



SENADO FEDERAL
Instituto Legislativo Brasileiro - ILB

EDSON CASTELO BRANCO DE OLIVEIRA CARDOSO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROPOSTAS DE EMENDA
À CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Brasília
2014

EDSON CASTELO BRANCO DE OLIVEIRA CARDOSO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROPOSTAS DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Legislativo, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como requisito para a obtenção do título de especialista em de Direito Legislativo.

Linha de pesquisa: Processo e funções do Legislativo.

Eixo temático: Política e Legislação.

Orientador: Rudinei Baumbach

Brasília

2014

EDSON CASTELO BRANCO DE OLIVEIRA CARDOSO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROPOSTAS DE
EMENDA À CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Trabalho final apresentado para aprovação no curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito Legislativo, realizado pelo Instituto Legislativo Brasileiro – ILB como requisito para a obtenção do título de especialista em de Direito Legislativo.

Brasília, _____ de _____ de 2014.

Banca Examinadora

Prof. Rudinei Baumbach

Prof. Victor Aguiar Jardim de Amorim

“Há também uma nação no mundo que tem por objetivo direto de sua Constituição a liberdade política“. Montesquieu.

RESUMO

Com a intenção de investigar as funções do processo legislativo no Estado Democrático de Direito escolhemos como o objeto de estudo o controle de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição. Para tanto, inicialmente são apresentadas, a título de prolegômenos, algumas ideias elementares que informam o que seja um Estado de Direito. De posse desse breve arcabouço conceitual adentramos no processo legislativo procurando delinear sua natureza de modo a revelar que o controle de constitucionalidade não é uma atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Na sequência trata-se de explorar a doutrina no que se refere à jurisdição constitucional, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição em tempos de judicialização da política.

Palavras chave: Estado de Direito, Controle de constitucionalidade, Processo legislativo, Judicialização da política.

ABSTRACT

With the intention of investigating the functions of the legislative process in a democratic state chosen as the object of study in constitutional adjudication proposed amendment to the Constitution. With that in mind, we are initially presented as a prolegomena some basic ideas that inform what is the rule of law. In the possession of this brief conceptual framework we enter the legislative process trying to delineate its nature to reveal that constitutional adjudication is not an exclusive function of the judiciary. After that, it is explored the doctrine with regard to the constitutional jurisdiction, especially with regard to the control of constitutionality on proposed amendments to the Constitution in times of judicialization of politics.

Keywords: Rule of law, Control of constitutionality, Legislative process, Judicialization of politics.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1 Prolegômenos acerca de noções atinentes ao controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.....	13
1.1 Noções referentes ao Estado de Direito.....	13
1.2 A separação entre os Poderes.....	17
1.3 Rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade.....	20
2 Controle judicial de constitucionalidade e controle de constitucionalidade no processo legislativo	26
2.1 Breve apanhado doutrinário acerca da jurisdição constitucional	26
2.2 Controle de constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição no âmbito do Poder Legislativo.....	30
2.3 Processo e procedimento legislativo	38
3 Controle político de constitucionalidade, jurisdição constitucional e judicialização da política.	41
3.1 Notas sobre o controle político de constitucionalidade.....	41
3.2 Os sentidos da judicialização	43
3.3 A jurisdição constitucional em propostas de emenda à Constituição.....	45
Conclusão	51
Referências	55

Introdução

A previsão da possibilidade de alteração das normas constitucionais através de um processo legislativo especial e mais dificultoso que o ordinário é indício de que a nossa Constituição preza por certa rigidez. Isso tem, pelo menos, dois fundamentos, pois não somente se acolhe a ideia de supremacia dos enunciados constitucionais, mas também se reconhece que alterações constantes na Constituição podem comprometer sua força normativa. Acontece, porém, que os Estados Democráticos de Direito apresentam um caráter bipolar em virtude do qual os Poderes Legislativo e Judiciário precisam lidar, de um lado, com a vontade de promover mudanças na Constituição, por onde se procura, por assim dizer, atualizar o passado e rever alguns pré-compromissos que a precederam. No outro polo almeja-se que as cláusulas pétreas se estendam sobre gerações futuras, que elas sejam introjetadas de tal modo que não seja tão fácil se libertar dessa herança¹.

Para lidar com isso, de modo que o nosso ordenamento jurídico não fique engessado, ou que se tenha de recorrer a revoluções para alterar a Constituição, não somente é admitida, mas prevista, a possibilidade de alteração no texto constitucional. Tanto isso é verdade que, desde a sua promulgação em 1988, até o momento em que se escreve esse estudo, conta-se em 84 as emendas Constitucionais. Sob a perspectiva de que um equilíbrio entre permanência e mudança é indispensável para a manutenção da legitimidade, eficácia e normatividade constitucionais, o presente trabalho tem por pressuposto que, nos Estados Democráticos de Direito, o processo legislativo responde por manter esse equilíbrio e pretende investigar como se dá o controle de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição no Brasil.

O tema desse trabalho diz respeito, então, ao controle de constitucionalidade, e o objeto de estudo é a espécie normativa denominada proposta de emenda à Constituição. Como pano de fundo tem-se por objetivo tratar da alterabilidade constitucional enquanto um problema imanente aos Estados Democráticos de Direito, qual seja, o da necessidade de se preservar os direitos fundamentais, nos quais se inserem os direitos das minorias, mas, também, o de assegurar que os governos da maioria, livremente eleitos, possam promover alterações na Constituição. Isso envolve reconhecer que o

¹ LORENZETTO, Bruno Meneses. O STF acorrentado e liberto: um ensaio sobre a intertextualidade constitucional. In: Clève, Clèmerson Merlin. *Constituição, democracia e justiça*: aportes para um constitucionalismo igualitário. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 209.

controle de constitucionalidade não se reduz uma atribuição de técnica e exclusivamente judicial, a ser tratada de forma isolada pelo Poder Judiciário.

Aduz-se, então, que a rigidez constitucional se sustentaria por uma permanente tensão entre os Poderes Legislativo e Judiciário, especialmente porque, segundo o modelo de jurisdição constitucional ora dominante, caberia, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, dar a última palavra quando chamado a exercer o papel de “guardião da Constituição”.

Assim, no primeiro capítulo, é fornecido algum domínio sobre noções como Estado de Direito, Estado Constitucional, cláusulas pétreas, democracia e mudança constitucional, por meio das quais se pretende construir uma espécie arcabouço conceitual, um tanto quanto necessário, para uma aproximação com o sistema de controle de constitucionalidade, o qual parece decorrer fundamentalmente dos pressupostos de rigidez e supremacia constitucional².

Para uma aproximação com o conceito de Estado de Direito, foram valiosos os estudos de Danilo Zolo, bem como o trabalho de Luigi Ferrajoli, os quais vem a servir para apontar o sentido das transformações que o modelo atravessou nos últimos séculos até a conformação dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos, cujo marco teórico será inspirado nos escritos de José Afonso da Silva.

A ideia de separação entre os Poderes também recebe a devida atenção nesse primeiro capítulo. A partir da leitura da clássica obra de Montesquieu, e da apreciação das teses veiculadas nos estudos de Ari Sudfield e de Dirley da Cunha, aponta-se a necessidade de repensar a clássica teoria da separação de Poderes tal como formulada por Montesquieu.

Assim, ainda no capítulo inicial, com os subsídios teóricos de José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes serão vistos os conceitos de Constituição e rigidez constitucional, reservando-se a Gilmar Ferreira Mendes, Oscar Vilhena Vieira e Ingo Wolfgang Sarlet valiosos apontamentos a respeito da função das cláusulas pétreas para a conformação dos requisitos epistemológicos atinentes ao controle de constitucionalidade.

Também no capítulo introdutório, com o fito de discriminar o que seja uma proposta de emenda à Constituição, foram importantes as referências desenvolvidas por

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 42.

Uadi Lâmega Bulos no sentido de se pensar nas diferenças entre mutação constitucional e emenda à Constituição, haja vista que mutações constitucionais dispensam qualquer espécie ligação com processo legislativo, enquanto que emendas à Constituição tem estritos vínculos com ele.

O segundo capítulo tem por objetivo inicial expor um breve apanhado doutrinário acerca do controle de constitucionalidade no Brasil. Para isso, como marcos teóricos principais, foram consultadas as obras de Luís Roberto Barroso, Mauro Cappelletti e Gilmar Ferreira Mendes, sendo possível extrair daí uma tipologia básica acerca do sistema judicial de controle de constitucionalidade adotado no Brasil em sua disciplina atual.

O capítulo segundo também trata de investigar como ocorre, em tese, o controle de constitucionalidade no âmbito do processo legislativo. Nesse ponto parte-se para um enfoque procedimental descritivo por meio do qual se procura determinar tecnicamente o que seja uma proposta de emenda à Constituição. Mais especificamente, procura-se identificar, por meio da análise do fluxo do processo atinente às propostas de emenda à Constituição, referências regimentais acerca das instâncias de controle de constitucionalidade ali estabelecidas. Para tanto foram consultados os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, onde se encontram positivadas tais instancias.

Levando-se em consideração os dispositivos encontrados nos Regimentos Internos tanto do Senado Federal quanto da Câmara dos Deputados, tem-se em vista indicar que, no âmbito *interna corporis*, o Poder Legislativo dispõe instâncias de controle de constitucionalidade, no que aponta-se que o Poder Judiciário não seria o único responsável por todo o sistema de controle de constitucionalidade.

A intenção do segundo capítulo também consiste explorar os conceitos de processo e procedimento legislativo, pois, com base nas lições de André Del Negri e na obra de Dinamarco, Cintra e Grinover, há o propósito é fazer-se reparar que o processo legislativo goza de certa autonomia frente ao Poder Legislativo, no sentido de que apresenta suficiente consistência constitucional que lhe garante as condições epistemológicas para ultrapassar o status de instrumento a serviço do mero legalismo.

Ao final do segundo capítulo, a partir da diferença entre processo e procedimento, e conforme indica Sepúlveda Pertence, nota-se que, ao irradiar-se da

Constituição, o instituto do devido processo legal vem a alcançar o processo legislativo para garantir neste a participação do Poder Judiciário. Em certa medida esse instituto estaria autorizando o controle judicial de constitucionalidade do processo legislativo.

Com o terceiro capítulo pretende-se indicar que o sistema de controle de constitucionalidade é formado pela complementaridade entre os Poderes. Assim, o controle externo do processo legislativo seria um controle jurídico, enquanto que o interno seria um controle político. A distinção entre esses dois âmbitos não evita, destarte, as interferências de ambos entre si; pelo contrário, tornam-se confluentes, sobretudo quando os mecanismos de controle interno se mostram ineficazes.

Com base nas pesquisas de Carlos Pereira e Bernardo Mueller, veremos que a judicialização do processo legislativo pode ocorrer como estratégia de oposição política. Já com base em Luiz Roberto Barroso ver-se-á que a judicialização do processo legislativo decorre de um quadro mais amplo de judicialização da política, no qual se identifica: um aumento de prestígio das instituições do Poder Judiciário, uma constitucionalização abrangente e um sistema de controle de constitucionalidade bastante amplo.

Sem embargo, de modo geral, o terceiro capítulo serve para delinear o controle de constitucionalidade de propostas e emenda à Constituição como resultado da junção de dois tipos de controle de constitucionalidade; um fundamentado na jurisdição constitucional, e o outro baseado nas previsões regimentais, as quais descerram a existência de instâncias de controle de constitucionalidade, no âmbito *interna corporis*, do Poder Legislativo.

Considerando que Estados Democráticos de Direito propugnam pela existência de limites à atividade legislativa, ao capítulo final cabe explorar de que modo a literatura especializada tem legitimado a atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de exercer o papel de “guardião da Constituição”, pois apesar de presumir que o Legislativo dispõe das capacidades institucionais para produzir emendas dotadas de constitucionalidade, o Poder Judiciário parece oscilar entre contenção e ativismo.

