

Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo

ANDERSON CAVALCANTE LOBATO

SUMÁRIO

I. O sistema misto de controle de constitucionalidade. A. O sistema difuso e o sistema concentrado. B. O controle jurisdicional e o controle político. C. A nova compreensão do sistema misto: a conjugação do sistema difuso com o sistema concentrado. II. A questão do controle preventivo. A. A experiência do controle preventivo na França e em Portugal. 1. O direito de iniciativa no controle preventivo francês e português. 2. O processo jurisdicional do controle preventivo francês e português. 2.1. A celeridade do processo. 2.2. A garantia de um mínimo de debate contraditório em controle preventivo. 3. Os efeitos da decisão no controle preventivo francês e português. 3.1. A fixação do objeto. 3.2. O âmbito da decisão. 3.2.1. A decisão de não-inconstitucionalidade. 3.2.2. A decisão de inconstitucionalidade. B. O controle preventivo e a realidade constitucional brasileira. 1. O controle preventivo não-jurisdicional no Brasil. 2. A solução preconizada pela ação declaratória de constitucionalidade.

I. O sistema misto de controle de constitucionalidade

A função essencial de uma Constituição é a de impor limites ao poder político do Estado. As constituições contemporâneas buscam o estabelecimento das "regras do jogo político", com o fito de garantir o bom funcionamento das instituições democráticas. Deste modo, nenhuma autoridade, nenhum poder do Estado, pode deixar de respeitar as regras e os princípios fixados pela Constituição.

Desta afirmação, decorre o princípio da supremacia da Constituição. De fato, a Constituição deve beneficiar-se de uma autoridade jurídica superior às outras normas no interior de um Estado. Este princípio é garantido, por um lado, pela rigidez constitucional, ou seja, pela adoção de um processo de reforma constitucio-

Anderson Cavalcante Lobato é Doutor em Direito Público pela Universidade de Ciências Sociais de Toulouse – França, Pesquisador do CNPq junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

nal mais complexo do que aquele utilizado para a elaboração das leis ordinárias. Por outro lado, a supremacia constitucional exige o estabelecimento de mecanismos jurídicos visando impedir a promulgação e sobretudo a aplicação de normas jurídicas que estejam em desacordo com os seus princípios. A este conjunto de mecanismos jurisdicionais e/ou políticos, denominamos controle de constitucionalidade.

A. O sistema difuso e o sistema concentrado

A primeira manifestação concreta do controle de constitucionalidade ocorreu nos Estados Unidos por via jurisprudencial. No caso *Marbury v. Madison*, em 1803, o Chefe de Justiça Marshall teve a oportunidade de afirmar a supremacia da Constituição pelo reconhecimento do direito-dever do Poder Judiciário de verificar, no curso da atividade jurisdicional, a conformidade de uma norma à Constituição. Em havendo contradição entre a lei e a Constituição, o juiz deve então aplicar a norma constitucional, ignorando a lei inconstitucional na solução do caso concreto. A validade de uma norma jurídica fica assim condicionada à sua conformidade ao texto constitucional. Este sistema de controle de constitucionalidade foi denominado *judicial review* ou sistema difuso.

É sabido que o sistema difuso de controle de constitucionalidade foi adotado no Brasil já com a primeira Constituição republicana de 1891.

No período entre as duas grandes guerras o eminente jurista austriaco Hans Kelsen idealizou um novo sistema de garantia da supremacia da Constituição. Este sistema de controle de constitucionalidade exigia então a criação de um órgão especial com a função de verificar a conformidade das leis aos princípios estabelecidos pela Constituição. A primeira Constituição a utilizar este sistema de controle foi a da Tchecoslováquia, de 29 de fevereiro de 1920, seguida pela Constituição da Áustria, de 1.º de outubro de 1920 e da Constituição da Espanha, de 9 de dezembro de 1931¹.

A supremacia da Constituição era então garantida exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, que teria a última palavra em matéria de inconstitucionalidade das leis. Trata-se do sistema concentrado de controle de constitucionalidade.

Os sistemas difuso e concentrado de con-

trole de constitucionalidade assumem técnicas jurisdicionais muito diferentes.

O sistema difuso de controle de constitucionalidade é exercido pela via de exceção. No decorrer de um processo judicial, uma das partes pode suscitar a questão de inconstitucionalidade. Esta toma a forma de uma questão preliminar a ser decidida pelo juiz da causa, levando-se em conta a solução do caso concreto. A decisão de inconstitucionalidade determina a não-aplicação da norma ao caso concreto, de forma que só produz efeitos *inter partes*.

