de controle difuso como no de controle concentrado.

No caso do controle concentrado, a questão tem sido suscitada ante o Supremo Tribunal Federal particularmente a propósito de propostas de Emenda Constitucional que, de modo flagrante, violam as cláusulas intocáveis contidas no art. 60, §4º, da CF. Como se sabe, a Constituição de 1988, alargando o conteúdo das matérias intocáveis por Emendas Constitucionais, determina em seu artigo 60 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 de Poderes, e os direitos e garantias individuais”. Ante a propositura de Emendas Constitucionais, tidas como afrontosas a tais cláusulas, é que se tem impenetrado a ação direta.

Desse teor a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466-DF, interposta pelo Partido Socialista Brasileiro contra a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que admitiu proposta de Emenda Constitucional instituindo a pena de morte no Brasil mediante consulta plebiscitária<sup>46</sup>, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello. A súmula da decisão proferida nessa ação, ainda em sede de Medida Liminar, enfatiza inexistir “controle preventivo abstrato (em tese) no direito brasileiro” afora considerar a ausência, no caso, de ato normativo que possibilite o ajuizamento da ação direta, nos termos da Constituição.

Convém transcrever parte de referida Ementa:

“O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – *como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite* – o sistema de controle jurisdicional preventivo, *em abstrato*. 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 não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva –, a mera proposição legislativa nada mais encerra do que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal 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”.

De outro lado, no tocante ao controle jurisdicional difuso, pode-se perceber a incidência de um controle preventivo de constitucionalidade, ainda que “indireto”.

Via de regra, essa modalidade de controle vem sendo intentada sob a alegação de um direito subjetivo, líquido e certo, violado e cuja violação não pode ser afastada da proteção jurisdicional por força do que assegura o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Exemplificando, via mandado de segurança, parlamentares, titulares do direito de iniciativa e de voto no processo legislativo, impedidos de exercerem tais direitos no curso da tramitação de um projeto de lei, postulam o reconhecimento desse seu direito “líquido e certo” ante o Poder Judiciário. Logrando acolhimento de sua pretensão, conseguirão, conseqüentemente, abortar a tramitação do projeto de lei em causa. Ante o argumento de que existe lesão de direitos, afasta-se a questão do controle de atos *interna corporis* ou das chamadas “questões políticas” pelo Judiciário.

Nesse campo do controle difuso, parece significativo registrar o controle jurisdicional sobre propostas de Emendas Constitucionais intentadas via mandado de segurança.

É o caso do Mandado de Segurança nº 20.257-DF, impetrado contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a “deliberação de proposta tendente à abolição da república”<sup>47</sup>, cujo Relator foi o Ministro Moreira Alves. Veja-se parte da Ementa do Acórdão:

“Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à 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 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 ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato...”

Em conclusão, sob certos aspectos, é possível vislumbrar-se a incidência de um controle de constitucionalidade preventivo, ainda que indireto, ao menos no modelo do controle difuso de constitucionalidade<sup>48</sup>.

### *III - Considerações finais: vantagens e desvantagens do controle preventivo de constitucionalidade*

Não figura o controle preventivo entre os que a doutrina elege como ideal para a defesa da Constituição. Na verdade, não raro, sofre ele críticas. É o que mostra Ferreira Filho quando aduz:

“Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que con-



cerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis”<sup>49</sup>.

Posição igual assume Fernandes Segado ao apontar tratar-se de forma excepcional de controle que se caracteriza como um “mal menor”, como retro mencionado.

Não se trata, pois, de modalidade de controle isenta de dificuldades e perplexidades.

Se o controle repressivo de constitucionalidade das leis suscitou e ainda suscita dúvidas quanto a sua compatibilidade com o regime democrático, como se apontou de início, por consistir, em última análise, na realização de um controle sobre a ação constitucional do órgão de representação popular, realizado por órgão estranho e, em regra, não-eleito diretamente pelo povo, o controle preventivo, a esse propósito, coloca polêmica particularmente mais acirrada. Isso porque o controle preventivo usual, inegavelmente eficaz, incide sobre o próprio exercício da competência constitucional do órgão legislativo, impedindo o nascimento da lei. O controle preventivo aborta o nascimento da lei, ata a ação parlamentar, claro em nome de uma grande causa. Mas fica a velha polêmica: como pode um punhado de juízes, não-eleitos, interpretar “melhor” a Constituição do que o órgão de representação da vontade popular? Assim, o fundamento democrático do exercício do controle preventivo parece ainda mais questionável.

