

**UNIVERSIDADE DO LEGISLATIVO BRASILEIRO  
INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU*  
EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**CÉSAR AUGUSTO GUIMARÃES**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
PREVENTIVO JURISDICIONAL**

**Brasília- DF**

**2010**

**César Augusto Guimarães**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
PREVENTIVO JURISDICIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Constitucional

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília – DF

2010

**César Augusto Guimarães**

# **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO JURISDICIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Constitucional

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção \_\_\_\_ ( \_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.:

---

Integrante: Prof.:

---

Integrante: Prof.:

*À Patrícia, Lucas e Raquel, pois presenciar diariamente o esforço e a dedicação de vocês aos seus respectivos cursos foi o maior incentivo para que eu voltasse a estudar.*

*O meu agradecimento ao Prof. Paulo pela atenção que me foi dedicada e as relevantes orientações quanto a este trabalho, e ao Prof. Bruno pelo apoio constante e troca de idéias sobre o tema.*

*“O Poder Legislativo não é, pois, somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e intocável nas mãos a que a comunidade o confiou; nem pode um edito, seja de quem for, concebido de qualquer modo ou apoiado por qualquer poder, ter a força e a validade da lei se não tiver sanção do legislativo eleito pela comunidade;...” (John Locke)*

## RESUMO

O presente trabalho é um estudo do Controle de Constitucionalidade Preventivo Jurisdicional, mecanismo original do nosso ordenamento jurídico, sendo subespécie do nosso sistema de controle de constitucionalidade e que teve sua origem em julgado do Supremo Tribunal Federal. Parte-se de uma abordagem mais ampla em que são inicialmente expostos os conceitos de Controle de Constitucionalidade, restringindo o âmbito para o Controle Preventivo no Brasil e em outros Países, até a análise restrita e específica do objeto deste trabalho. São apresentados e analisados o precedente original e os demais julgamentos ocorridos sobre o tema, com o levantamento dos principais debates ocorridos e as questões que ensejaram este trabalho, dentre elas o fato daquela Corte jamais ter concluído pela inconstitucionalidade de uma Proposta de Emenda à Constituição, a utilização do Mandado de Segurança como instrumento para a efetividade dessa espécie de controle, a variação do entendimento da Suprema Corte ao longo do tempo, as implicações da utilização desse mecanismo em relação à separação e autonomia dos poderes e à democracia representativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional - Controle de Constitucionalidade Preventivo Jurisdicional - Mandado de Segurança - Proposta de Emenda à Constituição.

## ABSTRACT

This present work is about the jurisdictional preventive constitutionality control, which is an original mechanism of our legal system, constructed along the judgements of our Supreme Court. We start from a broad approach where we present the concepts of constitutionality control. Then we study how the preventive control works in Brazil and in other countries, until we get to the specific point of this paper. The leading case and the following judgements about this subject are presented and analysed with the focus on the main discussions. Among them we find the discussions that our work is based: the fact the Supreme Court had never judged for the unconstitutionality of and Proposal of Constitutional Amend, the use of the writ as an instrument for the effectiveness of this kind of control, the Supreme Court's comprehension variations, and the consequences of this mechanism in relation to the separation and autonomy of powers and representative democracy.

Key-words: Constitutional Law - Jurisdictional Preventive Judicial Review - Writ – Proposal of Constitutional Amend



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA E CLASSIFICAÇÃO.....	12
2. O CONTROLE PREVENTIVO – DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO.....	14
2.1 O Modelo Francês de Controle de Constitucionalidade Preventivo .....	16
2.2 Hipóteses de Controle de Constitucionalidade Preventivo no Brasil.....	20
3. CONTROLE JURISDICIONAL PREVENTIVO .....	22
4. EFETIVIDADE DO CONTROLE – ALGUMAS QUESTÕES.....	26
5. A QUESTÃO DA CONCESSÃO DA LIMINAR NO STF – EXCESSO DE PODER33	
6. LIMITES DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO LEGISLATIVO – UTILIZAÇÃO RESTRITIVA DO CONTROLE PREVENTIVO JURISDICIONAL .....	36
CONCLUSÃO .....	39

## INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional no Brasil não tem sido objeto de estudos mais aprofundados, tendo a doutrina dedicado pouco espaço ao tema, limitando-se a reconhecer a existência desse modo de controle tipicamente brasileiro, como subespécie do controle preventivo, citando o precedente original sem, a nosso ver, o devido detalhamento do tema, das questões e dos problemas decorrentes da utilização desse mecanismo.

Embora exista uma unanimidade doutrinária e jurisprudencial quanto à existência do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional, há questões que ensejam um estudo mais acurado, o que motivou o presente estudo.

As pesquisas realizadas demonstram que o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades reconheceu o direito do parlamentar à medida preventiva e concedeu a liminar no Mandado de Segurança. Em tantas outras, por razões diversas, não concedeu a medida liminar. Mas somente em duas oportunidades apreciou o mérito do Mandado de Segurança, concluindo por negar a segurança. Em todos os julgados pesquisados, não encontramos um caso sequer em que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma Proposta de Emenda à Constituição. Mais ainda, observa-se ao longo dos anos uma variação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à questão da ilegitimidade ativa superveniente e transformação do mandado de segurança de preventivo em repressivo, variação esta que coincide com as diferentes composições daquela Corte.

Também são apresentadas para reflexão outras questões consideradas relevantes, como os limites de intervenção do judiciário no legislativo, a concessão de medida liminar por decisão monocrática do Ministro Relator, bem como o entendimento de que se trata de medida excepcional, a ser utilizada de maneira restrita.

Devido à carência de material doutrinário sobre o tema, optou-se por um estudo aprofundado de todos os casos sobre o tema julgados pelo Supremo Tribunal Federal, com análise individualizada de cada voto proferido, metodologia esta que teve como consequência prática um texto permeado de citações da jurisprudência, todas elas voltadas para a exemplificação das questões abordadas no estudo.

O intuito principal foi o de demonstrar a relevância do tema e dos demais aspectos envolvidos na utilização desse mecanismo de controle de constitucionalidade, bem como trazer à tona que se trata de uma questão ainda não pacificada pela Alta Corte de nosso País.

## 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA E CLASSIFICAÇÃO

O controle de constitucionalidade, espécie e forma de exercício da jurisdição constitucional, apresenta-se como elemento essencial da proteção da Constituição, lei fundamental e suprema emanada do poder originário, no caso a vontade popular, bem como dos direitos fundamentais do indivíduo, das minorias e da sociedade.

O controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de qualquer ato jurídico comissivo (ou omissivo) à Constituição, garantindo assim que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe sejam conformes.<sup>1</sup>

Como bem colocou o constitucionalista português Jorge Miranda:

“constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou ao compatível, que cabe ou não no seu sentido.”<sup>2</sup>

Alguns doutrinadores, dentre eles Luis Roberto Barroso, entendem o ordenamento jurídico como um sistema, sendo o controle de constitucionalidade o mais importante mecanismo de preservação desse sistema. Nas palavras dele:

“O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Caracterizado o contraste, o sistema prevê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar a sua eficácia.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Notas sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade, Revista de Informação Legislativa, nº 142, abr./jun. 1999, p. 280.

<sup>2</sup> Apud MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 951.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto, *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 3ª Ed.; São Paulo, Ed. Saraiva, 2008, p. 1

Doutrinariamente o controle de constitucionalidade está classificado de diversas formas: quanto à natureza do órgão de controle (político ou judicial), quanto ao órgão judicial que o exerce (difuso ou concentrado), quanto ao momento do exercício do controle (preventivo ou repressivo) ou quanto à forma ou modo de exercê-lo (por via incidental ou via principal ou ação direta, ou ainda abstrato ou concreto em algumas definições).

Neste trabalho, pretendemos nos concentrar na questão do momento do controle de constitucionalidade, mais especificamente no controle preventivo de constitucionalidade, e ainda mais especificamente no controle preventivo jurisdicional, analisando a eficiência e eficácia deste instituto, os casos concretos, as questões decorrentes da utilização desse método de controle de constitucionalidade em nosso País.

## 2. O CONTROLE PREVENTIVO – DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

Por sua natureza, o controle preventivo de constitucionalidade efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo<sup>4</sup>. Nesse tipo de controle tem relevância o momento em que ele é exercido.

O objetivo primordial é evitar a eficácia e efetividade de normas que ofendam a Constituição direta ou indiretamente. Como bem apresenta a Prof. Anna Cândida da Cunha Ferraz, citando Jorge Miranda e Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Caracteriza essa modalidade de controle o *momento* em que atua. Contrapondo-se ao chamado controle sucessivo ou repressivo, 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.

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

.....  
O objetivo do controle preventivo é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, especialmente uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. Assim, essa modalidade de controle constitui, em essência, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização a priori.<sup>5</sup>

O controle preventivo pode ser interno, quando exercido pelo próprio Legislativo para verificar, por meio de seus órgãos ou comissões, a constitucionalidade das proposições apresentadas no âmbito daquele Poder, ou externo, quando exercido por um órgão ou poder diferente daquele que produz a lei ou ato normativo.

---

<sup>4</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Direito Constitucional II, texto do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional*, p. 16.

<sup>5</sup> Ob. Cit. P. 280 e 281.

Poderá também ser classificado em razão do órgão que exerce o controle preventivo, podendo ser controle político ou controle jurisdicional, em razão de ser exercido por um órgão político (não jurisdicional) ou por um Tribunal Constitucional.

Quanto ao momento, poderá ser feito o controle preventivo durante o procedimento de elaboração do ato ou após a elaboração do ato e antes do seu aperfeiçoamento ou antes de sua plena eficácia.

Finalmente, poderá ser um controle preventivo obrigatório, como o exemplo das leis complementares francesas, submetidas obrigatoriamente ao Conselho Constitucional em contraponto às leis ordinárias daquele mesmo País, que não são submetidas obrigatoriamente ao Conselho mas aguardam um período de trinta dias, para somente depois entrar em vigor, ou ainda, preventivo facultativo, como o caso de Portugal, onde o controle pode ser (ou não) suscitado por iniciativa de algumas autoridades.

## 2.1 O Modelo Francês de Controle de Constitucionalidade Preventivo

A França, devido à peculiaridade de seu modelo de controle preventivo de constitucionalidade, é sempre citada pela doutrina como um exemplo clássico, merece um exame destacado.

Devido à uma série de questões políticas e históricas que não cabem ser desenvolvidas no presente estudo, mas que podem ser condensadas na existência de um viés de desconfiança em relação à atuação do Poder Judiciário no período anterior à revolução e uma forte necessidade de fortalecer a vontade emanada do povo sob a forma de leis, esse País acabou por desenvolver um modelo singular de controle de constitucionalidade. O atual modelo, por decisão da Assembléia Constituinte de 1958, é um modelo de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, mas preventivo.

Assim, cabe ao denominado “Conselho Constitucional” o exercício da jurisdição constitucional. Da própria denominação dada pela Constituição Francesa ao órgão, não utilizando expressões como Corte ou Tribunal, e de sua composição heterogênea, como veremos adiante, surge já uma divergência doutrinária, entendendo alguns autores tratar-se de órgão que exerce uma função política e outros de órgão que exerce uma função jurisdicional.

Ao examinar a questão acima, Joaquim B. Barbosa Gomes cita renomados doutrinadores franceses, para ao final expressar opinião com a qual concordamos:

“Pascal JAN (1999; 2001, p.531) e Bruno GENEVOIS (1988; 2002, p. 516), indubitavelmente dois entre os mais autorizados especialistas na obra do Conselho Constitucional nos dias atuais, são taxativos quando afirmam que o Conselho Constitucional exerce uma função jurisdicional. E o fazem porque, o seu entender, a instituição sediada na ala Montpensier Du Palais-Royal apresenta os *signes caractéristiques d'une juridiction*, isto é: decide à luz de critérios jurídicos, com total independência, sobre uma questão também jurídica que lhe é submetida. A decisão que profere tem a força de coisa julgada, eis que, nos termos da Constituição, os seus julgados não ensejam qualquer tipo de recurso e “se impõem aos Poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais” (art. 62.2). Ora o poder de impor suas decisões com força de coisa julgada aos



particulares e aos poderes públicos em geral é, como bem assinala JAN, o que efetivamente caracteriza o poder jurisdicional.

Por outro lado, o caráter preventivo do controle exercido pelo Conselho Constitucional não lhe retira a natureza jurisdicional, pois o que é decisivo é a natureza da atividade do órgão e não o momento em que ele se dá.”<sup>6</sup>

Quanto à sua composição, o Conselho Constitucional é integrado por duas categorias de membros: os membros vitalícios (*membres de droit*) e os membros nomeados para um mandato de nove anos (*membres nommés*), vedada a recondução. Os membros vitalícios são os ex-presidentes da República. Os membros nomeados são em um total de nove, sendo três designados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado. Cumpre ressaltar que o diploma de Bacharel em Direito não é requisito indispensável para integrar o Conselho.

Quanto às atribuições do Conselho Constitucional, estas podem ser de controle preventivo obrigatório ou preventivo facultativo e, em algumas situações, de controle posterior e facultativo.