No sistema concentrado de controle de constitucionalidade, somente o Tribunal Constitucional está autorizado a conhecer e decidir uma questão de inconstitucionalidade. Assim o Tribunal verifica a conformidade de uma norma à Constituição de forma autônoma, independentemente de toda e qualquer questão individual. A decisão do Tribunal Constitucional assume as características de uma verdadeira declaração de inconstitucionalidade, adquirindo efeitos *erga omnes*.

Prima facie, pode-se pensar em uma total incompatibilidade entre os dois sistemas de controle de constitucionalidade. De fato, nos países que adotam o sistema difuso, toda concentração da questão de inconstitucionalidade é vista com desconfiança. Outrossim, nos países que adotam o sistema concentrado, o aumento do poder dos juizes em verificar a conformidade das leis à Constituição faz ressurgir o mito do "governo dos juizes"².

B. O controle jurisdicional e o controle político

Todavia, os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade guardam uma característica comum, qual seja a de exercerem um controle jurisdicional. Utilizam um procedimento jurisdicional de controle que é sem dúvida adaptado às particularidades de cada sistema. Da mesma forma, os membros do órgão responsável pelo controle estão investidos das prerrogativas inerentes à função de julgar.

É fato que em certos países o controle de constitucionalidade assumiu um caráter eminentemente político. Isto se dá em razão da natureza política do órgão de controle e pela adoção de critérios políticos de seu exercício. O fundamento do controle político está ligado ao prin-

¹ VILLALÓN, Pedro Cruz, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

² EMERI, Claude, "Gouvernement des juges ou veto des sages?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1990, pp. 335-358.

cípio rousseauiano da "lei enquanto expressão da vontade geral". De modo que, na aplicação do princípio da separação dos poderes não se poderia autorizar o Poder Judiciário, ou qualquer outro órgão especial, a discutir a legitimidade e a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Poder Legislativo.

O sistema político de controle de constitucionalidade teve sua primeira sistematização no período da Revolução Francesa com a proposta de Siéyès da *jurie constitutionnaire*. Mais tarde este sistema de controle político foi adotado e exercido pelo Senado do Império francês³. No entanto, foi nos países socialistas do Leste Europeu que o controle político teve plena aplicação.

Num primeiro momento se denominou sistema misto de controle de constitucionalidade a conjugação do sistema jurisdicional com o sistema político. O maior exemplo deste sistema misto é sem dúvida o modelo de controle implementado em Portugal com a Constituição de 1976 e que perdurou até a primeira revisão constitucional de 1982.

No sistema misto português da primeira fase da Constituição de 1976, o controle de constitucionalidade era exercido pelo Conselho da Revolução, órgão político-militar, cuja função primordial consistia em manter vivos os ideais da Revolução de 1974⁴. Em determinados casos o Conselho da Revolução era secundado pela Comissão Constitucional, composta por juristas de profissão. Existia, pois, uma duplicidade de órgãos, um de natureza política e outro de natureza jurisdicional. No entanto, prevalecia a vontade do órgão político.

Outro exemplo do sistema misto, enquanto conjugação entre um controle jurisdicional e um controle político, é o modelo brasileiro inaugurado com a Constituição de 1934 e que se manteve nas Constituições seguintes (1946, 1967/69), inclusive na atual Constituição de 1988.

Este sistema misto consiste na possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo, no exer-

cício do controle concreto pela via de exceção, declara a inconstitucionalidade de uma lei, que adquire tão-somente efeitos *inter partes*. Compete então ao Senado Federal decidir sobre a extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal, através do ato de suspensão da executoriedade da lei ou decreto, atribuindo assim efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade.

C. *A nova compreensão do sistema misto: a conjugação do sistema difuso com o sistema concentrado*

Busca-se agora oferecer uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988. Trata-se da conjugação, no âmbito do controle jurisdicional, das técnicas do sistema difuso e do sistema concentrado. Neste sentido, percebemos que o Supremo Tribunal Federal exerce dois tipos de controle: o controle abstrato e o controle concreto.

