

DIEGO FILIPE MACHADO

**A NATUREZA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
FORMAL E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL A RESPEITO DO VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA E A
SANÇÃO DO PODER EXECUTIVO**

Trabalho de conclusão de curso da
Escola de Formação – Sociedade
Brasileira de Direito Público sob a
orientação da professora Luciana
Gross Cunha

SBDP – SÃO PAULO
2004

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
I – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	05
1. Os Controles da Ação e da Omissão	06
2. As Vias Difusa e Concentrada do Controle de Constitucionalidade	06
3. O Controle de Constitucionalidade Brasileiro	09
II – A NATUREZA DO CONTROLE E OS VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALDADE FORMAIS	12
1. O Controle Formal Estritamente Jurídico	13
2. O Controle Formal de Natureza Não Apenas Jurídica	13
3. O Vício Formal de Iniciativa e a Sanção Executiva: A Preocupação com os Fins	15
III – ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	17
1. Metodologia de Pesquisa e Seleção de Decisões	17
2. Análise Jurisprudencial	21
2.1. ADI nº. 266/RJ	22
3. Conclusão da Análise Jurisprudencial	24
CONCLUSÃO	25
APÊNDICE I – RELAÇÃO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	27
BIBLIOGRAFIA	28

INTRODUÇÃO

Os Estados politicamente organizados em torno de uma Constituição, geralmente, possuem aquilo que se usou chamar **controle de constitucionalidade**. A própria expressão revela claramente o seu significado. O controle de constitucionalidade, de maneira simples, é o conjunto de mecanismos jurídicos ou políticos utilizados para garantir a supremacia da Constituição e, portanto, a coordenação lógica e hierárquica do próprio ordenamento jurídico.

Para exercer o controle de constitucionalidade, a doutrina constitucional criou ao longo da história diversos mecanismos e classificações. Assim, temos o controle de constitucionalidade incidental, o controle concentrado, o controle político, o controle jurisdicional, entre outros.

A nosso ver, entretanto, destacam-se os controles de constitucionalidade formal e material. Isto porque conseguimos enxergar neles a politicidade inerente ao controle de constitucionalidade. Como veremos, não pensa assim a doutrina constitucional tradicional. Entende esta que a politicidade está presente apenas no controle material, enquanto o controle de constitucionalidade formal é estrita e meramente jurídico.

Como destacaremos ao longo do presente trabalho, o controle de constitucionalidade formal, em certas situações também pode ser dotado de uma natureza híbrida, ou seja, jurídica e política ao mesmo tempo. Para tanto, entendemos que se faz necessária a presença, no controle formal, de um argumento político acessório.

Assim, para verificar isso, partiremos da seguinte hipótese, relativa à relação existente entre o vício formal de iniciativa e sanção Executiva (questão típica e clássica do controle formal de constitucionalidade): se um juiz declara que a sanção do Poder Executivo tem o poder de sanar o vício formal de iniciativa, sendo que ele o faz explicitando sua preocupação com o dano social da sua decisão (ou seja, com sua finalidade, o que constitui um argumento político acessório), então temos o controle formal imbuído de politicidade.

A verificação da hipótese deste trabalho será feita tomando por base a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, dentro de período posterior à promulgação

da Constituição Federal de 1988 e que trata, por óbvio, da relação entre o vício formal de iniciativa e a sanção do Poder Executivo ¹.

É importante ainda salientar que o cerne deste trabalho não constitui a produção de uma exaustiva análise doutrinária, mas sim jurisprudencial acerca do tema abordado. Por isto nos valem apenas de uma autoridade reconhecida para exemplificar a opinião da doutrina tradicionalista no tema em discussão.

¹ A escolha do Supremo Tribunal Federal se deu por dois motivos: primeiro, em virtude da proposta deste trabalho ser a de analisar a jurisprudência do referido Tribunal; segundo, pois a jurisprudência do Tribunal posterior à Constituição de 1988 está totalmente disponível na sua página na Internet (<http://www.stf.gov.br>), o que facilita a pesquisa jurisprudencial.

I

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é geralmente encontrado nos Estados de Direito. Como assevera Bonavides ², tal controle é uma decorrência lógica da rigidez das Constituições. Isto implica dizer, é claro, que não existe controle de constitucionalidade em ordenamentos jurídicos onde a Constituição é flexível, ou seja, onde o processo de modificação da Constituição é o mesmo da produção de leis comuns.

O controle de constitucionalidade possui duas modalidades essenciais para ser auferido, sendo elas o controle formal e o material. O controle formal é aquele em que se verifica a adequação da forma do ato normativo impugnado às formalidades constitucionalmente exigidas à sua produção. O controle material, por outro lado, analisa a própria substância da norma – ou seja, a semântica normativa – e a compara ao texto constitucional.