De acordo com o artigo 61, cabe ao Conselho, em primeiro lugar, exercer o controle da conformidade constitucional das leis orgânicas (similares às nossas leis complementares) e dos regulamentos internos das Assembléias parlamentares.<sup>7</sup> Este controle é preventivo e obrigatório, sendo requisito indispensável para a eficácia da norma.

Outra atribuição do Conselho, determinada pelos artigos 54 e 61, é examinar se as leis ordinárias votadas pelo Parlamento e os tratados internacionais, no primeiro caso antes de sua promulgação e o segundo antes de sua ratificação, estão de acordo com a Constituição. Contudo, o exercício desta modalidade de controle preventivo de constitucionalidade depende da iniciativa de uma das autoridades previstas na Constituição (o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, os

---

<sup>6</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa, *Evolução do Controle de Constitucionalidade de tipo Francês*, Revista de Informação Legislativa, nº 158, abr./jun. 2003, p. 115.

<sup>7</sup> Ob. Cit. P. 115.

Presidentes do Senado e da Assembléia Nacional, sessenta Deputados ou sessenta Senadores).

Um aspecto relevante e original do modelo francês de controle de constitucionalidade se refere a uma clara separação rígida entre o que é do “domínio da lei” e o que é do “domínio do regulamento”. Sobre o tema, citamos Joaquim B. Barbosa Gomes que didaticamente explica esta separação de competências:

Segundo esse esquema de separação de competências normativas previsto na Constituição, o Parlamento tem competência para legislar somente sobre as matérias explicitamente elencadas no artigo 34 da Constituição. Tudo o que sobejar à enumeração do artigo 34 pertence à esfera, ao “domínio”, do Regulamento, ou seja, inclui-se na alçada normativa do Executivo.

.....  
Em virtude dessa separação dos domínios legislativo e regulamentar, cabe ao Conselho Constitucional intervir para dizer o que é da alçada do Legislativo e o que é da alçada do Executivo, cumprindo assim uma das missões clássicas da justiça constitucional – o deslinde de conflitos de competência entre órgãos constitucionais soberanos.<sup>8</sup>

Cabe ressaltar que as emendas constitucionais e as “leis referendárias”, ou seja, as leis provenientes de referendos populares, não são objeto de controle por parte do Conselho Constitucional. No segundo caso, por entender que as modificações trazidas ao ordenamento jurídico pela manifestação do povo soberano não podem ser coarctadas por autoridades jurisdicionais.<sup>9</sup>

Finalmente, deve-se apontar algumas das vantagens e desvantagens do sistema de controle de constitucionalidade preventivo. Nesse sentido cabe ressaltar que esse mecanismo aproxima no tempo o debate político e jurídico, evitando que o debate somente venha a ocorrer muito tempo após a aprovação ou promulgação de uma lei, muitas vezes com prejuízos insuperáveis. Outro ponto favorável seria aumentar o grau de segurança jurídica, analisando as propostas legislativas no seu nascedouro.

---

<sup>8</sup> Ob. Cit. p. 105

<sup>9</sup> Ob. Cit. p. 105

Quanto aos aspectos negativos, são sempre salientados pela doutrina a vinculação desse mecanismo à observância de prazos e dependente de iniciativas das autoridades políticas, sendo grande o risco de leis importantes e constitucionalmente duvidosas serem promulgadas sem que m dos titulares do direito de ação tome a iniciativa de questioná-las.<sup>10</sup>

Conclui-se que o Controle Preventivo Francês apresenta diversas peculiaridades, sendo ainda o modelo clássico de controle preventivo, mas parece que este modelo não produziu os resultados esperados, pois a França passou a adotar também o Controle concentrado, conforme recentes modificações em sua Constituição.

---

<sup>10</sup> Ob. Cit. p. 99

## 2.2 Hipóteses de Controle de Constitucionalidade Preventivo no Brasil

Inicialmente, cabe destacar que as Constituições brasileiras anteriores nem sempre contemplaram o Controle Preventivo de Constitucionalidade. Nesse sentido, cito a doutrina da Prof. Anna Cândida da Cunha Ferraz:

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

.....  
Até a Constituição de 1988, a título de controle preventivo de constitucionalidade, no plano federal, apontavam-se os usuais nos sistemas presidencialistas, vale dizer o controle político de constitucionalidade, operado pelo Poder Executivo ou pelo próprio Poder Legislativo...”<sup>11</sup>

Segundo a nossa doutrina, o controle preventivo no Brasil pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- a) No âmbito do Congresso Nacional, nas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao analisarem a constitucionalidade dos Projetos de Lei e de Propostas de Emenda à Constituição apresentados;
- b) Pelo Presidente da República, com base no art. 66 § 1º da Constituição Federal, ao vetar, por inconstitucionalidade, Projeto de Lei aprovado pelo Congresso Nacional.

---

<sup>11</sup> Ob. Cit. p. 289

c) Nos casos de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar com o objetivo de impedir a tramitação de Proposta de Emenda Constitucional ou de Projeto de Lei que contrarie cláusula pétrea da Constituição.

Outra hipótese também defendida pela doutrina é o controle preventivo de tratados internacionais, tendo em vista as conseqüências que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade.<sup>12</sup>

Conforme veremos adiante com mais profundidade, nas hipóteses a e b acima o controle preventivo é exercido pelos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente. No entanto, na hipótese c, embora a regra no Brasil seja o controle judicial repressivo, trata-se de controle de constitucionalidade judicial preventivo, oriundo de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ainda sob a égide da Constituição de 1967/1969.

---

<sup>12</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p. 956

### 3. CONTROLE JURISDICIONAL PREVENTIVO

O Controle de Constitucionalidade Jurisdicional Preventivo tem a sua gênese em uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, por meio de voto da lavra do Ministro Moreira Alves no Mandado de Segurança nº 20.257/DF. Este importante precedente em nosso direito deu ensejo a uma nova forma de controle de constitucionalidade, jurisdicional preventiva, exclusiva do nosso sistema, forma esta pacificamente reconhecida pela doutrina e reiterada mediante diversas decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal.

Apenas para situar o precedente historicamente, tratava-se na época, ainda sob a égide da Constituição de 1969, de mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional, que, no entender dos impetrantes, dentre eles o ex-Presidente da República Itamar Franco, então Senador pelo Estado de Minas Gerais, tenderia a abolir a República.

Por sua importância histórica, transcrevemos abaixo os principais trechos do voto do Ministro Moreira Alves acima citado:

“.....  
E, com a devida vênia do eminente relator e dos colegas que o estão acompanhando, não há, no caso, como julgar-se prejudicado o pedido.