A admissão pelo direito brasileiro de dois modos de exercício do controle de constitucionalidade pressupõe a aceitação de dois tipos diferentes de inconstitucionalidade: a) a inconstitucionalidade em tese, quando a norma é por si só não conforme à Constituição, independentemente do modo de sua aplicação; e b) a inconstitucionalidade em concreto, quando na aplicação da norma a um caso concreto se observa a sua inconstitucionalidade. No primeiro caso, a norma é considerada inconstitucional devendo ser expurgada do mundo jurídico. Já no segundo caso, somente um determinado modo de aplicação concreta da norma é que pode ser considerado inconstitucional, não havendo, pois, necessidade de se eliminar a norma do mundo jurídico.

O controle abstrato e o controle concreto buscam de fato duas soluções muito diferentes, necessitando cada qual de mecanismos jurisdicionais distintos.

O controle abstrato das normas é típico do sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Neste caso, o Tribunal constitucional, ou, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, se limita à discussão sobre a constitucionalidade ou não da norma, sem considerar qualquer outro conflito ou interesse particular. Trata-se da análise da constitucionalidade da lei em tese, independentemente de sua aplicação a um caso concreto.

Dentro desta perspectiva podemos constatar que a inconstitucionalidade de uma lei pode ser detectada em dois momentos bem distintos. O primeiro momento seria antes da entrada em

³ ASHWORTH, Antoinette, "Le contrôle de constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1994 (1), pp. 45-102.

⁴ MENDES, Armindo Ribeiro, "El Consejo de la Revolución y la Comisión constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes (1976-1983)", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1988 (60/61), p. 846.

vigor da norma, ou seja, antes da promulgação da lei pelo Chefe de Estado. Este modo de controle denominamos de controle preventivo ou *a priori*, posto que ocorre durante o processo de elaboração da norma.

O segundo momento seria após a entrada em vigor da lei, o qual denominamos controle repressivo ou *a posteriori*.

II. A questão do controle preventivo

Sobretudo em função das experiências do passado, o controle preventivo é seguidamente vinculado ao controle político. Nós já tivemos a oportunidade de afirmar que as duas características essenciais do controle político são: a) órgão de controle de natureza política; e b) método político de discussão e tomada de decisão no interior do órgão de controle. Citamos como exemplo o controle exercido pelo Conselho da Revolução da primeira fase da Constituição portuguesa de 1976; o controle do Senado, na experiência francesa do século XIX; ou ainda, o controle do Soviète Supremo, na experiência dos países socialistas do Leste Europeu.

O controle preventivo pode assim ser exercido de dois modos distintos: a) controle preventivo político; e b) controle preventivo jurisdicional. O controle preventivo político pode ser interno ou externo. Ele será interno quando exercido pelas comissões parlamentares, como por exemplo, no Brasil, o controle exercido pela Comissão de Constituição e Justiça. O controle preventivo político externo é exercido por um órgão político externo ao Parlamento, como ocorre no exemplo português do controle exercido pelo Conselho da Revolução.

O controle preventivo jurisdicional deve ser exercido por um órgão jurisdicional que pode não estar diretamente vinculado ao Poder Judiciário. No caso da criação de um órgão especial para o exercício do controle de constitucionalidade é necessário que este possa gozar de todas as garantias jurídicas e jurisdicionais de independência e imparcialidade inerentes à função de julgar. Trata-se, neste caso, dos Tribunais ou Cortes Constitucionais da Europa, e neste rol incluímos também o Conselho Constitucional francês, cuja única diferença dos seus homólogos europeus é o exercício do controle de constitucionalidade exclusivamente preventivo ou *a priori*⁵.

Nós destacaremos algumas características

⁵ LUCHAIRE, François "Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1979 (1), pp. 27-52.

do controle preventivo jurisdicional a partir da experiência de dois países europeus que adotam este mecanismo de controle: França e Portugal. Em seguida, poderemos então observar a experiência do controle preventivo no contexto do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil.

A. A experiência do controle preventivo na França e em Portugal

O primeiro grande problema do controle jurisdicional preventivo é sem dúvida a determinação do momento de sua intervenção. Duas hipóteses são consideradas: a primeira, consistiria em autorizar o controle preventivo jurisdicional no lapso de tempo entre a votação definitiva do projeto de lei pelo Poder Legislativo e a sua promulgação ou sanção pelo Poder Executivo e a segunda solução possível, seria autorizar o controle preventivo no prazo entre a promulgação da lei e a sua efetiva publicação no jornal oficial.