Por outro lado, aponta a doutrina, o controle preventivo vai muito além da razão de ser da justiça constitucional que, no sentido que lhe empresta Georges Vedel, responde a exigências da democracia quando o juiz se limita a aplicar a vontade do povo expressa na Constituição. No controle preventivo, o juiz constitucional parece não encontrar suficientes limites à sua atuação, salvo nos sistemas em que esse controle se restringe aos aspectos formais ou procedimentais dos atos examinados. O Parlamento,

onde existe controle preventivo de fundo, parece depender, para fazer a lei, do livre-arbítrio de um colégio de composição política mais ou menos arbitrária ou sem respaldo popular.

Admitir-se, assim, a interposição de um poder estranho sobre a atuação de outro poder, quando este exerce competência própria, é certamente questão preocupante, particularmente onde se adota o sistema da separação ou divisão de poderes, tal como ocorre nos sistemas presidencialistas e parlamentaristas.

O exercício do controle preventivo retrata problemas graves, se não mais intrincados, certamente semelhantes àqueles suscitados pelo controle repressivo de constitucionalidade.

Bem por isso, vale a advertência de Jorge Miranda: o objetivo do controle preventivo (ou da fiscalização preventiva, rótulo adotado pela Constituição de Portugal) é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, fundamentalmente, uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. É, fundamentalmente, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização *a priori*. E, para tanto, deve ser extremamente bem definido e necessariamente muito limitado quanto ao seu objeto e alcance<sup>50</sup>.

A intromissão de um órgão estranho significa clara interferência na função legislativa. Por igual, quando se trata de interferência nos comportamentos ditados diretamente pela Constituição (por ex., nomeação, exercício de certas competências administrativas, etc.). Se o Presidente da República tem certa competência, inerente ao Poder Executivo que exerce, fazer submetê-la a um controle preventivo de constitucionalidade pode significar anulá-la.

De outro lado, não há como negar-se: o controle preventivo impressiona pela eficácia. Impede o nascimento de um ato incons-

titucional, de um ato em desconformidade com a Constituição, e isso é bem significativo.

Todavia, em razão dos pontos negativos que apresenta, é preciso acentuar os cuidados com que se deve cercar o controle preventivo, nos casos em que é ele adotado e se porventura se cogitar de vir a adotá-lo no Brasil.

### Notas

<sup>1</sup> Cf., por todos, Fernandez Segado, *Sistema Constitucional Español*, 1992, p. 1.041.

<sup>2</sup> Usualmente órgão composto por membros não-eleitos, como é o caso do controle exercido pelo Poder Judiciário nos sistemas presidencialistas de governo.

<sup>3</sup> A questão da legitimidade do controle de constitucionalidade e sua compatibilidade com o regime democrático foi discutida em profundidade no Colóquio realizado em Uppsala pela Associação Internacional de Ciências Jurídicas, em 1984. O tema abordado especificamente no Colóquio: "Le Controle Juridictionnel des Lois - Legitimité, effectivité e développements récents" mereceu um Relatório Geral lavrado por Mauro Cappelletti In *Le Controle Juridictionnel des Lois*, organizado por Louis Favoreu et J. A. Jolowicz, Econômica, Prêsses Universitaires D'Aix-Marseille, 1986, p. 286 e segts.

<sup>4</sup> Cf., Anna Candida da Cunha Ferraz, *Conflito entre Poderes*, Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

<sup>5</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Ed, 1983, II, p. 305.

<sup>6</sup> Cf. Ferraz, Anna Candida da Cunha, *Conflito entre Poderes*, 1994, p. 194; tb. Cléve, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, RT, 1995, p. 58.

<sup>7</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual*, 1983, II, p. 312.

<sup>8</sup> Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, 1995, p. 31.

<sup>9</sup> Ver Jorge Miranda, cit. fls. 317.

<sup>10</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 356.

<sup>11</sup> Cf. *As Constituições dos Estados Lusófonos*, compiladas por Jorge Bacelar, Aequitas, 1995.

<sup>12</sup> Cf. *Manual de Direito Constitucional*, II, 1983, p. 356.

<sup>13</sup> Cf. Ruben Hernandez Valle, *La Justice constitutionnelle au Costa-Rica*, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, PUF, nº 18, 1994, p. 227 e segts.

<sup>14</sup> Na Constituição do Estado de S. Tomé e Príncipe, de 20-9-1990, o controle é realizado pela própria Assembléia Nacional (art. 86), a quem cabe ratificar os decretos-leis (leis delegadas). Na verdade, em São Tomé e Príncipe, não existe Tribunal

Constitucional. Somente existe *controle político de constitucionalidade*, cabendo à Assembléia Nacional (art. 111) exercê-lo, inclusive em caráter de controle político repressivo. No referido Estado, apenas a Assembléia Nacional pode apreciar os atos do governo, apreciar, modificar ou anular diplomas legislativos ou quaisquer medidas de caráter normativo adotadas pelos órgãos do poder político que contrariem a Constituição. O controle de constitucionalidade é incidente em um processo, podendo ser suscitado de ofício pelos tribunais, pelo MP ou pelas partes (art. 111.4), tendo a decisão da Assembléia Nacional força obrigatória.