Com efeito, se o próprio relator sustenta, em seu voto, que o mandado de segurança preventivo já era impossível de ser obtido quando de sua impetração, por haver sido interposto depois de o ato atacado como inconstitucional já ter sido praticado, não há, evidentemente, que se falar em prejudicialidade, que só ocorre quando o objeto era possível quando da propositura da ação, deixando de sê-lo, no entanto, no curso do processamento desta. Se ele era juridicamente impossível de ser alcançado antes mesmo da propositura da ação, o que há é a extinção do processo sem o julgamento do mérito, por não existir uma das condições da ação (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil).

Entendo, no entanto, que nem isso, em verdade, ocorre.  
No § 1º do artigo 47 da Constituição Federal, preceitua-se que:

“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República”.

Objeto de deliberação significa, sem a menor dúvida, objeto de votação, porque é neste momento que se delibera a favor da emenda ou contra ela.

Por outro lado, se a direção dos trabalhos do Congresso cabe ao Presidente do Senado; se este, pelo próprio Regimento Comum do Congresso Nacional (artigo 73), pode, liminarmente, rejeitar a proposta de emenda que não atenda ao disposto no art. 47, § 1º, da Constituição (e quem tem poder de rejeição liminar o tem, igualmente, no curso do processo); e se a Constituição alude a objeto de deliberação o que implica dizer que seu termo é o momento imediatamente anterior à votação; não há dúvida, a meu ver, de que, a qualquer tempo, antes da votação, pode a Presidência do Congresso, convencendo-se de que a proposta de emenda tende a abolir a Federação ou a República, rejeitá-la, ainda que não o tenha feito inicialmente.

Cabível, portanto, no momento em que o presente mandado de segurança foi impetrado, sua impetração preventiva, uma vez que visava ele a impedir que a Presidência do Congresso colocasse em votação a proposta de emenda. Aprovada esta, o mandado de segurança – como tem entendido esta Corte – se transforma de preventivo em restaurador da legalidade.

3. Afastada essa preliminar, também não acolho a outra, que é de mérito – com a qual fundamentam seus votos os eminentes colegas que estão indeferindo o pedido.

**Não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada. Antes disso, nem o Presidente da Casa do Congresso, ou deste, nem a Mesa, nem o Poder Legislativo estão praticando qualquer inconstitucionalidade, mas estão, sim, exercitando seus poderes constitucionais referentes ao processamento da lei em geral. A inconstitucionalidade, nesse caso, não será quanto ao processo da lei ou da emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra.**

**Diversa, porém, são as hipóteses como a presente, em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição.**

É cabe ao Poder Judiciário – nos sistemas em que o controle de constitucionalidade lhe é outorgado – impedir que se desrespeite a Constituição. Na guarda da observância desta, ele está acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de poderes.

.....”<sup>13</sup> (grifo nosso)

A consequência prática dessa decisão original foi o entendimento, reiterado em diversas oportunidades, de que os membros do Congresso Nacional são titulares

<sup>13</sup> In: “Informativo/STF nº 30, de 1996.

de direito líquido e certo de invocarem, via mandado de segurança, o controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo. Na busca de preservar as suas prerrogativas parlamentares e observar o estabelecido na Carta Magna de 1988, especificamente em seu art. 60 § 4º, os parlamentares podem recorrer ao Judiciário, evitando assim serem obrigados a votar ou mesmo permitir a tramitação de Proposta de Emenda à Constituição que afronte os direitos fundamentais ou as cláusulas pétreas determinadas pelo Constituinte originário.

Transcrevemos a seguir o Art. 60, § 4º da Constituição Federal:

Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

.....  
 .....

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

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

Este precedente original, dado o seu embasamento teórico e a clareza de sua posição, tornou-se o *leading case* de todas as decisões posteriores sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em especial nos MS 21.648/DF, MS 21.642/DF, MS 22.487, MS 23.047-3/DF, MS 24.356/DF, MS 24.430/DF, MS 24.642/DF, MS 24.430/DF E AG. REG. em MS 21.303 AgR/DF, e diversas outras decisões com mesmo escopo teórico, efetivando, na prática, o controle jurisdicional preventivo no Brasil.

Sobre a gênese e a originalidade do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional e a utilização do Mandado de Segurança como instrumento de sua provocação, cabe citar o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto quando da apreciação do MS 24.138-1/DF:

“.....  
 Trata-se de uma aplicação do que poderia ser considerada como uma variante da “doutrina brasileira do mandado de segurança”, que permite a utilização desse peculiar instrumento de defesa de direitos subjetivos públicos na solução de eventual conflito de atribuições ou de conflito entre órgãos, a Organstreitigkeit do direito constitucional alemão (Lei Fundamental, art. 93, I, nº 1). É, na expressão de Klaus Schlaich, um



*processo consigo mesmo* destinado a dirimir controvérsias entre órgãos constitucionais a propósito de suas competências (cf, a propósito Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 149)

Entre nós, a despeito da pouca racionalização em torno do uso diferenciado do mandado de segurança nessa outra dimensão, convém anotar que tal instrumento tem sido utilizado não só para resolver judicialmente conflitos entre órgãos constitucionais, mas, de certa forma, conflitos de atribuição entre órgãos administrativos em geral.

No que diz respeito à admissibilidade do controle preventivo de atos normativos, o mandado de segurança opera como autêntico processo de solução de conflitos entre órgãos de perfil constitucional.

.....<sup>14</sup>

Contudo, como veremos a seguir, existem diversas questões a serem estudadas.

---

<sup>14</sup> In: Diário da Justiça de 14/03/2003.

#### 4. EFETIVIDADE DO CONTROLE – ALGUMAS QUESTÕES

Nos precedentes examinados e posteriores ao *leading case* MS 20.257, embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a legitimidade do parlamentar para impetrar o Mandado de Segurança na espécie, não houve julgamento quanto ao mérito do Mandado de Segurança. Em termos práticos, o Supremo Tribunal Federal nunca declarou que uma Proposta de Emenda Constitucional é inconstitucional.

Nos casos em que a liminar foi concedida, a proposta de emenda teve sua tramitação interrompida e findou por não ter o seu mérito julgado. Nos casos em que a liminar não foi concedida e a proposta de emenda seguiu seu caminho natural até a aprovação e promulgação, a jurisprudência do Supremo vem oscilando ao longo do tempo, não oferecendo a necessária segurança quanto ao tema, como veremos a seguir.

À época do *leading case*, o entendimento dominante era o de que uma vez convertida a proposta de emenda em norma, o Mandado de Segurança se transformava de preventivo em restaurador, conforme está claro no voto do Ministro Moreira Alves naquele precedente.

Posteriormente, e sob a vigência da Constituição de 1988, passa a vigorar o entendimento de que a aprovação da proposta de emenda e sua transformação em norma no curso do processo acarretaria a perda de legitimidade por parte do parlamentar, passando somente a ser atacada via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). Assim, os processos eram julgados extintos, sem julgamento do mérito. Esse foi o entendimento preponderante durante longo período de tempo.