A segunda hipótese foi adotada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão⁶. No entanto, esta solução permanece isolada dentro do modelo de controle de constitucionalidade europeu. A solução mais corrente continua sendo a hipótese da intervenção do controle jurisdicional no prazo entre a votação e a promulgação ou sanção do projeto de lei pelo Chefe do Poder Executivo⁷.

O controle preventivo adotado na França e em Portugal opta pela última solução, considerada mais prática e de menor vinculação ao processo de elaboração da norma.

É necessário distinguir desde logo o contexto do controle preventivo nestes dois países. Na França, o sistema de controle de constitucionalidade é exclusivamente preventivo. Isso implica que, após a entrada em vigor da norma, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo o Conselho Constitucional, pode aceitar a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei. A adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade em Portugal permitiu a aceitação do controle preventivo, que é considerado complementar ao controle repressivo, que, por sua vez, pode ser exercido pela via de ação ou pela via de exceção.

⁶ FAVOREU, Louis. *Les Cours constitutionnelles*, PUF, Paris, 1986, p. 60.

⁷ LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte de controle de constitutionnalité. Le cas du Brésil et du Portugal*. Tese de Doutorado, Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, fevereiro de 1994, pp. 51-2.

Nós buscaremos compreender o controle preventivo francês e português através do estudo dos seguintes pontos fundamentais: o direito de iniciativa, o desenvolvimento do processo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade preventiva.

1. O direito de iniciativa no controle preventivo francês e português

Uma das principais características do controle abstrato é a restrição do direito de iniciativa a certas autoridades. Assim é no caso do sistema de controle abstrato preventivo francês e português, cujo direito de iniciativa se encontra, por um lado, restrito às autoridades políticas e, por outro, vinculado a determinados atos legislativos.

No caso das leis ordinárias e dos tratados e acordos internacionais, a Constituição francesa de 1958 concede o direito de iniciativa do controle preventivo ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro e aos Presidentes da Assembléia Nacional e do Senado, e a partir da reforma constitucional de 1974, a 60 Deputados e 60 Senadores⁸. No sistema português, nos termos do artigo 278-1 da Constituição, somente o Presidente da República pode suscitar a verificação da constitucionalidade preventiva da lei, de decreto-lei, tratado ou acordo internacional.

No sistema francês, as leis orgânicas, bem como os regulamentos das assembléias parlamentares, ainda segundo o artigo 61 da Constituição, devem ter obrigatoriamente a sua constitucionalidade verificada pelo Conselho Constitucional.

Em Portugal, no caso das leis orgânicas, além do Presidente da República, nos termos do artigo 278-4 da Constituição, podem ainda suscitar o controle preventivo, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados da Assembléia da República efetivamente em função.

Ainda no sistema português, os Ministros da República das regiões autônomas podem suscitar a verificação da constitucionalidade preventiva de um decreto legislativo regional ou de um decreto regulamentar de lei geral da República "que lhes tenham sido enviados para assinatura"⁹.

2. O processo jurisdicional do controle preventivo francês e português

São duas as preocupações do processo em

controle preventivo: a celeridade e a garantia de um mínimo de debate contraditório sobre a questão de inconstitucionalidade em causa.

2.1. A celeridade do processo

A eficácia do controle preventivo está intimamente ligada à rapidez do processo de decisão do Tribunal Constitucional. Assim, alguns prazos foram estabelecidos para garantir a celeridade no tratamento do processo em controle preventivo.

A Constituição portuguesa, no seu artigo 278-3, estabelece que "a apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma". No sistema português a autoridade de iniciativa do controle preventivo é a mesma que deve concluir o processo legislativo através da promulgação, assinatura ou ratificação. A única exceção seria a da iniciativa parlamentar no caso do controle preventivo de uma lei orgânica, nos termos do artigo 278-4 da Constituição. Neste caso, a própria Constituição prevê que o Presidente da República não pode promulgar o projeto de lei orgânica antes de decorrido o prazo de oito dias previsto para a iniciativa parlamentar do controle preventivo (art. 278-7, CRP).

E de se notar que no sistema francês, o direito de iniciativa do controle preventivo da constitucionalidade das leis deve ser exercido no prazo máximo de 15 dias previsto para a promulgação do projeto de lei pelo Presidente da República (art. 10, CRP). Porém, existiria a dificuldade da hipótese de uma promulgação imediata do projeto de lei pelo Presidente, impedindo assim o exercício do controle preventivo por outras autoridades legitimadas a exercê-lo.