O trabalho finda com a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de constitucionalidade do processo legislativo referente à propostas de emenda à Constituição. Como objetivo dessa parte do estudo pretende-se revelar de que formas o Poder Judiciário tem participado na conformação de um tipo específico de

controle de constitucionalidade: o controle de constitucionalidade prévio do processo legislativo de propostas de emenda à Constituição.

Considerando que a judicialização da política descreve um fenômeno que compõe a dinâmica institucional brasileira, a parte final também foi reservada para avaliar de que forma esse fenômeno se encaixa no sistema de controle de constitucionalidade, e isso envolve investigar de que forma se justifica e se constitui a legitimidade do Poder Judiciário em exercer certo controle do processo legislativo, especificamente, um controle preventivo do processo legislativo que tem por objeto propostas de emenda à Constituição.

Por fim cabe compartilhar algumas avaliações concernentes às consequências desse controle de constitucionalidade para os Estados Democráticos de Direito.

A metodologia desse trabalho pode ser classificada exploratória na medida em que têm como propósito apenas proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito do que a construir hipóteses. Assim, a intenção dessa pesquisa não é, pois, o de testar uma teoria, mas de entender uma determinada situação e promover uma interpretação.

Incontornável foi delinear a pesquisa por dois métodos de pesquisa. Um deles foi a revisão bibliográfica, porquanto tem-se a necessidade de encontrar tanto os subsídios teóricos ao trabalho, como interesse na identificação do estágio atual do conhecimento referente ao tema. O outro delineamento metodológico é o da pesquisa documental na medida em que o estudo também se vale da apreciação de julgados construídos nos quadros internos do Supremo Tribunal Federal.

A respeito do marco teórico desse trabalho, há que se consignar um perfil heterogêneo, pois, para investigar como se dá o controle de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição no Brasil foram necessários aportes teóricos oriundos tanto da Ciência Política como do Direito. Assim, muito embora seja impropriedade identificar um único marco teórico que dê conta dos vários assuntos pertinentes ao tema, o Estado Democrático de Direito, tal como formulado por José Afonso da Silva, surge como paradigma adotado no sentido de se promover uma interpretação do fenômeno ora investigado.

1 Prolegômenos acerca de noções atinentes ao controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito

1.1 Noções referentes ao Estado de Direito

De acordo com Danilo Zolo³, seria possível compor um quadro teórico coerente e unitário, capaz de fornecer certa identidade conceitual do seria o Estado de Direito. Nesse sentido, o Estado de Direito seria

a versão do estado moderno europeu, na qual, com base em uma filosofia individualista (com dúplice corolário do pessimismo potestativo e do otimismo normativo) e através de processos de difusão e diferenciação do Poder, atribui ao ordenamento jurídico a função primária de tutelar os direitos civis e políticos, contrastando, com essa finalidade, a inclinação do Poder ao arbítrio e à prevaricação.

Por pessimismo potestativo entende-se a ideia de periculosidade do Poder do Estado, pois se por um lado o Poder político repressivo é necessário à estabilidade dos Estados, por outro, representa, ao mesmo tempo, a maior ameaça às liberdades individuais⁴.

Por otimismo normativo tem-se a convicção de que seja possível contrastar a periculosidade do Poder do Estado por meio do instrumento do direito, entendido seja como o conjunto dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, seja como a juridicização de toda a estrutura do Estado moderno⁵.

Com o individualismo tem-se a prioridade dos direitos individuais do cidadão em relação á autoridades públicas. É a inversão da prioridade do Estado, porquanto antes da filosofia individualista a autoridade político religiosa tinha prioridade em relação aos direitos do cidadão⁶.

Posicionar-se, então, a favor do Estado de Direito significa querer que as instituições políticas e os aparelhos jurídicos tenham por finalidade a garantia dos direitos subjetivos (fundamentais) e a certeza da aplicação do direito. Há o deslocamento da idéia de que os indivíduos possuíam apenas “deveres” enquanto

³ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.) *O Estado de Direito: história, teoria crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 31.

⁴ Ibid., p. 34.

⁵ Ibid., p. 34.

⁶ Ibid., p 37.

súditos pela aceitação da idéia de que os indivíduos, na qualidade de cidadãos, seriam portadores de “direitos”. Como corolários dessa perspectiva afirma-se o primado ontológico do sujeito individual e o valor axiológico de sua autonomia.

Tal perspectiva expressa também a preferência por uma ordem política racional e previsível, na qual o Direito garanta, antes de tudo, a liberdade dos sujeitos individuais e a segurança de suas transações, e deixando em segundo plano os temas comunitários da justiça, da solidariedade, da igualdade social, o Estado de Direito é, então, “inconcebível fora de uma antropologia tipicamente ocidental: individualista, racionalista, secularizada”.⁷

Ferrajoli confere dois sentidos para o termo Estado de Direito; os dois ligados ao princípio da legalidade. O primeiro relacionado á legalidade em sentido lato, ou validade formal, e o segundo a legalidade em sentido estrito, ou validade substancial.

Assim Estado de direito, no plano da legalidade formal, se impõe pelo princípio da legalidade, por força do qual todo Poder público (Legislativo, Judiciário e administrativo) está subordinado às leis gerais e abstratas que se disciplinam as formas de seu exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade.

No plano da validade substancial a funcionalização de todos os Poderes do estado está vinculada à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio de uma via de mão dupla. Seja no sentido da incorporação limitadora, em sua Constituição, dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdades; seja no sentido de obrigações de satisfação dos direitos sociais bem como dos correlatos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

Em sentido amplo, pode-se entender que Estado de Direito designa qualquer ordenamento jurídico no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos. Nesse sentido, são Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os não liberais, nos quais os poderes públicos tem uma fonte e uma forma legal.⁸

No sentido estrito, o Estado de Direito designa aqueles ordenamentos jurídicos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos à lei e, por isso, limitados e

⁷ ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*, op. cit., p. 47.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.) *O Estado de Direito: história, teoria crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 421.

vinculados à ela, não apenas quanto à formas, mas também quanto aos conteúdos de seu exercício. Nesse sentido são Estados de Direito aqueles Estados nos quais todos os Poderes, inclusive o Legislativo, devem estar vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente ou por normas constitucionais como a separação dos Poderes e os direitos fundamentais.

Conforme explica Luigi Ferrajoli, seriam dois os paradigmas que se sucederam. O primeiro se produzira no nascimento e afirmação do princípio da legalidade como forma de reconhecimento do Direito existente. O subsequente seria o modelo do Estado Constitucional de Direito, produzido, por sua vez, pela difusão na Europa, logo após a Segunda Guerra, de constituições rígidas como normas de reconhecimento do direito válido e do controle jurisdicional de constitucionalidade⁹.

Carlos Ari Sundfeld define o Estado de Direito como o algo

criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do Poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado¹⁰

O Estado de Direito moderno nasce, então, na forma do “Estado Legislativo de Direito”, ou Estado Legal de Direito e se manifesta na afirmação do princípio da legalidade como fonte exclusiva do direito válido, seja por força da ideia de submissão ao Império da Lei, seja reificando a noção de onipotência do legislador. Já no paradigma subsequente a mudança teria chegado à sua realização, neste último meio século, com a subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a Constituição, hierarquicamente supraordenada à legislação ordinária¹¹.

O conceito de Estado Constitucional de Direito decorre, então, da primazia da lei e da limitação do poder pela Constituição. Segundo Nicola Matteucci;

o absolutismo, em qualquer de suas formas, prevê a concentração do exercício do poder; o Constitucionalismo, pelo contrário, prevê que esse exercício seja partilhado e que, com a divisão do poder, o Constitucionalismo garantiria um sistema eficaz de freios à ação do governo¹²

⁹ FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro, op. cit., p. 423.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 39.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre o passado e o futuro, op. cit., p. 423.

¹² MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: Bobbio, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, v. 1, 1998, p. 248.

No que se refere ao Estado Democrático de Direito, conforme entende José Afonso da Silva¹³, este reúne os princípios do regime democrático e do Estado de Direito, mas revela um sentido novo que os supera, na medida em que a democracia surge como a realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana.

Desse modo, nos Estados Democráticos de Direito, há que se destacar o princípio da participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exauriria na simples formação de instituições representativas. Tais Estados visariam, pois, “realizar o princípio democrático enquanto garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana, e, em certa medida, contrapõe-se ao Estado Liberal¹⁴”.

Segundo José Afonso, no Estado Democrático de Direito, o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos conforme reza o Art. 1º, parágrafo único, da Constituição. Assim, a democracia é participativa porque envolve a participação do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo. É pluralista, na medida em que respeita a diversidade de ideias, culturas e etnias, e pressupõe que o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes garante a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade¹⁵.

Por isso, José Afonso da Silva adverte que maioria não é princípio do Estado Democrático, mas sim uma técnica de que se serve o regime democrático para tomar decisões governamentais no interesse geral. Essa técnica também seria o meio pelo qual o Poder Legislativo procura resolver conflitos de interesses por decisões majoritárias na arena legislativa, e também corresponde à técnica utilizada pelo Poder Judiciário quando se decide em órgãos colegiados. Guardadas as devidas proporções, tal técnica também seria utilizada para escolher os agentes governamentais, visto que o regime

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.112.

¹⁴ *Ibid.*, p. 117.

¹⁵ *Ibid.*, p. 119-120.

representativo se vale do voto da maioria dos eleitores, muito embora tal técnica nem sempre exprima a representação da maioria do povo nos parlamentos¹⁶.

Com efeito, muito embora a ideia de representação venha sugerir que aqueles que são excluídos do processo decisório não podem ser obrigados a acatar as decisões a que se chegar através dele¹⁷, para Octaciano Nogueira¹⁸ democracia significa mais que um sistema representativo, e que os dois termos não são intercambiáveis: podem haver sistemas representativos, isto é, calcados no voto, sem que haja democracia.

O pressuposto é que o sistema representativo constitui-se em elemento indispensável, mas não suficiente, nem bastante para que haja democracia. Aceitando-se a singela definição de Jose Afonso da Silva de que “democracia é o regime da garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”¹⁹. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito aponta, então, para a realização de direitos políticos que implicam na realização de direitos econômicos e sociais, que garantam a realização dos direitos individuais. Os primeiros seriam de natureza igualitária, sem os quais os outros não se efetivariam realmente.

1.2 A separação entre os Poderes

Montesquieu relacionara a ideia de divisão entre os Poderes em contraponto ao absolutismo. A finalidade dessa divisão, baseada no controle recíproco entre os Poderes, destinava-se fundamentalmente preservar a liberdade e assegurar os direitos dos cidadãos. Segundo esse pensador:

Quando, na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder executivo está reunido ao Poder Legislativo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá, também, liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estiver ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p.130-131.

¹⁷ LASKI, Harold J. *Democracia. Documentação e atualidade política*. Brasília: UnB/Senado Federal, n. 7, p. 19, ab./jun., 1978.

¹⁸ NOGUEIRA FILHO, Octaciano da Costa. *Sistemas políticos e o modelo brasileiro*. Brasília: Senado Federal/Unilegis, 2008, p. 331.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p.132.

Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três Poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos²⁰.

Montesquieu acena, então, para os desdobramentos que advém da concentração de poder nas mãos de uma única pessoa ou grupo, pois esse indivíduo ou grupo estaria apto a criar as leis que sejam mais vantajosas apenas para si, bem como livre para julgar em interesse próprio. Nesse sentido, para Montesquieu, a aversão ao arbítrio constituiria um forte pressuposto para a conformação do Estado de Direito, que deveria assegurar, aos cidadãos, o exercício das suas liberdades individuais e, ao mesmo tempo, colocar o Estado em condições de não as poder violar.

