

# CONTROLE DO PROCESSO LEGISLATIVO:

instrumentos de fiscalização da  
constitucionalidade das proposições  
legislativas no Brasil

BRUNO DE ALMEIDA OLIVEIRA



D'PLÁCIDO  
EDITORA



# Controle do Processo Legislativo:

instrumentos de fiscalização da  
constitucionalidade das proposições  
legislativas no Brasil

Bruno de Almeida Oliveira



**D'PLÁCIDO**  
EDITORA

Copyright © 2014, D' Plácido Editora  
Copyright © 2014, Bruno de Almeida Oliveira

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa**  
*Tales Leon de Marco*  
*(Sobre imagem de morguefile.com)*

**Diagramação**  
*Tales Leon de Marco*

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D' Plácido Editora.



**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843 , Savassi  
Belo Horizonte - MG  
Tel.: 3261 2801  
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Oliveira, Bruno de Almeida.

Controle do Processo Legislativo: instrumentos de fiscalização da constitucionalidade das proposições legislativas no Brasil -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

Bibliografia  
ISBN: 978-85-67020-60-0

1. Direito 2. Direito Constitucional 3. Direito Civil I. Título II. Direito Constitucional III. Direito Civil IV. Bruno de Almeida Oliveira

CDU347

CDD 342.1

Dedico este trabalho aos meus pais e ao meu irmão, fonte de constante incentivo, apoio e amor incondicional; à minha esposa, Viviane, e aos meus filhos, Ana Sofia e Bruno Augusto, meus amores incondicionais.



# Sumário

1. Introdução.....	9
2. O Problema da Fundamentação do Direito.....	13
2.1. Kant e o direito como normatização externa fundada na liberdade.....	13
2.2. Kelsen e a Ciência Pura do Direito.....	15
3. O Constitucionalismo e o Princípio da Supremacia da Constituição.....	19
3.1. A decisão do Chief Justice Marshall.....	20
3.2. O constitucionalismo e o fundamento de validade procedimental do direito: a superação do normativismo kelseniano.....	27
3.2.1. Konrad Hesse e a força normativa da constituição.....	30
3.2.2. Jürgen Habermas e a Teoria Discursiva do Direito.....	32
4. O Controle de Constitucionalidade.....	41
4.1. O controle de constitucionalidade repressivo.....	42
4.1.1. Modelo de controle concentrado.....	43
4.1.2. Modelo de controle difuso.....	51
4.1.3. O modelo de controle misto.....	55
4.2. O controle de constitucionalidade preventivo.....	57
4.2.1. O controle preventivo no direito comparado.....	58
4.2.2. O controle preventivo no Brasil.....	72
Conclusão.....	107
Referências.....	111



# Introdução

1

Uma inquietação deu origem ao presente trabalho: enquanto vários autores, não só da doutrina pátria, mas também de outros lugares, são enfáticos ao dizer que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é extremamente rico e avançado, pois sintetiza instrumentos de origem norte-americana com outros de índole europeia continental, uma gama de normas inconstitucionais tem insistentemente nascido e sobrevivido em nosso ordenamento positivo.

A análise dos estudiosos do direito tem normalmente se detido sobre os mecanismos do chamado controle repressivo de constitucionalidade, seja em seu aspecto difuso, concentrado ou misto (caso específico do Brasil), o qual é chamado a atuar quando a norma inconstitucional já se encontra produzindo efeitos no ordenamento jurídico, pois goza de necessária presunção de constitucionalidade e, assim, visa rechaçá-la e, então, recompor as situações que, de forma ilegítima, aquela norma modificou enquanto vigente. E é exatamente o trato dos efeitos inexoravelmente produzidos pela norma inconstitucional, enquanto não é extirpada do ordenamento jurídico, que tem gerado as calorosas e intermináveis discussões acerca da chamada modulação de efeitos das decisões no controle de constitucionalidade, em especial em sede concentrada. No Brasil, também a insegurança gerada pela provisoriade indefinida das ações que logram impor a suspensão cautelar da eficácia de normas, dispositivos de lei ou mesmo de determinada interpretação legal bem demonstra que a efetividade do sistema de controle repressivo necessita ser reavaliada e, propomos, solidificada com o fortalecimento do controle de índole preventiva.

