

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

**Controle Preventivo de Constitucionalidade: A Jurisdição Constitucional
como Alternativa ao Exercício do Veto Presidencial por Motivo de
Inconstitucionalidade**

Fernanda-Cristinne Rocha De Paula
Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**Controle Preventivo de Constitucionalidade: A Jurisdição Constitucional
como Alternativa ao Exercício do Veto Presidencial por Motivo de
Inconstitucionalidade**

Monografia da Discente
Fernanda-Cristinne Rocha De Paula,
matrícula nº 06/33381, elaborada sob
orientação do professor Dr. **Juliano Zaiden
Benvindo**, como requisito para a conclusão
do curso de graduação em Direito da
Universidade de Brasília.



Janeiro de 2011

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Fernanda-Cristinne Rocha De Paula

Área de Concentração: Direito de Estado (Direito Constitucional)

Data de Apresentação:

Resultado:

Menção:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo – Orientador

Prof. Fernando Acunha

Prof. Leonardo Barbosa

À minha adorável filha,
Melissa, pelas infinitas horas
que a produção deste
trabalho me furtou de sua
companhia.

Agradecimentos

Foram muitas as pessoas que colaboraram para minha formação acadêmica cuja materialização, por hora, consiste neste trabalho de conclusão de curso. Aos primeiros, meus genitores, devo agradecer pelo incondicional apoio durante a minha caminhada universitária. Sem eles, provavelmente, eu não me compreenderia da forma como hoje sou. Aos meus demais familiares, pelo carinho e conforto, tão necessários para minha formação enquanto ser humano.

À minha doce filha, Melissa, que auxiliou em meu crescimento pessoal e em meu amadurecimento. Esta pequena, que já nasceu em meio às discussões jurídicas da academia, foi meu pilar e minha meta quando o cansaço fazia parecer que o fim deste trabalho era apenas uma meta (muito) distante.

Aos meus colegas da UnB, pelas críticas e momentos de descontração, e aos meus pares do grupo de pesquisa *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais* que foram essenciais para o amadurecimento das idéias presentes no estudo, além das contribuições nas publicações de meus artigos e nos questionamentos dos capítulos desenvolvidos. E, finalmente, aos meus professores da Universidade, que me formaram enquanto aluna e que me mostraram o caminho da luz.

Resumo

Partindo do entendimento que o veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade não é ato político, discricionário do Chefe do Executivo, mas, sim, uma forma de controle preventivo de constitucionalidade, o trabalho tem por finalidade maior a discussão da ilegitimidade material do Presidente para analisar vetos jurídicos, bem como a defesa da instituição, no modelo brasileiro, da apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Como insumo à pesquisa, há embasamento teórico no modelo Português de controle preventivo, no qual há determinação constitucional para apreciação de determinados projetos de lei por parte do Tribunal Constitucional – isto é – a transformação do controle preventivo em controle jurisdicional, além da problematização do caso brasileiro por meio da análise da prática legislativa e executiva.

Em última instância, discutem-se as funções institucionais do STF, do Legislativo e do Executivo e de sua reciprocidade com a Constituição, fornecendo noções históricas sobre o veto presidencial, sobre o controle preventivo e a cominação destes institutos no Brasil.

Palavras-Chaves: Controle Preventivo, Constituição, Veto Presidencial, STF.

Abstract

Starting from the premise that the presidential veto for reasons of unconstitutionality is not a political act, of the discretion of the Chief of the Executive Branch, but a mean to preventively control the constitutionality, the paper aims to discuss the material illegitimacy of the President to analyze legal vetoes, as well as the defense of the institution, in the Brazilian model, of the appreciation of the Brazilian Supreme Court (*Supremo Tribunal Federal - STF*).

As a resource to the survey, theoretical fundamentals of the preventive control are provided by the Portuguese model, in which there is a constitutional determination for the appreciation of some given bills by the Constitutional Court – which means – the transformation of the preventive control into jurisdictional control, and the specificity of the Brazilian case, through the analysis of the legislative and executive practices.

At last, the paper discusses the institutional roles of STF, of the Legislative and the Executive Branches and their reciprocity with the Constitution, granting historical notions regarding the presidential veto, the preventive control and the communication among these institutes in Brazil.

Key-words: Preventive Control, Constitutional, Presidential Veto, Brazilian Supreme Court (STF).

Sumário

Introdução.....	09
Capítulo 01 – O Veto Presidencial e a Jurisdição Constitucional.....	13
1. O Controle Preventivo de Constitucionalidade: Breves Considerações.....	13
2. Noções Históricas sobre o Veto Presidencial.....	20
3. O Princípio da Constitucionalidade e o Controle Preventivo.....	30
4. Noções de Direito Comparado: o Controle Português e a Apreciação do Tribunal Constitucional.....	35
Capítulo 02 – Transformando o Veto Presidencial em Controle Preventivo de Constitucionalidade Jurisdicional.	
1. Chefe do Executivo como Guardiã da Constituição: Ilegitimidade Material?.....	43
2. Criando um novo paradigma: A apreciação do Supremo Tribunal Federal como Alternativa de Eficiência ao Estado Brasileiro.....	52
3. Exacerbação Funcional do Supremo Tribunal Federal?.....	
Conclusão.....	
Referências Bibliográficas.....	

Introdução

“a função política da Constituição é colocar limites jurídicos ao exercício do poder e a garantia da Constituição significa que tais limites não serão ultrapassados. E nenhum órgão é menos idôneo para tal controle do que aqueles aos quais a Constituição atribuiu, ao todo ou em parte, o exercício do poder, e que têm em mãos a ocasião jurídica e o estímulo político para violá-la: ninguém pode ser juiz em causa própria.”

Oswaldo Luis Palu

Num cenário de múltiplos enfoques sobre as forças políticas envolvidas no equilíbrio entre os Poderes de Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – temáticas que congregam a interface entre esses Poderes ganham maior notoriedade com a constitucionalização do Estado Democrático de Direito. Isto porque, na medida em que a democracia brasileira se consolida, se evidenciam as dificuldades de manter o equilíbrio entre as demandas da vida em coletividade e a atuação Estatal prestacional, em especial, no âmbito jurídico.

Dentre estas temáticas, incluí-se a análise do instituto do veto presidencial e seus desdobramentos jurídicos. Este trabalho constitui-se, portanto, numa pesquisa sobre o veto presidencial a projetos de lei, em especial, aqueles motivados por inconstitucionalidade. Numa análise superficial, pode aparentar que se trata de um problema sobretudo jurídico. Percebe-se, com o aprofundamento teórico, que a discussão se concentra numa interface entre a Política e o Direito, ambos enquanto ciência.

Tal inferência decorre da completude institucional que o processo legislativo pode desencadear, movimentando os três Poderes na tentativa de construir a base para a organização do Estado: suas leis. Muito embora a expressa relevância da temática, pouco se discutiu em âmbito acadêmico acerca do assunto. A bibliografia utilizada como fonte de pesquisa constituiu-se num amálgama de diferentes fontes. Incluí-se, especialmente, a Ciência Política para elucidar melhor o instituto do veto presidencial.

Esse pouco interesse jurídico pelo tema deve-se ao fato do mesmo ter sido considerado como sobretudo político, escapando das competências clássicas do Direito. No entanto, com as novas posições de competência alcançadas pelo Judiciário e com a influência de outros ordenamentos no contexto brasileiro – destacando o modelo Português e Francês – mostra-se muito atual analisar o controle preventivo em acepção jurisdicional.

Discute-se, especificamente, a inércia do Legislativo para a aceitação ou não do veto presidencial, a legitimidade do Chefe do Executivo para colocar-se como última instância no processo de veto e, por conseguinte, na apreciação da constitucionalidade, além de uma possível atuação do Supremo Tribunal Federal em nome da preservação da Constituição. Visa-se, com isso, a reunião de idéias ligadas à instituição da jurisdição constitucional como forma de garantir um melhor exercício do processo legislativo, contribuindo para um aperfeiçoamento da interação entre os Poderes.

A estrutura deste trabalho acadêmico está organizada em dois capítulos, sendo o primeiro uma abordagem descritiva e, o segundo, uma abordagem crítica. No capítulo descritivo, intitulado de **O Veto Presidencial**, há uma exposição doutrinária acerca do controle preventivo de constitucionalidade, tecendo ponderações históricas sobre este controle e apresentando os conceitos ligados a este ramo do Direito Constitucional.

No item destinado aos comentários sobre veto presidencial, discute-se a importância do instituto para o modelo republicano de separação de poderes, demonstrando o quão tênue é a delimitação das esferas de competência de cada Poder. Busca-se aprofundamento acerca da aplicação do veto e de suas características intrínsecas ao seu exercício.

Ainda neste capítulo, há um tópico que explicita a aplicabilidade do princípio da constitucionalidade – que prevê uma incorporação de toda atividade estatal em harmonia com os preceitos constitucionais, considerando-se para tanto a Constituição como um corpo único – à luz do veto presidencial. Busca-se, portanto, demonstrar a conformidade do veto com as determinações constitucionais para a salvaguarda da Constituição face ao ordenamento jurídico infraconstitucional.

Por último, apresenta-se o modelo de controle preventivo de constitucionalidade em Portugal, defendo a importância da contribuição lusitana para modelo brasileiro, haja vista a reciprocidade entre os sistemas de controle da Constituição. Trazem-se dados interessantes sobre a transformação do veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade, além de outras espécies de projetos de lei, em instrumento de apreciação perante o Tribunal Constitucional, órgão máximo da guarda da Carta Política.

No segundo capítulo, cujo título é **Transformando o Veto Presidencial em Controle Preventivo de Constitucionalidade Jurisdicional**, busca-se uma abordagem crítica a respeito da necessidade de mudança no sistema de veto presidencial brasileiro. Defende-se, em última análise, uma apreciação de projetos de lei vetados por motivo de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal, como forma de respeitar a determinação constitucional de salvaguarda máxima do texto da Constituição.

No primeiro tópico, há a problematização da (i)legitimidade material do Chefe do Executivo para vetar projetos por entende-los inconstitucionais. Faz-se uma diferenciação entre a legitimidade para vetos por interesse público (entendido como perfeitamente aceitável e, inclusive, necessário para a interface de atuação entre Executivo e Legislativo) e para vetos por inconstitucionalidade. Discute-se a legitimidade a partir da prática inercial do Legislativo e da defesa técnica da Constituição.

No segundo item, defende-se expressamente que, a exemplo do modelo português de controle, é acertada a existência de apreciação por parte do Supremo Tribunal Federal em sede de controle preventivo. Isto é, defende-se a jurisdicionalização do veto presidencial jurídico, embasando-se na competência institucional do STF para a defesa técnica da Constituição em última instância.

Por fim, busca-se debater sobre a existência de exacerbação funcional do STF, alegando, para fundamentação, a agigantamento do Judiciário motivado pela inoperância eficaz dos demais poderes de Estado. Finaliza-se o trabalho monográfico concluindo pela inexistência de exacerbação, para a possibilidade de controle preventivo, entendendo que o órgão de cúpula máxima do Judiciário age dentro de mecanismos de salvaguarda da Constituição, sendo esta sua função precípua, em respeito, inclusive, a separação de poderes.

Percebe-se, pelo exposto, que a temática presente na tese estruturada é de extrema importância para um amadurecimento da rede de interação entre os Poderes de Estado. Mais do que isto: é um aprimoramento do processo legislativo brasileiro, que tende a contribuir para uma conformação do ordenamento infraconstitucional, além de promover um sistema jurídico mais estável quando analisado em âmbito de comparação da Carta Política com as leis vigentes no país.

É um tema que sai da alçada exclusiva do mundo jurídico para discutir as bases do Estado, quer seja em âmbito social, quer seja em âmbito político. É, por isso, um trabalho que explora os elementos do exercício da cidadania brasileira, ao passo que contém análises sobre a representatividade, sobre o Executivo e sobre a prestação jurisdicional.

Capítulo 01 – O VETO PRESIDENCIAL E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. O Controle Preventivo de Constitucionalidade: Breves Considerações

Difundiu-se no Brasil, a partir de uma opção política que privilegiou a influência do modelo norte-americano e, posteriormente o germânico-austríaco, um modelo de controle de constitucionalidade *a posteriori*, isto é, a jurisdição constitucional brasileira é exercida sob o ordenamento jurídico já positivado.

Inicialmente, o sistema presente nos Estados Unidos da América, que inaugurou no jurídico mundial um controle difuso de normas, foi responsável por influenciar a adoção, pelo Brasil, de um controle de constitucionalidade que se desenvolvia dentro de uma questão processual já formalizada e com a demonstração de interesse inter partes. É, portanto, um sistema no qual a existência de litígio judicial é condição precípua para que se exerça um controle de constitucionalidade.

Em um segundo momento, em meados do século XX, ocorreu um movimento de influência das idéias germânico-austríacas de modelo de controle abstrato de normas, no qual não havia necessidade de uma lei estar afetando a aferição de direitos subjetivos, sendo necessária, apenas, a existência de controvérsia objetiva para que se pudesse questionar a constitucionalidade de uma lei. Infere-se, pelo exposto, que o controle abstrato (europeu continental) é exercido de forma concentrada, por meio do questionamento da constitucionalidade de leis com efeitos estendidos a todos os jurisdicionados.

Adotou-se, então, a partir da Constituição de 1967, com a EC 1/69, o que a doutrina denomina de *modelo misto de controle*¹, que se caracteriza pela adoção de ambos os modelos mundiais de controle de constitucionalidade, criando um sistema que permite o controle difuso, que surge a partir de uma situação processual factível, e que ao mesmo tempo, permite um controle abstrato de normas, legitimando constitucionalmente alguns

¹ (MENDES, 2008, p. 398)

atores sociais aos quais são conferidos direitos de questionar normas frente ao dispositivo da Constituição.

Depreende-se da realidade constitucional contemporânea que, embora o Brasil seja qualificado como um paradigma internacional no modelo de controle de constitucionalidade, por ser capaz de abarcar dois sistemas diferentes, criando uma aquarela de possibilidades de controle – o que, em certa medida, confere maior estabilidade ao sistema brasileiro – o mesmo dedicou-se, tão somente, a exercer um controle de constitucionalidade posterior. Quer dizer: questiona-se a constitucionalidade de leis que já estão vigentes no ordenamento ou, de forma excepcional, a utilização do Mandado de Segurança para questões formais durante o processo legislativo. Ambos os modelos apenas são acionados quando já existe uma norma em vigor ou quando há desrespeito ao processo legislativo enquanto procedimento administrativo.