A separação dos Poderes encontra em Montesquieu, pois, seu sentido clássico, isto é, a necessidade de se evitar o arbítrio, restando claro, entretanto, que a divisão de Poderes não deve implicar em separação absoluta. Ao contrário, concorda-se em firmar posição junto com Dirley da Cunha²¹ no sentido de entender que o princípio da separação dos Poderes tem de ser entendido como meio de impedir a concentração do poder em torno de uma só função estatal, mas que se presta a bem mais.

Para Dirley da Cunha, a separação entre os Poderes pode ser vista como técnica em que, sem perder de vista seu sentido original (evitar a concentração de poder e a prevaricação), após estabelecer-se a um órgão o exercício principal de uma função (Poder) do Estado, deve ser estabelecida uma participação de menor importância em outros órgãos. Decorrencia disso afirma-se que não existe independência absoluta e isolamento entre os Poderes²².

Com efeito, o modelo da separação por função consiste em que cada Órgão desenvolva predominantemente de uma função, em caráter principal, e, de forma secundária, colabore no desempenho de outras funções, quando pratica atos, em tese, fora de sua esfera.

Conforme esse modelo, o Poder Legislativo assim com o Judiciário, além de exercer as atribuições que lhe são próprias (predominantes), também exerce funções que lhes são assessórias (secundárias) às suas competências principais. O exercício dessa

²⁰ MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural. 1973, p. 157.

²¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: TAVAREZ, André Ramos; LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (orgs). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

²² *Ibid.*, p. 279.

competência assessoria, longe de caracterizar uma tentativa de destruição ou uma ameaça à separação de funções, denotaria, pelo contrário, uma verdadeira colaboração e significaria a concretização do mútuo controle entre elas previsto no sistema de freios e contrapesos que deve obrigatoriamente existir entre as funções do Estado.

Assim é que o Poder Legislativo desenvolve atividade administrativa quando elabora seu regimento (art. 51, III e IV) e organiza seu serviço de pessoal (art. 52, XII e XIII); e atividade judicante, quer nas Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3), quer quando julga os crimes de responsabilidade do Presidente e do Vice-Presidente da República e as demais autoridades elencadas nos incisos I e II do art. 52.

De acordo com Sundfeld²³, a divisão de órgãos (Poderes) corresponde também à distinção de atividades, ou funções, em que os Poderes produzem diferentes tipos de atos. Assim, ao Poder Legislativo corresponde à função legislativa e seu ato típico consiste na lei; ao Poder Executivo atribui-se a função administrativa (ou Governo) em virtude da qual produz atos administrativos; já o Poder Judiciário fica encarregado da função jurisdicional (ou justiça) cujo ato típico corresponde à sentença.

Conforme esse modelo, cada Poder corresponderia a um limite ao exercício das atividades do outro, no que se percebe a importância da separação dos Poderes no controle do exercício do Poder político: o Poder frearia o Poder, evitando-se a desmesura e arbitrariedade.

Por evidente, nossa Constituição consagra que os Poderes devem manter-se, independentes uns dos outros. Constatamos esse espírito no art. 2º da Constituição de 1988 onde se lê que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Porém, isso não ocorre perfeitamente. Conforme se concentre muitos Poderes no Executivo, no Legislativo, ou no Judiciário, há sempre o risco de desequilíbrio e desvirtuamento, o que pode comprometer o funcionamento do Estado de Direito, haja vista a possibilidade de algum Poder ficar à mercê de sua própria arbitrariedade e, sem ingerência, descambar aos abusos.

De certo, *prima facie*, a concentração, ou a ausência de uma divisão clara de Poderes (funções) seriam, pois, indícios de Governos arbitrários. Por exemplo, uma fusão entre Executivo e Legislativo, quando bem consolidada, pode comprometer o exame da legalidade, juridicidade e constitucionalidade das proposições legislativas

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, op. cit., p. 43.

oriundas do Poder Executivo, ignorando-se, inclusive, a devida observância de procedimentos constitucionalmente previstos durante o processo legislativo. Assim, o Legislativo pode aparecer apenas como um instrumento legitimador, por assim dizer, carimbador, das vontades do Executivo do que propriamente como a clássica instância responsável por fiscalizá-lo e limitá-lo em seus excessos.

Diluídos num corpo único, não haveria que se falar, de fato, na clássica atribuição do Legislativo em Poder fiscalizador do Executivo, menos ainda se o Executivo passa a dispor dispõe de notáveis poderes para impor sua dominância na arena legislativa²⁴.

Com efeito, atuante durante o processo legislativo, seja por meio de instrumentos legais, seja por meio de estratégias de cooptação; o Poder Executivo teria condições de intervir eficazmente sobre a pauta de votação e discussão de matérias; de um lado como instância inicial de produção legislativa, de outro como sujeito que se apropria de proposições já existentes, ou interfere diretamente em seu andamento.

No Brasil, haveria algumas prerrogativas constitucionais que, inerentes à condição de Presidente da República, explicariam parte da preponderância do executivo sobre o legislativo, em virtude das quais o governo teria a condição de elaborar eficientes estratégias de controle sobre a produção legislativa.

No elenco dos “notórios poderes” presidenciais, coloca-se em destaque os poderes de veto, o poder de editar medidas provisórias, o poder de pedir urgência e os poderes de nomear ministros e distribuir cargos. Incluindo-se a dominância em Comissões estratégicas nas Casas Legislativas, como as Comissões de Constituição de Justiça, as quais podem ser relegadas um mero papel coadjuvante no processo legislativo. Afinal, o Poder Executivo tende a forçá-las a cooperar punindo desvios²⁵.

1.3 Rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade

Em decorrência do Poder constituinte originário, criador do Estado de Direito, aponta-se que a Constituição é considerada a lei fundamental, responsável por manifestar um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado, a forma de Governo, o modo de aquisição e o exercício do poder.

²⁴ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e governo de coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Orgs). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p.242-243.

²⁵ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: O sistema de comissões no Legislativo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.15, n. 43, p. 45-67, jun., 2000, p. 46-47.

A Constituição regula, também, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, de acordo com José Afonso da Silva, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado²⁶.

Quanto à sua estabilidade, a Constituição brasileira é classificada como rígida, pois somente é alterável mediante processos, solenidades e exigências formais específicas. Difere, portanto, o processo legislativo de propostas de emenda à Constituição do processo de formação das leis ordinárias ou complementares²⁷.

No mesmo sentido, aponta Moraes, com a ressalva de que a Constituição de 1988 também pode ser considerada como *super-rígida*, uma vez que em regra poderá ser alterada por um processo legislativo diferenciado, mas, excepcionalmente, em alguns pontos, é imutável (CF, art. 60, § 4a)²⁸, pois algumas matérias não podem ser tocadas pelo órgão a que se confere a função de reforma constitucional.

Cabe ressaltar que o Poder constituinte originário tratou de vedar, expressamente, determinados conteúdos da incidência do poder de emendas. Tais matérias não podem ser excluídas do sistema, ou modificadas em sua forma de tratamento, em atenção aos princípios constitucionais fundamentais, sob risco de ruptura do contexto normativo e a alteração de todo o ordenamento jurídico.

Trata-se do espírito que, em 1803, John Marshall, então presidente da Suprema Corte americana, deu concretude por meio de uma clássica sentença na qual, julgando um caso concreto (*Marbury vs. Madison*), declarou a nulidade de uma lei por não estar em conformidade com a Constituição²⁹.

Com a democratização dos Estados liberais, impor limites à ação do Estado, revendo de modo judicial suas decisões e atos normativos, passa a ser, portanto, uma função pouco confortável, pois a vontade que se quer impedir ou reformar corresponde à vontade da maioria parlamentar.

²⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 37-38.

²⁷ *Ibid.*, p. 43.

²⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014, p.10.

²⁹ ARANTES, Rogério Bastos; KERCHÉ, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, n. 54, p. 27-41, julho, 1999, p. 33.

Com efeito, a ideia de controle de constitucionalidade está ligada tanto à noção de supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, quanto à de rigidez constitucional, incluindo-se a garantia de proteção dos direitos fundamentais³⁰.

Alexandre Moraes indica, ainda, que:

às vezes as Constituições não contêm quaisquer preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta³¹.

Para Gilmar Ferreira Mendes, o que explica parte da rigidez constitucional é a consagração das cláusulas de perpetuidade com o argumento de que elas consubstanciam um núcleo essencial do projeto do Poder constituinte originário, salvaguardado de quaisquer mudanças institucionalizadas³².

Nesse sentido, o art. 60, da Constituição de 1988, dispõe que:

não será objeto de deliberação proposta tendente a abolir; I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Considerando que tal enumeração foi escolha expressa do Poder constituinte originário, não parece ser possível proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, vez que estão contidos expressamente no rol das cláusulas pétreas.

Nesse diapasão, as cláusulas pétreas podem ser consideradas como barreiras intransponíveis ao poder de emenda à Constituição. Sua superação significaria o desmoronamento da ordem constitucional vigente.

Portanto, entre os relevantes papéis desempenhados pelas cláusulas pétreas, destaca-se a função protetora dos direitos e garantias individuais em oposição à sua erosão, por isso a própria Constituição veda que o Poder constituinte derivado promova quaisquer mudanças nesse núcleo intocável.

³⁰ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 721.

³¹ *Ibid.*, op. cit., p. 686.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 206-207.

Nas palavras de Oscar Vilhena³³, ao se estabelecer cláusulas pétreas, estabeleceu-se um pequeno núcleo constitucional irreformável, ao qual se concede um caráter de superconstitucionalidade. Superconstitucionalidade porque, embora superiores, esses dispositivos não são transcendentais, mas sim positivados e se encontram dentro da órbita constitucional.

O caráter permanente e superior desse núcleo frente aos demais dispositivos da Constituição reforça tanto a ideia de rigidez constitucional, quanto a de identidade da Constituição, em torno de alguns princípios fundamentais. De certa forma, as cláusulas pétreas de uma determinada Constituição não somente objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas sim, os princípios fundamentais neles plasmados, que não podem ser esvaziados por um reformador constitucional.

De acordo com Sarlet³⁴, é possível sustentar que as cláusulas pétreas contêm, na verdade, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais responsáveis pela unidade e identidade da Constituição.

Em outras palavras, as cláusulas pétreas indicam que a liberdade de conformação da Constituição pelo legislador reformador é restrita, já que deve submeter-se às limitações que o impedem de modificar a identidade da Carta (núcleo essencial) e o obriga a mantê-la com a supremacia que lhe cabe no ordenamento jurídico.

Isso é relevante para o nosso estudo de controle de constitucionalidade, pois eventual decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no sentido de declarar a inconstitucionalidade de determinado dispositivo poderia ser superada pelo Congresso Nacional, caso tal decisão do STF não se fundamentasse em alguma cláusula pétrea.

Em síntese, esses entraves ao poder de reforma estão apresentados em limites temporais, formais e materiais. Os primeiros se referem às circunstâncias previstas nos §§ 1º e 5º, do art. 60, da Constituição. Os formais são indicados no art. 60, incisos I a III, §§ 2º. Já os materiais, estão previstos no §4º do art. 60 (cláusulas pétreas). Vejamos o texto:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;

³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e a sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 135.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.385-386.

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Por limites materiais entende-se 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. Conforme explica Alexandre de Moraes³⁵, tais matérias formam o núcleo intangível da Constituição Federal, denominado tradicionalmente por “cláusulas pétreas”.

Importa reparar que no referido art. 60 da Constituição inclui-se, entre as limitações ao Poder de reforma da Constituição, os direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º da Constituição, resguardariam um conjunto amplo de direitos constitucionais de caráter individual, dispersos ao longo do texto da Carta Magna.

Por limites circunstanciais registra-se que são limitações que pretendem evitar modificações na Constituição em certas conjunturas excepcionais do país, a fim de evitar-se perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos de realizar e acompanhar a reforma³⁶.