Sobre o tema da ilegitimidade ativa superveniente, muito interessante o debate ocorrido entre os Ministros Octavio Galotti, Relator do MS 21.648-4/DF e o Ministro Moreira Alves. Naquela ocasião o Ministro Relator defendia a transformação

do pedido de preventivo em repressivo, seguindo o entendimento inicial. Por seu turno, o Ministro Moreira Alves apresenta visão diferente do firmado no *leading case*, não admitindo a transformação do mandado de segurança de preventivo em repressivo. Cabe ressaltar que este julgado ocorreu sob a égide da Constituição de 1988. Transcrevemos a seguir parte dos dois votos:

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – Sr. Presidente, quero formular uma preliminar.

Em meu entender, o impetrante, antes de a emenda constitucional ter sido votada e promulgada, tinha legitimação para propor o presente mandado de segurança. Sucede, porém, que a emenda em causa foi promulgada posteriormente à impetração. Deu-se, assim, por fato superveniente, a perda de sua legitimatío ad causam, tendo em vista a substancial modificação da situação jurídica que é objeto do mandado de segurança. Quando da impetração, seu direito subjetivo era o de não ver submetida a exame do Parlamento emenda constitucional que se alegava infringente da norma contida no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Sobrevinda a promulgação da emenda em causa, desapareceu essa legitimação ativa, pois, caso contrário, o presente mandado de segurança não se converteria na realidade, de preventivo em repressivo, mas, sim, em instrumento processual, quase, por assim dizer, como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade – para o impetrante poder vir a obter uma declaração de inconstitucionalidade em abstrato.”

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALOTTI (RELATOR) –

.....  
 Quanto à preliminar, agora levantada pelo eminente Ministro MOREIRA ALVES, embora suscitada sob a forma (se bem entendi) de perda superveniente da legitimidade da parte, persevero, Sr. Presidente, no entendimento de que, em primeiro lugar, havia uma ameaça a direito subjetivo do impetrante, como Deputado, à tramitação regular do processo legislativo. Em segundo lugar, é fora de dúvida que, a prevalecer a tese do pedido, a lesão a esse direito consumou-se com a aprovação e a promulgação da emenda constitucional.

Por isso, Sr. Presidente, se havia uma ameaça de direito subjetivo, e se essa ameaça foi concretizada, penso que a conclusão lógica é transformar o pedido, de preventivo em repressivo ou desconstitutivo e, dessa forma, extrair a anulação do processo legislativo, eventualmente considerado irregular, a única consequência possível, que é a inconstitucionalidade formal da lei resultante do projeto irregularmente processado.”<sup>15</sup>

No julgado acima venceu a tese defendida pelo Ministro Moreira Alves. No mesmo sentido foram todos os julgados posteriores, como no MS 21.648/DF, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, cujo acórdão assim estabeleceu:

---

<sup>15</sup> In: “Diário da Justiça”, 19/09/1997

“Perda da legitimidade do impetrante, por modificação da situação jurídica no curso do processo, decorrente de superveniente aprovação do projeto, que já se acha em vigor.

Hipótese em que o mandado de segurança, que tinha caráter preventivo, não se pode voltar contra a emenda já promulgada, o que equivaleria a emprestar-se-lhe efeito, de todo descabido, de ação direta de inconstitucionalidade, para a qual, ademais, não está o impetrante legitimado”<sup>16</sup>

Ou ainda o voto do Ministro Celso de Mello no MS 22.487/DF, a seguir transcrito:

“PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO. IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA POR PARLAMENTARES. POSSIBILIDADE. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À CORRETA FORMAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA PELO CONGRESSO NACIONAL. HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE PERDA SUPERVENIENTE DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO MANDAMENTAL. PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – embora reconheça, ao membro do Congresso Nacional, qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração normativa – nega-lhe, no entanto, legitimidade ativa para prosseguir no processo mandamental, quando, em decorrência de fato superveniente, a proposição normativa, em tramitação na esfera parlamentar, vem a transformar-se em lei ou a converter-se em emenda à Constituição.

A superveniência da aprovação parlamentar ao projeto de lei ou da proposta de emenda à Constituição implica a perda da legitimidade ativa dos membros do Congresso Nacional para o prosseguimento da ação mandamental, que não pode ser utilizada como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes.”<sup>17</sup>

O entendimento da Alta Corte sobre essa questão somente veio a sofrer alguma variação quando do julgamento do MS 24.642/DF, no ano de 2004, em que pela segunda vez julgou-se o mérito do Mandado de Segurança, concluindo por indeferir a segurança, fato este que teve como consequência prática a aceitação da tese de que é possível transformar o mandado de segurança de preventivo em repressivo.

---

<sup>16</sup> RTJ 165/540

<sup>17</sup> “Informativo/STF”, nº 239, de 2001

No curso do julgamento do MS 24.642/DF o Ministro Celso de Mello profere um voto de grande importância para a análise do tema, haja vista condensar e revisar todo o entendimento sobre a questão até aquele momento, mas acaba por ser vencido. Devido à relevância para a compreensão da nova posição da Suprema Corte, transcrevemos os principais trechos do voto e, a seguir, uma parte do debate ocorrido após o voto:

“.....  
A partir disso, torna-se possível, em princípio, o controle jurisdicional do processo de criação dos atos normativos. Essa intervenção judicial no procedimento de elaboração das normas que emanam do Congresso Nacional destina-se, respeitados os aspectos discricionários concernentes às “political questions” e aos atos “interna corporis” (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 – RTJ 12/1023 – RTJ 169/181-182), a garantir, de modo efetivo a supremacia da Constituição.

.....  
Sabemos, Senhor Presidente, que mesmo as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, no que se refere à análise do seu conteúdo material e no que concerne ao exame dos pressupostos de sua formação.

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade reformadora e no desempenho de sua função legislativa, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário, que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, par. 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar.

As limitações materiais explícitas, definidas no parágrafo 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem, diretamente, sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Curso de Direito Constitucional”, p. 26, item n. 15, 18ª Ed., 1990). A intangibilidade normativa das matérias que compõem esse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar, desde logo, a “judicial review”, que constituirá, nesse contexto, o instrumento de preservação e de restauração da vontade emanada do órgão exercente das funções constituintes primárias.

.....  
É tão grande a intensidade do vínculo proibitório estabelecido no art. 60, parágrafo 4º, da Carta Política – cujo único destinatário é o próprio Poder Legislativo da União – que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 20.257/DF, Rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES, reconheceu, em sede de controle incidental, a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veiculassem matéria excluída do âmbito do poder reformador do Congresso Nacional.