A complexidade das questões que envolvem o Direito, entretanto, impõe aos intérpretes do ordenamento que analisem situações eminentes, que formalmente não poderiam (ainda) serem avaliadas, mas que necessitam de uma orientação jurídica capaz de dirimir a vida social e seus desdobramentos. Nessa seara, ganha destaque o controle preventivo de constitucionalidade, que se apresenta bastante desenvolvido em alguns países, especialmente nos de tradição francesa, ou que tem se expressado de forma tímida naqueles de forte tradição de controle concreto e abstrato, excetuando-se Portugal.

Caracterizando o Controle Preventivo

O controle preventivo de constitucionalidade é, em verdade, uma conformação que se dá ao ordenamento jurídico em produção, antes mesmo que as normas sejam capazes de produzir efeitos, a exemplo daquelas já positivadas. É uma opção por analisar as leis quando as mesmas ainda estão em processo de elaboração. Ou, ainda, nas palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

“caracteriza essa modalidade de controle o momento em que atua. Contrapondo-se ao chamado controle sucessivo, relaciona-se ao momento da formação dos atos ou dos comportamentos sob controle.

Assim, o controle prévio é aquele que se exerce antes de concluído o processo de formação do comportamento ou do ato, inclusive no que pertine à sua efetiva execução.”²

O controle de constitucionalidade preventivo é uma forma de atuação jurídica sobre o ordenamento que ainda está em processo de elaboração, isto é, exercendo-o sob atos não aperfeiçoados pela execução.

Em relação às modalidades de controle preventivo, destacam-se o controle preventivo **material** e o **formal**. Este versa sobre a observância ao procedimento formal que deve ser seguido para a correta conformação de leis. Já aquele versa sobre o exame do conteúdo material do ato em relação ao texto constitucional, quer dizer, incide sobre o conteúdo da norma em elaboração e sua relação e compatibilidade com a Constituição.

Na França, por exemplo, o controle de constitucionalidade das leis é exercido de forma prévia, quase que exclusivamente (art. 61 da Constituição Francesa de 1958). Embora inúmeros autores questionem o modelo francês a partir de seu caráter político exarcebado, predomina na doutrina a caracterização do mesmo enquanto controle jurisdicional (Philippe Ardant e sua defesa de que “*est um organe juridictionnel*”), sendo curioso ressaltar que o órgão que exerce a jurisdição é o Senado, por meio do Conselho Constitucional. Tal posição parece bastante acertada e coerente dentro da lógica do modelo francês, já que existe independência em relação aos procedimentos seguidos pelo Conselho, sendo estes técnicos e não estritamente políticos.

Ainda sobre esse modelo, paradigma mundial no que concerne a controle preventivo, é imperioso ressaltar que a Constituição Francesa abriga dois tipos de controle preventivo: o facultativo e o obrigatório. No primeiro, usual inclusive em outros ordenamentos, algumas autoridades têm a atribuição discricionária de suscitar o controle sobre normas em elaboração. No segundo, há obrigatoriedade de pronunciamento do Conselho Constitucional, para que se deslinde o processo legislativo. É o caso das leis orgânicas e regimentos parlamentares.

² (FERRAZ, 1999, p. 281)

Assume-se, portanto, que determinados projetos de lei franceses versam sobre matérias tão fundamentalmente importantes que a proteção constitucional, por meio de controle preventivo, se revela obrigatória. O constituinte originário, neste exemplo, elegeu um rol de situações materiais no qual o texto constitucional deve ser salvaguardado de forma absoluta, o que se exerce a partir da apreciação do Conselho.

Controle Jurídico e Controle Político

No Direito Pátrio, vale frisar, não se pode falar em um controle preventivo judicial de constitucionalidade, isto é, o controle prévio é eminentemente político, podendo ser exercido de duas formas: por meio da assessoria técnica do Poder Legislativo (o que a doutrina denomina de controle preventivo interno³), que tem seu maior expoente nas comissões de Constituição e Justiça das casas do Congresso Nacional; e, ainda, por meio do Poder Executivo, a partir do exercício do veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade ou interesse público disciplinado no art. 66, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Resta interessante, por isso mesmo, explicitar uma diferenciação entre o controle político e o controle jurisdicional. Nas palavras de Oswaldo Palu,

“o controle político tem nota de ser exercido pelo próprio órgão criador da norma ou outro ad hoc, as sem garantias de independência, normalmente preventivo e largamente discricionário. O controle jurisdicional tem como características ser exercido por órgãos com garantia de independência (ou pelo Poder Judiciário), não partícipes da criação da lei, agindo provocada, definitiva e em geral sucessivamente a publicação da lei (a Constituição deve prevalecer sobre as leis que já estão editadas), bem como por se utilizar de um modo técnico-jurídico para dirimir a questão

³ (FERRAZ, 1999, p. 283)

*(processualizar a decisão) com pouca discricionariedade em relação às opções advindas do processo de controle.*⁴ (GRIFO)

De forma simplista, diz-se que o controle político é aquele exercido por órgãos que tem em sua composição o elemento do político como preponderante. Ou, por exclusão, é o controle que não é exercido pelo Judiciário. Não se pretende aqui, por enquanto, questionar se age também o Judiciário como julgador eminentemente político. A distinção clássica entre o controle jurisdicional e o político está sobre a figura que exerce o controle e o caráter tradicional de suas decisões.

Não resta dúvida de que, muito embora sejam passíveis de questionamento o caráter político-jurídico das decisões judiciais, especialmente as provenientes do Supremo Tribunal, elas são, antes de tudo, decisões técnicas, legitimadas a partir de um procedimento que é constitucionalmente previsto e resguardado.

Controle Preventivo Legislativo

A CCJR e a CCJC (ambas comissões parlamentares permanentes) se configuram, regimentalmente, como um corpo que visa a apuração técnica dos temas de sua competência, sendo a mais importante a verificação de constitucionalidade dos projetos de lei submetidos a sua análise. É válido frisar que as comissões se pronunciam ainda sobre outras searas, emitindo pareceres quando provocada, ainda que não verse diretamente sobre projetos de lei ou emenda constitucional⁵.

Há, ainda, previsão no RI para que seja dispensada, parcialmente, a apreciação pelas Comissões e que a temática da constitucionalidade seja discutida em Plenário. Isso ocorre quando há urgência na deliberação e, nesses casos, há alguns representantes das Comissões que se pronunciam, de forma célere, a respeito da pauta.

⁴ (PALU, 2001, p. 98).

⁵ (AZEVEDO, 2001, P. 65).

Deve-se lembrar que os pressupostos da requisição de urgência são constitucionalmente disciplinados e que é o Presidente da República que inicia este processo legislativo.

Controle Preventivo Executivo

Como mencionado (p. 03), exerce também controle preventivo o Poder Executivo ao vetar projetos de lei que são repassados ao Presidente para sanção. Por motivo de inconstitucionalidade ou interesse público, o Chefe do Executivo tem o poder discricionário de controlar, em última análise, o processo legislativo, emitindo parecer justificativo, que é feito pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil.

Ressalva-se que há, neste estudo, capítulo específico para tratar de veto presidencial, cabendo aqui apenas uma breve consideração sobre a temática, com o intuito de explicitar o veto como modalidade de controle preventivo (político) de constitucionalidade.

Momento da Intervenção

Questão controversa é momento da intervenção preventiva no controle jurisdicional de constitucionalidade. Consagraram-se em âmbito mundial duas formas⁶: (a) entre o lapso de tempo entre a votação do projeto de lei pelo Congresso e a sanção/promulgação pelo Chefe do Executivo e (b) entre o lapso temporal da publicação da lei e sua efetiva publicação na imprensa oficial.

O segundo caso foi adotado pela Alemanha (Tribunal Federal Constitucional), mas configura-se isoladamente na Europa continental. O primeiro caso, mais comumente aplicado, é o que ocorre na França e em Portugal. Quanto ao momento da intervenção resta, por fim, explicar ser mais coerente o prazo no qual a lei ainda não entrou em vigor – isto é, em oportunidade anterior a promulgação. Isto porque, desta forma, há menor vinculação com o processo de elaboração da norma, uma vez que a jurisdição

⁶ (LOBATO, 1994, p. 39).

constitucional se pronuncia apenas sob norma completamente formada, pendente apenas de sanção, além de atender ao fim máximo do controle preventivo: zelar pela constitucionalidade de normas que ainda não produzem efeitos no mundo jurídico, a fim de que elas não nasçam emanadas de vícios incorrigíveis, tornando o sistema ainda mais coeso.

Em outros sistemas jurídicos, cita-se o vigente em Costa Rica, o controle preventivo de constitucionalidade acopla modelo político e jurisdicional. No texto constitucional, há previsão de veto executivo a projetos de lei, devendo a Assembléia Legislativa rejeitar ou não o pedido de veto, sendo que, no caso de ratificação, há necessidade de parecer jurídico da Corte Constitucional a respeito da temática. É curioso frisar, a partir do exemplo, a possibilidade da coexistência entre modelos supracitados, na tentativa de melhor tutelar a Constituição frente ao ordenamento infraconstitucional.

Sob o pretexto de possuir esta característica fortemente política, a doutrina jurídica não conferiu grandes estudos ao controle preventivo, já que o mesmo não é exercido a partir da jurisdição constitucional. O controle político de constitucionalidade tem seu fundamento ligado ao princípio rousseauísta⁷ da “lei enquanto expressão da vontade geral”, o que justifica, em parte, o distanciamento jurídico em relação à temática. Ressalta-se, por fim, que o controle político é composto de suas características essenciais, a saber: (a) o exercício por órgão de natureza política e (b) o método de discussão e de tomada de decisão no interior do órgão de controle.

Posicionamento do Judiciário Brasileiro

Observa-se, no entanto, uma modesta provocação do Judiciário a se pronunciar sobre questões que envolvam projetos de leis, o que pode ser compreendido como uma demonstração da necessidade de se ampliar algumas pontuais competências do Judiciário. Ainda que não tenha sido provocado a se manifestar sobre a materialidade das leis em elaboração, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar em alguns Mandados de Segurança, que foram impetrados por parlamentares com a finalidade de observância ao

⁷ (LOBATO, 1994, p.37).

devido processo legislativo, analisando, com isso, questões procedimentais em respeito ao Regimento Interno das Casas Legislativas.

Percebe-se, apesar do disposto, que há espaço para se questionar o papel do Judiciário brasileiro no que tange ao controle preventivo. Isto porque, embora o mesmo seja exercido com forte cunho político (o que será discutido apropriadamente neste trabalho), a Constituição – em uma tentativa de auto-proteção – determinou que as leis fossem analisadas (sua procedência e pertinência) segundo critérios políticos e **técnicos**.

No exercício do controle preventivo de constitucionalidade por meio do Poder Executivo, a partir do veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade, pode-se inferir uma vontade legislativa originária de preservação do ordenamento infraconstitucional, que deve estar em conformidade com o texto da Carta Política. Mas este controle é apenas político? Há interesse de que seja preservada a Constituição em sentido técnico-jurídico? E é assim que o Executivo se comporta frente à imposição Constitucional? Tais respostas se desenvolvem, na verdade, numa antecipação ao questionamento do papel do poder Judiciário enquanto guardião técnico da Constituição.

Em teoria, a afirmação predominante é a não admissibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre projeto de leis em tramitação. Isto decorre, em especial, da forma como a Constituição disciplinou e dividiu as competências entre os poderes que formam o Estado, delegando ao Judiciário o exercício de apreciação *a posteriori*.

Em Portugal, por exemplo, há no texto constitucional a possibilidade de apreciação pelo Tribunal Constitucional de alguns atos normativos de forma prévia, isto é, há controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade. Este tipo de controle cabe, apenas, para três tipos de normas, a saber: *decretos, proposta de veto e reabertura de processo legislativo*.⁸ Em momento oportuno, será discutido sobre a conformação do controle prévio em Portugal e como esse modelo pode influenciar o Brasil, a partir da herança lusófona.

Conclui-se, portanto, que muito embora o controle preventivo (judicial) de constitucionalidade ainda não seja palpável no ordenamento jurídico brasileiro, seu

⁸ (CANOTILHO, 1993, p. 1082)

desenvolvimento pode vir a ser conseqüência natural de um processo de aprimoramento da função legislativa no Brasil. Quanto mais denso e complexo se torna o sistema, mais respostas jurídicas se fazem necessárias para permitir evolução nacional.

2. Noções Históricas sobre o Veto Presidencial

O veto presidencial, que pode ser conceituado como instituto político a exercício do Chefe do Poder Executivo, consistindo na suspensão ou interrupção da execução do processo legislativo, é uma competência discricionária que pode ser exercida sob a integralidade ou parcialidade da norma em processo de finalização. Vale dizer, como já mencionado, que na (quase) totalidade dos sistemas democráticos que contemplam o veto presidencial, o mesmo é exercido de forma relativa (o chamado veto suspensivo) e não absoluta, isto é, há a possibilidade de reexame do veto pelo Poder Legislativo.

É, portanto, um instrumento de destreza democrática, já que se dispõe a controlar, por fim, o processo legislativo em epígrafe, na tentativa de preservar a Constituição (veto por motivo de inconstitucionalidade, veto jurídico) e o interesse público (incumbência estrita do poder executivo, veto político). É, ainda, a possibilidade de contornar, em parte, o poder exacerbado do Legislativo, permitindo ao Chefe do Executivo atuar no processo legislativo e não tornar-se mero executor das leis (idéia da existência da ditadura do Legislativo).

O veto, enquanto ato político-jurídico-legislativo, tem várias finalidades, a saber⁹: impedir os excessos e abusos do Congresso (como materialização daquilo que já previa Montesquieu no século XVII); aperfeiçoar e resguardar o bom funcionamento do processo legislativo, na medida em que obriga o Poder Legislativo a rever sua produção legiferante no todo ou em parte; e, por último (e mais relevante), preservar o interesse público das questões que são estritamente políticas e que podem desconsiderar o fim maior do povo, isto é, proteger a nação em seus anseios que podem não ser atendidos devido a pressões de grupos e particulares, o que é comum nas atividades do Legislativo.