Nesse ponto, nos parece ser oportuno distinguir dois fenômenos. Um deles é a emenda à Constituição; o outro, a mutação constitucional. Embora ambos sejam instrumentos impeditivos do engessamento da Constituição, não necessariamente se confundem.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 683.

³⁶ *Ibid.*, p. 684.

A emenda constitucional é o termo técnico usado para designar uma espécie normativa e trata de indicar que houve uma forma pré-ordenada de mudança da Constituição, termo que pode ser encontrado no próprio texto da Carta e aduz a ideia de previsibilidade, ou seja, que houve um processo legislativo formal e específico. Já as mutações constitucionais são decorrentes da atuação de meios não formais, ou poderes constituintes difusos.

Conforme anota Bulos³⁷, as Constituições não se encerram nos estritos limites de suas normas. Isso quer dizer que, embora se apresentem contidas num instrumento escrito as constituições estão em permanente devir. Mudam por influência dos costumes, das interpretações e decisões dos operadores do direito, da doutrina e da jurisprudência, nunca se imobilizando.

Bulos se refere, então, a um Poder constituinte difuso, que não está insculpido no texto constitucional propriamente dito, mas que, de forma latente, é exercido pelos operadores do Direito e órgãos responsáveis por aplicar a Constituição, interpretando-a e dando-lhe efetividade³⁸.

Tal Poder constituinte difuso seria o meio pelo qual os Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) continuariam a obra do legislador constituinte originário. Assim, somente as alterações formais exigiriam o devido processo legislativo, porquanto as mutações aconteceriam, inclusive, sem que se mude o texto³⁹.

Inerente às constituições rígidas, o Poder de reforma se destina, pois, a modificar a Constituição sem que, para tanto, seja preciso recorrer à revolução ou ao Poder constituinte originário, abrindo, assim, a possibilidade de emenda, mediante um processo legislativo especial, pré-estabelecido pela própria Constituição em vigor.

José Afonso da Silva⁴⁰ indica também a existência um Poder constituinte derivado, ou subordinado, porquanto apenas seria legítimo quando em observância às normas Constitucionais. Bem diferente, pois, do Poder constituinte originário que é o resultado da ruptura da ordem jurídica.

³⁷ BULOS, Uadi Lamêgo. Costume constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.33, n.131, p. 95-107, jul./set., 1996, p. 107.

³⁸ BULOS, Uadi Lamêgo. Costume constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, op. cit., p. 95.

³⁹ *Ibid.*, p. 96.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 65.

2 Controle judicial de constitucionalidade e controle de constitucionalidade no processo legislativo

2.1 Breve apanhado doutrinário acerca da jurisdição constitucional

De modo geral, entende-se que o Poder de reforma constitucional não se confunde com o Poder constituinte originário, porque limitado. Isto é, constricto por normas da própria Constituição, que lhe impõem limites temporais, circunstanciais e materiais, além de procedimentos e modos de agir vinculados que não poderiam ser modificados por quaisquer dos Poderes constituídos⁴¹.

Indispensável, portanto, a existência de meios de reação capazes de tratar com possíveis inconstitucionalidades. Nesse sentido o controle de constitucionalidade das normas surge como um mecanismo voltado a garantir a coerência do ordenamento jurídico, ou como um meio pelo qual o sistema jurídico colabora na manutenção de sua integridade.

Concorda-se também que os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade exprimem, na verdade, uma relação: uma relação, respectivamente, de conformidade e desconformidade com a Constituição e o comportamento estatal, que tanto pode ser positivo (uma ação) ou negativo (uma omissão)⁴².

Para Alexandre de Moraes, o controle de constitucionalidade configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao Poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres⁴³.

Para Luis Roberto Barroso, a declaração de inconstitucionalidade consiste, basicamente, no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem, por fim, paralisar

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder constituinte*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*, Salvador: Juspodivm, 2011, p. 178.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 722.

sua eficácia⁴⁴. O controle de constitucionalidade seria, então, o mecanismo de verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição, de modo que, caracterizado o contraste, o sistema haveria de prover um conjunto de medidas que visariam, afinal, restaurar a unidade ameaçada⁴⁵.

Uma vez que nenhuma lei pode subsistir validamente quando em desconformidade com a Constituição, em certa medida, a existência do controle de constitucionalidade consiste em duas premissas. A uma, na ideia de supremacia do Poder constituinte originário, a qual coloca a Constituição numa posição hierárquica mais elevada e analiticamente anterior no âmbito do ordenamento jurídico.

A outra é a premissa que consiste na rigidez constitucional, composta, tanto pela existência de cláusulas pétreas, quanto da imposição de um processo legislativo mais complexo do que o estabelecido para gerar normas infraconstitucionais⁴⁶.

Considerando-se que a Constituição regula e define o modo de produção das leis e dos demais atos normativos, definindo a competência para sua elaboração e o procedimento a ser seguido em sua criação, também se costuma distinguir a inconstitucionalidade formal da inconstitucionalidade material, de acordo com a origem do defeito que macula o ato questionado.

A inconstitucionalidade formal ocorre quando o produto legislativo é elaborado em desconformidade com as regras processuais ou procedimentos estabelecidos para seu ingresso no mundo jurídico. Tais vícios formais afetariam o ato normativo, sem, entretanto, atingir seu conteúdo.

Conforme Moraes⁴⁷ os requisitos formais são consagrados pelo princípio da legalidade e, portanto, ao se determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o que se quer, na verdade, é a garantia de respeito a este princípio básico da própria Constituição já que ela própria prevê regras na feitura das espécies normativas.

Assim, o processo legislativo passa a ser verdadeiro corolário do princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 23.

⁴⁶ Ibid., p. 23-24.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 722.

coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional⁴⁸.

Assim, toda e qualquer espécie normativa deverá respeitar os procedimentos constitucional previstos nos arts. 60 a 69 da Constituição. Por exemplo, um projeto de lei complementar aprovado por maioria simples na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mesmo se sancionado, promulgado e publicado, apresenta um vício formal objetivo de inconstitucionalidade, uma vez que foi desrespeitado o *quorum* mínimo de aprovação, previsto no art. 69 da Constituição, qual seja, a maioria absoluta.

Quanto à inconstitucionalidade material, segundo Barroso⁴⁹, essa ocorre quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio. Alexandre Moraes também corrobora com esse entendimento segundo o qual a inconstitucionalidade material trata da verificação da compatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal em seus princípios fundamentais⁵⁰.

Em suma, a distinção entre inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material reside no fato de uma norma ter sido editada com infração a regras procedimentais ou em desarmonia com o conteúdo da Constituição, respectivamente.

Nossa doutrina também considera que a Constituição é suscetível de violação tanto por via de ação, quando se tem uma conduta positiva de praticar um ato proibido; quanto por via de omissão, quando se deixa de praticar um ato exigido por ela, ocorrendo uma inércia ilegítima.

A inconstitucionalidade por ação resulta do afazer legislativo que resulta numa norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado⁵¹.

Por sua vez, a inconstitucionalidade por omissão refere-se à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização de comandos constitucionais. Mas, não basta a simples inércia do legislador para caracterizar a omissão

⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. op. cit., p. 724.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op.cit., p. 51.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 724.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 974.

inconstitucional; esta se configuraria com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que o legislador atue positivamente para criar uma lei⁵².

A Constituição de 1988 concebeu dois remédios jurídicos para enfrentar o problema da inconstitucionalidade por omissão: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, previstos no art. 5º, inciso LXXI, e art. 103, § 2º, respectivamente.

O controle repressivo ou sucessivo é a intervenção jurisdicional, a qual ocorre quando a lei já se aperfeiçoou, já foi promulgada e publicada. Este seria o controle típico do sistema brasileiro, realizado com exclusividade pelo Poder Judiciário.

Cappelletti, nos seus estudos de direito comparado, também registra distinguir dois tipos de sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis: o sistema difuso e o sistema concentrado. O sistema difuso, também chamado sistema americano, é aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência. Em outras palavras, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, têm o poder/dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos⁵³.

Por sistema concentrado, entende-se aquele em que o poder de controle se concentra, como o próprio nome dá a entender, em um único órgão judiciário. Este é o modelo dos Supremos Tribunais, idealizado por Hans Kelsen, em que a função de controle de constitucionalidade das leis é alocada em um único órgão judiciário, idealizado e criado especialmente para essa função⁵⁴.

Já o sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade congrega tanto o modelo difuso, quanto o concentrado. Em geral, nos sistemas mistos, defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação de lei inconstitucional aos casos concretos em julgamento, ao mesmo tempo em que se reconhece, a determinado órgão de cúpula, a competência para proferir decisões finais em determinadas ações de perfil abstrato, ou concentrado.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, op. cit., p. 54-55.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. Ed. Trad.: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 67-77.

⁵⁴ *Ibid.*, p.77-83.

Conforme Gilmar Mendes, o sistema misto é o modelo adotado no Brasil, em que se conjugam o tradicional modelo difuso, com as ações diretas de inconstitucionalidade, da competência do Supremo Tribunal Federal⁵⁵.

O controle de constitucionalidade também pode ser incidental, chamado controle concreto; ou abstrato, igualmente denominado controle principal⁵⁶.

Nos países em que vige o controle incidental, as questões de constitucionalidade das leis podem ser arguidas no curso do processo à medida que a lei, cuja constitucionalidade se discute, seja relevante para a decisão do caso concreto. Assim, será competente para resolver as questões de legitimidade constitucional das leis o órgão judiciário que detiver a competência para decidir o caso.

Já o controle abstrato de constitucionalidade se exerceria fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Trata-se de mecanismo de preservação da harmonia do sistema jurídico que é realizado por meio de uma ação direta com caráter institucional, cuja legitimação é limitada a determinados órgãos e entidades, veiculada por meio de um processo objetivo, no qual não há lide nem partes, e interposta perante uma Corte Constitucional ou um Tribunal Superior.

Nota-se, pois, que as formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas, sendo possível se chegar, grosso modo, à seguinte classificação: quanto à natureza do órgão, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto; quanto ao momento de exercício, tem-se o controle preventivo ou repressivo; quanto ao órgão judicial que exerce o controle jurisdicional, o sistema pode ser difuso concentrado ou misto; e quanto à forma ou modo de controle, este pode ser incidental ou abstrato.

Do exposto, o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, no qual, em regra, o controle incidental é realizado por meio do sistema difuso, e o controle abstrato, por meio do sistema concentrado.

2.2 Controle de constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição no âmbito do Poder Legislativo

Vimos que, do ponto de vista hierárquico, a Constituição corresponde à norma superior e que não faria sentido se pensar em rigidez constitucional e estabelecer o mesmo procedimento para tratar de alteração na Constituição e nas leis ordinárias.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 955-956.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, op. cit., p. 102.

A intenção do constituinte foi evitar a multiplicação de emendas, requerendo mais esforço legislativo tanto para sua apresentação (postulação), como para sua instrução, deliberação, votação e promulgação, ou seja, pode-se dizer que seu processo legislativo é mais complexo e difícil.

Têm-se, desse modo, estreita ligação entre forma e matéria. Ao se restringir a iniciativa, aumentar os turnos de discussão e dispor acerca de *quórum* maior para a aprovação das alterações na Constituição, depreende-se que propostas de emenda à Constituição devem obedecer a uma estrutura procedimental mais complexa que as requeridas para lidar com outras proposições legislativas.

Adentrando no âmbito do Poder Legislativo, é possível constatar que os Regimentos Internos contemplam o controle de constitucionalidade não apenas de propostas de emenda à Constituição, mas das diversas proposições legislativas.

Nesse sentido, uma breve análise do processo legislativo referente à propostas de emenda a Constituição conseguiria relativizar a ideia de que o controle de constitucionalidade é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, para entendê-lo como um sistema compartilhado que impõe complementaridade entre os Poderes.