O artigo 61 da Constituição francesa prevê que o Conselho Constitucional deve pronunciar-se sobre a conformidade do projeto de lei à Constituição no prazo máximo de 20 dias. Este prazo pode ainda ser restringido a 8 dias, quando o governo solicita regime de urgência.

Da mesma forma no sistema português, a Constituição fixa o prazo de 25 dias, dentro do qual o Tribunal Constitucional deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade do projeto de lei em exame. Este prazo pode ser encurtado por motivo de urgência, no caso de requerimento do Presidente da República (art. 278-8, CRP).

O curto prazo para o julgamento do controle preventivo da constitucionalidade de um projeto de lei é de fato a única garantia de que o controle jurisdicional preventivo não será utilizado com o intuito de retardar a entrada em vi-

⁸ Artigo 61, no que se refere às leis ordinárias e artigo 54, no que diz respeito aos acordos e tratados internacionais, Constituição da República Francesa de 1958.

⁹ Artigo 278-2, Constituição da República Portuguesa de 1976.

gor de uma lei considerada indesejável por este ou aquele grupo político.

2.2. A garantia de um mínimo de debate contraditório em controle preventivo

Não se pode esquecer que o controle preventivo da constitucionalidade se insere no quadro do controle abstrato das normas que segue uma lógica diferente de outros processos jurisdicionais. De fato, o controle abstrato é um processo objetivo, sem partes, cujo fim é a proteção da Constituição. Foi a partir desta compreensão que Kelsen idealizou o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, posto que "o interesse de se ter uma lei conforme à Constituição é, no entanto, um interesse público, que não coincide necessariamente com o interesse privado das partes implicadas no processo"¹⁰.

Assim, não há que se falar no respeito ao princípio do contraditório em controle abstrato preventivo. Não obstante, tanto o sistema francês quanto o sistema português procuram, ou ao menos deixam em aberto, a possibilidade de um mínimo de debate contraditório sobre a questão de inconstitucionalidade em causa.

Desta forma, a Lei de Organização do Conselho Constitucional francês determina a notificação imediata de todas as autoridades legitimadas a suscitar o controle de constitucionalidade, a saber: o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e os Presidentes da Assembléia e do Senado, que devem comunicar aos parlamentares¹¹.

Do mesmo modo em Portugal, o Tribunal Constitucional, uma vez recebida a demanda de controle abstrato preventivo, deve notificar o órgão responsável pela norma em questão, para que, querendo, possa se pronunciar sobre o pedido de inconstitucionalidade no prazo de três dias¹².

É necessário esclarecer desde logo que tanto no sistema francês, como no sistema português, ainda que obrigatória a comunicação acima descrita, a falta de manifestação destas autoridades não obsta o andamento normal do processo, posto que o objetivo não é a garantia

¹⁰ KELSSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, LGDJ, Paris, 1928, p. 25.

¹¹ Artigo 18 da *Ordonnance* n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958.

¹² Artigo 54, Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, última alteração, Lei Orgânica n.º 85/89, de 7 de setembro (LOFPTC).

do princípio do contraditório, mas sim, a abertura de um mínimo de debate visando obter o máximo de informações sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada¹³.

3. Os efeitos da decisão no controle preventivo francês e português

O objetivo do controle preventivo é o de evitar a entrada em vigor de uma lei não conforme à Constituição. Nesta perspectiva, a decisão do Tribunal Constitucional português ou do Conselho Constitucional francês não assume a forma de uma verdadeira declaração de inconstitucionalidade. No sistema francês, a decisão de inconstitucionalidade impede a promulgação do projeto de lei. No sistema português, a decisão obriga a autoridade que suscitou a intervenção do Tribunal a opor o veto constitucional, que difere do veto político por sua motivação, o qual está intimamente ligada à inconstitucionalidade do ato legislativo.

Procuraremos analisar dois pontos essenciais da decisão em controle preventivo francês e português, a saber, a fixação do objeto e sobretudo o âmbito da decisão.