Natureza do Veto Presidencial: Ato Legislativo *versus* Ato Executivo

Quanto à natureza do veto presidencial, discuti-se na doutrina a adequada caracterização do instituto, quer seja enquanto ato legislativo quer seja enquanto ato

⁹ (RODRIGUES, 1981, p. 33).

administrativo, típico da função executiva. Faz-se necessário aduzir que todo ato realizado pelo Poder Executivo na incumbência de suas funções é, em âmbito jurídico, conceituado como um ato administrativo. A discussão é, portanto, acerca da natureza do ato, em seu caráter de mérito e não apenas formal.

A parcela da doutrina que entende o veto como ato legislativo defende que a função precípua do Poder Executivo é administrar segundo as leis e normas já em perfeita vigência. A atividade executiva só se inicia depois da perfeita materialização da função legislativa, sendo o veto, portanto um seguimento de finalização do processo legislativo. *“Ele (o veto) revela uma decisão de natureza legislativa influenciando negativamente a formação da lei. Sanção e veto são, por conseguinte, atos de natureza decisória.”*¹⁰

A maior parcela da doutrina brasileira entende o veto como ato legislativo. A Constituição brasileira, inclusive, disciplina a questão em seu art. 66, que está dentro do Capítulo de Processo Legislativo. Mais acertada parece esta primeira posição, vez que se percebe que o veto foi implementado para que um poder pudesse controlar o outro em suas atividades, aprimorando as funções do Estado e completando um processo que de forma técnica – função legiferante enquanto função interna e típica do Poder Legislativo – ainda não se findou. O Presidente, portanto, colabora para a formação da lei.

O Supremo Tribunal Federal, para se esquivar da apreciação do veto presidencial, invocou o entendimento de que o instituto é um ato legislativo, não estando, por isso mesmo, passível ao controle judicial. No Mandado de Segurança (MS) nº 5849 de 1958, Relator Ministro Ribeiro Costa, há o seguinte, na ementa:

*“Ementa: (...) O Veto integra o processo legislativo, sem solução de continuidade; se a sua matéria cabe ao órgão legislativo, pela mesma razão lhe caberá dizer se foi excedido ou não o prazo relativo à devolução do projeto de lei; não cabe, pois, ao Poder Judiciário, pronunciar-se a respeito, antes de manifestar o órgão legislativo.”*¹¹

¹⁰ (FERREIRA *apud* SOARES, 2003, p. 243)

¹¹ MS nº 5849/ 58.

Entende-se, no entanto, que a classificação do veto presidencial como ato legislativo não obsta a apreciação do mesmo pelo STF, como será analisado neste estudo. Isto porque, apesar de ser um ato legislativo, é, sobretudo, um ato jurídico, que tem conseqüências para o mundo do Direito, merecendo o devido exame.

Para a outra corrente, que acredita ser o veto um ato estritamente executivo, predomina o entendimento de que as funções legislativas estão concentradas no Congresso Nacional. O Chefe do Executivo, para eles, não está legislando, ou aperfeiçoando um processo, mas sim solicitando uma nova apreciação do feito, para melhor atender os interesses da *nação* ou, ainda, manter a conformidade com o texto da Constituição.

Como essa faculdade de solicitar nova apreciação se qualifica, na verdade, como um poder do Presidente, estando dentro da órbita de competências inerentes a função, o entendimento é que seja, portanto, um ato executivo. Explica-se: “*Logo, se a essência desse Poder é executiva, tal circunstância se estende a todos os atos oriundos do mesmo Poder, os quais, pela sua origem, nascem com a natureza executiva*”¹² Dentre os autores que defendem tal posicionamento está Ernesto Rodrigues, reiteradamente citado neste estudo.

Apóiam-se, ainda, no entendimento da Suprema Corte Americana, que em um de seus julgados (*Edwards v. United States*) afirma que a função de aprovar uma lei não faz com que o Executivo seja parte integrante do Poder Legislativo. Muito pelo contrário. Exatamente por agir com uma prerrogativa diferente, sendo de um poder de Estado distinto, é que lhe é concedido ratificar ou retificar a lei em processo de elaboração.

Poder ou Direito?

Há, ainda, discussão na doutrina a respeito da natureza jurídica do veto presidencial: é o veto um direito ou um poder do Presidente? Como manifestado pelas expressões aqui utilizadas, entende-se, neste trabalho, o veto presidencial como um poder

¹² (RODRIGUES, 1993, p. 55)

do Presidente, incluído no rol dos poderes discricionários do Chefe do Executivo. Nessa mesma esteira de entendimento, posicionam-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Miguel Reale. Nos defensores do enquadramento do veto como um direito, vincula-se, especialmente, Pontes de Miranda.¹³

Novamente, o ponto central que confere importância a essa classificação para o estudo aqui traçado é a discussão sobre uma possível apreciação judicial da questão. Sendo o veto um direito, está por isso mais próximo de uma apreciação judicial? Ou sendo um Poder, constitui entrave a jurisdição constitucional? De fato, ainda que a defesa seja pelo entendimento de que o veto é um poder, não há obstáculos materiais à apreciação, pois, como já defendido, um veto é, sobretudo, um ato jurídico, já que gera consequências jurídicas previstas em lei (possui efeitos jurídicos para o ordenamento).

Evolução Histórica do Veto

Historicamente, o veto surgiu como exercício do devido funcionamento da máquina estatal e da produção de leis. Quer dizer: é uma modalidade de freios, que se materializa pela ingerência de um Poder de Estado sobre o outro, com o interesse maior de coibir abusos e excessos, garantindo um ideal democrático. Nas palavras de Pinto Ferreira (*apud* SOARES¹⁴): “o veto apareceu historicamente como uma recusa de sanção do Chefe do Poder Executivo a um projeto de lei aprovado pelo Parlamento. Surgiu como um instrumento de defesa do Executivo contra a prepotência da vontade parlamentar.”

Percebe-se que o veto é um instrumento característico do sistema presidencialista, já que neste não é possível que o Executivo interfira de forma direta no processo legislativo. Nos países de tradição parlamentarista, caso da Inglaterra, o veto não faz sentido, devido ao fato de que neste tipo de sistema o processo de formação das leis é resultado da colaboração entre o Poder Legislativo e Poder Executivo, que propõe leis, as discute, integrando ativamente o processo.

¹³ (RODRIGUES, 1993, p. 63)

¹⁴ (SOARES, 2003, p. 243)

Anota-se, ainda, que foi a mesma Inglaterra, em sua experiência presidencialista de 1701, que instaurou no mundo ocidental a figura do veto, ainda na Idade Moderna. Mas que somente com a experiência norte-americana do final do século XVIII é que se passou a ter relevância o poder dado ao Presidente. Diz parcela da doutrina que o veto presidencial é o análogo, do sistema presidencialista, do poder de dissolução do Congresso, típico do sistema parlamentar, já que ambos os institutos se configuram como forma de atuação negativa do Executivo sobre o Legislativo.

No entanto, após a difusão da ideologia do *Welfare State* e da concretização do Estado Social como instrumento intervencionista da ação do Poder Executivo, o veto presidencial ganhou novas conformações. Isto porque, nessa acepção de papel Estatal, o ideal nacional da ingerência na vida dos cidadãos se concretiza a partir das ações de governamentais, o que acaba por confundir a figura do Estado com a figura do Governo.

Como no sistema presidencialista o Chefe do Executivo e de Estado se materializam na pessoa do Presidente, com o crescimento do poder do Estado, conseqüentemente, cresce em conjunto o poder a ele atribuído, isso fez com que, em meados do século XX, o veto presidencial deixasse de ser exclusivamente uma atuação negativa e passasse a ser atuação positiva. A função do veto não era, agora, tão somente inibir os excessos do Legislativo, mas também conduzir os negócios do Estado, fazendo pressão política e servindo de arma de negociação entre Executivo e Legislativo.

Acerca desta transformação, permitida a partir da concretização do Estado social, diz SOARES em seus estudos: “*Levado pelo intervencionismo de Estado, o veto fortaleceu enormemente a atuação do Chefe do Executivo nos nossos dias.*”¹⁵

Montesquieu e o Veto

Em sua tão revisitada teoria, que previa a defesa da separação de poderes de Estado como alternativa ao funcionamento adequado do mesmo, Montesquieu entendia

¹⁵ (SOARES, 2003, p. 246)

que o equilíbrio, a harmonia entre os poderes se daria quando existissem mecanismos de controle um sobre o outro, para nenhum deles se tornasse déspota em relação ao outro.

Especificamente sobre o veto presidencial, o ilustre autor afirma¹⁶:

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

O Veto no Brasil: Considerações Históricas

Afirma-se que, no Brasil, há duas prováveis origens para o veto: uma européia, que se materializou no Brasil-Império – vale ressaltar que o estudo em epígrafe não se ocupará do veto pré-republicano – e uma norte-americana, que perdura até a Constituição vigente, isto é, em todo o Brasil-República.

A Constituição Imperial de 1824 não contemplava nenhum tipo de controle de constitucionalidade repressivo, apenas preventivo, por meio de seu art. 64, que preconizava que o Imperador detinha poder para apreciar projeto de lei ao seu próprio tempo. Não significava o veto tal qual se aplica hoje, mas, de forma embrionária, era um modelo no qual o Chefe do Executivo interferia no processo legislativo, paralisando-o.

Desde a Constituição Republicana, em 1891, o Brasil vem, ininterruptamente, contemplando a possibilidade de exercício do veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade. Frisa-se que, em todos os casos, o veto presidencial se

¹⁶ (MONTESQUIEU *apud* SOARES, 2003, p. 245)

desdobra como um instituto passível de superação, já que sempre existiu a possibilidade de rejeição do veto pelo congresso nacional. O veto não é, portanto, absoluto, mas sim relativo e superável¹⁷.

No texto constitucional de 1891 não havia expressamente o vernáculo veto. Contudo, por meio do disposto no art. 37, § 1º deste texto, estabelecia-se o poder de negar sanção a projetos de lei ao Presidente. Faz-se necessário esclarecer que a negatória da sanção é uma das modalidades de veto. Por força da reforma de 1926 surgiu não só, expressamente, o veto, mas também seu exercício de forma parcial.

A Constituição de 1934 manteve o veto tal qual expresso na Constituição anterior. Vinha, neste texto, contemplado pelo art. 45, *caput*. A única inovação de que se pode falar, em termos constitucionais, em relação ao texto anterior é uma alteração procedimental: enquanto que em 1891 o veto era votado, no Congresso, em sessão conjunta, em 1934 havia previsão de que houvesse votação em separado, em cada uma das Câmaras, sendo a votação realizada por maioria absoluta.¹⁸

A Constituição de 1937 manteve o instituto do veto presidencial em seu art. 66, § 1º. Em relação a alterações, inovou apenas no prazo para exercício do veto, que passou de 10 dias para 30 dias. É válido ressaltar que, embora estivesse expressa a possibilidade de veto, o mesmo se configurava como instrumento sem uso, enfadonho. Isto porque o texto constitucional em epígrafe é resultado de regime ditatorial, que engrandeceu consideravelmente as possibilidades de atuação do Presidente no processo legislativo. Podendo atuar de forma (quase) absoluta no País, não havia necessidade de vetar projetos de lei, uma vez que os mesmos chegavam à sanção já em completo compasso com os interesses de Getúlio Vargas.

A Constituição de 1946, por meio de seu art. 70, § 1º, retomou as considerações da Constituição de 1891 no que concerne ao veto. Manteve as possibilidades apregoadas no texto constitucional anterior (1934), mas simplificou bastante o processo de tramitação do veto presidencial no Legislativo. Interessante se faz ressaltar que entre 1961

¹⁷ (FERRAZ, 1999, p. 289)

¹⁸ (RODRIGUES, 1993, p. 155)

e 1963 o Brasil vivenciou uma experiência parlamentarista, muito embora se restasse mantido o veto presidencial.

Na Constituição de 1967 o veto estava igualmente inscrito no texto da Carta Política, por força do art. 62, § 1º. Com a Emenda Constituição de 1969, houve grande alteração na Constituição, como consequência do implemento do regime ditatorial militar, passando o veto a ser disciplinado no art. 59, § 1º. Entre as mudanças, cita-se o aumento do prazo para que o Presidente vetasse, parcial ou totalmente, um projeto de lei, passando para 15 dias.

A Constituição de 1988, marcada pelo retorno ao regime democrático, é a grande inovação, quando considerada as demais Constituições brasileiras, no que tange ao veto presidencial. Primeiramente, por disciplinar que o veto presidencial seria apreciado pelo Congresso Nacional sob a prerrogativa de escrutínio secreto. Isto porque, à época, buscava-se uma independência do Legislativo em relação ao Executivo, como consolidação da autonomia dos Poderes de Estado, retomada a partir do fim da Ditadura.

Outro ponto interessante foi à importância dada ao veto presidencial no processo legislativo: os prazos para apreciação indicam o veto como medida urgente, sendo menos urgente, somente, do que as medidas provisórias, consideradas urgentíssimas.¹⁹

(a) Veto por Interesse Público

O veto presidencial por motivo interesse público é também chamado de “veto por inconveniência” por ser característico quando não há adequação da produção legislativa ao programa de governo adotado pelo Executivo. Explica-se: o veto por interesse público é a maneira que o Executivo encontrou de, constitucionalmente, adequar as novas leis ao seu plano de gestão. Percebe-se, portanto, que o veto pelo motivo em epígrafe é a transcendência da simples contenção dos excessos do Legislativo, mas sim um exercício político forte. Considera-se que o Presidente, ao vetar um projeto de lei por

¹⁹ (RODRIGUES, 1993, p. 163)

motivo de não adequação ao interesse público, está, assim, a ditar a interação entre Legislativo e Executivo em prol de um fim estatal maior.