De fato, sendo uma responsabilidade *interna corporis*, tal controle de constitucionalidade tem por referência o fluxo processual, de modo que seria permitido fazer correspondência entre as instâncias de controle e o momento processual em que ele ocorre. Assim sendo, cabe aproveitar o modelo de fases processuais adotado por Moraes para identificar que instâncias são essas e o momento de sua manifestação.

Conforme as lições de Alexandre de Moraes considera-se que a elaboração legislativa apresenta as seguintes fases: fase introdutória, fase constitutiva e fase complementar.

Em geral, na fase introdutória, o primeiro item de controle é o controle de iniciativa de lei, que corresponde á faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar proposições ao Legislativo, podendo ser parlamentar ou extraparlamentar, concorrente ou exclusiva. Assim, há vício de iniciativa quando um projeto resulta da iniciativa de determinado autor que não possua o devido lastro constitucional e, nesse sentido, ele sofre de um pecado original que pode ser entendido como uma falta de legitimidade⁵⁷.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 671.

Resumidamente, a fase constitutiva é a fase em que a proposição deve ser instruída nas Comissões, aí ela será discutida e analisada em seu mérito, poderá receber emendas e, se aprovada, com ou sem emendas, por meio de parecer, se necessário for, a proposição seguirá para o plenário, onde será discutido e votado.

A fase complementar compreende a promulgação e a publicação da lei, sendo que a primeira garante a executoriedade, enquanto a segunda lhe dá notoriedade. Já o ato promulgatório confere à lei certeza quanto à sua existência e autenticidade. Dele também emanaria a presunção *juris tantum* (relativa) de constitucionalidade da lei promulgada⁵⁸.

Promulgar é atestar que a ordem jurídica foi inovada, declarando que uma lei existe e, em consequência, deverá ser cumprida; enquanto que a publicação consiste em uma comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando-os de sua existência e de seu conteúdo, constituindo-se, atualmente, na inserção do texto promulgado no *Diário Oficial*, para que se torne de conhecimento público a existência da lei, pois é condição de sua eficácia.

Assim, seguindo os passos de Moraes, no que se refere às fases procedimentais é possível estabelecer conexões entre tais fases e o controle de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição.

Por controle preliminar, indica-se o controle que ocorre na fase introdutória, ou seja, antes da realização de algum ato processual. Em outras palavras, é o controle que precede o início do processo legislativo. Em geral, a razão de ser do controle preliminar consistiria em se identificar a existência de vícios de iniciativa, o que vem a ser feito pela análise da reserva de iniciativa, que seria o poder de que estariam constitucionalmente investidos determinados atores para propor emendas à Constituição.

No artigo 60 da Carta, consta que apenas podem iniciar o processo legislativo de proposta de emenda à Constituição os seguintes atores: um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; o Presidente da República e, finalmente, mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Das assinaturas necessárias, emanaria a legitimidade necessária para dar início ao processo legislativo.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 663- 679.

O documento, após ser lido em plenário, se transforma na proposição legislativa consignada no art. 211 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) e no Regimento da Câmara (RICD), em seu art. 137. De acordo com o RISF, tal documento, ao ser lido em plenário recebe um número, que corresponde à posição da proposição em uma série anual de autuações, e passa a ser objeto de um conjunto de ações legislativas.

De modo semelhante acontece na Câmara dos Deputados, pois, segundo o RICD, com um terço de assinaturas dos deputados federais, o autor de uma matéria promove o nascimento de uma proposta de emenda à Constituição.

Nota-se, portanto, que o poder de iniciativa corresponde não apenas a um mero requisito formal de admissibilidade, mas está sujeito a controle de constitucionalidade, pois o capital político contido no apoio de um terço dos membros do Senado, ou da Câmara dos Deputados, confere à proposição o requerido lastro de legitimidade diante do qual não há o que se fazer para evitar o nascimento dessa proposição legislativa, restando ao Senado Federal, ou a Câmara dos Deputados, ter de lidar com essa demanda.

No que diz respeito à iniciativa do Presidente da República, a Constituição em seu art. 64, *caput*, dispõe que a discussão e votação dos Projetos de Lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

No mesmo sentido, as Medidas Provisórias têm sua tramitação prevista com início na Câmara. Atente-se, contudo, que Projetos de Lei e Medidas Provisórias, além de se referirem a proposições distintas entre si, são também diferentes de propostas de emenda à Constituição. Assim, em tese, pode-se iniciar uma proposta de emenda à Constituição de iniciativa do Presidente da República, perante o Senado Federal.

No que diz respeito à proposta de emenda formalizada por iniciativa das Assembleias Legislativas, preenchidos os requisitos matemáticos demandados pela Constituição, não ocorre tanta dúvida a respeito da competência do Senado, haja vista a previsão normativa (art. 212, RISF) de que tais proposições deverão ter sua tramitação iniciada nessa Casa.

Do exposto, no que se refere às instâncias do controle de constitucionalidade no âmbito do processo legislativo, há duas possibilidades de se incorrer em inconstitucionalidade nessa fase inicial. A primeira, demandada pela própria

Constituição, é a inobservância do número mínimo de subscritores, sem os quais uma proposta de emenda à Constituição não tem condições constitucionais de prosperar.

A segunda, que também diz respeito a vícios de iniciativa, consiste em que nem todos tem competência para demandar o acolhimento de uma proposta de emenda à Constituição, junto ao Poder Legislativo.

Nesse sentido, por exemplo, se os agentes são restritos, caso a Presidência do Senado ou da Câmara recebesse uma proposta de emenda à Constituição lavrada por apenas dez das Assembleias Legislativas, ou por Governador de Estado; a Presidência de ambas as Casas podem decidir sobre a inconstitucionalidade formal de tal proposição por vício de iniciativa, ainda que tal decisão não seja irrecorrível.

Isso está previsto no art. 48 do Regimento do Senado, segundo o qual compete ao Presidente do Senado impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou ao Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que deve decidir após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Já na Câmara⁵⁹, conforme preceitua o art. 137, §1º, II, b, do RICD, a Presidência dessa Casa devolverá ao autor qualquer proposição que versar sobre matéria evidentemente inconstitucional, podendo o autor 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 volta à Presidência para os devidos trâmites.

No que se refere à fase de instrução, existe o controle de constitucionalidade que se refere manifestação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), no Senado; e da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), na Câmara. Essas Comissões são responsáveis por exarar parecer acerca da constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das propostas de emenda a elas distribuídas por despacho dos Presidentes de ambas as Casas.

Na Câmara, o parecer da CCJC acerca da admissibilidade configura-se em medida de análise de constitucionalidade, situada logo após a análise impugnativa da Presidência da Casa, e antes da criação da Comissão Especial destinada a tratar mais propriamente da instrução e do mérito da matéria.

Dessa forma, na Câmara, antes de ser instituída qualquer Comissão Especial para tratar de proposta de emenda à Constituição, é preciso que a CCJC aprove parecer

⁵⁹ BRASIL. Resolução nº 17, de 1989. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. 13ª Ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014.

preliminar acerca da constitucionalidade da proposição. Consta que, do parecer da CCJC pela inadmissibilidade, cabe requerimento ao plenário, desde que apoiado por um décimo, podendo-se submeter a decisão terminativa da Comissão à deliberação do plenário (art.202, §1º, RICD).

Sendo admitida pela CCJC, ou pelo plenário (em recurso), fica autorizada a criação de Comissão e Especial, também competente para analisar a constitucionalidade de possíveis emendas à proposta inicialmente admitida.

No Senado, passada a instância impugnativa da Presidência, o Regimento indica que a proposta de emenda seja despachada à CCJ para proferir parecer, tanto acerca da constitucionalidade da proposta em si, quanto das emendas à proposta porventura a ela apresentadas. De fato, no Senado, não há previsão regimental no sentido de se instituir automaticamente uma Comissão Especial para tratar de determinada proposta de emenda à Constituição.

Com efeito, é a CCJ o órgão previsto no RISF para uma discussão mais pormenorizada, prevendo-se, dentre outras coisas, a possibilidade de oferecimento de emendas (art.35, Parágrafo único. RISF). Ademais, a participação do plenário do Senado somente acontece quando a proposição é encaminhada para ser incluída em Ordem do Dia, para discussão em 1º turno (art.358, RISF). Tal fase processual (1º turno) demanda cinco sessões deliberativas ordinárias consecutivas (art. 358, parte final, RISF).

Nesse ínterim, também é possível o oferecimento de emendas assinadas por 1/3 dos senadores, desde que guardem relação direta e imediata com a matéria tratada na proposta de emenda (art. 358, §2º, do RISF). Havendo emendas de plenário, a matéria retorna para exame da CCJ. Caso contrário, vai à votação, que pode ocorrer na sessão em que se encerra a discussão (5ª sessão). A votação é ostensiva, por processo nominal, no painel eletrônico (art. 361, §3º e art. 300 do RISF).

Ainda, observa-se o quórum de 3/5 (49 senadores) para aprovação da matéria (art. 288, II RISF). Aprovada a matéria, ela segue para segundo turno. Entre o primeiro e o segundo turno é previsto um interstício regimental mínimo de cinco dias (art. 362 RISF). A discussão em segundo turno deve ter três sessões deliberativas ordinárias (art. 363), nas quais somente são admitidas emendas de redação.

Caso sejam oferecidas emendas, a CCJ é a Comissão responsável por apreciá-las no prazo de cinco dias improrrogáveis. O mesmo texto deve ser aprovado em ambas as

Casas para ir à promulgação, sendo feita em sessão solene do Congresso Nacional (art. 60, §3º, da Constituição; e art. 85 do Regimento Comum do Congresso Nacional). Não há, portanto, lugar nem para a sanção nem para o veto presidencial.

Do acima exposto, e sem querer esgotar todas as nuances regimentais atinentes à tramitação de propostas de emenda à Constituição, faz-se possível identificar, claramente, dois momentos de controle de constitucionalidade vinculados às decisões dessas Comissões de Constituição. Um deles se refere à fase de apreciação preliminar, ou seja, antes da deliberação do plenário, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa (art. 53. RICD e art. 101. RISF).

Outro momento diz respeito ao exame de constitucionalidade na fase de instrução, ou seja, no âmbito das Comissões de Constituição, onde, geralmente, ocorre a apresentação de emendas, que também são submetidas ao mesmo exame.

Por fim, há o controle de constitucionalidade vazado nas decisões do plenário. Assim, quando for provido recurso contra parecer terminativo da CCJ, quanto à constitucionalidade (art. 54 RICD), registra-se que o plenário deliberará sobre a proposição quanto à sua constitucionalidade (art. 144 RICD), e que havendo emenda saneadora da inconstitucionalidade, também cabe ao plenário a votação, primeiro sobre ela (art.145, §1º RICD).

No regimento interno da Câmara, também se consideram prejudicados a discussão ou a votação de qualquer projeto semelhante a outro considerado inconstitucional de acordo com o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (art. 163, RICD).

Considere-se, ainda, que não será submetida a votos emenda declarada inconstitucional ou injurídica pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, ou se, no mesmo sentido, se pronunciar a Comissão Especial, em decisão irrecorrida, ou mantida pelo plenário (art. 34, II, RICD).

Outro quesito que pode ser elemento de controle de admissibilidade constitucional, conforme visto anteriormente, diz respeito aos impedimentos conjunturais, ou limites circunstanciais ao Poder de reforma. A vigência de estado de defesa, ou estado de sítio, impedem a apreciação de proposta de emenda à Constituição tanto na Câmara (art. 201, II, RICD) quanto no Senado (art. 354, §2º, RISF) e, como vimos, na Constituição (art. 60, §1). Trata-se, pois, de impeditivos de admissibilidade,

incidentes antes mesmo de a proposta ser despachada pelos Presidentes das referidas Casas às respectivas Comissões de Constituição.