3.1. A fixação do objeto

A primeira atitude do órgão de controle deve ser a fixação do objeto ou da questão sobre a qual existiria uma suspeita de inconstitucionalidade. No sistema francês, o Conselho Constitucional se considera no dever de analisar o projeto de lei como um todo, e não-somente a questão apresentada no requerimento da autoridade de iniciativa. Esta solução é coerente com o fato do sistema francês de controle de constitucionalidade permitir somente um controle preventivo, de forma que esta seria a única oportunidade para que o Conselho Constitucional se pronuncie sobre a conformidade da norma à Constituição.

Já no sistema português, o controle preventivo é complementar ao controle repressivo, que poderá ocorrer pela via de ação ou pela via de exceção. De forma que o Tribunal Constitucional deve se limitar à análise da questão de inconstitucionalidade apresentada pela autoridade de iniciativa (art. 51-5, LOFPTC). A questão pode englobar um ou vários artigos de um projeto de lei. No entanto, o Tribunal já pode se manifestar no sentido de não se considerar vinculado aos argumentos suscitados pelo autor da demanda. O Tribunal pode assim sustentar sua decisão pela inconstitucionalidade da norma em dispositivo diverso daquele apresenta-

¹³ LOBATO, Anderson Cavalcante, ob. cit., p. 160.

do no pedido¹⁴.

3.2. O âmbito da decisão

A amplitude da fixação do objeto no sistema francês permitiu uma classificação doutrinária da decisão. Assim, a decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Conselho Constitucional francês pode ser total ou parcial. Ela será parcial quando o Conselho afirma a não-conformidade à Constituição somente de alguns dispositivos do ato legislativo em exame, sem que esta inconstitucionalidade venha a afetar o conjunto da norma. A inconstitucionalidade total, por sua vez, pode ser direta, quando o Conselho considera que a totalidade do texto contraria a Constituição, ou ainda, indireta, quando a inconstitucionalidade de apenas uma parte da norma venha a comprometer o seu conjunto, prejudicando a coerência do texto ou sua utilidade¹⁵.

3.2.1. A decisão de não-inconstitucionalidade

Na medida em que o controle preventivo impede a continuidade do processo legislativo, a decisão de não-inconstitucionalidade tem como consequência imediata a retomada do processo interrompido. De modo que, no sistema francês, o Presidente da República teria o prazo para promulgação da lei devolvido, podendo, neste prazo, solicitar ao Parlamento uma nova deliberação do projeto de lei, nos termos do artigo 10 da Constituição francesa de 1958.

Do mesmo modo, no sistema português, o Presidente da República ou o Ministro da República, segundo o caso, podem exercer o direito de veto no prazo de 20 e 15 dias, respectivamente (arts. 139-1 e 235-2, CRP). É importante insistir no fato de que no sistema português a decisão de não-inconstitucionalidade pronunciada em controle preventivo das normas não impede o exercício, *a posteriori*, do controle repressivo, seja pela via de ação, seja pela via de exceção.

3.2.2. A decisão de inconstitucionalidade

O artigo 62 da Constituição francesa afirma que uma disposição de lei declarada inconstitucional não pode ser promulgada e, em se tratando do regulamento das Assembléias, não

¹⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II: "Constituição e Inconstitucionalidade", 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 460.

¹⁵ POUILLAIN, Bernard, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Economica/PUAM, Paris, 1990, p. 63. Artigos 22 e 23 da *Ordonnance* n.º 58-1067, de 7 de novembro de 1958.

pode ser aplicada. E continua ressaltando que "as decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de nenhum recurso. Elas se impõem aos poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais".

Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade no sistema de controle preventivo português são bem mais complexos. Assim, a única consequência prevista no artigo 279 da Constituição de 1976 é a obrigação para o Presidente da República ou para o Ministro da República, dependendo do caso, de opor o seu veto, devolvendo-se o projeto ao órgão que o tiver aprovado.

De forma que, no Direito constitucional português, o veto presidencial pode ser exercido de dois modos distintos. O veto político, que é motivado por argumentos políticos, de oportunidade ou de interesse público; e o veto jurídico ou constitucional, motivado pela não-conformidade do projeto de lei da Constituição.

É de se notar que no Brasil, o artigo 66, § 1.º, da Constituição de 1988 também faz uma clara distinção entre veto político e veto jurídico ou constitucional, sem prever, no entanto, qualquer diferença de tratamento entre um e outro, nem mesmo a possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal, guardião da ordem constitucional, nos casos de veto por inconstitucionalidade¹⁶.