Não se questiona, neste estudo, a legitimidade do Presidente para atuar em nome do interesse público, já que uma das funções precípua do cargo é agir de acordo com este mesmo interesse, uma vez que as eleições (seguidas do apoio popular da continuidade do mandato) são o maior expoente da vontade popular. Este tipo de veto é, portanto, eminentemente político. Embora seja uma temática interessante e fértil para o campo da Ciência Política, a concentração dessa monografia é no veto jurídico.

(b) Veto por Inconstitucionalidade

Também conhecido pelo nome de veto jurídico, o veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade é uma prerrogativa do Presidente da República (disciplinado constitucionalmente no art. 66, §1º) para que atue no sentido de preservar a Constituição do constituinte derivado. Explica-se: é uma assertiva que visa à compatibilidade entre a produção normativa derivada em relação ao texto constitucional originário, zelando pela sua conformação.

Conhecido como veto jurídico, esta modalidade de exercício do poder de veto guarda, portanto, não só as aspirações de compatibilidade entre a Constituição e o seu entendimento a partir de seus intérpretes contemporâneos, mas visa preservar a Constituição também em sentido técnico. O Presidente, ao exercer seu poder de veto por inconstitucionalidade, deve visar à defesa da Carta Maior, ainda que, aparentemente, não estejam consolidados ali os interesses de governo e gestão. Pelo exposto, depreende-se que esta modalidade resguarda o texto constitucional, entendendo o mesmo como o norte máximo da orientação legislativa nacional.

Entendendo o Veto Presidencial como Ato Jurídico

Atos jurídicos²⁰ são aqueles praticados na vida em coletividade que dizem respeito a interesses juridicamente relevantes e, portanto, protegidos. São as ações e omissões que, ao serem desempenhadas, são capazes de gerar conseqüências no mundo do Direito. O veto presidencial – não se considerando aqui a natureza legislativa ou executiva que também o caracterizam – é, sobretudo, um ato jurídico, que interfere diretamente no ordenamento, especialmente na consolidação do ordenamento em elaboração.

Ao expressar seu desejo de veto parcial ou integral sobre o texto de uma lei em elaboração, o Presidente desenvolve um papel de ator do processo de conformação do ordenamento pátrio, o que impõe várias conseqüências para o Direito. Ademais, o veto goza de uma proteção máxima quando analisado sobre a égide do sistema constitucional brasileiro: o instituto é uma imposição constitucional, previsto de forma expresse no texto da Carta Política, sendo utilizado, quando por motivação de inconstitucionalidade, para a defesa desse mesmo texto constitucional.

O veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade é, portanto, um ato jurídico de controle que serve como instrumento de proteção da Constituição, tanto em acepção política, entendendo que todos os atos jurídicos decisórios guardam uma natureza política, quanto em acepção técnica, pois tutela-se a Constituição em sua característica formal, além de material.

Por ser também um ato jurídico, infere-se que a guarda da Constituição pressupõe uma defesa técnica, que necessita de um procedimento que seja adequado à disposição constitucional. Por este motivo, um simples parecer jurídico emitido em nome do Presidente da República, que é referendado ou não pelo Congresso Nacional, não pode ser um instrumento hábil para essa defesa específica. Quando comparado aos procedimentos utilizados pelo Judiciário, para aferição da constitucionalidade, especialmente aqueles com tramite no STF, mais se depreende o quão simplista e inadequado é o controle exercido pelo Presidente.

Não há neste estudo a intenção de questionar o que prevê a Constituição: entende-se que em regimes democráticos republicanos, nos quais há uma boa maturidade

²⁰ Não se pretende esgotar a conceituação sobre a temática “ato jurídico”. Visa-se, apenas, elucidar a questão dentro do Direito Constitucional e Administrativo para melhor situar a discussão do veto para o Direito.

de separação entre os Poderes de Estado, o veto presidencial se mostra importante e eficaz para suscitar a defesa do texto constitucional e o bom funcionamento do Estado e de seus aparelhos, permitindo uma conexão entre o Legislativo e o Executivo. Em outras palavras, há aqui uma defesa do instituto veto com uma crítica a forma como o mesmo é exercido e a sua falta de aperfeiçoamento.

No Brasil, infelizmente, o instrumento é falho devido a pouca seriedade com que o Congresso Nacional entende o poder discricionário de veto pelo Presidente. Como será abordado mais adiante, não é de costume do CN rejeitar vetos presidenciais, tendo as Casas, reiteradamente, adotado a manutenção dos vetos.

Infere-se, pelo exposto e pela especificidade da matéria, além de sua relevância para o Estado Constitucional de Direito Brasileiro, que há, de fato, uma insuficiência técnica por parte do Presidente da República e de sua equipe técnica – a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil – para aplicarem o veto enquanto última instância de decisão do controle preventivo de constitucionalidade. Isto porque, muito embora haja previsão de revisão pelo CN, não se desenvolveu esse costume.

Essa temática expõe, por fim, um fato alarmante pouco dedicado na doutrina jurídica: o Chefe do Executivo tem sido (grifa-se: pela inércia parlamentar) a instância máxima do controle de constitucionalidade dos projetos de lei brasileiros. Essa constatação traz por consequência a indagação da vontade do constituinte originário na defesa do texto constitucional pelo Executivo.

Estaria o legislador primário ciente do poder máximo levado ao Presidente em cede de controle preventivo? E isso, embora formalmente constitucional, é materialmente legítimo? Se em controle de constitucionalidade *a posteriori* foi dada competência exclusiva ao Judiciário, por analogia, também não seria cabível em controle preventivo? Não é esta a função precípua do Supremo Tribunal Federal: zelar, como autoridade máxima no país, pela proteção da Constituição e pela sua conformidade com o ordenamento?

3. O Princípio da Constitucionalidade e o Controle Preventivo

A formação do modelo atual de Estado se configura como uma evolução histórica de modelos que se superaram e agregaram valores manifestos da transformação que a sociedade sofreu, quer seja por meio de suas escolhas políticas, quer seja pela evolução da própria concepção filosófica do homem e de sua inserção na coletividade. Desde o Estado Liberal – marco inicial do paradigma moderno – até o Estado Constitucional de Direito, observa-se um aprofundamento da tutela estatal, capaz de redefinir o próprio Estado e sua configuração frente às demandas da sociedade.

É neste cenário, de constante modificação social, que o Direito se revela, necessitando, para sua implementação e eficácia, de um norte interpretativo, a partir do qual o sistema jurídico seja capaz de se assegurar e de proporcionar a tutela que o Estado agrega em si. Aludindo à hierarquia do ordenamento, barganham notório espaço os princípios e os pressupostos fundamentais do Direito, que se sobrepõem as normas, de qualquer natureza, já que até a existência destas está condicionada a adequação aos mesmos.

Dentre os vários princípios que podem ser citados, dá-se maior destaque – devido a tradição analítico-legalista do modelo jurídico pátrio – aqueles constitucionalmente expressos, em especial, ao princípio da legalidade. No entanto, percebe-se a ocorrência, com o advento da Constituição de 1988, de uma interessante evolução: não basta que os fatos que envolvem os bens da vida estejam presentes em disposições legais. Quer-se mais.

A expectativa social é de que os anseios da nação estejam também positivados na Constituição. Esse fenômeno, seus efeitos e desdobramentos, são abarcados pela doutrina com a denominação de princípio da constitucionalidade.

Considerações sobre o Princípio da Constitucionalidade

É válido para aprimorar o estudo do princípio da constitucionalidade entender como se deu seu surgimento e seu aprimoramento no Direito pátrio. No período

de emergência dos ideais da Revolução Francesa, de cunho eminentemente burguês, e da Independência Norte-Americana, no século XVIII, sentiu-se, devido à abusiva gerência do Estado Absolutista na vida dos particulares, a necessidade de efetivar uma emancipação do homem enquanto ser social, culminando no individualismo e nas liberdades individuais.

A auto-afirmação do indivíduo perante seus pares e perante o Estado recebeu, pela doutrina, a denominação de direitos de primeira geração, que se caracterizavam, principalmente, pela exigência da atuação negativa do Estado.

Em um momento posteriormente próximo, marcado pelas agitações sociais e pela degradação da condição do homem, devido à ausência de regulamentação das questões trabalhistas e dos direitos de cunho social, surgiu uma necessidade, que se justificou, igualmente, por turbulências econômicas – podendo citar a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 – de exigir do Estado o abandono do modelo da ingerência latente para progredir a o estágio da intervenção assistida. Esses, os direitos de segunda geração, se caracterizavam pela necessidade de atuação estatal a fim de garantir a todos condições de igualdade, que se materializavam através de políticas públicas. Faz-se mister citar o aparecimento do Estado de Bem- Estar Social como grande ícone do período citado.

E, por último, já buscando uma análise a partir do Estado de Direito, a valorização dos direitos fundamentais e dos direitos cuja titularidade tem sujeito coletivo, surgem os direitos de terceira geração, denominado direitos difusos, devido a necessidade de tutela de bens da vida supra-importantes em comparação com direitos meramente individuais. Cita-se, a título de exemplo, o direito ao meio ambiente, ao patrimônio cultural.

Percebe-se, a partir dessa breve abordagem histórica, que as mudanças relativas à necessidade de ampliação da tutela jurisdicional vieram acompanhadas de modificações nas estruturas interpretativas que o Estado dispensava em relação aos seus tutelados. Nesse contexto, a emergência de princípios capazes de orientar e abarcar as novas interpretações se fez relevante para que o Estado pudesse atender as demandas sociais. Anota-se, no que tange aos direitos de primeira e de segunda geração, uma ampliação do princípio da legalidade a todas as áreas juridicamente protegidas, como elemento fundamental ao desenvolvimento do Estado.

Durante as crises do Estado de Bem-Estar Social e depois da derrocada do modelo nazi-fascista, no período pós- Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que, de fato, não era a simples legalidade que conferiria legitimidade às ações do Estado: fazia-se necessário que os direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, estivessem arrolados de forma supra-constitucional, capaz de se perpetuar no tempo, independentemente das escolhas políticas temporais. Não se afirma que o princípio da legalidade deixou de ser relevante. Muito pelo contrário. Mas entende-se sua hipossuficiência dentro do contexto analisado.

No Brasil, a exemplo de alguns países da América Latina, as Ditaduras de Caráter Militar, a rigor, nem se quiser poderiam ser denominadas ditaduras típicas, haja vista que o ordenamento jurídico expresso por leis, normas e Carta Política, não deixaram de existir. Estavam apenas viciados. Percebe-se, com isso, a crise do modelo legalista brasileiro, no campo da principiologia, já que, em nome da legalidade, se conseguia legitimar condutas tipicamente reprováveis no contexto democrático.

A partir dos primeiros movimentos em prol da Redemocratização, que culminou na Constituição de 1988, mais do que exigir a legalidade assistida, a sociedade brasileira estava havida pela positivação constitucional, como expressão da proteção máxima do Estado e dos indivíduos frente a esse mesmo Estado, num sistema de controle mútuo.

À época, complexas redes de poder se instalaram para que os mais variados grupos sociais estivessem juridicamente protegidos pela nova Constituição. Percebe-se, aqui, o embrião do princípio da constitucionalidade e a ascensão do Estado Constitucional de Direito.

Conceituando o Princípio da Constitucionalidade

O princípio da constitucionalidade é, a partir do exposto, uma nova abordagem interpretativa, construída a partir da valorização e estabilidade da Constituição, mediante a qual o ordenamento jurídico e seus efeitos se materializam em conformidade com a Carta Política, não bastando à legalidade formal, mas legalidade material expressa

em dispositivos constitucionais. Em outras palavras, o princípio preconiza que a conformidade máxima, que orienta as esferas do Estado, deve manter estrita relação com o texto constitucional, como pressuposto de validade e eficácia.

Embora, formalmente, sempre tenha existido a prerrogativa de conformidade constitucional como critério de legalidade, a materialização desse preceito, capaz de gerar efetividade, se deu com a incorporação do princípio da constitucionalidade, haja vista que só a garantia formal de reciprocidade normativa não era capaz, por si só, de arrolar o “espírito da Constituição”: suas complexas e intensas redes de poder que culminam na estabilidade jurídico-social, imbuindo o mesmo de valores democrático, de equidade e de justiça.

Seus efeitos, perceptíveis no plano social, são uma clara ampliação do interesse nacional, no que concerne ao sujeito povo, de discussões que questionam a constitucionalidade de atos normativos, leis em tramitação, medidas provisórias. E isso se dá não somente pelos problemas de erro e vício formal que tais compostos possam ter, mas porque suas matérias despertam o interesse para o que é ou não consoante com a opção que os brasileiros fizeram para si e que estão – até certa medida – positivadas no texto constitucional.

O princípio da constitucionalidade amplia, portanto, o entendimento do que é controle de constitucionalidade, dando lugar ao controle preventivo e a temática concerne ao controle concentrado, devendo orientar desde o início do processo legiferante, até controle de constitucionalidade máximo, efetuado pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro efeito, apontado pela doutrina – e, este abarca críticas mais contundentes – é a possibilidade de formação de uma Constituição ainda mais analítica no modelo nacional, devido à valorização do papel da Carta Política e de sua centralização como expectativa da coletividade. Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do Direito, novos temas ganham notório destaque, fazendo-se sempre necessária a revisão e a ampliação de matérias constitucionais para que o ordenamento acompanhe o desenvolvimento social, cultural, científico, tecnológico.

Portanto, para parte da doutrina, o princípio da constitucionalidade acaba por maximizar a relevância da inclusão de materiais que ganharam *status* constitucional, tornando-a ainda mais descritiva e taxativa.

Entendendo o Veto à Luz do Princípio da Constitucionalidade

Permitir que o Chefe do Executivo exerça solitariamente o controle preventivo de constitucionalidade, por meio do veto presidencial por inconstitucionalidade, é, de fato, um desrespeito ao princípio em epígrafe. Isso porque, partindo de uma interpretação constitucional do art. 66 da CF, se infere uma clara tentativa de defesa da Constituição por meio da discussão entre o Legislativo e o Executivo, com a finalidade maior de aperfeiçoar o processo legislativo, tentando impedir o ingresso de leis inconstitucionais no ordenamento.