Em ambos os casos, se inadmitida, seja pelo Presidente da Casa, seja pela Comissão de Constituição; poderá o autor, com o apoio de Líderes que representem, no mínimo, um terço dos Deputados, remeter essa apreciação preliminar ao plenário (art. 202, §1º, RICD).

Admitida preliminarmente a proposta, o Presidente da Câmara designará Comissão Especial para o exame do mérito da proposição, a qual terá o prazo de quarenta sessões, a partir de sua constituição, para proferir parecer (art. 202, §2º, RICD). Passada essa fase de admissibilidade, somente perante a Comissão Especial poderão ser apresentadas emendas, necessitando-se, para isso, o mesmo quórum de um terço.

Já no Regimento Interno do Senado Federal, verificamos, nessa fase preliminar de admissibilidade, que passada a oportunidade de o Presidente do Senado impugnar (art. 48, XI, RISF) a proposta será despachada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para que seja emitido parecer (com ou sem emendas) à proposta (art. 356, RISF), o qual versa, entre outras coisas, também sobre a constitucionalidade.

O controle constitucional de admissibilidade inclui, também, verificar se a proposta tende a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Tais impeditivos aparecem na Constituição (art. 60, § 4º) e são reproduzidos nos regimentos do Senado Federal (art. 345, § 1º) e da Câmara dos Deputados (art. 201, II). São os impedimentos vinculados às cláusulas pétreas, ou limites materiais ao Poder de reforma.

Destarte, parece-nos que o controle de constitucionalidade não se resume às manifestações jurídicas. Não se deve perder de vista que há previsão de um controle de constitucionalidade interno das casas legislativas, o qual conta com mais de uma instância regimentalmente estabelecida.

Garantir o pleno o funcionamento dessas instâncias de controle parece ser relevante na medida em que se está a lidar com o respeito às regras do jogo democrático, razão pela qual, tanto no Senado Federal, quanto na Câmara dos Deputados, identifica-se a existência de pelo menos três instâncias internas de controle de constitucionalidade. Tais instâncias são, em síntese: a instância impugnativa das

Presidências de ambas as Casas; a instância opinativa, das Comissões de Constituição e Justiça, e a instância decisória, do plenário.

Entre essas três, sobressai-se a última, que é capaz de interromper fluxos recursais, decidindo, inclusive, a respeito de matéria constitucional.

2.3 Processo e procedimento legislativo

Quando se fala em processo legislativo, costuma-se confundir processo e procedimento, imaginando-se que se trata da mesma coisa. Mas, conforme indica Ferreira Filho⁶⁰, o procedimento seria apenas um dos aspectos do processo. Diz respeito ao modo de tramitação, ao andamento da matéria, ou à ordem regimentalmente predefinida em que se praticam a sucessão dos atos de um processo.

Conforme José Afonso da Silva, por processo legislativo entende-se “O conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto) realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis complementares, constitucionais, e ordinárias, resoluções e decretos legislativos⁶¹”. Portanto ele tem por objeto as espécies normativas anteriormente mencionadas, e se traduz num conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de jurídicas.

Se por procedimento entende-se apenas o meio extrínseco pelo qual se estabelece, desenvolve-se e acaba-se o processo, ou seja, como a realidade fenomenológica externa de uma coordenação de atos que se sucedem⁶²; pode-se conceber correlações em que os ritos dos procedimentos legislativos se dividem, basicamente, em comuns e especiais. Assim, para Afonso da Silva, o procedimento legislativo tem a ver mais com o modo pelo qual os atos do processo legislativo se realizam. “Diz respeito ao andamento da matéria nas Casas legislativas. É o que se chama, na prática, de regime de tramitação da matéria, em que se pode distinguir, procedimento ordinário, sumário e especiais⁶³”.

Nesse sentido, que se refere à classificação em relação ao regime de tramitação, Alexandre Moraes reverbera que o processo legislativo ordinário é aquele que se destina à elaboração das leis ordinárias, caracterizando-se pela sua maior extensão. Já o

⁶⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.311-318.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 524.

⁶² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 247.

⁶³ *Ibid.*, p. 529.

processo legislativo sumário destaca-se pela a existência de curto prazo para que o Legislativo delibere sobre determinado assunto. Por fim, os processos legislativos especiais seriam aqueles dotados de regime próprio de tramitação; são os estabelecidos para a elaboração de leis complementares e emendas à Constituição⁶⁴.

Grosso modo, proposta de emenda à Constituição pode ser designada como um dos objetos típicos do processo legislativo, e coloca-se o processo legislativo no universo fenomenológico das atividades estatais que estariam a lidar com direitos constitucionais.

Entrementes, tal como os demais ramos do direito processual, o processo legislativo também há de ser pautado pelos princípios processuais inerentes ao Estado de Direito, sem excluir-se, portanto, a garantia do devido processo legal. Como outros ramos de direito processual, a ideia de processo legislativo também se aproxima da noção de processo como instrumento para o legítimo exercício do poder.

Em um sentido mais amplo, e isso diz respeito da diferença entre processo e procedimento; aponta-se que o processo demarca a existência de dois planos de relações: o de direito material, ou seja, o que se discute no processo; e o de direito processual, que é o continente em que se coloca em discussão⁶⁵. Assim, por ser dotado de conteúdo próprio, o processo legislativo não se resume a mero procedimento, tampouco se esgota no conceito puro e simples de relação jurídica processual, muito embora com ela compartilhe de alguns princípios.

Vê-se, pois, que o procedimento tem mais a ver com a soma e aticulação dos atos do processo, vistos pelo aspecto de sua interligação e combinação da unidade teleológica. Dentro desta unidade, cada ato teria o seu momento oportuno e os posteriores dependeriam dos anteriores para a sua validade, haja vista que o objetivo com que eles são levados a efeito seria apenas um: preparar o provimento final.

Assim, os atos processuais não se apresentam isoladamente, mas integrados no procedimento. Ligam-se pela unidade do escopo e são interdependentes⁶⁶.

Não se deve olvidar, porém, o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Ele próprio deve estar

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, op. cit., p. 663.

⁶⁵ Ibid., p. 250.

⁶⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*, op. cit., p. 286.

contido no ordenamento jurídico, mesmo porque o Direito Processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional.

Seguindo-se esse raciocínio, alguns princípios gerais que informam o processo legislativo também são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais, ou decorrentes de seus corolários, dentre os quais o direito de acesso à justiça e o direito ao devido processo legal.

A ligação entre processo e Constituição tem desdobramentos importantes, pois o processo passa a representar um espaço privilegiado no sentido de se invocar o respeito às garantias constitucionais. Nesse sentido, o processo seria uma instituição constitucionalizada e apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia o procedimento.

Nesse diapasão, há uma gradativa constitucionalização dos princípios de direito processual, ou um modelo constitucional de processo⁶⁷, em virtude do qual não poderia coincidir o processo com uma mera sequência de atos coordenados. O processo, diferentemente do procedimento, deve, então, ultrapassar o instrumentalismo e passa a reclamar maior sofisticação no sentido de se garantir a presença de princípios constitucionais que tem de integra-lo, necessariamente.

Sob esse prisma constitucionalizante, o devido processo adere-se ao rol de garantias fundamentais, e os regulamentos legislativos não podem conceber formas que tornem ilusórias a concepção de processo consagrada na Constituição.

Do exposto nos parágrafos anteriores, depreende-se que o processo legislativo obedece a uma estrutura normativamente ordenada por dispositivos infraconstitucionais, regimentais e constitucionais. Outrossim, para que essa estrutura procedimental se desenvolva com validade e se transforme efetivamente em processo solicita-se a presença de dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. Ausentes estes pressupostos, o processo converte-se-ia em mero procedimento⁶⁸.

⁶⁷ NEGRI, André Del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum. 2003, p. 63.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 79.

3 Controle político de constitucionalidade, jurisdição constitucional e judicialização da política

3.1 Notas sobre o controle político de constitucionalidade

Primeiramente, cabe dizer, propostas de emenda à Constituição podem ser deliberadamente assinadas pelos mais variados motivos, sejam eles de ordem política, econômica ou ideológica, inclusive serem utilizadas como estratégia para contornar um possível veto presidencial, ou, ainda, como forma de parlamentares pressionarem o Executivo. Afinal, com o apoio de 1/3 dos parlamentares, na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, dá-se início à tramitação de uma proposta de emenda à Constituição, sendo que, como visto, o Executivo não tem poder de veto.

Reduzindo o universo amostral apenas às propostas deliberadas no Senado Federal, consta que foram recebidas pela Presidência dessa Casa, de 1988 até o final do ano de 2013, algo em torno de 1.316 propostas, sendo que, desse total, foram promulgadas 84, em sessão solene, pelo Congresso Nacional.

A respeito da efetividade do controle legislativo de constitucionalidade, esse breve levantamento aponta que são poucas as emendas constitucionais promulgadas se considerarmos o universo amostral das propostas de emenda que foram objeto do processo legislativo.

É preciso, pois, aceitar que o controle político de constitucionalidade existe. Acontece que e seus argumentos não são necessariamente jurídicos. Ele se caracterizaria por ser um controle exercido, principalmente, no interior do processo legislativo pelas instâncias regimentalmente estabelecidas, as quais não são propriamente órgãos do Poder Judiciário⁶⁹, mas sua função não deixa de ser a de preservar a Constituição.

Nesse sentido, haja vista que os demais Poderes também têm a função de zelar a Constituição, muito embora a jurisdição constitucional seja uma função exclusiva do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade não o é; ainda que essa possa ser sua função preponderante.

Com efeito, foi possível perceber a existência do controle legislativo de constitucionalidade no âmbito do processo legislativo, realizado em ambas as Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça; pelas Presidências do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; e pelos respectivos plenários.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

Podemos dizer, ademais, que o controle legislativo de constitucionalidade não se confunde com o controle político; mas que ambos perfazem uma distinção entre gênero e espécie, sendo que o controle político é o gênero, do qual o controle legislativo seria uma espécie.

De fato, ainda que não previsto no caso de emenda à Constituição, outra espécie de controle político de constitucionalidade que também existe é o veto, que se dá no âmbito do Poder Executivo, e é previsto no art. 66, § 1º, da Constituição, que consigna o seguinte:

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

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

Aceitando-se, pois, a existência desse gênero (controle político de constitucionalidade), é preciso reconhecer, entretanto, que o seu funcionamento não parece ser muito regular. Conforme revelam os estudos de Carlos Pereira e Bernardo Mueller, e conforme pudemos assinalar, algumas regras internas das Casas legislativas garantem aos líderes dos partidos um papel central na condução do processo legislativo e, conseqüentemente, na definição do padrão de controle de constitucionalidade nas comissões.

De maneira geral, é prerrogativa dos líderes dos partidos nomear, assim como substituir, os membros das comissões. Além disso, o Executivo, através dos líderes do partido ou coalizão governista, manipularia as nomeações de certas comissões para colocar nelas um número estratégico de membros fiéis aos seus interesses⁷⁰, inclusive nas Comissões de Constituição e Justiça, na Mesa Diretora e no Colégio dos Líderes.

No entender de Fernando Limongi é possível demonstrar a interdependência entre a preponderância legislativa do Executivo, o padrão centralizado de trabalhos legislativos e a disciplina partidária.

Segundo esse modelo, também estudado por Carlos Pereira e Bernardo Mueller, o Executivo dominaria o processo legislativo porque tem “poder de agenda”, e esta

⁷⁰ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no legislativo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 15, nº 43, p. 45-67, junho/2000, p 47.

agenda é processada e votada por um Legislativo organizado de forma estrategicamente centralizada em torno de regras que favorecem a distribuição de benefícios a parlamentares de acordo com as alianças partidárias.