.....  
Titulares do poder de agir, em sede jurisdicional, contudo, não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece, como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regedora da formação das espécies normativas. O parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe da prerrogativa de impugnar, em juízo, o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica.

.....  
 Desse modo, é ao congressista (MS. 23.334/RJ, Rel. Min. Celso de Mello) – e não ao cidadão comum – que pertence o direito subjetivo de não ver submetida à apreciação parlamentar proposta de emenda supostamente vulneradora do núcleo irreformável de nosso ordenamento constitucional.

Impõe-se advertir, no entanto, que, concluído o processo de formação da emenda constitucional, descaracteriza-se, ante a superveniência deste fato – que é jurídica e processualmente relevante – a própria legitimidade ativa do congressista impetrante do “writ”.

O prosseguimento do processo mandamental, já promulgada a emenda à Constituição, tenderia a converter o mandado de segurança em inadmissível sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, conforme pude assinalar em decisão proferida neste Supremo Tribunal:

.....  
 Isso significa, Senhor Presidente, caso fosse lícito admitir, em tal situação, a subsistência da legitimidade ativa do parlamentar para este processo mandamental, estar-se-ia, na realidade, a permitir que o membro do Congresso Nacional – que não se acha incluído no rol taxativo inscrito no art. 103 da Carta Política – pudesse discutir, “*in abstracto*”, a validade constitucional de determinada espécie normativa, conferindo-se, à ação de mandado de segurança, o caráter de indevido sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, consoante advertiu, na linha do entendimento ora referido, o Plenário desta Suprema Corte:

.....  
 O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Ministro Celso de Mello, fico com a impressão de que esta tese, se aceita na integralidade, colocará em risco a jurisprudência substancial da Corte em relação ao mandado de segurança, porque a ele, impetrado ainda no curso do processo legislativo, foi negada liminar. Até porque ela tem uma repercussão, que é a da paralisação do processo legislativo. E sabemos aquilatar o que isto significa. Mas, se agora prejudicado porque foi aprovado o ato normativo, então, a rigor, estamos fazendo um pouco de construção no vazio.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Ministro, vamos supor uma hipótese: se concedêssemos a segurança, qual seria o conteúdo final da decisão?

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELOSO (RELATOR) – Vamos ter, nesses mandados de segurança em que o parlamentar tem legitimidade, que conceder sempre a liminar?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) – Com efeito “**erga omnes**”. No mandado de segurança, teria efeito só concreto. <sup>18</sup>

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como dos precedentes acima transcritos nos remete a uma reflexão acerca do âmbito e da efetividade do controle preventivo jurisdicional de constitucionalidade, cerne da questão abordada neste estudo.

Não resta dúvida quanto ao direito e legitimidade do membro do Congresso Nacional para instar o controle preventivo jurisdicional. Também está consolidado

---

<sup>18</sup> In: “Diário da Justiça” 18/06/2004.

que o instrumento usual, a via de acesso aceita para o exercício desse direito, seja o mandado de segurança.

Ocorre que ao adotar o Mandado de Segurança como instrumento e forma processual adequada para o exercício do controle preventivo jurisdicional, culminou o Supremo Tribunal Federal por criar dois cenários distintos e com conseqüências de alta repercussão.

No primeiro, se concedida a liminar, cujo o processamento por juízo singular será objeto de reflexão mais adiante, fica paralisada a regular tramitação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que ficará obstada até o julgamento do mérito do mandado de segurança, o que pode levar anos e, como em vários casos examinados, não chegar a termo. Não se pode desconsiderar as repercussões dessa medida em relação à divisão de poderes prevista em nosso sistema constitucional e em relação à própria democracia representativa, tema que também abordaremos mais adiante.

Na segunda hipótese, negada a liminar, a Proposta de Emenda à Constituição terá a sua tramitação normal, podendo ou não ser aprovada. Se for rejeitada no âmbito do Congresso Nacional, a conseqüência seria concluir que o mandado de segurança estaria prejudicado. No entanto, se for aprovada e transformada em norma, existe uma razoável dúvida sobre qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, haja vista a variação ocorrida, ora no sentido da transformação do mandado de segurança de preventivo em repressivo, ora entendendo que o pedido estaria prejudicado por ilegitimidade superveniente da parte.

Essa variação de entendimento quanto à questão pelo Supremo Tribunal Federal amplia as dúvidas quanto à legitimidade dessa modalidade de controle e em nada contribui para a segurança jurídica.

A nosso ver, no grande período de tempo em que a Alta Corte entendeu que o Mandado de Segurança estaria prejudicado devido a perda da legitimidade ativa da parte, devido à transformação da Proposta de Emenda Constitucional em

Emenda Constitucional, deixa transparecer uma certa falta de disposição para o enfrentamento da questão, talvez face à dúvida quanto à legitimidade da intervenção no âmbito do Poder Legislativo.

Diante desse quadro é lícito questionar a real natureza do controle preventivo jurisdicional. Como podemos observar, a questão não é pacífica e expõe outros problemas que trataremos a seguir.



## 5. A QUESTÃO DA CONCESSÃO DA LIMINAR NO STF – EXCESSO DE PODER

Uma questão acessória que surge da análise do tema, se refere à concessão da liminar no Supremo Tribunal Federal. É que o controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional, devido à sua peculiaridade e caráter inovador, tem como veículo de sua efetividade o Mandado de Segurança, instrumento típico de controle difuso, mas que no caso é utilizado em controle concentrado. Devido ao estabelecido no Regimento Interno daquela Corte, a decisão de conceder ou não a liminar requerida por um ou mais parlamentares compete isoladamente a um membro daquele Tribunal.

A questão torna-se relevante na medida em que a liminar concedida culminará por influenciar diretamente na tramitação, ou não, de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) regularmente oferecida por no mínimo um terço dos membros de uma das Casas do Poder Legislativo, conforme previsto no artigo 60, I da Constituição Federal. Não é algo irrelevante. Trata-se, numa visão objetiva, de conceder ao juízo e avaliação de um magistrado, o poder de literalmente parar a tramitação da PEC, haja vista estar à sua exclusiva avaliação e discricionariedade entender se há ou não, naquela proposta em exame, ofensa ao previsto no Art. 60 § 4º da Constituição Federal.

Em outros termos. É correto e aceitável, mesmo na perspectiva de ação em defesa dos preceitos e da supremacia da Constituição, que um Ministro do Supremo, a seu exclusivo e solitário juízo, por meio de liminar em Mandado de Segurança, interrompa o seguimento regular de uma Proposta de Emenda à Constituição, subscrita por no mínimo um terço de integrantes de uma das Casas legislativas legitimamente eleitos e no pleno uso de suas prerrogativas, dentre elas a de legislar?