<sup>15</sup> *Apud* Francisco Fernandez Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Dykinson, Madrid, 1984, p. 187.

<sup>16</sup> Fernandez Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España*, 1984, p. 187.

<sup>17</sup> Cf. Fernandez Segado, *La Jurisdicción*, 1984, p. 192.

<sup>18</sup> Cf. *Manual*, Tomo II, p. 358 e 359.

<sup>19</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual*, 1983, p. 358.

<sup>20</sup> Jean Gicquel *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Montchrestien, 1995, p. 766) menciona o controle exercido pelo Conselho Constitucional em via de ação e o controle prévio, mas aduz a existência de um projeto de revisão da Constituição, sugerido por Robert Badinter, instituindo o controle por via de exceção na França.

<sup>21</sup> Cf. Anna Candida da Cunha Ferraz, *Conflito*, p. 195, nota, 199 e 200.

<sup>22</sup> Ver Gicquel, cit., p. 768. O Autor menciona a Lei Constitucional que disciplina a matéria.

<sup>23</sup> Cf. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 14ª ed., Montchrestien, 1995, p. 745-746.

<sup>24</sup> *La Justice Constitutionnelle au Costa-Rica*, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, PUF, nº 18, 1994, p. 237.

<sup>25</sup> Cf. *Manual*, 1983, p. 359.

<sup>26</sup> Cf., para ver o sentido de normas primárias, Ferreira Filho, *Curso*, 1995, p. 159-162.

<sup>27</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 357.

<sup>28</sup> Cf. Fernandez Segado, *La jurisdicción*, 1984, p. 190. Observa o autor que, nesse caso, a função do Tribunal Constitucional se aproxima mais da função legislativa do que da jurisdicional, porquanto se trata de um controle sobre projeto de normas. A decisão do Tribunal Constitucional não pode declarar a nulidade da norma, mas apenas ordenar a reabertura do processo de elaboração.

<sup>29</sup> *Ob. cit.*, p. 191.

<sup>30</sup> Cf. *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, Favoreu e Philip, 3ème éditions, Sirey, 1984, p. 37-38.

<sup>31</sup> Cf. *Constitutions et Documents Politiques*, org. de Maurice Duverger, PUF, 1985, p. 264.

<sup>32</sup> *La Justice constitutionnelle au Costa-Rica*, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, PUF, nº 18, 1994, p. 227 e segts.

<sup>33</sup> Cf. Ruben Hernandez Valle, *La Justice constitutionnelle au Costa Rica*, p. 235.

<sup>34</sup> Ob. cit., p. 189.

<sup>35</sup> Cf. Fernandez Segado, ob. cit., p. 189.

<sup>36</sup> Cf. ob. cit., p. 190.

<sup>37</sup> Cf. Jorge Miranda, *Manual*, p. 361.

<sup>38</sup> Cf. Canotilho, *Direito Constitucional*, 1996.

<sup>39</sup> Observe-se que a Assembléa Nacional pode modificar as disposições julgadas desconformes à Constituição pelo Conselho Nacional e reapresentar o texto ao mesmo, que, então, é submetido a um segundo exame. Essa praxe foi admitida pelo Conselho Constitucional, cujo rigor para examinar os regulamentos parlamentares sofre sempre questionamentos. Cf. Favoreu et Philip, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 1984, p. 40-41.

<sup>40</sup> Trata-se de competência vinculada, segundo observa Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 1995, p. 748-749.

<sup>41</sup> Cf. ob. cit., p. 187.

<sup>42</sup> Cf. de minha autoria “Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade”, *RPGE*, v. 32.

<sup>43</sup> Idem supra, fls. 138.

<sup>44</sup> Cf. *Conflito entre Poderes*, 1994, p. 99 e seguintes.

<sup>45</sup> A mesma regra se projeta relativamente aos demais níveis de poder, Estadual e Municipal.

<sup>46</sup> Cf. RTJ 136, 25.

<sup>47</sup> Cf. RTJ 99, 1.031.

<sup>48</sup> Cf., a esse propósito, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 5ª edição, Atlas, 1999, p. 538-547. O Autor analisa o “controle difuso de constitucionalidade durante o processo legislativo”, trazendo à colação decisões do STF e apontando as correntes formadas em torno da matéria.

<sup>49</sup> Cf. *Curso de Direito Constitucional*, 1995, p. 31.

<sup>50</sup> Cf., também, Cappelletti, Mauro, “Necéssité et légitimité de la Justice Constitutionnelle” In *Cours Constitutionnelles Europeennes et Droits Fondamentales*, sous la direction de Luis Favoreu, Economica, Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 182, p. 479-481.