O respeito ao princípio da constitucionalidade se configura como um amadurecimento do Estado Democrático de Direito para o Estado Constitucional, o que torna possível a discussão da ilegitimidade do Presidente para atuar sozinho em sede de controle preventivo. Muito embora não seja, a princípio, esta a previsão, o desenvolvimento fático das atividades na política nacional transformaram um cenário aparentemente constitucional em inconstitucional, por não permitir que o instituto atingisse sua atividade-fim, que é o zelo pelo texto constitucional.

Tal como tem sido aplicado, o veto presidencial deixou de ser um exercício democrático. Frisa-se que essa pode não ser a intenção do Chefe do Executivo, mas que é apenas o desdobramento fático da inércia parlamentar, que não atua seriamente na discussão da manutenção ou rejeição do veto. Conclui-se, portanto, que apenas a previsão de revisão pelo Congresso não é suficiente para que esteja atendido o princípio da constitucionalidade, sendo possível, para melhor dirimir a questão e a exemplo do que ocorre em outros sistemas nos quais há o veto presidencial, pensar num pronunciamento do Judiciário a respeito.

4. Noções de Direito Comparado: o Controle Português e a Apreciação do Tribunal Constitucional

Ao introduzir a temática do controle preventivo nos sistemas jurídicos do Direito, Cappeletti²¹ afirma que “não se pode, porém, omitir uma alusão ao fato de que, em certos Países, em lugar de um controle jurisdicional – ou, talvez, ao lado dele – existe um controle exercido por órgãos que podemos chamar políticos, mas não, judiciários. Usualmente nestes sistemas o controle, ao invés de ser posterior à elaboração e promulgação da lei, é preventivo, vale dizer, ocorre antes que a lei entre em vigor, e, às vezes, se trata ainda de um controle com função meramente consultiva, isto é, a função de um mero parecer, não dotado de força definitivamente vinculatória para os órgãos legislativos e governamentais.”.

Estão inclusos na expressão “certos países” a Irlanda, Hungria, a Colômbia, Portugal e a Venezuela, além, é claro, da França, maior expoente de controle preventivo em âmbito mundial, muito embora não seja um controle judicial propriamente dito. Pode-se, ainda, citar as palavras de Gilmar Mendes acerca do controle preventivo na Alemanha:

“Da expressão literal do texto constitucional resulta que o controle abstrato de normas não constitui controle preventivo. (...) A jurisprudência do Tribunal Constitucional abre uma exceção, todavia, para leis que aprovam tratados internacionais, permitindo aferição de constitucionalidade desses atos antes de sua promulgação e publicação (...), enfatiza o Tribunal o perigo de que se desenvolvam obrigações internacionais que somente possam ser cumpridas em desobediência à Constituição.”²²

Grifa-se, nas palavras de Gilmar Mendes, que, na evolução do modelo austríaco de controle de constitucionalidade, há jurisprudência que admite uma espécie de controle antes da conversão do projeto de lei. A idéia é que o Governo Alemão possa requerer pronunciamento do Tribunal Constitucional sobre a competência legislativa da

²¹ (CAPPELETTI *apud* MONTAL E FIGUEIREDO, 2008, p. 260).

²² (MENDES *apud* MONTAL E FIGUEIREDO, 2008, p. 261).

União e dos Estados. Dessa feita, o controle ganha um caráter estritamente jurídico, ao analisar o atendimento a uma questão formal da Constituição.

O Tribunal Constitucional e o Controle Português

Inegável, no entanto, é a importância e desenvolvimento do controle preventivo judicial exercido no âmbito do Tribunal Constitucional em Portugal. No que tange ao controle de constitucionalidade - enquanto ramo específico do Direito Constitucional - é correta a assertiva que expõe a reciprocidade entre os sistemas brasileiro e português, apresentando semelhança em diversos pontos, sendo ambos classificados como sistema *misto*²³ de controle de constitucionalidade. Em Portugal, o controle de constitucionalidade é, portanto, jurisdicional, estando concentrado na figura do Tribunal Constitucional.

Para melhor elucidar como é feito o controle preventivo em Portugal deve-se, primeiramente, entender a diferença entre o controle preventivo e o controle jurisdicional puro (*strictu sensu*). Quando declarada a inconstitucionalidade sobre uma norma positivada, já perfeita e capaz de produzir efeitos, busca-se retirá-la do ordenamento jurídico, modulando ou não seus efeitos, para assim se alcançar a conformidade plena do ordenamento com a Constituição.

Em um controle preventivo, devido ao fato de que, formalmente, a norma sobre a qual se declara a inconstitucionalidade ainda não existe – portanto, imperfeita para produzir efeitos sobre o mundo jurídico – a decisão do Tribunal Constitucional não pode consistir numa anulação de normas²⁴, mas sim numa pronúncia (como se fosse uma espécie de consulta), em termos mediatos, sobre uma proposta de lei. Isso denota, como se discutirá mais a frente, a preocupação com a não exacerbação e ingerência nos outros Poderes de Estado.

²³ (MENDES, 2008, p. 541).

²⁴ (CANOTILHO, 2008, p. 1082).

A diferença marcante entre os processos de fiscalização preventiva e sucessiva no modelo português é o fato de que, embora o controle preventivo incida sobre uma parte dos atos normativos suscetíveis de controle *a posteriori*, tal controle abrange apenas a parcela do ato carecida de promulgação pelo Executivo. Ou seja, caso o Presidente tenha vetado apenas parte do projeto de lei, o Tribunal Constitucional poderá, em sede de controle preventivo, declarar a inconstitucionalidade ou não apenas da parte questionada, incidindo a presunção de constitucionalidade e legitimidade sobre a parte aprovada pelo Presidente.

Breve Análise do Controle Preventivo na História Constitucional Portuguesa

Tal qual entendido e concedido contemporaneamente, o controle preventivo de constitucionalidade português surgiu a partir da revisão constitucional de 1982²⁵, a partir da substituição do Conselho da Revolução pelo Tribunal Constitucional, com a respectiva fixação de competências, o que incluía a fiscalização abstrata e preventiva.

Sobre o rol de legitimados: embora o rol seja menor em relação aos legitimados a questionar em sede de controle repressivo, o sistema português admite uma quantidade de normas em apreciação, neste tipo de controle, bastante superior aquele presente na nação modelo na temática de controle preventivo, a França²⁶.

Sobre o prazo para argüir o controle preventivo, está constitucionalmente previsto que os legitimados têm oito dias, a partir do recebimento da norma/ato a ser questionado. Por parte do Tribunal Constitucional, é concedido um período de 25 dias para a análise do pedido. Ressalta-se, contudo, que aqueles que argüem a inconstitucionalidade podem pedir, ainda, a diminuição do prazo, caso haja urgência e relevância do pedido, cabendo ao Tribunal aceitar ou não o pedido de agilidade processual.

Conforme afirma Canotilho²⁷, o pedido de urgência se baseia no princípio da proporcionalidade e razoabilidade, já que o Tribunal Constitucional deve constar com

²⁵ (FIGUEREDO E MONTAL, 2008, p. 263).

²⁶ (BLANCO *apud* FIGUEREDO E MONTAL, 2008, p. 264).

²⁷ (CANOTILHO, 2008, p 1084).

prazo hábil para uma análise precisa em referência à questão constitucional. Não há, contudo, previsão de consequência para a falta de pronunciamento tempestivo do Tribunal Constitucional sobre a futura norma. Como o veto presidencial ou sua rejeição precisa ser expresso (não se aceitando o veto tácito), o Executivo, para poder agir, necessita da decisão do Judiciário.

Comparando os prazos com aqueles previstos para controle repressivo, pode-se inferir que o procedimento de análise no controle preventivo tem caráter sumaríssimo. Isto se justifica pelo princípio da não ingerência entre os poderes, sob pena de o Judiciário obstar e coagir as atividades do Executivo e do Legislativo em suas funções precípuas.

Determinações Constitucionais

Analisando o texto da Constituição Portuguesa, sendo este bastante descritivo e analítico, percebe-se alguns requisitos processuais e objetivos para o exercício do controle preventivo jurisdicional, a saber²⁸:

Constituição da República Portuguesa

Garantia e Revisão da Constituição

Título I: Fiscalização da Constitucionalidade

Art.278: Fiscalização Preventiva de Inconstitucionalidade

1. O presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade

²⁸ Adaptação para a língua portuguesa do Brasil feita pela autora.

de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado a promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

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

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

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

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

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

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

8. O TC deve pronuncia-se no prazo de 25 dias, o qual, no caso do n.º 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência.

Art. 279: Efeitos da Decisão

1. Se o TC se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou

pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

2. No caso previsto no nº1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for o caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior a maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

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

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

Tais artigos fixam a competência do Tribunal Constitucional para a apreciação em controle preventivo, explicitando, ainda, o rol de legitimados para a arguição deste controle perante o Tribunal. Comparativamente, as personalidades as quais foram atribuídas competência para o questionamento de atos em controle preventivo é bem menor do que aquelas legitimadas para arguição de controle *a posteriori* (art. 281 da Constituição Portuguesa).

Tal dado evidencia a cautela da apreciação em controle preventivo, sob pena de haver exacerbação das funções institucionais do Tribunal Constitucional, ferindo a separação entre os poderes que constituem a República e consagrando uma ingerência problemática do Judiciário sobre os demais poderes. Ainda sobre este prisma, ressalta-se que o Presidente não perde a oportunidade de identificação da inconstitucionalidade, isto é, o mesmo figura como ente legitimado a questionar a constitucionalidade. No entanto, a última palavra formal e material sobre o assunto, em sede de controle preventivo, não cabe a ele.

Aqui repousa outra grande diferença entre o controle preventivo exercido em Portugal em comparação com o controle brasileiro: aqui, por força da inércia legislativa, embora o Congresso Nacional seja competente para acatar ou não o veto, isto não é feito, deixando que a última instância material sobre a constitucionalidade de projetos de lei seja do Presidente.

Efeitos da Decisão do Tribunal Constitucional

Segundo a Constituição Portuguesa, por força do supramencionado art. 279, a Suprema Corte não pode anular o projeto de lei/ato normativo sob o qual se tenha declarado inconstitucionalidade. O órgão se pronuncia aferindo ou não um **juízo de constitucionalidade**, devendo a decisão ser proferida em plenário (e não nas turmas), autorizando juridicamente o veto presidencial, a não assinatura ou a não ratificação. Nas palavras de Zélia Montal e Patrícia Figueiredo: *trata-se de decisão que visa de impedir o término do processo legislativo, ou ainda, retomar esse processo por motivo de pronúncia de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional.*

Frisa-se, contudo, que o ato objeto de controle preventivo e sua declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não obstam uma posterior análise, em sede de controle repressivo, por parte do Tribunal. Quer dizer: caso o a Corte opte por entender como constitucional o respectivo dispositivo, admite-se que o mesmo diploma legal seja alvo de questionamento pelo Tribunal como objeto de controle *a posteriori*. Infelizmente, não foi possível a identificação de tal situação fática na jurisprudência do Tribunal, o que para o estudo jurídico seria de grande relevância e interesse.

Tal possibilidade ocorre devido à inversão da presunção da constitucionalidade do ato apreciado. Segundo este princípio, presumem-se constitucionais os atos aprovados pelo Legislativo e Executivo, sob pena de desconfigurar o pilar da legitimidade do processo legislativo.

Outro ponto interessante é que a última palavra em relação à futura norma em análise não é do Tribunal Constitucional, mas sim do Legislativo. Tal como ocorre no Brasil em relação à eficácia e à vinculação das Súmulas Vinculantes (que vinculam o

Judiciário e o Executivo, mas não o Legislativo), a decisão da Corte Portuguesa afeta a presunção de constitucionalidade da norma, vinculando o Executivo a vetá-la, não assiná-la ou não ratificá-la, a depender do tipo de ato a ser apreciado.

Quanto ao Legislativo, no entanto, o mesmo tem a competência de derrubar o veto presidencial caso discorde da posição do Presidente e, indiretamente, do Tribunal Constitucional. Neste caso, é válido grifar que o Ministério Público, por força do art. 280 da Constituição Portuguesa, tem o dever de recurso obrigatório no caso de declaração de juízo de inconstitucionalidade.

Cita-se, contudo, que a Carta Política Portuguesa explicita as hipóteses em que o Poder Legislativo atua ou não, não sendo relevante para o estudo que aqui se desenvolve esmiuçá-las, sob pena de fugir do objeto de análise principal, que é o veto presidencial.

Ainda é facultado ao ente que solicitou a realização do controle preventivo, após o pronunciamento do Tribunal Constitucional, que reformule o projeto de lei ou ato a ser analisado. Este novo ato está pendente, portanto, de apreciação, estando sujeito a todos os trâmites legais da fiscalização preventiva.

A exemplo da prerrogativa constitucionalmente cedida ao Poder Legislativo brasileiro – que, embora disponha de tal competência, há bastante tempo opta por não exercê-la, transformando o veto presidencial em última instância de constitucionalidade – o Legislativo português não tem o costume de derrubar vetos, transformando o sistema democrático português em socialmente estável no que tange a independência de ações no plano estatal. Isso se deve ao fato de que, como o Tribunal Constitucional já se pronunciou a respeito, muito possivelmente uma lei inconstitucional que fosse aprovada, voltaria à apreciação da Corte em controle repressivo, viciando o sistema em morosidade.

Concluí-se, portanto, que embora não haja vinculação legal da decisão do Tribunal ao Legislativo, há outra espécie de vinculação: a estabilidade democrática da divisão de poderes. O respeito à determinação da Suprema Corte Portuguesa não se faz por imposição legal, mas sim pelo bom senso da estabilidade política entre os freios e pesos que formam a nação.

Conclusões sobre o Ordenamento Português

Pelas razões explicitadas nos dois primeiros itens deste Capítulo e, ainda, pela clara defesa da instituição do controle preventivo jurisdicional no modelo brasileiro (de um controle preventivo puro, incidente sobre questões materialmente constitucionais), infere-se o maior grau de estabilidade jurídica lusitana sob a égide de controle de constitucionalidade (atuação do Tribunal Constitucional) comparativamente ao Brasil.

Um ordenamento no qual haja previsão de apreciação prévia sobre a constitucionalidade de atos que terão eficácia jurídica é capaz de promover uma conformação entre os três poderes que formam o arcabouço democrático completo: um ente cria, o outro questiona, o último revisa. Respeitada as proporções, o controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade é uma aplicação perfeita dos sistemas de freios e contrapesos, tal qual discutidos no atual estágio de desenvolvimento estatal.