No interior deste quadro institucional o Executivo dispõe dos meios orçamentários e de um arsenal de cargos para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares minoritários e isolados não dispõe de suficiente capital político para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando a retornos eleitorais seria votar disciplinadamente⁷¹, muitas das vezes atropelando-se as minorias.

Nesse estado de coisas, há grande probabilidade de que, a cada emendamento, siga-se uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, com a qual as forças políticas vencidas na arena política recorram ao Supremo Tribunal Federal (STF) para este se manifestar acerca da violação, ou não, dos limites materiais, ou mesmo dos limites formais ao poder de reforma constitucional⁷².

3.2 Os sentidos da judicialização

Isso explica, em parte, a crescente participação do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro, porquanto, a despeito das pequenas chances de sucesso na arena judicial, políticos minoritários tentam se beneficiar das prerrogativas desse Tribunal para contestar políticas majoritárias, até porque minorias parlamentares angariam em torno de si considerável atenção pública, decorrente em especial da visibilidade que os meios de comunicação dedicam a esses episódios⁷³.

Argumenta-se, também, que os diferentes atores políticos podem fazer uso dos Tribunais como “*veto points*”, que lhes propiciam retardar ou impedir completamente a implementação de políticas públicas, ou desmerecê-las, ou ainda declarar sua oposição a elas. Retardar, impedir, desmerecer e declarar seriam, pois, os objetivos táticos que podem ser perseguidos pelos parlamentares que recorrem ao Supremo, apesar do claro

⁷¹ LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e governo de coalizão. In: ANASTASIA, Fátima; AVRITZER, Leonardo. *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p. 240.

⁷² PERTENCE, Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, jan./fev./mar., 2007. Disponível na internet: <HTTP://www.direitodeestado.com.br/rede.asp>. Acesso em 4 ago. 2014, p. 9.

⁷³ TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a Judicialização como resultado contingente da estratégia política. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, jan./mar., 2008, p. 825.

reconhecimento, por alguns deles, de que esse mesmo recurso não teria sólidas bases jurídicas⁷⁴.

As táticas judiciais, em outras palavras, não estão necessariamente assentadas na expectativa de uma real inconstitucionalidade, ou vitória judicial. Com efeito, se o custo de desafiar a política nos Tribunais é relativamente baixo, há pouca razão para que os oponentes do governo não façam uso dessa tática. Até porque, mesmo que isso não resulte em vitórias judiciais, tais parlamentares acabam por levantar dúvidas sobre as políticas adotadas, chamam a atenção pública para supostas ilegalidades procedimentais cometidas, ou, ainda, tratam de desmerecer as políticas que buscam suporte majoritário.

Dessa forma, como bem percebido por Taylor e Da Ros, ao recorrer ao Supremo, faz-se possível assegurar uma vitória política sem que se chegue propriamente a uma vitória judicial, e é de se supor que esse uso político da via judicial seja estratégia adotada pelos diferentes parlamentares em diferentes conjunturas como tática de oposição⁷⁵.

A judicialização da política, contudo, além desse sentido restrito de estratégia política, tem um sentido mais amplo. Conforme Barroso;

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo⁷⁶.

A judicialização, nesse sentido, ganha força desde o final da Segunda Guerra Mundial na maior parte dos países ocidentais, e representa a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. A judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais.

Seguindo as lições de Luis Roberto Barroso⁷⁷, a primeira grande causa da judicialização da política no Brasil foi a volta à democracia e a promulgação da Constituição de 1988, quando o Judiciário deixou de ser um departamento positivista e

⁷⁴ TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a Judicialização como resultado contingente da estratégia política, op. cit., p. 838.

⁷⁵ Ibid., p. 840.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial; direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo_Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf. Acesso em: 12 nov. 2014/Nov/2014. 14:00.

⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v.5, n. 1, p. 24, 2012.

se transformou em um poder político, capaz de dar efetividade à Constituição e as leis, inclusive em contraste com os outros Poderes.

A segunda causa apontada por Barroso foi a “constitucionalização abrangente” que trouxe para a Constituição matérias que eram deixadas para o processo político majoritário. Para Barroso “na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”. Assim, se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, por exemplo, é possível judicializar a exigência desses direitos⁷⁸.

A terceira e última causa da judicialização, que já abordamos anteriormente, diz respeito ao sistema brasileiro de controle de constitucionalidade que, conforme observa Barroso, “é um dos mais abrangentes do mundo”, pois combina aspectos o controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei em um caso concreto; com o modelo de controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal.

A tudo isso Barroso acrescenta o direito de propositura amplo, previsto no art. 103 da Constituição, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas podem ajuizar ações diretas⁷⁹.

3.3 Jurisdição constitucional em propostas de emenda à Constituição

No entender de Gilmar Ferreira Mendes, não parece haver dúvidas quanto à possibilidade de controle jurisdicional de proposta de emenda à Constituição, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material, pois lhe parece evidente uma permanente contradição entre o Poder constituinte originário; que legitima a alteração da Constituição, e a vocação de permanência desta, que repugna mudanças substanciais⁸⁰.

Mendes acena que a atuação do Judiciário teria, como pano de fundo, uma distinção forte entre Constituição e democracia no sentido de que alguns direitos constitucionais não poderiam estar à disposição plena do legislador ordinário, ou serem afastados por ações de uma maioria de ocasião. Conforme esse prisma, o Poder Judiciário se propõe a ser a legítima âncora à disposição de minorias, para impor limites

⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 24.

⁷⁹ Ibid., p.24

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 123-124.

à vontade da maioria, no sentido de se manter a integridade do ordenamento jurídico e a preservação de direitos fundamentais.

Nas palavras de Gilmar Mendes, aí reside o grande desafio da jurisdição constitucional:

não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional legítimo⁸¹.

Ainda com Mendes, o *leading case* do controle jurisdicional de propostas de emenda à Constituição seria anterior à Constituição Federal de 1988. Trata-se do mandado de segurança nº 20.257/DF, que, julgado em 08 de outubro de 1980, teve como relator para o acórdão o Ministro Moreira Alves.

Naquela oportunidade, os Senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale impetraram mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso Nacional, na pessoa de seu Presidente, com o objetivo de impedir a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais nº 51 e 52/80, bem como da Emenda nº 3 às referidas Propostas. Entendiam os impetrantes que as ditas Emendas, ao objetivar a prorrogação dos mandatos dos Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores da época, violavam o dispositivo constitucional (art. 47, § 1º) que vedava a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República.

No caso, a Suprema Corte entendeu pelo cabimento do mandado, na situação em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação ou deliberação.

Ainda, segundo o posicionamento do relator, 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.

Por fim, destacou o relator que,

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.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, op. cit., p.125.

Não obstante a aceitação do *writ* no caso concreto, após a análise do seu mérito, a ação foi indeferida, restando a decisão ementada nos seguintes termos:

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 PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 57) OU A SUA DELIBERAÇÃO (COMO NA ESPÉCIE). NESSES CASOS, A INCONSTITUCIONALIDADE DIZ RESPEITO AO PRÓPRIO ANDAMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO, E ISSO PORQUE A CONSTITUIÇÃO NÃO QUER – EM FACE DA GRAVIDADE DESSAS DELIBERAÇÕES, SE CONSUMADAS – QUE SEQUER SE CHEGUE A DELIBERAÇÃO, PROIBINDO-A TAXATIVAMENTE. A INCONSTITUCIONALIDADE, SE OCORRENTE, JÁ EXISTE ANTES DE O PROJETO OU DE A PROPOSTA SE TRANSFORMAR EM LEI OU EM EMENDA CONSTITUCIONAL, PORQUE O PRÓPRIO PROCESSAMENTO JÁ DESRESPEITA, FRONTALMENTE, A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDADE, UMA VEZ QUE A PRORROGAÇÃO DE MANDATO DE DOIS PARA QUATRO ANOS, TENDO EM VISTA A CONVENIÊNCIA DA COINCIDÊNCIA DE MANDATOS NOS VÁRIOS NIVEIS DA FEDERAÇÃO, NÃO IMPLICA INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE OS MANDATOS NÃO MAIS SÃO TEMPORÁRIOS, NEM ENVOLVE, INDIRETAMENTE, SUA ADOÇÃO DE FATO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO⁸².

Vê-se, conforme esse precedente, a efetiva posição da jurisprudência a favor da possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição, por meio jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal reconhece, pois, o direito de parlamentar, por meio de mandado de segurança, em medida de caráter excepcional, reclamar no Judiciário o cumprimento do devido processo legislativo. Tal decisão harmonizar-se-ia também com o enunciado de que há que se considerar o respeito ao devido processo legal como algo inafastável do Estado Democrático de Direito, incluindo-se não apenas processos administrativos e judiciais, mas também o processo legislativo.

Esse importante princípio, que é o do devido processo legal, vem a associar-se aos princípios constitucionais do controle judiciário, que não permitem à lei excluir da

⁸² *Mandado de Segurança n° 20.257*, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator Originário: Min. Decio Miranda, Relator p/ o acórdão: Min. Moreira Alves, julgado em 08/10/1980, DJ 27/02/1981.

apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direitos, haja vista as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; segundo o disposto nos incisos XXXV e LV, do artigo 5º, da Constituição.

De modo hermenêutico consagra-se, então, o princípio segundo o qual ninguém pode ser processado senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou em harmonia com as leis do País, e que nenhuma pessoa pode ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo legal⁸³.

Tal precedente também aponta que a devida observância do processo legislativo transcende o que seria um mero formalismo, ou preciosismo de regimentalistas. Sua não observância macularia a legalidade da atividade legislativa e autorizaria um “contrapeso” por parte do Judiciário, alterando-se o equilíbrio entre os Poderes.

De fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido duas frentes de ataque que abrem exceção à separação entre os Poderes propugnada por Montesquieu: a primeira, quando se trata de proposta de emenda à Constituição que seja manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e a segunda, em relação à proposta de emenda à Constituição em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a alguma das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo.

Nos dois casos a impetração de mandado de segurança seria admissível, segundo essa jurisprudência, porque visaria 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.

Na situação de proposta de emenda ofensiva a cláusulas pétreas, o STF justificara o 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, ou a sua deliberação, proibindo-a taxativamente. Justifica-se essa limitação, sobretudo porque, ao contrário das outras espécies normativas – cuja aprovação está subordinada a uma segunda instância de Poder (Executivo), que poderá vetá-las –, a proposta de emenda Constitucional é aprovada por deliberação de instância única, apenas a do Poder constituinte reformador, diga-se, do Congresso Nacional.

Na situação de proposta de emenda em cuja tramitação não seja observado o processo legislativo disciplinado na Constituição –, a justificção é a mesma: a ofensa à

⁸³ BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 188, p. 31-35, jul./dez., 1996, p. 33.

Constituição se manifesta desde logo, no curso da própria tramitação do projeto, independentemente de aprovação ou não.

A própria decisão liminar antes mencionada (MS 20.257-DF. Rel. Ministro Moreira Alves), parece atestar essa circunstância, pois é a orientação contida quando se acolhe a tese do cabimento do mandado de segurança preventivo nas hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda. Caso em que a inconstitucionalidade já existiria antes mesmo de a proposta se transformar em emenda constitucional, porque o processamento, por si só, já desrespeitaria, frontalmente, a própria Constituição.

Nesse sentido seriam essas as duas excepcionais situações em que a jurisprudência e a doutrina têm admitido o controle legítimo de projetos de emenda à Constituição, controle que se viabiliza por mandado de segurança, de iniciativa exclusiva de membro do Parlamento.

Com amparo na jurisprudência, a tutela jurisdicional do processo legislativo tem seduzido alguns doutrinadores da área jurídica.