Existem ainda dois tipos de controle, os quais não se misturam com as modalidades formal e material, e que variam conforme o tipo de instituição responsável pelo seu exercício. O primeiro, denominado **político**, tendo na França seus maiores exemplos, procura dar a um órgão externo aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a incumbência de controlar a emissão de normas viciadas pela inconstitucionalidade. “A meta do controle político é, segundo Michel-Henry Fabre, assegurar a repartição constitucional das competências (...)” ³.

O segundo tipo de controle é o denominado **jurisdicional**. O exercício da incumbência de controlar a constitucionalidade dos atos normativos, neste caso, é dado a um órgão jurisdicional, em geral, um Tribunal. Este tipo de controle parte do raciocínio preliminar bem exposto pelo juiz Marshall da Suprema Corte norte-americana em sede do caso *Marbury vs. Madison* ⁴.

É importante ainda mencionar que o controle de constitucionalidade (material ou formal) pode ocorrer em dois momentos diferentes. Pode se dar durante o processo legislativo, caso em que se chama controle **preventivo** (pois previne a entrada de

² Cf. Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 296-297.

³ M.-Henry Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 2ª ed., p. 157, *apud* Paulo BONAVIDES, *Op. cit.*, p. 300.

⁴ Este caso pode ser integralmente encontrado na seguinte página da internet: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137> (site em inglês, acessado em 21 de outubro de 2004).

normas inconstitucionais no sistema). Pode ainda ocorrer após o término do processo legislativo, quando a norma já entrou em vigor e, portanto, faz parte do ordenamento jurídico. Neste último caso o controle é conhecido como **repressivo** ⁵.

Em virtude da intenção deste trabalho, não cabe aqui nos estendermos mais acerca dessas diferenciações entre os diversos tipos de controle de constitucionalidade. Basta dizer que nos ateremos daqui adiante apenas ao controle de constitucionalidade brasileiro repressivo jurisdicional.

Não obstante, para melhor compreendermos o controle de constitucionalidade como um todo, analisaremos a seguir mais duas de suas características (o controle das ações e omissões e o controle concentrado e difuso) antes de adentrarmos na caracterização do modelo brasileiro de controle.

1. Os Controles da Ação e da Omissão

O controle de constitucionalidade procura eliminar todos os vícios que possam prejudicar, de alguma maneira, a supremacia constitucional, e que, deste modo, afetem a própria força normativa da Constituição, ou seja, o seu poder de exigir obediência.

Entretanto, observou-se que não apenas as **ações** normativas podem prejudicar a força normativa constitucional, mas também as eventuais **omissões**. Entendemos omissões como a conduta negativa de determinado Poder Público, ou seja, a abstenção de determinado Poder Público em face de um dever constitucionalmente atribuído.

A Constituição Federal de 1988 inovou no ordenamento brasileiro ao prever meios de controle concentrado (ADIn por omissão) e difuso (Mandado de Injunção) para coibir eventuais omissões inconstitucionais. Veremos a seguir com detalhes a diferença entre as vias difusa e concentrada de controle.

2. As Vias Difusa e Concentrada do Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade possui dois subgêneros que se contrapõem em diversos pontos. São eles os subgêneros difuso e concentrado do controle de

⁵ No Brasil existem ambas as modalidades. O controle preventivo é executado pelo Poder Legislativo nas Comissões Parlamentares de cada Casa durante o trâmite legislativo e pelo Poder Executivo quando faz uso do direito ao veto. O Poder Judiciário não participa do controle preventivo de constitucionalidade, que em nosso país é preponderantemente **político** (a única exceção é a impetração de mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal por parlamentar que tem seu direito líquido e certo de participar de um processo legislativo juridicamente hígido infringido). O controle repressivo, entretanto é executado **em regra** pelo Poder Judiciário, motivo pelo qual em nosso país é conhecido por jurisdicional. Não obstante, a Constituição Federal de 1988 prevê ainda duas exceções, nas quais o controle repressivo pode ser feito pelo Poder Legislativo. São elas a

constitucionalidade. Sua diferenciação pode ser observada na história do próprio controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade possui sua origem, na Era Moderna, imbuído na *common law* inglesa⁶. Foi durante o início do século XVII que se pensou, pela primeira vez, na Inglaterra, que um direito maior, isto é, supremo, poderia revogar as medidas do Parlamento. Neste caso específico, em virtude de casos concretos especiais, os juízes com base no direito maior da *common law* e na razão podiam cancelar os atos parlamentares, isto é, as normas legislativas. Eis aqui o embrião da idéia do controle de constitucionalidade, aplicados por meio da via difusa (caso concreto), como veremos adiante⁷.