Essa interferência na atividade legislativa contribui para acirrar a discussão sobre uma questão bastante atual: o ativismo judicial. No entendimento de vários

membros do Poder Legislativo, apoiados por setores do pensamento jurídico nacional, o Judiciário interfere na atividade fim do parlamento. Mesmo que de uma forma diferente - haja vista que no caso em tela não se trata do Judiciário, a pretexto de julgar, acabar por regulamentar ou legislar, ocupando um espaço em que o legislativo, em tese, deixou de atuar existe uma interferência discricionária, praticamente condenando à morte uma proposta legislativa subscrita por diversos membros do legislativo eleitos democraticamente para aquela finalidade.

O tema da análise da concessão ou não da liminar isoladamente por um Ministro tem sido objeto de polêmica no STF. Existem julgados em que o Ministro Relator, em detrimento do estabelecido no Regimento Interno, optou por encaminhar a decisão ao Plenário, como ocorreu no MS 21.565-0/DF, Relator Ministro Octavio Gallotti ou no MS 22.864-4/DF, Relator Ministro Sydney Sanches. No entanto reconhecemos que na grande maioria dos casos a liminar é concedida somente pelo Ministro Relator. Na defesa dessa tese, transcrevemos trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, por ocasião do MS 23.047-3, ressaltando que o Relator era o Ministro Sydney Sanches, que havia optado por levar a decisão a plenário:

“.....

Aliás, Senhor Presidente, esse enfoque inspirou, até mesmo, o legislador reformador, e não revisor, da Carta de 1988, na reforma, em si, do Poder Judiciário, em que se prevê que, envolvido ato de outro Poder, deve ser apreciado o pedido de concessão de liminar pelo Plenário e não pelo Relator. Todavia, enquanto não tivermos aprovada essa reforma, vigora o que está posto no nosso Regimento Interno e caso atentemos para o previsto no § 1º do artigo 203, vamos verificar que esse dispositivo é categórico ao atribuir, não ao Plenário, mas ao relator, o exame do pedido de concessão de liminar.

É certo que o relator, de acordo com o inciso III do artigo 21 do mesmo Regimento Interno, pode trazer à bancada processo em questão de ordem. Indaga-se: o pedido de concessão de liminar encerra, em si, considerada a própria natureza, uma questão de ordem? A resposta, para mim, é negativa. Por outro lado, ao cogitar da competência do Plenário, o Regimento Interno apenas a prevê, no campo da cautelar, quanto à alusiva à representação de inconstitucionalidade, hoje ação direta de inconstitucionalidade.

Por esses motivos, peço vênias aos colegas que compõem o Supremo Tribunal Federal, para, preliminarmente, entender que não compete ao Plenário apreciar o pedido de concessão de liminar, e o faço, até mesmo, para ser coerente com a evolução ocorrida a respeito o não-cabimento de agravo regimental contra decisão do Relator, deferindo, ou indeferindo, a

liminar. Ora, se o Pleno não tem sequer atribuição, visando a exercer crivo de grau recursal, o que se dirá originariamente, quando o regimento é expresso a respeito ao atribuir competência ao próprio Relator?

Preliminarmente, portanto, concluo que compete o exame do pedido de concessão de liminar ao próprio Relator.

.....<sup>19</sup>

Percebe-se assim que até mesmo a questão da concessão monocrática da liminar pelo Ministro Relator gera discussão na medida em que o Relator estaria indo contra a vontade de uma considerável parcela de parlamentares, no caso de Proposta de Emenda à Constituição de origem no Poder Legislativo, ou contrariamente ao Presidente da República, no caso de Proposição de originada no Poder Executivo.

Com efeito, admitir a tese de que o Ministro Relator pode suspender a tramitação de uma PEC implicaria aceitar que ele possui uma legitimidade maior do que dos parlamentares legitimamente eleitos pelo povo para legislar dentro dos limites constitucionais.

---

<sup>19</sup> In: “Diário da Justiça”, 14/11/2003

## 6. LIMITES DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO LEGISLATIVO – UTILIZAÇÃO RESTRITIVA DO CONTROLE PREVENTIVO JURISDICIONAL

Outra questão, que entendemos ser capital, trata de analisar a legitimidade do Poder Judiciário, por sua mais alta Corte, numa democracia representativa e com clara separação dos poderes, de exercer essa espécie de controle preventivo.

Não se trata aqui de questionar a jurisdição constitucional e a legitimidade do controle de constitucionalidade, mas sim de discutir especificamente a espécie do controle preventivo jurisdicional sob o prisma do respeito à divisão dos poderes e às prerrogativas constitucionais a eles concernentes.

Ao analisarmos os votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos em que foram instados a se manifestar sob o controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional, veremos que em várias oportunidades alguns membros daquela Corte manifestaram sua opinião contrária àquela medida, por entenderem ser uma indevida interferência nas funções do parlamento. Fato no mínimo curioso é que Ministros que já exerceram mandato político, como Paulo Brossard, Maurício Corrêa e Nelson Jobin tendem a ser mais críticos ao controle preventivo jurisdicional.

Nesse sentido, transcrevemos parte do voto do Ministro Paulo Brossard, por ocasião do julgamento do MS 21.648-7:

“.....  
 Senhor Presidente, continuo firmemente convencido, e cada vez mais convencido, da existência de determinados territórios confiados privativamente a outros poderes e inacessíveis à interferência do Poder constitucionalidade para que possa ter tramitação numa ou outra Casa do Congresso é atribuição precípua do Magistrado que a preside, não é atribuição de outro poder, o Judiciário, por mais eminente e respeitável que ele seja, como é o caso do Supremo Tribunal Federal.

Persisto no entendimento que o judiciário não pode penetrar no âmago de outro Poder, que a Constituição diz separado e distinto, com competência própria, para dizer-lhe que se tal projeto pode ou não pode tramitar. Isto é da incumbência e da responsabilidade do Presidente da Casa, cujas decisões têm um Tribunal de recurso, que é o Plenário.

Persistindo nesse plano inclinado, o Supremo Tribunal Federal terminaria por organizar a ordem do dia da Câmara ou do Senado.

Aprovado, porém, um projeto de lei, convertido em lei, fica ela sujeita ao crivo, ao exame, à crítica, à análise e até ao poder fulminatório do Poder Judiciário, se houver efetivamente ofensa à Constituição. Mas interferir preventivamente no âmago do Poder Legislativo, regular o processo legislativo que corre fora e longe do Tribunal, é que me parece descaber ao Poder Judiciário.”<sup>20</sup>

Outros Ministros, consoante o respeito aos limites de interferência entre os Poderes, expressam uma visão da excepcionalidade da medida e da necessidade de seu uso de forma severamente restritiva. Nesse sentido, citamos parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no MS 23.047-3/DF:

“.....  
Cogita-se, no entanto, é fácil de entender, de hipótese excepcionalíssima de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade das normas, ao qual, é de todo avesso o sistema brasileiro.