Sebastião G. Mota Tavares, por exemplo, imagina um novo tempo no qual doutrinas básicas do Estado de Direito haverão de se acomodar, e os Três Poderes do Estado de Direito haverão de exercer suas competências sem que, com isso fique caracterizada intromissão de um em outro⁸⁴. No que defende um máximo respeito às normas que disciplinam o processo legislativo, porquanto afrontar o devido processo legislativo seria um abuso do direito de legislar, mesmo porque que considera o devido processo legislativo “uma cláusula constitucional implícita adotada pela Constituição”.

A respeito do controle jurisdicional do processo legislativo no marco do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, José Alcione Bernardes Júnior, também não acredita em uma separação entre os Poderes quando se trata de controle de constitucionalidade. Segundo esse autor, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não haveria contradição entre constitucionalismo e democracia, mas uma permanente tensão e complementaridade. Nesse sentido, o processo legislativo estaria responsável por garantir as condições procedimentais para uma discursividade democrática, como uma “regulação imparcial e igualitária na formação da vontade e da

⁸⁴ TAVARES, Sebastião Mota. *Controle jurisdicional da lei: O devido processo legislativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 218.

opinião pública⁸⁵”, ou seja, o devido processo legislativo seria capaz de garantir as condições discursivas necessárias à democracia⁸⁶. Até mesmo atos *interna corporis* das Casas Legislativas, estariam sujeitos ao alcance da supervisão judicial no intuito de se garantir os mecanismos assecuratórios da gênese democrática da lei⁸⁷.

Movida pela necessidade de preservar a atuação das minorias no processo legislativo como elemento essencial da democracia, a principal crítica desenvolvida relativamente à jurisdição constitucional do processo legislativo diz respeito à sua compatibilidade, ou não, com os princípios da separação entre os Poderes, na medida em que o judiciário estaria interferindo na esfera típica e na atividade típica e eminentemente legislativa.

Sobre isso Bruno Cláudio Penna discorre que o controle preventivo compatibiliza-se plenamente com o princípio da separação dos Poderes no contexto atual do paradigma do Estado Democrático de Direito na medida em que se adota, na verdade, o princípio da especialização de funções⁸⁸. Tal complementaridade, como vimos, seria a concretização do sistema de freios e contrapesos, segundo o qual os Poderes devem intervir um no outro quando atos *interna corporis* “atentam contra as garantias das condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos co-associados⁸⁹”, sejam direitos subjetivos individuais de terceiros, seja de seus próprios membros. Assim, Bruno César vê como necessária a criação de um Tribunal Constitucional, órgão independente, situado fora dos Poderes do Estado, responsável pela jurisdição constitucional.

⁸⁵ BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23.

⁸⁶ BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*, op. cit., p. 40

⁸⁷ *Ibid.*, p.119.

⁸⁸ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p 149.

⁸⁹ *Ibid.*, p 149.

Conclusão

Com a preocupação de manter a democracia nos limites exigidos para sua rigidez e estabilidade, foram criadas instituições que podem ser designadas como dispositivos de conservação de pré-compromissos. A jurisdição constitucional e o processo legislativo teriam essa função de caráter estabilizador, com a finalidade de o Estado Democrático de Direito se autoprotger contra sua tendência de tomar decisões inconsequentes e equívocas. Tais dispositivos tem de lidar com o paradoxo que reside na necessidade de que os limites impostos por um Poder constituinte originário, em um tempo e em um contexto específico, possam valer ante gerações futuras.

Destarte, deve-se reconhecer que entre as funções do Poder Legislativo, também está o controle de constitucionalidade de suas proposições, muito embora esse controle seja de natureza política e, como tal, marcado por larga discricionariedade, a qual, muitas vezes prevalece sobre os aspectos técnico-jurídicos que deveriam nortear o exame de constitucionalidade.

Todavia, embora a atividade legislativa não constitua um sistema linear e unidimensional no qual os atores procedem de forma previsível ou planejada, faz-se forçoso aceitar o fato de que processo legislativo tem conseguido “segurar” alterações no texto constitucional diante de fortes pressões por alterações, relativizando-se a ideia de que o Poder Judiciário seria o único Poder a tratar de controle de constitucionalidade.

Delinear a posição do Poder Legislativo frente a outros Poderes é relevante porque determinados tipos de relações institucionais terminam por influenciar no controle de constitucionalidade previsto no processo legislativo, o que, em certa medida, justificaria ações judiciais invasivas, ou de contrapeso, por parte do Poder Judiciário.

A análise da jurisprudência e da doutrina serviu para conduzir o trabalho no sentido de se indicar de que forma o processo legislativo vem se integrando na conformação de um sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, o resgate da aura constitucional do processo legislativo o faz ser algo mais do que um mero procedimento a serviço da compulsão por produtos legislativos. Esse resgate surge a partir da tomada de visão de que o Estado Democrático de Direito se caracteriza não apenas pela técnica majoritária, mas pelo respeito às minorias contra decisões arbitrárias da maioria, pois esta última não tem,

necessariamente, compromisso com o respeito aos direitos individuais, muito embora possa, eventualmente, servir para protegê-los.

Os julgados do Supremo Tribunal Federal são precedentes que indicam a forma como parte da jurisprudência tem se posicionado: a favor de um controle jurisdicional preventivo das leis; fala-se em controle jurisdicional do processo legislativo, e tem se publicado sobre a admissibilidade de controle de constitucionalidade do processo legislativo.

Vimos que a interação entre os Poderes não é, necessariamente, estranha aos Estados Democráticos de Direito, nem necessariamente prejudicial à democracia porque o funcionamento do processo legislativo pode se mostrar falho, insuficiente ou insatisfatório em defesa dos alijados da representação política⁹⁰. Nesse sentido a percepção de que as decisões políticas podem ser judicializadas transcenderia os contornos de uma democracia calcada apenas na regra majoritária, instaurando um ciclo dialético de legitimação das alterações na Constituição.

Tal ciclo, entretanto, comporta vantagens e desvantagens. Ferreira Filho expõe que;

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 concerne 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 leis⁹¹.

Do exposto, o constante recurso ao Tribunal Constitucional, como forma de solução de conflitos políticos, comporta dois riscos para o Estado Democrático de Direito: de um lado, haveria uma tendência de os conflitos políticos passarem a ser decididos, em terceiro turno, por um órgão de caráter jurisdicional, que não goza da legitimidade que as eleições conferem ao Legislativo e ao Executivo; de outro lado, o Tribunal Constitucional, diante de matérias com alto grau de conflito, acabaria por se

⁹⁰ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da política. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997, p. 149.

⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

afastar das razões jurídicas para decidir de acordo com razões políticas, ditadas pela sua relação de apoio ou oposição à maioria governante⁹².

Em voto proferido no mandado de segurança nº 32033/DF, o Ministro Luiz Fux, examinando a questão por um viés consequencialista, aponta que a judicialização pode ter efeitos deletérios tanto para a atividade parlamentar quanto para a atividade do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o Ministro⁹³:

É que todo parlamentar que, a partir de agora, se opuser ao conteúdo de determinada proposição legislativa, por vislumbrar ofensa a uma cláusula pétreia, demandará a jurisdição desta Corte pela via do mandado de segurança. Se hoje o Tribunal atue como uma espécie de terceiro turno das rodadas parlamentares, em se admitindo o controle material prévio de constitucionalidade de projetos de lei, passará a ocupar o papel que cabe, constitucionalmente, ao Poder Legislativo. Haveria, assim, um aumento exponencial no número de ações e, paulatinamente, o controle judicial repressivo, até então a regra no nosso sistema de controle de constitucionalidade, cederá espaço ao controle judicial preventivo.

Ao final desse trabalho foi possível chegar-se a algumas considerações a respeito do controle de constitucionalidade em propostas de emenda à Constituição.

A primeira delas consiste em afirmar que, no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, o Poder Judiciário não é o dono do controle de constitucionalidade, da mesma forma, o Poder Legislativo não é o dono do processo legislativo.

Verifica-se, também, que o processo legislativo não é um mero procedimento, do contrário ainda estaríamos restritos ao paradigma do Estado de Direito, ou Estado de mero legalismo e não em um Estado Democrático de Direito.

Foi possível perceber que o encaixe do processo legislativo no quadro institucional de judicialização da política acena para uma demanda crescente no sentido de que o processo legislativo também deva responder pela guarda da Constituição. Assim, verifica-se que ele está sujeito a uma maior incidência de duas formas de controle de constitucionalidade: a política e a jurisdicional. Não havendo, portanto, suficiente razão para se apegar demasiadamente a uma teoria de isolamento entre os Poderes quando se trata de controle de constitucionalidade, mas sim em complementaridade de funções.

⁹² MAUÉS, Antônio G. Leitão. BELÉM, Anelice F. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p.31-50, jul./set., 2004, p. 33.

⁹³ *Mandado de Segurança nº 32.033- DF*. Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a função do processo legislativo se aproxima a de um espaço de concretização do sistema de freios e contrapesos, que caracteriza o espírito dos Estados Democráticos de Direito.

Com essa engenharia institucional procura-se instrumentalizar a manutenção dos direitos democráticos e garantir o respeito aos direitos das minorias políticas, mas isso apresenta custos para a governabilidade.

De fato, se nos Estados Democráticos de Direito há uma imanente dispersão de fontes de poder político, e a isso se acrescenta as possibilidades institucionais de se judicializar o processo legislativo; a tomada de decisão política e o processo legislativo referente á propostas de emenda á Constituição tendem a se tornar algo um pouco mais complexo, o que favorece a ideia de rigidez constitucional, com todas as consequências, positivas e negativas, que isso possa ter.

Referências

- ARANTES, Rogério Bastos; KERCHE, Fábio. Judiciário e democracia no Brasil. *Novos Estudos*, n. 54, p. 27-41, jul., 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, jan./mar., 2012.
- _____. Constituição, democracia e supremacia judicial; direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2011/11/Direito-e-pol%C3%ADtica-no-Brasil-contempor%C3%A2neo-Lu%C3%ADs-Roberto-Barroso1.pdf> Acesso em: 12 nov. 2014. 14:00.
- BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- BRASIL *Mandado de Segurança nº 32.033- DF*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.
- BRASIL. Resolução nº 93, de 1970. *Regimento Interno do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal. 2011.
- BRASIL. Resolução nº 17, de 1989. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014.
- BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o estado democrático de direito. In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 188, p. 31-35, jul./dez., 1996.
- BULOS, Uadi Lamêgo. Costume constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n.131, p. 95-107, jul./set., 1996.
- CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n 34, p. 147-156, jun., 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de Poderes. In: TAVAREZ, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs). *Estado constitucional e organização do poder*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265-290.

_____. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Juspodivm, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Orgs). *O Estado de Direito: história, teoria crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 617-664.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 38. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Do processo legislativo*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. *O constituinte*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

LASKI, Harold J. Democracia. *Documentação e atualidade política*. Brasília: UnB/Senado Federal, n. 7, p.16-25, ab./jun., 1978.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e Governo de Coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Orgs). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006, p.237-257.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O STF acorrentado e liberto: um ensaio sobre a intertextualidade constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 203-224.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: Bobbio, Noberto. *Dicionário de Política*. 11. Ed, V.1, Brasília: UnB, 1998, p. 246-258.

MAUÉS, Antônio G. Leitão, BELÉM, Anelice F. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 31-50, julho/setembro, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NEGRI, André del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da Legitimidade Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. *Jurisdição constitucional do processo legislativo: Legitimidade, reinterpretação e remodelagem do sistema no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: O sistema de comissões no Legislativo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 15, n. 43, p. 45-67, jun.2000.

PERTENCE, Sepúlveda. O controle de constitucionalidade das emendas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: crônica de jurisprudência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, jan./fev./mar., 2007. Disponível em: <HTTP:// WWW.direitodeestado.com.br/rede.asp> Acesso em: 04 ago. 2014. 14:00.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, Sebastião Mota. *Controle jurisdicional da lei: O devido processo legislativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAYLOR, Matthew M; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a Judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados - Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v.51, n.4, p. 825-864, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e a sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-94.