Por outro lado, também é notável na experiência nacional a ocorrência de uma certa permissividade no que diz respeito ao processo de elaboração normativa. Nessa seara, o Poder Executivo não raramente tem assumido a tarefa de criar as leis. Ora porque diretamente invade o campo legislativo

estrito (e o mal uso do instituto da medida provisória findou por constituir um gigantesco reforço para essa invasão), ora impondo ao Poder Legislativo uma posição de dependência (verdadeira submissão) em relação à vontade do próprio governo<sup>1</sup>. Neste último caso, o Poder Legislativo passa a simplesmente homologar as normas pré-fabricadas pelos ocupantes do Poder Executivo, acatando mansamente o seu discurso, que pode se fundar na necessidade de se garantir a governabilidade, ou no recurso a uma pretensa “vontade do povo”<sup>2</sup>, ou mesmo na importância de se seguirem as receitas de crescimento provenientes dos países ricos, e, assim, se fazerem as reformas, ou em outro discurso que, em verdade, se apresenta vazio. Tudo isso se pode reputar mais à ausência de um projeto alternativo definido de governo por parte das oposições do que a uma verdadeira crença nos fundamentos do projeto em curso.

Já o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, cujo dever precípuo é exercer a guarda da Constituição, também tem um tanto se esquivado de suas responsabilidades e muitas vezes tem se postado como um mero observador passivo dos vários vilipêndios impelidos à Lei Fundamental e ao Estado Democrático de Direito, em especial com o estabelecimento de espaços vazios de jurisdição (como, por exemplo, no caso das chamadas “questões interna corporis”) e com a imposição de barreiras cada vez maiores ao manejo da via difusa de controle de constitucionalidade, que, guardadas as devidas proporções, se presta a viabilizar o acesso direto do cidadão à jurisdição constitucional, em prol do inchamento da via concentrada, o que tem resultado no fechamento do círculo de atores constitucionais a uns poucos privilegiados.

É nesse cenário que nos propusemos a investigar as bases do controle de constitucionalidade em sua faceta preventiva, ou seja, o que aqui se intenta é analisar a tutela constitucional do devido processo legislativo, em todas as suas etapas, no intuito de sondar as possibilidades de aprimoramento do sistema, com o aumento da efetividade do manancial de instrumentos já existentes em nossa atual Constituição: as Comissões de Constituição e Justiça das Casas Parlamentares, o veto e o controle preventivo judicial.

Sem pretender efetuar um minucioso estudo da fundamentação do direito, o que, em verdade, demandaria outro trabalho, mas apenas para melhor situar as bases da empreitada a que esta obra se propõe, resolvemos iniciar o nosso estudo por uma breve análise de algumas das ideias do filósofo alemão Immanuel Kant acerca do direito e sua relação com a moral, e do juspositivista

---

<sup>1</sup> Algumas vezes, através de recursos espúrios, como o loteamento de cargos públicos, a promessa de liberação de recursos orçamentários, dentre vários outros, aos quais ultimamente se juntou a forma de favorecimento que ficou conhecida pelo neologismo “mensalão”.

<sup>2</sup> Tratado como ícone, como muito bem demonstra Friedrich Müller (2003).

austriaco Hans Kelsen sobre o fenômeno jurídico, os quais, cada qual à sua maneira, fornecem importantes contribuições e questionamentos ao processo de construção deste livro.

Kant, em sua grandiosa tentativa de construir uma teoria da moralidade estritamente racional, traz a proposta de um Direito fundado na ideia de liberdade, continuando o monumental projeto emancipatório do ser humano, iniciado na Grécia Antiga e retomado pelos pensadores iluministas. Sua obra contribuiu inegavelmente para que se tornasse possível o desligamento do universo jurídico do campo religioso, tão presente em muitas das teorias anteriores à sua. Porém, como oportunamente se verá, o filósofo acaba por atar em demasia o Direito à Moral.

Quanto a Hans Kelsen, empreendendo seu não menos ambicioso projeto de construção de uma Teoria Pura do Direito, pode-se dizer que este teve êxito em divorciar de forma racional o Direito e a Moral, mas somente porque o seu pensamento reduz o fenômeno jurídico ao campo normativo e, assim, constrói uma justificação simplesmente formal para o Direito, que passa a significar uma ordem hierarquizada de disposições normativas, calcada na tão criticada norma fundamental. Sua contribuição para o desenvolvimento da teoria da supremacia da constituição é notável, mas, conforme será demonstrado, é insuficiente para justificar a complexidade do fenômeno constitucional, que necessita admitir um certo grau de permeabilidade aos outros campos do conhecimento, para que se possa pretender legítimo e de fato realizar a missão de regular democraticamente a convivência humana no Estado e as relações de poder inerentes ao plexo social.