Conforme será abordado em momento posterior, no qual se questionará a legitimidade do Presidente para vetar projetos por inconstitucionalidade e a exacerbação do Supremo Tribunal Federal, não se trata de uma ingerência do Judiciário sobre os demais poderes, mas sim uma maneira de consolidar as determinações constitucionais em sintonia com os princípios arraigados na Constituição.

Capítulo 02 – TRANSFORMANDO O VETO PRESIDENCIAL EM CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL.

1. Chefe do Executivo como Guardiã da Constituição: Ilegitimidade Material?

Não há como discutir a legitimidade do Presidente ou do Tribunal Constitucional para o exercício do controle de constitucionalidade sem falar do famoso embate histórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, situado na primeira metade do século XX (próximo de 1930), quando ambos os autores dedicavam-se ao estudo da Carta Política Alemã de 1919. A Constituição de Weimar deve ser entendida no contexto histórico de crise que sofria o Reich Alemão, a partir do enfraquecimento das instituições políticas e da degradação econômica imposta pelos vencedores da 1ª Guerra Mundial.

É, portanto, uma Constituição emergente do período pós-guerra na qual o papel da Alemanha era subjugado ao domínio internacional, caracterizando-se pela instabilidade política, social e jurídica. No que concerne, especificamente, ao controle de constitucionalidade, é marcado, historicamente, pela tentativa de consolidação dos Tribunais Constitucionais e pela contemplação da possibilidade, a partir da leitura distorcida do texto constitucional, de um protetor isolado da Constituição, concentrado na figura do Presidente.

Nesse contexto, Kelsen começa a analisar os ditames constitucionais e a elaborar uma teoria (intitulada de **Teoria da Guarda da Constituição**) na qual havia a defesa do exercício da jurisdição constitucional por meio da atuação do Tribunal Constitucional. Dentre as atribuições previstas para essa Corte estaria, sobretudo, a proteção da Constituição enquanto lei maior do país com a finalidade precípua de defender os ideais democráticos a partir da instauração de um Tribunal composto democraticamente, sendo, por isso mesmo, legítimo. Repousa, aqui, a idéia do controle judicial da constitucionalidade.

Sob o mesmo enfoque analítico, Schmitt propunha que a Constituição era, antes de tudo, um instrumento político no qual se encontravam os interesses convergentes da nação alemã e que, portanto, para que houvesse legitimidade na defesa dos interesses nacionais, o protetor do texto constitucional deveria ser aquele que reunia em sua figura a representação do povo alemão: o Chefe do Executivo. Válido se faz ressaltar que,

historicamente, o significado disso é a concentração da tutela constitucional no esquadro de poder do Führer.

A importância dessa discussão filosófica entre os autores foi especialmente relevante por ter sido capaz de orientar a jurisdição constitucional mundial. Em um primeiro momento, com o fortalecimento do movimento nazi-fascista e das idéias de Schmitt, que viabilizaram o poder de guarda da Constituição à Hitler. Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a redemocratização da Alemanha, a ascensão das idéias do Tribunal Constitucional como protetor da Carta Política (teoria kelseniana), responsável pela consolidação dos Tribunais Constitucionais.

Muito embora esse embate teórico seja historicamente distante da atualidade, na nova realidade constitucional, em especial na realidade brasileira, volta ao campo de discussão jurídico a legitimidade do Guardião da Constituição. Os Tribunais Constitucionais, que cada vez mais assumem seu papel político frente às demandas sociais, são questionados a respeito de suas posições como defensor da Carta Política e de suas decisões técnico-jurídicas, colocando em evidência a politização do Judiciário e a exacerbação de seu poder frente aos demais Poderes de Estado.

Em sua obra *Jurisdição Constitucional*, Hans Kelsen analisa a Constituição Austríaca da década de 20, elucidando a figura do Tribunal Constitucional e citando suas especificidades, como a tentativa de independência em relação ao Poder Executivo, que se materializava a partir da nomeação dos membros do Tribunal pelo Legislativo e não pelo Executivo²⁹, como acontecia com os demais juízes.

Ao construir tal análise, o autor aborda os acontecimentos históricos subsequentes à emergência do nazi-fascismo, o que resultou na emenda à Constituição que alterou a forma de composição do Tribunal, transformando-o em um correligionário do Poder Executivo. Frente a essas afirmações, infere-se que na Áustria, muito embora restasse mantido o Tribunal Constitucional como Guardião da Constituição, ele era manipulado pelo Executivo, desde sua formação, até o teor e caráter de suas decisões.

Ao defender a existência de um Tribunal Constitucional específico, institucionalizado e judicial, Kelsen está, de fato, lutando por um ideal democrático, no qual os interesses sociais e coletivos pudessem ser discutidos, preservando as minorias e

²⁹ (KELSEN, 2003, p. 306)

preservando a Constituição das ingerências de um único poder. É claro que Kelsen reconhecia que a manipulação poderia distorcer o ideal formador da Corte, mas que a possibilidade de isso acontecer, em um órgão democraticamente colegiado é bastante inferior do que quando comparado a guarda por apenas um ente, no caso, o Presidente.

Kelsen argumenta que, ao adotar a doutrina do poder neutro do chefe de Estado, Schmitt tem como arcabouço legitimador uma interpretação equivocada da Carta Alemã de 1919. Ao valer-se do preâmbulo constitucional e do Art. 48 para abalizar o Presidente como guardião da Constituição, Schmitt teria ignorado o disposto no Art. 19, em que estaria fixada a competência do Tribunal Federal para ser o protetor constitucional.

Hans Kelsen afirma que a intenção de Schmitt não era caracterizar o chefe de Estado como um “*terceiro mais alto*” ou um “*senhor soberano do Estado*”, um poder “*que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais*”. Interpretando o Art. 48 da Constituição de Weimar, Schmitt amplia a competência do Presidente do Reich, “*de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do Estado*”³⁰.

Quanto às inserções de Schmitt sobre o papel político que o Judiciário iria assumir caso se legitimasse como guardião da Constituição, Kelsen afirma que tal legitimação já era uma imposição Constitucional, legada ao Judiciário pelo legislador constituinte originário e, que, sendo um Poder de Estado, a exemplo do Legislativo, também age politicamente.

Embora seja historicamente conhecido como o teórico que legitimou a ascensão de Hitler, justificando sua totalidade sobre a nação alemã, Carl Schmitt é bastante subjugado em sua teoria, que, de fato, apresenta grande brilhantismo e uma importância essencial para a jurisdição constitucional, inclusive para a consolidação dos Tribunais Constitucionais contemporâneos.

Schmitt acreditava, como se depreende da leitura de sua obra, que o Art. 48 da Constituição de Weimar legitimava o Chanceler do Reich Alemão a se impor como autoridade máxima da nação, por deter em si um apoio inquestionável pelo povo e por se configurar como unidade política, apartidária, alheia as pressões dos grupos de força, estando vinculado, apenas, ao genuíno interesse popular, público. Este ponto é bastante

³⁰ (KELSEN, 2003, p. 367).

relevante e definidor na teoria de Schmitt: o mesmo acreditava que o Presidente se comportava como um juiz clássico, apolítico, que preserva o interesse maior nacional.

A idéia de Constituição defendida por Schmitt não permite que ele conceba a judicialização da defesa da Constituição, já que ela é entendida como um instrumento político que não pode sofrer a influencia de um controle a posteriori (subsunção da Constituição a uma norma)³¹.

Para ele, a Constituição é a carta política maior na qual estão os anseios sociais que apenas o Presidente é capaz de assegurar, uma vez que não está vinculado nem ao Legislativo e nem ao Judiciário, restando a vinculação, apenas, com o povo. Schmitt defende, assim, a idéia do **poder neutro** do Führer e entende o juiz como mero aplicador da lei, imparcial, desprovido de poder decisório que extrapole o texto da lei.

Como explica Paulo Bonavides³², a repulsa de Schmitt em aceitar a guarda da Constituição por um Tribunal Constitucional reside também no fato de que para ele a Constituição é diferente de uma lei constitucional, sendo a primeira posta por um poder de fato, uma imposição de força, colocada pelo político.

O autor afirma que:

*“O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão, que após haver distinguido os conceitos de Constituição e Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional (...) Diz ele que se assim procedêssemos, ao invés da ‘judicialização da Política’, teríamos a ‘politização da Justiça’. Em Schmitt o existencial compõe a essência da Constituição, o reino da decisão fundamental, a esfera política que se sobrepõe ao normativo, às Leis Constitucionais, ao domínio jurídico propriamente dito”.*³³

Ao finalizar sua obra, Kelsen escreve que Constituição de Weimar não estabeleceu apenas o Presidente do Reich, “*eleito por todo o povo*”, mas também o Reichstag, “*eleito por esse mesmo povo*”. Kelsen³⁴ esquece que, para Schmitt, o

³¹ (SCHMITT, 2007, p. 56)

³² (BONAVIDES, 2006, p. 103)

³³ (BONAVIDES, 2006, p. 104)

³⁴ (KELSEN, 2003, p.296)

Parlamento é o cenário de um conflito de interesses polarizados, de ideologias divergentes, logo, conforme a teoria schmittiana, o legislativo não é eleito por todo o povo. De acordo com Kelsen, o Reichstag integraria o jogo de forças políticas, mostrando-se como um contrapeso ao Presidente.

Assim, a crítica de Kelsen norteou-se em mostrar “*o quanto se justifica a busca de uma separação (...) entre conhecimento científico e juízo de valor político*”³⁵. Nas últimas linhas de seu texto ele expõe que a ciência deve subtrair-se à “*sedutora união com a política*”. Isto não obstante o desenvolvimento da filosofia política no lugar da ciência política, que, de qualquer modo, não pode ser descartada por inteiro, já que nem todas as teorias políticas estão vinculadas a um governo totalitário/autoritário, ou tendentes a possibilitá-los.

A Sociedade Aberta e os Intérpretes da Constituição

Há, sem dúvida, um amadurecimento democrático-constitucional no cenário brasileiro que permite uma diversificação dos intérpretes da Constituição. Neste sentido, Häberle, ao indagar sobre estes intérpretes, desdobra-se através de três pontos principais³⁶: o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição: o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e, finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e publicizada.

O renomado autor alemão, nesta obra, identifica que todo aquele que vive o sistema constitucional deve ser ente legítimo a interpretá-la, uma vez que se perfaz como ator do processo de constituí-la. De cunho concretista, Häberle entende que, em uma sociedade aberta, a interpretação constitucional é uma atividade que diz respeito, potencialmente, a todos que estejam inseridos dentro deste contexto. Entende-se, portanto, por uma hermenêutica pluralista.

Desta forma, compreende o Direito como fenômeno cultural. Não é só lei. É uma construção, um processo participativo, pelo que a interpretação é “*(...) a um só tempo elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte desta sociedade.*”³⁷

³⁵ (KELSEN, 2003, p. 296)

³⁶ (HABERLE, 1997, p. 08).

³⁷ (HABERLE, 1997, p. 09).

Não se propõe, contudo, uma similitude entre o processo de interpretação e a anarquia da jurisdição constitucional. Ter múltiplos intérpretes significa possuir um cenário pluralista de discussão constitucional, com base eminentemente cidadã. Interpretar não significa, necessariamente, argüir-la. Mesmo porque, Häberle considera, em diversas passagens de sua obra, que na "atividade" interpretativa sempre subsiste a responsabilidade da jurisdição constitucional, a qual fornece, em geral, a última palavra sobre interpretação. Com efeito, "*A corte constitucional deve controlar a participação leal dos diferentes grupos na interpretação da Constituição...*"³⁸

Evidencia-se, assim, que o papel do órgão de cúpula do Judiciário – no caso brasileiro, o Supremo – tem a função de consolidar e organizar a participação dos intérpretes no processo de análise da Constituição, isto porque, sendo este o detentor de competência para dar a última (ou penúltima) palavra em sede de matéria constitucional, deve estar hábil para reunir em si os mais variados anseios para, enfim, tomar a decisão que melhor respeite a Carta Política.

Para Häberle, "*no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição.*"³⁹ (grifo meu).

Tem-se, com isso, uma derivação da teoria de que todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, ainda que os indivíduos-intérpretes não sejam diretamente afetados pela ingerência interpretativa. Discute-se, aqui, a aplicabilidade da teoria da democracia como legitimação do preceito interpretativo, já que num Estado constitucional democrático seja colocada à questão da legitimidade em âmbito da democracia.

Isto significa que, o processo interpretativo não se desenvolve, apenas, no âmbito da transferência de representatividade pelos atos de poder, como também no que concerne à interpretação dos diálogos normativos, o que incide diretamente sobre a questão da legitimidade do Chefe do Executivo para atuar como instância máxima de salvaguarda constitucional a partir do veto presidencial.

³⁸ (HABERLE, 1997, p. 13).

³⁹ (HABERLE, 1997, p. 17).

Em recente artigo científico sobre as contribuições de Häberle e sua teoria no Supremo Tribunal Federal, Andre Rufino e Gilmar Mendes⁴⁰ discutem a importância dos conceitos relacionados à ampliação de intérpretes constitucionais. Ainda que discutindo, especificamente, a questão do *amicus curiae*, percebe-se o quão atual são as contribuições dentro da perspectiva de controle preventivo:

“Essa nova realidade enseja além do amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

É inegável que essa abertura do processo constitucional foi fortemente influenciada, no Brasil, pela doutrina de Peter Häberle. A Constituição não é uma norma fechada, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução e à utopia. No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica do “um ou outro” (*Entweder-oder*), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades.

(...) Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância”. Daí perceber-se também que a “alternativa como pensamento possível afigura-se relevante, especialmente no evento interpretativo: na escolha do método, tal como verificado na controvérsia sobre a tópica como força produtiva de interpretação”

Ilegitimidade Material do Presidente da República

Antes de explicitar os motivos pelos quais se defende a ilegitimidade do Chefe do Executivo para atuação exclusiva em sede de veto de leis por motivo de inconstitucionalidade, faz-se mister explicar que, enquanto interprete do texto da

⁴⁰ O referido artigo consta de textos sugeridos no meio acadêmico da Universidade de Brasília, não podendo se precisar, até a data de elaboração deste trabalho, o meio ao qual é atribuída sua publicação.