Em Portugal, o veto constitucional é obrigatório e ocorre em consequência de uma decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Tribunal Constitucional. O veto constitucional é suspensivo, posto que a Assembléia poderá confirmar o projeto de lei ou ainda modificá-lo, para eliminar o vício de inconstitucionalidade. Assim, a confirmação do projeto, ou seja, a rejeição do veto constitucional, depende de uma nova deliberação pela maioria qualificada de 2/3 dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados efetivamente em função (art. 279-2, CRP).

Ademais, se o Parlamento rejeita o veto constitucional, nada impede o Presidente ou o Ministro da República de utilizar o seu direito de veto político. Porém, este recurso teria apenas a função de atrasar a entrada em vigor da norma, pois o Parlamento poderia, uma vez mais, rejeitar o veto presidencial pela maioria absoluta de seus membros.

No caso do Parlamento modificar o projeto de lei para eliminar as disposições ofensivas à

¹⁶ LOBATO, Anderson Cavalcante, ob. cit., p. 45.

Constituição, o Presidente ou Ministro da República, segundo o caso, pode solicitar uma nova apreciação do Tribunal Constitucional (art. 279-3, CRP).

B. O controle preventivo e a realidade constitucional brasileira

Partindo de uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil com a Constituição de 1988 e tendo percebido a dinâmica do controle abstrato preventivo e jurisdicional a partir da experiência francesa e portuguesa, seria importante neste momento analisar a realidade constitucional brasileira sobre o controle preventivo.

1. *O controle preventivo não-jurisdicional no Brasil*

O controle preventivo da constitucionalidade das leis no Brasil é tradicionalmente não-jurisdicional. Conhecemos em verdade dois tipos de controle preventivo. Primeiro, o controle preventivo interno que seria aquele exercido pelas Comissões parlamentares, especialmente a Comissão de Constituição e Justiça. Sobre a eficácia desse tipo de controle preventivo, particularmente em se tratando da atividade legislativa do Poder Executivo, pode-se constatar que "o Congresso Nacional tem relegado para o segundo plano o exercício do controle jurídico das medidas provisórias editadas pelo Chefe do Executivo". Em consequência, "medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais têm sido, tranquilamente, convertidas em lei"¹⁷.

A Constituição brasileira de 1988 prevê ainda um controle preventivo externo, a saber, o direito de veto do Presidente da República. O § 1.º do artigo 66 da Constituição estabelece duas situações autorizando o Presidente da República a exercer seu direito de veto, quais sejam: a inconstitucionalidade ou ainda, quando o projeto de lei contrarie o interesse público. No entanto, já salientamos que nenhuma particularidade no processo de rejeição do veto presidencial foi criada, permanecendo o procedimento único do § 4.º do artigo 66, ou seja, a discussão em sessão conjunta do Congresso Nacional, o prazo de 30 dias, e a exigência do voto pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

O controle preventivo previsto pela Constituição brasileira de 1988 é de fato um controle político, vinculado ao jogo político. Somente

muito precariamente o controle preventivo político consegue impedir a entrada em vigor de uma norma inconstitucional. Não raro o Poder Executivo e o Poder Legislativo fecham os olhos às questões de ordem jurídica para fazer prevalecer a vontade política. No entanto, o sistema de proteção dos direitos fundamentais e o ideal do Estado de direito democrático encontram-se intimamente vinculados ao respeito da ordem jurídica constitucional. Deste modo, é de se notar que a falta de um controle preventivo jurisdicional no Brasil tem provocado o enfraquecimento do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, tendo como consequência o aumento constante dos processos em nossos tribunais.

2. *A solução preconizada pela ação declaratória de constitucionalidade*

A Emenda Constitucional n.º 3, de 1993, que introduziu mais um modo de exercício do controle abstrato repressivo no sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, qual seja a ação declaratória de constitucionalidade, terá tão-somente a função de combater os efeitos de um controle preventivo não-jurisdicional ineficaz. De fato, uma lei flagrantemente inconstitucional, ou melhor, que suscita sérias dúvidas sobre a sua conformidade à Constituição Federal, continua podendo entrar em vigor e produzir efeitos jurídicos não desejáveis. E, segundo orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, a ação declaratória de constitucionalidade só seria admitida uma vez demonstrada a "controvérsia judicial que põe em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame"¹⁸.