Com o florescimento do constitucionalismo e, mais tarde, com a chamada virada linguística (*linguistic turn*), algumas das mais significativas inconsistências apresentadas por essas teorizações, em especial a doutrina de Kelsen, tornaram imperativa a tentativa de construção de uma nova compreensão do fenômeno jurídico, e, aqui em especial, do fenômeno constitucional. Autores contemporâneos, como Ronald Dworkin, Konrad Hesse, Friedrich Müller, Jürgen Habermas e Peter Häberle, entre outros<sup>3</sup>, constituem referencial necessário para essa nova compreensão e, aqui, nos serviremos de vários aspectos do pensamento por eles desenvolvidos, na tentativa de formular uma proposta de (re)construção de um campo teórico jurídico-constitucional mais consentâneo

---

<sup>3</sup> Conforme se verá ao longo de nosso estudo, no Brasil, só recentemente se iniciou um lento despertar para essa nova proposta. Como é de amplo conhecimento, a visão positivista kelseniana do Direito ainda se faz imensamente presente em nossa realidade jurídica, quer seja na doutrina, na jurisprudência, ou mesmo nas Escolas de Direito. Superar essa visão notavelmente enraizada em nossa realidade é tarefa árdua a que se tem proposto uma nova cepa de constitucionalistas pátrios; tarefa esta que, dentro de nossos limites, também tenho pretendido encampar nos meus estudos.

com a modernidade que nos rodeia. Essa é a análise que nos propomos efetuar no terceiro capítulo deste trabalho, o qual parte do constitucionalismo, rumo à construção do fundamento de validade procedimental do direito.

O quarto capítulo encerra essa nossa investigação e, para tanto, ingressa diretamente na problemática do controle de constitucionalidade. Formadas as bases que sustentam a nossa compreensão do fenômeno constitucional nos capítulos que o precedem, nele procuraremos inicialmente analisar alguns dos aspectos considerados mais importantes do controle repressivo de constitucionalidade<sup>4</sup>, a sua evolução no Brasil e as vicissitudes que o cercam. Em continuidade, abordaremos o controle de constitucionalidade preventivo, objeto primordial deste trabalho, analisando em primeiro lugar as práticas do Direito Comparado (mais exatamente, as experiências francesa, espanhola e portuguesa). Antes de chegarmos ao estudo específico dos instrumentos de controle de constitucionalidade preventivo hoje existentes no ordenamento positivo nacional, trataremos das questões atinentes ao devido processo legislativo e sua interpretação à luz da Teoria Discursiva do Direito.

Assim, chegaremos à análise do controle preventivo brasileiro. Começaremos pelo arcabouço instrumental atribuído pela atual Constituição da República às comissões permanentes das Casas do Congresso Nacional, mais especificamente aos trabalhos das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Trataremos, em seguida, das especificidades relativas ao poder de veto constitucionalmente atribuído ao Chefe do Poder Executivo e a sua posição no campo instrumental do controle prévio de constitucionalidade. Por fim, será analisado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, instância maior do Poder Judiciário nacional, no que se refere ao controle de constitucionalidade dos projetos de lei em tramitação nas Casas do Congresso Nacional, com base em selecionadas decisões judiciais tomadas pelo Pretório Excelso, quando chamado a se pronunciar sobre o desacatamento de disposições regimentais, garantidoras do devido processo legislativo, buscando confrontar a posição do Supremo Tribunal Federal com a proposta de Peter Häberle de uma Sociedade Aberta de intérpretes da Constituição, bem como as consequências dessas correntes no trato da relação travada entre as maiorias e minorias parlamentares e sua implicação no marco constitucional e na construção do projeto de sociedade a que ela se propõe.

---

<sup>4</sup> Em razão do recorte proposto para este trabalho, a análise do controle de constitucionalidade repressivo será necessariamente um tanto mais panorâmica, na tentativa de atermos nossa atenção ao controle prévio e suas peculiaridades.