Há de ser particularmente densa a plausibilidade da arguição de inadmissibilidade material de uma simples proposta de emenda à Constituição para autorizar o Supremo Tribunal Federal – mormente em juízo liminar – a vedar que sobre ela se manifeste o Congresso Nacional, no exercício do se poder mais eminente, o de reforma constitucional.

.....  
Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”<sup>21</sup>

Uma última questão que se impõe é a análise do âmbito, do escopo do que o legislador entendeu como cláusulas pétreas e direitos e garantias individuais, protegidos do poder de reforma, em contraposição à análise e discricionariedade do Magistrado.

Mais uma vez nos deparamos com a necessidade de que o instituto do controle de constitucionalidade preventivo jurisdicional deva ser usado de forma restritiva, uma vez que não será qualquer proposta de mudança no texto constitucional que ensejará a intervenção do Judiciário. Dada a gravidade da

---

<sup>20</sup> In: “Diário da Justiça”, 19/09/1997.

<sup>21</sup> In: “Diário da Justiça”, 14/11/2003.

intervenção, a ofensa ao núcleo petrificado da Constituição contida na proposta de emenda deverá ser suficientemente clara, robusta e iminente, que não deixe outra alternativa ao Magistrado senão o controle preventivo.

## CONCLUSÃO

Ao analisarmos o tema do Controle de Constitucionalidade de uma forma ampla, é inegável concluir que este desempenha papel fundamental no estado democrático de direito e não resta dúvida de sua legitimidade. Contudo, os protagonistas do controle de constitucionalidade devem estar cientes do seu papel ativo e superior na solução dos conflitos, reduzindo as tensões entre os poderes e entre estes e a sociedade, aprimorando a democracia.

O estudo realizado nos trouxe a certeza da importância e das diversas vantagens da existência do controle de constitucionalidade preventivo no Brasil, em especial quando exercido pelo próprio Poder Legislativo, a nosso ver dotado de todos os instrumentos necessários à fiscalização das normas propostas no seu âmbito e à correção daquelas ofensivas à Constituição.

Quanto ao tema específico deste trabalho, a primeira certeza que surge é de que o Supremo Tribunal Federal necessita apresentar à sociedade uma definição mais firme e clara quanto à sua interpretação de alguns aspectos do Controle de Constitucionalidade Preventivo Jurisdicional, em especial quanto à conversão do Mandado de Segurança de medida preventiva em medida repressiva, após a transformação da proposta em norma jurídica no decorrer do processo. Conforme disse anteriormente, a mudança de entendimento ocorrida ao longo do tempo em relação a esta matéria em nada contribui para a segurança jurídica.

O fato de que em todos os processos sobre a questão analisados, o Supremo nunca concluiu pela inconstitucionalidade de uma Proposta de Emenda Constitucional submetida ao seu controle preventivo ou, o longo espaço de tempo para julgar o mérito de um mandado de segurança em que foi concedida a liminar, também reforça o sentimento de que o tema não é confortável para a Suprema Corte e que alguns de seus membros, notadamente aqueles que já integraram o Congresso Nacional tem dúvidas quanto a legitimidade da Corte para interferir na vida legislativa.

Nesse contexto, cabe abordar a questão da legitimidade desse mecanismo de controle e a conveniência de sua utilização. Entendemos que se trata de instrumento a ser utilizado da forma mais restrita possível, nas hipóteses específicas previstas no texto constitucional, sem margem para interpretações amplas e subjetivas. Embora reconheçamos que não é tarefa fácil definir o âmbito, a amplitude dos conceitos de cláusula pétrea e direitos fundamentais, também temos como certo se tratar de grave interferência na atividade precípua do Poder Legislativo, somente autorizada em casos excepcionalíssimos de proteção à supremacia da Constituição.



## BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2008;

BINENBOJM, Gustavo, A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumento de Realização, 1ª Ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Lúcio, O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, Ed. Forense, 1949.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Notas sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade, Revista de Informação Legislativa, nº 142, abr./jun. 1999;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 32ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo 2006.

KELSEN, Hans, Jurisdição Constitucional, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2003

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 13ª Ed., Ed. Saraiva, São Paulo 2008

MEIRELLES, Hely Lopes, Mandado de Segurança, 29ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2006

MENDES, Gilmar Ferreira, Direito Constitucional II, texto do Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional;

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira, O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 20

SILVA, Christine Oliveira Peter, A pesquisa Científica na Graduação em Direito, texto distribuído pelo IDP.

SILVA, Christine Oliveira Peter, Anotações sobre Relatórios de Pesquisa no Contexto da Iniciação Científica e Graduação em Direito, texto distribuído pelo IDP.

SILVA, Christine Oliveira Peter, Anteprojeto de Pesquisa Jurídica, texto distribuído pelo IDP

Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

Regimento Comum do Congresso Nacional, Resolução nº 1, de 1970-CN e Legislação Conexa, Editado sob responsabilidade da Mesa do Congresso Nacional, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2007.

Regimento Interno do Senado Federal e Normas Conexas, Volume I, Editado sob responsabilidade da Mesa do Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 20.257/DF, Relator Ministro Moreira Alves, Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero e Antonio Mendes Canale, Autoridade Coatora: Mesa do Congresso Nacional, Brasília-DF, 1980, *Informativo/STF* nº 30, de 1996.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 21648/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, Impetrante: José Maria Eymael, Impetrados: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados e Presidente da Mesa do Senado Federal, Brasília-DF, 1993, *Diário da Justiça* de 19.09.1997.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 23.047-3/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Impetrantes: Miro Teixeira e outros, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados, Brasília-DF, 1998, *Diário da Justiça* de 14.11.2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 24.642/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Impetrante: Ônix Lorenzoni, Impetrado: Mesa da Câmara dos Deputados, Brasília-DF, 2004, *Diário da Justiça* de 18.06.2004.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 24.356/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Impetrante: Eduardo Werneck, Impetrados: Mesa da Câmara dos Deputados e Presidente da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, *Diário da Justiça* de 12.09.2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 22.503/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Impetrante: Jandira Feghali e outros, Impetrado: Presidente da Mesa da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, *Diário da Justiça* de 06.06.1997.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 24.430/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Impetrante: Arnaldo Faria de Sá, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, *Diário da Justiça* de 09.05.2003.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 26.307/DF, Relator, Impetrante:, Impetrado:, Brasília, DF, *Diário da Justiça* de 17.08.2007.

Brasil. Supremo Tribunal Federal, MS 24.138/DF, Relator, Impetrante:, Impetrado:, Brasília, DF, *Diário da Justiça* de 14.03.2003.