Constituição, se adotam as idéias de Härbele, estando incluídos como cidadãos-intérpretes, todos os atores da sociedade brasileira, inclusive, é claro, o Presidente.

Questiona-se, portanto, em sede de ilegitimidade material, não a permissão/proibição do Presidente em questionar a constitucionalidade de um projeto de lei. Pelo contrário. Enquanto Chefe do Poder Executivo, é de responsabilidade do Presidente o zelo pelas determinações constitucionais, devendo basear seus atos em estrita conformidade com a Constituição. Conforme a argumentação do primeiro capítulo, o veto está no âmbito de poderes do Presidente, podendo este utilizar-se do instituto toda vez que julgar ameaçado o interesse público ou a Constituição.

No entanto, ocorre no cenário político brasileiro uma ineficiência da utilização do instituto do veto devido ao *laissez faire do Legislativo* na apreciação dos vetos presidenciais. Como já discutido em momento anterior, o Legislativo brasileiro não tem o costume de sequer analisar os projetos de leis vetados, levando a algumas situações absurdas em âmbito democrático, como a vigência de leis constante de vetos parciais pendentes de análise parlamentar desde 1994.

Percebe, com isso, que a última palavra em sede de controle preventivo, acaba por ser do Presidente da República, que, materialmente, não é o responsável por tão análise, cabendo-a, no entanto, ao Supremo Tribunal Federal. Defende-se, pelo exposto, que o Chefe do Executivo é sim ente legítimo e autorizado a questionar a conformidade das leis que entraram no ordenamento jurídico com a Constituição. Questiona-se, no entanto, a ilegitimidade do mesmo para ser a última instância de análise dessa mesma constitucionalidade

Infere-se, por conseguinte, que não há um problema formal em relação à Constituição. Percebe-se, claramente, uma tentativa de aplicar a defesa do texto da Carta Política ao legitimar o veto presidencial como análise da conformidade do ordenamento infraconstitucional. Se é que se pode falar em “intenção do legislador constitucional”, esta se mostra bastante acertada ao conferir discricionariedade ao Chefe do Executivo para proteger a Constituição, dada sua importância figurativa para o exercício da democracia.

Dessa feita, o vício do processo legislativo encontra-se na atuação (ou melhor, na falta de atuação) do legislativo, demonstrando que, caso fosse constitucionalmente interessante que o Presidente fosse o órgão máximo para a análise em controle preventivo, não se determinaria o retorno do projeto de lei vetado ao Congresso Nacional.

Não se trata, ainda, de aceitação da interpretação do Executivo sobre os projetos de lei vetados. Quer dizer: o Legislativo não está agindo de modo a concordar (e, por isso, não derrubar os vetos) com as determinações do Executivo, mas sim, está atuando de forma inercial, sem dispensar atenção a análise dos projetos vetados.

Conforme discutido no tópico sobre o direito comparado português, a exemplo do sistema de controle preventivo de Portugal, não se retirou do Presidente a competência para vetar projetos de lei por motivo de inconstitucionalidade. Aquele ordenamento, acertadamente, entende a importância para a consolidação da democracia, que o Chefe do Executivo seja legitimado como ator do processo de questionamento constitucional.

Entretanto, por entender que as funções eminentemente políticas do parlamento possam obstar e comprometer o adequado processo legiferante, determina-se a apreciação do Tribunal Constitucional para elucidar a temática de modo técnico, entrando para o rol de competências do Judiciário. Não se busca usurpar a competência do Legislativo, até mesmo porque, há previsão para um pronunciamento do parlamento após a apreciação do Tribunal Constitucional.

Busca-se, portanto, impedir que o Presidente seja a autoridade máxima em sede de controle preventivo, já que esta não é a função do Executivo, que atua, apenas, de forma a aperfeiçoar o processo legislativo e não no sentido de defini-lo. A decisão da Suprema Corte Portuguesa visa vincular a decisão do Presidente, não obstando a atuação do Legislativo.

Na democracia liberal, marca forte dos Estados do século XXI, o povo deve e precisa ser, necessariamente, intérprete da Constituição. O poder conferido ao Chefe do Executivo para atuar em nome deste povo, representando-o, está na alçada das atribuições do Presidente da República, sendo de fundamental importância a existência do veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade.

Conclui-se, no entanto, que não há previsão para que o posicionamento do Executivo seja o único válido dentro do aperfeiçoamento do processo legislativo. O Presidente é, como qualquer outro cidadão, apenas mais um dos inúmeros intérpretes que o sistema constitucional admite e necessita. Esta competência foi conferida, via texto constitucional, ao Supremo Tribunal Federal.

2. Criando um novo paradigma: A apreciação do Supremo Tribunal Federal como Alternativa de Eficiência ao Estado Brasileiro.

“A Justiça Constitucional é como um espelho, ou seja, reflete a imagem das lutas políticas supremas de um país”. (Charles Eisenmann)

Para discutirmos a possibilidade de apreciação do veto presidencial pelo Supremo Tribunal Federal, como vem sendo sugerido ao longo deste trabalho, se faz necessário analisar quais são as funções precípua do Supremo, na tentativa de conferir a viabilidade deste a “acumular” uma nova função ou de exercer algo que, para alguns, encontra respaldo dentro das atividades inerentes ao órgão.

Há real possibilidade de apreciação do veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade pelo STF? O controle preventivo de constitucionalidade é, em verdade, uma conformação que se dá ao ordenamento jurídico em produção, antes mesmo que as normas sejam capazes de produzir efeitos, a exemplo daquelas já positivadas.

Muito embora não haja previsão expressa de uma análise de constitucionalidade de atos jurídicos ainda não consolidados no ordenamento jurídico nacional enquanto lei – isto é, há impossibilidade de apreciação em sede de controle preventivo de constitucionalidade – tem-se notado uma modesta atuação do STF neste sentido, ainda que provocado a agir sob aspectos formais de projetos de lei.

Alguns mandados de segurança já foram impetrados no Supremo com pedido de liminar visando à suspensão do processo legislativo devido à inconformidade com o Regimento Interno nas Casas Legislativas. Pode-se inferir um embrião de controle preventivo judicial, já que o STF se pronunciou a respeito de leis ainda em processo de elaboração. Vale frisar, no entanto, que a legitimidade do órgão se deve ao fato de o trâmite de projetos de lei ser, sobretudo, um ato administrativo praticado por agentes públicos, mais especificamente por agentes políticos.

Mas de que forma o Supremo atuaria? Há, ainda que não formalmente, previsão material para este tipo de atuação? A resposta, segundo os desdobramentos e entendimentos deste estudo, é sim. Diferentemente do que entende Gilmar Mendes, na qualidade de Ministro e ex-presidente do STF, a principal função do órgão não é “barrar os

abusos de outras instituições públicas”⁴¹, mas sim zelar pela conformidade constitucional do ordenamento jurídico quando aplicado, quer seja num caso concreto, quer seja abstratamente quando da vigência de normas legais.

Para elucidarmos a função precípua do STF como guardião da Constituição, por meio da Jurisdição constitucional, é válido utilizarmos as palavras do Min. Joaquim Barbosa, em que “A Jurisdição Constitucional deve representar uma verdadeira democracia constitucional, ou seja, os tribunais devem atuar como órgãos colaborativos e consensuais, adaptados aos movimentos sociais; deve ser um instrumento de reação contra-majoritário a aquilo que ofende a dignidade da pessoa humana”.

Breve Análise Histórica do STF pré-Constituição de 1988

É interessante nos atentarmos para as funções históricas do Supremo, na tentativa de melhor entendê-las num conceito contemporâneo. A criação de um novo Tribunal era acalentada por poucos juristas no fim do Segundo Reinado. Vários foram os fatores que contribuíram para a consolidação do STF, como o contato com a Escola Exegética alemã, a sólida formação de juristas no Direito Romano e no Direito Canônico, o positivismo de Augusto Comte, a influência do pensamento político de Benjamin Constant, o Código Civil Napoleônico, a contribuição notória de Rui Barbosa.

Percebemos, no entanto, que duas exerceram maior influência sobre a criação de órgão judicial superior: a postura de Rui Barbosa enquanto guardião dos direitos fundamentais, além de ser autor intelectual da Carta de 1891, e, ainda, **a pressão positivista do Exército em pretender criar uma instituição que fosse capaz de colocar freios aos excessos do Legislativo.**

Pelo decreto 510, de 22 de junho de 1890, que estabeleceu uma Constituição provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, o governo dispôs sobre a criação, composição e competência do STF. O STF foi concebido como uma instituição que deveria garantir a Constituição e entre outras funções incluem-se as de decidir da

⁴¹ Entrevista dada pelo então Presidente do Supremo, Gilmar Ferreira Mendes, sobre a principal função do STF, que seria a atuação para impedir abusos de outras instituições, como o Ministério Público, a polícia e o próprio Congresso Nacional, a exemplo dos casos em que o STF foi provocado sobre as CPIs. Esta entrevista foi concedida ao site do Supremo Tribunal Federal, 06/08/2008 e veiculada nacionalmente por meio do jornal O Globo, tendo sua divulgação impressa em 20/08/2008.

constitucionalidade dos atos dos demais poderes, julgar litígios entre os Estados e a União, e defender, na qualidade de última instância, os direitos do cidadão.

O Supremo só veio a ganhar relativa independência em relação ao Executivo, quando, em novembro de 1894, os ministros reformaram o regimento, ficando estabelecido que o presidente e o vice-presidente prestariam compromisso perante o próprio Tribunal. Gradualmente se firmava o princípio da intervenção do Supremo no Executivo, quando este infringisse dispositivos constitucionais. Ficava reiterado o direito do Supremo de examinar a constitucionalidade dos atos do Executivo e garantir a supremacia da Constituição. Aqui, frisa-se um ponto interessante: o STF foi conquistando independência e distanciamento do Executivo, enquanto, em relação ao Legislativo, foi concebido para que enfatizar a distancia que permitisse frear seus excessos.

O papel mais importante da instituição nos primeiros cinco anos da República foi à defesa das liberdades civis e o estabelecimento da jurisprudência. Havia conseguido firmar-se como Terceiro Poder, cuja função era julgar a constitucionalidade dos atos do Executivo e Legislativo e defender os direitos dos cidadãos.

Apesar do visível partidarismo político de seus membros, do inevitável caráter classista dos Tribunais e do desrespeito do Executivo a algumas decisões do Supremo, não se pode negar que este tenha desempenhado um papel importante na construção das instituições republicanas e na defesa das garantias. O desempenho do STF na avaliação da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo num período de extrema instabilidade política foi essencial para criar os fundamentos da Democracia no Brasil, constantemente violada pelas ações de congressistas, militares, policiais e governantes.

No processo de redemocratização do país, a tradição positivista ainda pesava fortemente sobre os ministros do STF, com influência das doutrinas da Igreja Católica, forjando um liberalismo conservador, paternalista e elitista, que transparecia nos seus julgados e encontraria suporte entre a maioria dos congressistas. Com o Golpe de 1964, o STF foi atingido por várias medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento, ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional.

Percebe-se, com este pequeno relato histórico, a relação inicial de interação entre o Supremo e os demais poderes. Podemos identificar alguns destes laços até hoje, o que nos permite analisar o comportamento contemporâneo do órgão em relação a jurisdição constitucional. Outro ponto interessantíssimo é constatar que, desde sua criação – isto é, sendo característica intrínseca desde a origem –, o Supremo Tribunal tem qualidade de ator político no cenário público.

Funções Contemporâneas do Supremo Tribunal Federal – Controle Difuso e Controle Abstrato

O *judicial review* americano institui o **controle difuso**, isto é, aquele exercido por qualquer juízo ou tribunal dos atos emanados do legislativo maculadores da Lei Maior. Neste sistema jurídico, a palavra final sobre a constitucionalidade ou não de determinada norma é da Suprema Corte, o que não exclui, no entanto, a possibilidade da apreciação pelas outras instâncias.

Os opositores deste sistema alegam que este fomenta a insegurança jurídica ao evidenciar a possibilidade de diversos juízos prolatarem as mais diversas sentenças em análise de idêntica norma. Nos EUA, a solução a este problema repousa na figura da Suprema Corte ao se pronunciar sobre a validade (constitucional) ou não de determina lei/ato/dispositivo, vinculando os demais tribunais.

Já o constitucionalismo pátrio criou duas alternativas a vinculação dos demais juízes e/ou Tribunais quando da decisão do STF e a Ação Declaratória de Constitucionalidade para ser interpostas justamente nos casos de demonstráveis controvérsias nos julgados de determinado diploma. No Brasil, o controle por via de exceção permite a qualquer juiz analisar no caso concreto a adequação ou não da lei aos preceitos da Carta Política. Nesta hipótese, ao Judiciário caberá pronunciar-se no caso concreto, devendo a decisão ter eficácia para as partes não opondo qualquer efeito perante terceiros, nem atingindo diretamente a lei contestada a qual continuará válida e eficaz.

O imperativo constitucional do art. 97 exige maioria absoluta dos membros de qualquer Tribunal (inclusive do STF) para o julgamento in concreto da constitucionalidade ou não de norma, sob pena de nulidade da decisão. Entretanto, a Primeira Turma do Supremo já decidiu ser dispensável esta exigência se existir pronunciamento anterior de inconstitucionalidade da norma expedido pelo plenário da

Corte Maior ou havendo pronunciamento anterior de análise da mesma lei pelo plenário daquele Tribunal independente da posição adotada.

Ressalte-se, ainda, que se a norma for decretada inconstitucional quando da análise do caso concreto (decisão em sede de Recurso Extraordinário) pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta de seus membros, será facultado ao STF notificar o Senado federal do teor desta para a suspensão da execução da lei no todo ou em parte caso assim entenda necessário. Já em relação às partes, o efeito da inconstitucionalidade declarada *incidenter tantum é ex tunc*, invalidando todos os possíveis efeitos da lei inconstitucional. Na hipótese do Senado editar resolução suspendendo a execução da citada lei, esta suspensão terá efeitos *erga omnes e ex nunc*.