# O Problema da Fundamentação do Direito

# 2

## 2.1. Kant e o direito como normatização externa fundada na liberdade

Com a fundamentação do direito ligada a um fundamento de validade material (o direito natural), a ligação entre as esferas normativas da religião, da moral e do direito permaneceram praticamente indissolvidas desde os primórdios da civilização humana, passando pelo seu florescimento na Grécia antiga, pelo período medieval, até o Renascimento, que substituiu o teocentrismo medieval pelo antropocentrismo – são os primórdios da chamada “virada do sujeito”, que será concluída com o pensamento kantiano.

Embora a questão jurídica tivesse menor espaço no quadro da filosofia grega clássica, foram os filósofos gregos, em especial Platão e Aristóteles, que iniciaram o movimento de desligamento das três esferas, o qual somente vai poder ser completado com o significativo movimento humanista que ficou conhecido como Iluminismo<sup>5</sup>.

Nesse contexto, René Descartes inicia, com o *Discurso do Método*<sup>6</sup>, o rompimento entre religião e razão, fundando as bases de uma ciência empirista, que se negava a aceitar verdades que lhe fossem impostas unicamente

<sup>5</sup> Alguns autores contestam a tradução do *Aufklärung* por “iluminismo”, preferindo a expressão “esclarecimento”; porém aqui optamos pela expressão mais comumente ligada ao movimento de emancipação do homem pela razão.

<sup>6</sup> Cruz (2004) traz interessante informação sobre a obra prima cartesiana, narrando que Descartes, em verdade, estava prestes a lançar *O Tratado da Luz*, obra sobre a questão física da luz, vinculada a questões heliocêntricas, quando o Santo Ofício acabara de prender Galileu Galilei por ser adepto das mesmas concepções. Na tentativa de preparar o terreno para que pudesse divulgar os seus estudos, Descartes escreve o *Discurso do Método*, querendo, com ele, justificar sua conduta científica, afirmando tê-la pautado unicamente pela razão e, assim, tentava livrar-se de acusações como as que levaram Galileu a negar suas descobertas para evitar a morte.

pela fé. Com esse projeto, Descartes principia o movimento que consolidará uma ciência social agnóstica, e, assim, o fundamento do Direito poderá ser desvinculado da religião e da divindade.

Kant (1995), querendo discordar do empirismo cartesiano, vai continuar essa caminhada, demonstrando que direito e moral são, ambos, leis da liberdade, porém constituem campos distintos. No pensamento kantiano, a “idéia da liberdade é o fundamento da moral e do direito, devendo a Constituição ter por finalidade ‘a máxima liberdade humana, segundo leis que permitam que a liberdade de cada um possa coexistir com a de todos os outros’” (GOMES, 2004, p. 108).

Para o filósofo alemão, a normatividade poderia ser dividida em normatividade interna (autonomia) e normatividade externa (heteronomia). Há, assim, uma legislação interna (moral) e uma legislação externa (jurídica). A liberdade interna gera a obrigação moral; a liberdade exteriorizada gera a obrigação jurídica, garantida por um sistema de coação.

Assim, por normatividade interna (autonomia), Kant quer significar a ação moral, o ato asséptico de realizar uma conduta em razão de puros imperativos categóricos<sup>7</sup>, o dever pelo dever, e, por isso, não possui sanção (a não ser a da consciência). O direito se contentaria com o puro e simples cumprimento do dever. Para melhor explicitarmos essa diferenciação, recorreremos às palavras do próprio Kant:

Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo (mesmo que concorde com outro tipo com respeito à ação que transforma em dever, por exemplo, as ações que podem ser externas em todos os casos). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é ética. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é jurídica. (KANT, 1995, p. 72).

Sendo, assim, o imperativo moral um imperativo categórico e exigindo que se aja por simples respeito ao dever, ele não possui sanção. Não pode ter qualquer condição, caso em que a ação não seria boa em si mesma, não sendo, portanto, um fim em si mesma, mas apenas boa (útil) para determinado fim. No Direito, ao contrário, embora a ação objeto do dever deva ser boa em si mesma e, desse modo, também fundada no imperativo categórico, o motivo da ação não precisa ser bom em si. Na verdade, pode ser qualquer um. Como prenuncia o próprio filósofo, ao direito basta o cumprimento do

---

<sup>7</sup> Podemos encontrar a fórmula do imperativo categórico kantiano na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, em que o filósofo assim o define: “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (KANT, 1995, p.59).

dever, isto é, que ocorra uma ação conforme o dever, para que se possa falar em ação jurídica.