De modo que não poderá a nova ação declaratória de constitucionalidade, em sede do controle abstrato repressivo, evitar a edição de lei não conforme à Constituição. O seu objetivo principal é o de evitar o grande número de processos que dificultam o bom andamento da justiça, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a se pronunciar definitivamente sobre a conformidade de uma lei ou ato normativo à Constituição. Ora, o que temos é uma solução mais ágil, pela via do controle abstrato repressivo, ao problema da instabilidade jurídica constitucional criada pelo controle concreto e difuso da constitucionalidade das leis.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 176.

¹⁸ Voto do Min. Moreira Alves, Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 1-1-DF, in *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Coord. Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 202.

O sistema misto de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, pela conjugação do sistema concentrado e difuso de controle das normas, deve ter o controle concreto como excepcional. Assim, sua função é a de reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma no momento de sua aplicação a um determinado caso concreto. Se uma norma é flagrantemente inconstitucional, ela deve ser expurgada do mundo jurídico através do controle abstrato das normas.

No entanto, o que ocorre no Brasil é que muitas vezes uma lei já nasce com a suspeição de inconstitucionalidade, suscitada durante os debates parlamentares que precedem a sua edição ou ainda, no caso das medidas provisórias, durante o período de discussão para a sua aprovação como Lei. Ora, melhor seria que nesses casos se autorizasse a intervenção do Supremo Tribunal Federal, pela via do controle abstrato preventivo, para assim eliminar a dúvida sobre a constitucionalidade do projeto de lei já aprovado pelo Poder Legislativo ou da medida provisória em discussão no Congresso Nacional.

Outrossim, é de se notar que a decisão de não-inconstitucionalidade pronunciada no processo jurisdicional do controle preventivo, sem obstar ao exercício do controle repressivo, seja pela via de ação, seja pela via de exceção, teria a função primordial de impedir, ou ao menos dificultar, a concessão de medidas liminares — pela falta do *fumus boni iuris* —, posto que a possibilidade de intervenção do Supremo Tribunal Federal fortaleceria sobremaneira a presunção de constitucionalidade das leis.

Bibliografia

- ASHWORTH, Antoinette. "Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1994(1), pp. 45-102.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Forense: Rio de Janeiro, 1984, 408 p.
- CLEVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993, 270 p.
- EMERI, Claude. "Gouvernement des juges ou veto des sages?". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1990, pp. 335-358.
- FAVOREU, Louis. *Les Cours constitutionnelles*. Coll. Que sais-je ?. PUF: Paris, 1986, 128 p.
- KELSEN, Hans. "La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice Constitutionnelle". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1928, pp. 197-257.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. *Les problèmes de la justice constitutionnelle au Brésil*. DEA (Mestrado) Direito Público, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1989, 80 p.
- LOBATO, Anderson Cavalcante. *Le système mixte de contrôle de constitutionnalité. Le cas du Brésil et du Portugal*. Tese de Doutorado, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Toulouse, 1994, 441 p.
- LUCHAIRE, François. "Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction?". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. LGDJ: Paris, 1979 (1), pp. 27-52.
- LUCHAIRE, François. *Le Conseil constitutionnel*. Economica: Paris, 1980, 435 p.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. "Da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal". *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993(2), pp. 7-11.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Saraiva: São Paulo, 1994, 235 p.
- MENDES, Armindo Ribeiro. "El Consejo de la Revolución y la Comisión constitucional. El control de constitucionalidad de las leyes (1976-1983)". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca)*. Madrid, 1988 (60/61), pp. 841-857.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II: "Constituição e Inconstitucionalidade", 3ª edição. Coimbra Editora: Coimbra, 1991, 546 p.
- PINTO FERREIRA. "A jurisdição constitucional", in *O Judiciário e a Constituição*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Saraiva: São Paulo, 1994, pp. 197-218.
- POULLAIN, Bernard. *La pratique française de la justice constitutionnelle*. Coll. Droit Public positif. Economica/PUAM: Paris, 1990, 309 p.
- SERRA, María Mercedes. *Procesos y Recursos Constitucionales*. Depalma: Buenos Aires, 1992, 631 p.
- SILVA, José Afonso da. "Tribunais constitucionais e jurisdição constitucional". *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 1985 (60/61), pp. 495-524.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. "O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional (Uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição)". *Revista de Direito Administrativo*. Renovar: Rio de Janeiro, 1993 (192), pp. 1-28.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Col. Estudios Constitucionales. Centro

de Estudios Constitucionales: Madrid, 1987, 474 p.