Já em relação ao **controle concentrado**, nos deparamos com a atuação judicial realizada por via de ação direta em face de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrita, só podendo ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Sendo o objeto da ação a análise da lei em tese, os efeitos da decisão operam *erga omnes e ex tunc*.

Este método de verificação de adequação ou não da norma à Constituição baseia-se no modelo defendido por Hans Kelsen e é adotado em vários países da Europa, dentre os quais Áustria, Itália e Espanha. Segundo este sistema de verificação, uma Corte Constitucional – composta por membros do judiciário, ou do legislativo, ou mesmo dotada de independência em relação aos três poderes – teria competência para analisar abstratamente as normas questionadas, verificando seu conteúdo e/ou seu modo de formação sem precisar por meio de provação direta, sendo seu mérito a verificação de compatibilidade ou não do diploma à Constituição.

No Brasil, a análise *in abstracto* é realizada por meio das ações direta de constitucionalidade por ação ou omissão, bem como no caso de inação legislativa pelo mandado de injunção. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de ADIn, desempenha função de legislador-negativo com o intuito de expurgar a norma inválida do ordenamento. O mérito da ação é a hipótese da norma em questão ser dissonante ou não com a Carta Magna, não sendo analisada situação jurídica individual. Entretanto, por respeito ao princípio do contraditório, faz-se necessário um defensor para a pretensa lei ou ato inconstitucional: o advogado-geral da União o qual deve, compulsoriamente, proteger a norma, sendo-lhe defeso concordar com a inconstitucionalidade da mesma.

A legitimação ativa para a proposição de ADIN's é dos órgãos/entidades elencados no Art. 103 da Constituição Federal, no entanto, há pronunciamento do Supremo no sentido de que não basta o órgão estar formalmente legitimado: é preciso uma relação entre a norma impugnada e as atividades do requerente para figurar no pólo ativo. Como explicitado, o controle em abstrato tem caráter legislativo negativo, por conseguinte revesti-se das mesmas características da lei: é geral, abstrato e imperativo.

Defendendo a Atuação do STF em sede de Controle Preventivo

É possível que num futuro próximo e com o agigantamento do Judiciário⁴² o Supremo seja provocado a entrar no mérito de legislação ainda em processo de elaboração, o que configuraria um controle preventivo judicial de constitucionalidade. Embora tal atribuição seja altamente questionável do ponto de vista da separação de poderes ou, ainda, sob o prisma da crise do papel do Supremo enquanto guardião da Constituição, pelo exposto neste estudo, entende-se que esta ainda é a melhor alternativa ao Estado Brasileiro, dadas às condições nas quais o veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade está sendo utilizado no cenário nacional.

Isto porque, embora sejam defensáveis várias críticas à atuação do STF, no atual estágio do desenvolvimento democrático brasileiro, o órgão ainda tem destaque por atuar na defesa da proteção constitucional, gozando, inclusive, de certa aceitabilidade e respeitabilidade no que concernem as suas decisões enquanto apaziguadores sociais. Em conformidade com o apresentando quando da análise do modelo de controle preventivo português, a atuação do STF é compatível com a atuação do Tribunal Constitucional Português, dada as semelhanças de ambos os sistemas de jurisdição constitucional, bem como da reciprocidade em relação ao sistema político de interdependência entre os Poderes do Estado – o Legislativo, o Judiciário e o Executivo.

⁴² (FALCONE, 2008, p. 36).

3. Exacerbação Funcional do Supremo Tribunal Federal?

“Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Crise das Maiorias e Agigantamento do STF

Nunca, na história do Direito Brasileiro, a Corte Constitucional teve seu papel tão fortemente discutido e suas funções, legitimadas constitucionalmente, tão exacerbadas. De fato, a Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional nº 45/2004 permitiram um crescimento, sem precedentes, nas competências do STF. Percebe-se, contudo, que essa opção política de aumentar o rol das atividades delegadas ao Supremo não se configuram, apenas, como uma tentativa de proteger o texto da Constituição. Revela-se mais.

Há, em verdade, uma crise de expectativas sociais, o que contribuiu para maximizar o Tribunal. A partir de uma forte descrença no Legislativo, que se explicita, escândalo após escândalo, mais distante dos interesses do povo e mais submetido a pressões de grupos de poder; e, de uma descrença, também, no Executivo, devido a anos de má-gestão e pouca eficiência pública, se materializou no país uma crise das maiorias: os dois Poderes de Estado estão distantes do povo, estão inatingíveis, já que defendem o que não necessariamente está em conformidade com os anseios coletivos.

As maiorias, que são volúveis e estão legadas ao arbítrio político estrito, acabam por promover distorções na proteção dos direitos fundamentais e da vida do cidadão em coletividade. Isso faz com que se deixe de acreditar numa maioria política para transcender o conceito para a maioria constitucional, que também pode ser entendida como a vontade do legislador positivada no texto da Constituição. Passa-se, dessa feita, para uma interpretação atemporal.

Nessa esteira, o Judiciário avança posições, pois ocupa um lócus social que permite um contato direto com o cidadão. Ainda que não tão freqüente, é bastante concebível que um cidadão consiga, sozinho, mover a maquina do Judiciário em sede de controle abstrato ou, ainda, como é mais usual, conseguir um pronunciamento acerca da defesa de seus direitos constitucionais, por meio de controle difuso (via recurso extraordinário). Experimenta-se, com isso, um engrandecimento do Poder Judiciário frente aos demais Poderes (o que alguns autores consagram com o nome de “Século do Judiciário”).

Sobre isso afirma Marconi Falcone que:

“Vivenciamos no último século no Brasil o predomínio do Executivo e do Legislativo, o qual desencadeou em sistemas totalitários e ideológicos de um voluntarismo maléfico. Não se tinha respaldo em um sistema de justiça constitucional efetivo, pois não se enxergava a Constituição como limite dos poderes, mas apenas como valores a serem alcançados e às vezes como mero instrumento de regimes totalitários, que procuraram se legitimar.”⁴³

Outro ponto relevante é a inserção do Poder Judiciário enquanto defensor das minorias. Em especial, o Supremo, enquanto guardião da Constituição, é capaz de proteger os interesses daqueles que são sufocados pelas pressões dos grupos de poder, que orientam o Legislativo. A separação total entre Executivo e Judiciário, cominados ao amadurecimento constitucional do Estado de Direito, projetaram o STF como órgão independente, o que contribuiu (ainda mais) para que o Tribunal deixasse de ser simbólico e passasse a ser tangível.

Concluindo, portanto, que o agigantamento do STF (e do Judiciário como um todo) se deu em decorrência de uma crise de Estado que se relaciona com os demais Poderes, as novas posições assumidas por este Tribunal – notoriamente marcadas por um ativismo judicial e por uma atuação, inclusive, como legislador positivo – estão passíveis de crítica: estaria o Supremo atuando como outro órgão político? Até onde se perfaz a separação entre político e jurídico? Onde estão os ideais de neutralidade e imparcialidade?

⁴³ (FALCONE, 2008, p. 36)

Parte-se do pressuposto que há legitimidade formal para a atuação do STF, ainda que suas soluções mais atuais sejam criativas e dotadas de vanguardismo jurídico, no sentido da inovação frente as suas posições tradicionais, em especial, sua atuação frente às ações cuja pauta é a omissão legislativa. Pelo exposto, depreende-se que a atual orientação do STF é fruto de um passado histórico permissivo. Mas há legitimidade material?

Judicialização da Política

Conforme proposto nesse estudo, para a adequada proteção à Constituição, em sede de controle preventivo de constitucionalidade exercido por meio de veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade, faz-se mister a apreciação do STF, por ser este o órgão legítimo, formal e materialmente, para esse tipo de feito, conforme determina a própria Carta Política. No entanto, questiona-se: não estaria, com isso, a promover uma judicialização da política? Numa abordagem superficial pode-se chegar a tal conclusão, muito embora, seja ela falha.

Isso porque, no Estado Constitucional de Direito, a ordem máxima é a Constituição, estando todos submetidos as suas determinações, que são legítimas. A política, em seus desdobramentos e exercícios, não deve fugir a regra: para conter excessos neste campo, faz-se necessário que haja um controle norteado pela Constituição. Como, segundo o texto da Carta Política, conferiu-se essa atividade ao Judiciário, nada mais natural que seja este, então, incumbido de promover tal defesa.

A problemática se materializa com o seguinte questionamento: ao judicializar a política, não estaria o STF tornando-se, com isso, eminentemente político? A resposta é sim. Pelo exposto, depreende-se que cada vez mais o Supremo é provocado a assumir papéis políticos. Contudo, isso não afasta seu caráter intrínseco, que é o jurídico. Suas decisões são, portanto, de caráter duplo, sendo jurídicas e, ao mesmo tempo, políticas.

Conclusões

A temática abordada neste estudo é de vital importância para a interface entre o Direito Constitucional e a Ciência Política, pois permite a análise e o questionamento de novas acepções de poder de agir do Judiciário e sua relação com os outros poderes, em especial com o Executivo. A partir da discussão sobre o veto presidencial por motivo de inconstitucionalidade – também conhecido como veto jurídico – e da pouca competência técnica por parte do Executivo para discutir o mérito de questões constitucionais relevantes, este estudo visou elucidar a questão da possibilidade de ação do Supremo Tribunal Federal em sede de controle preventivo.

Permitir que o Chefe do Executivo exercesse solitariamente o controle preventivo de constitucionalidade, por meio do veto presidencial por inconstitucionalidade é, de fato, um desrespeito ao princípio em epígrafe. Isso porque, partindo de uma interpretação constitucional do art. 66 da CF, se infere uma clara tentativa de defesa da Constituição por meio da discussão entre o Legislativo e o Executivo, com a finalidade maior de aperfeiçoar o processo legislativo, tentando impedir o ingresso de leis inconstitucionais no ordenamento.

O respeito ao princípio da constitucionalidade se configura como um amadurecimento do Estado Democrático de Direito para o Estado Constitucional, o que torna possível a discussão da ilegitimidade do Presidente para atuar sozinho em sede de controle preventivo. Muito embora não seja, a princípio, esta a previsão, o desenvolvimento fático das atividades na política nacional transformaram um cenário aparentemente constitucional em inconstitucional, por não permitir que o instituto atingisse sua atividade-fim, que é o zelo pelo texto constitucional.

Tal como tem sido aplicado, o veto presidencial deixou de ser um exercício democrático. Frisa-se que essa pode não ser a intenção do Chefe do Executivo, mas que é apenas o desdobramento fático da inércia parlamentar, que não atua seriamente na discussão da manutenção ou rejeição do veto. Conclui-se, portanto, que apenas a previsão de revisão pelo Congresso não é suficiente para que esteja atendido o princípio da constitucionalidade, sendo possível, para melhor dirimir a questão e a exemplo do que ocorre em outros sistemas nos quais há o veto presidencial, pensar num pronunciamento do Judiciário a respeito.

Referências Bibliográficas

1. Livros e Periódicos

BERNARDES JUNIOR, José Alcione. **O controle jurisdicional do processo legislativo à luz da teoria sistêmica**. Cadernos da Escola do Legislativo. Belo Horizonte, v. 8, nº 13, 2005.

BOBBIO, Norberto (1989). **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB; São Paulo: Polis.

_____ (1992). **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus.

_____. (1990). **As Ideologias e o Poder em Crise**. 4ª Ed. Brasília: UNB.

BONAVIDES, Paulo (1993). **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (1995). **Teoria do Estado**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros.

_____ (1993). **A Constituição Aberta: Temas Políticos e Constitucionais da Atualidade**. Belo Horizonte: Del Rey.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993 (p. 1082 a 1089).

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

FALCONE, Marconi. **Justiça Constitucional: o caráter jurídico-político das decisões do STF**. São Paulo: Método, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Notas sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade**. In: Revista de Informação Legislativa, abril/junho, ano 36, nº 142. Brasília, 1999.

FIGUEREDO, Patrícia Cobianchi e Zélia Cardoso Montal. **Controle Preventivo de Constitucionalidade em Portugal e no Brasil: alguns apontamentos**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, julho/setembro, ano 16, nº 64. São Paulo, 2008.

FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. **La incidência positiva Del Tribunal Constitucional em El poder Legislativo.** In: Revista de Estudos Políticos (Nueva Epoca), nº 81, Julio-Septiembre, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La Ducha contra lãs inmunidades Del poder** (poder discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). Madrid: Civitas, 1995.

HARBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução para o português de **Gilmar Ferreira Mendes.** Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, s/Ed., 2003.

LOBATO, Anderson Cavalcante. **Para uma nova Compreensão do Sistema Misto de Controle de Constitucionalidade: A Aceitação do Controle Preventivo.** In: Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 2, nº 06, janeiro/março. São Paulo, 1994.

MENDES, Gilmar F. **Curso de Direito Constitucional.** 3ªEd., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Gilmar F. **Controle Concentrado de Constitucionalidade, comentários à Lei nº 9868 de 10/11/1999.** 2ªEd., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Gilmar F. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade.** In: Revista de Informação Legislativa, ano XXIV – nº 134. Brasília: Abril/Junho, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, v. I e II.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 7ª Ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NOBRE, Edilson P. **O Veto por Inconstitucionalidade e o seu Controle Jurisdicional.** In: Revista da AJURIS, ano XXXV – nº 109. Porto Alegre: Março/2008, p. 95- 119.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas, efeitos.** 2ªed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. 1ª Ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O Veto – O controle jurídico do veto presidencial**. In: Revista de Informação Legislativa, julho/setembro, ano 40, nº 159. Brasília, 2003.

SILVA, Christine Oliveira Peter. **Estado Constitucional Cooperativo: O Futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a Ótica da Doutrina de Peter Häberle**.

SILVA, José Afonso. **Processo Constitucional de Formação de Leis**. São Paulo: Malheiros Editores, 2ª Ed., 2006.

RODRIGUES, Ernesto. **O Veto no Brasil**. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____, Ernesto. **O Veto no Direto Comparado**. 1ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Civitas, 2004.

2. Documentos Oficiais

Constituição da República Portuguesa (texto oficial).

Mandados de Segurança no STF

MS nº 5849/58 – Relator Min. Ribeiro da Costa