Conclui-se, pois, que, para Kant, o aspecto subjetivo do imperativo jurídico é hipotético<sup>8</sup>.

Assim, umbilicalmente ligado à esfera moral (porque também é fundado na liberdade), mas dela distinto, o direito se apresenta também constituído de um esquema de máximas universalizáveis – conformando imperativos hipotéticos, onde importa o resultado da ação, e não os motivos que levaram o sujeito a praticá-la. O direito, dessa maneira, possibilita o convívio dos arbítrios (as liberdades individuais de escolha). De outro lado, a máxima (moral) *devo obedecer à ordem jurídica* se apresenta, no esquema do imperativo categórico, perfeitamente universalizável, revelando-se a ligação direito-moral concernente à teoria kantiana. Pode-se, assim, dizer que a fundamentação do direito em Kant é moral. Dizer isso significa que inegavelmente, para Kant, há um dever moral de obediência à ordem jurídica. O direito kantiano é, pois, fundado na moral.

## 2.2. Kelsen e a Ciência Pura do Direito

A ligação entre direito e moral permaneceu indissolvida até o desenvolvimento do Positivismo Jurídico<sup>9</sup>, movimento nascido de uma grande conjunção de fatores, dos quais se podem destacar a proliferação da legislação (direito legislado) na Europa, cujo ápice fora o Código de Napoleão, as manifestações do pensamento jurídico contrárias ao direito natural e a influência do positivismo filosófico na formulação das teorias sobre o fenômeno jurídico.

No início do Século XX, influenciado pelas ideias neopositivistas<sup>10</sup> (embora discordasse de muitas das suas conclusões) e com base no pensamento

---

<sup>8</sup> No mesmo sentido é a conclusão de Gomes (2004, p. 141).

<sup>9</sup> “O Positivismo Jurídico recusa qualquer tipo de especulação metafísica, negando, portanto, a existência de um ordenamento superior.” (GOMES, 2004, p. 162).

<sup>10</sup> O neopositivismo ou positivismo lógico tem suas bases fundadas no chamado Círculo de Viena (*Wiener Kreis*), cujos principais representantes foram Philipp Frank, Otto Neurath, Hans Hahn, Moritz Schilick e Rudolf Carnap. Esse grupo, dedicado em especial à análise do *Tratatus lógico-philosophicus* de Ludwig Wittgenstein, buscava afastar do conhecimento científico toda fundamentação metafísica. Para o Círculo, o conhecimento somente possui valor de verdade devido à sua vinculação empírica, isto é, o conhecimento científico é verdadeiro na medida em que se relaciona, em alguma dimensão, à experiência. Seus integrantes compreendiam, ainda, que não se poderia abandonar a lógica e a matemática, com o avanço que estas obtiveram na virada do século, especialmente após os estudos de Russell e Wittgenstein. Para eles, ambas auxiliam de maneira determinante a busca e fixação das condições nas quais o conhecimento se processa. Esse pensamento procurava na experiência o valor de verdade último de suas proposições, auxiliado pelas regras da lógica e dos procedimentos matemáticos.

**E**nquanto vários autores são enfáticos ao dizer que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é extremamente rico e avançado, uma sensível gama de normas inconstitucionais tem insistentemente nascido e sobrevivido no ordenamento pátrio.

Em regra, a análise dos juristas tem se detido sobre os mecanismos de fiscalização repressiva, que são chamados a atuar já quando a norma inconstitucional se encontra produzindo efeitos – pois goza de presunção de constitucionalidade –, com o intuito de rechaçá-la e, pois, recompor as situações que modificou enquanto vigente.

Nitidamente, menor espaço vem ocupando o estudo dos mecanismos de fiscalização preventiva, que também atuam como garantia do princípio do devido processo legislativo.

Em busca de uma melhor resposta para a premente necessidade de proteção desse importante princípio, a obra se propõe a investigar com mais acuidade o controle preventivo, demonstrando que o modelo brasileiro necessita ser reavaliado, repensado e solidificado.



**D' PLÁCIDO**  
EDITORA

[www.livrariadplacido.com.br](http://www.livrariadplacido.com.br)

ISBN 978-85-67020-60-0



9 788567 020600