Não obstante, a idéia do controle de constitucionalidade propriamente dito somente vai tomar relevo mediante a atuação do *Chief Justice* Marshall, em 1803, durante o caso *Marbury vs. Madison*⁸. Sua importância está no fato de que pela primeira vez na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte julgou uma lei inválida, atribuindo a si o que chamam de *judicial review*, ou seja, o próprio controle de constitucionalidade jurisdicional, o qual, no caso, ainda se deu em virtude da via difusa, embrião de toda a teoria do controle de constitucionalidade.

A característica essencial do controle difuso ou incidental, em contraposição ao controle concentrado ou abstrato (analisado na seqüência), é a existência de um *conflito de interesses*, do qual advém a controvérsia constitucional. Assim, não temos uma preocupação abstrata com o ordenamento jurídico, mas um real conflito do qual *depende* a decisão da controvérsia constitucional. Neste modelo, decorrentemente da argumentação posta por Marshall qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de

sustação de atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V, CF) e a rejeição de Medida Provisória (art. 62, CF).

⁶ Cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*, p. 118.

⁷ Luis Roberto Barroso expõe que podemos encontrar ainda precedentes da idéia de controle de constitucionalidade desde a Antigüidade, mas foi com a argumentação de Marshall (que o autor qualifica como primorosa, mas não pioneira e muito menos original) que ela passou a tomar maior importância e relevo, como veremos adiante. Cf. Luis Roberto BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 5.

⁸ Podemos resumir o raciocínio de Marshall na seguinte concatenação de idéias: Constitui um dever irrecusável do Judiciário a aplicação do direito. Nesta aplicação, é óbvio que a aplicação de uma norma contraditória a outra exclui esta última. Muito bem, é claro também que a Constituição, como fundamento de validade do ordenamento, define quais normas são o direito a ser aplicado. Desta maneira, a supremacia constitucional determina que, quando houver um conflito entre a Constituição e uma norma editada pelo Legislativo, esta norma é inválida. Esta invalidez decorre do fato de o Legislativo, como Poder constituído que é, estar limitado pela Constituição. Ora, se as leis ordinárias pudessem modificar a Constituição, esta não seria um limite ao próprio Legislativo, o que gera a incoerência de todo o sistema. Deste modo, sendo uma norma declarada inválida, ela não possui poder vinculante, pois não possui poder normativo. Sendo assim, uma norma editada pelo legislador, que contradiz a Constituição não é vinculante para o Judiciário no momento de aplicação do direito. Desta maneira, pode o Judiciário declarar inconstitucional uma norma. Veja ref. 4 deste trabalho.

uma norma. É característica desta via de controle, portanto, a via recursal (incidental) de processo.

A difusão das idéias norte americanas pela Europa, entretanto, tomou certo tempo, em virtude da grande desconfiança que os revolucionários burgueses tinham para com os juízes, já que estes vinham exercendo seu cargo desde o Antigo Regime. Isto, para os burgueses revolucionários (especialmente na França), já era um ótimo motivo para não permitir um controle de constitucionalidade jurisdicional.

O controle de constitucionalidade europeu só vai ser implantado no início do século XX por Hans Kelsen na Áustria. Neste ponto, encontramos a cisão entre o pensamento europeu e o americano no que toca o controle de constitucionalidade. Enquanto os americanos inspirados por Marshall, pregam um controle *difuso*, distribuindo igualmente entre os juízes o poder de declarar uma norma incompatível com a Constituição, os europeus inspirados pela criação de Kelsen, seguindo numa linha positivista, pregam um controle *concentrado* da constitucionalidade dos atos normativos. Controle este que deve ser feito, segundo Kelsen, por um Tribunal Constitucional, ou seja, um Tribunal com a função própria de julgar as questões constitucionais *in abstracto*. Isso faz com que a competência para julgar a inconstitucionalidade dos atos normativos no modelo europeu seja originária, enquanto que no modelo americano, a apreciação pela Suprema Corte percorre um longo caminho recursal.

A característica fundamental do controle concentrado é justamente a *uniformização* da jurisprudência. Em outras palavras, no modelo difuso, como qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma, pode haver um sem número de decisões diferentes, o que geraria instabilidade e insegurança jurídicas. O controle concentrado elimina este problema ao *concentrar* a discussão das controvérsias constitucionais num único órgão ⁹.

Outra grande diferença entre o modelo americano e o europeu é aquela relativa aos efeitos da decisão. Quanto ao primeiro, a decisão judicial não elimina a norma impugnada do sistema, tirando-lhe meramente sua validade, já que ela não será mais aplicada nos tribunais. No modelo europeu de Kelsen, por outro lado, a decisão judicial revoga o ato normativo impugnado, atuando o Tribunal Constitucional, deste modo, como verdadeiro *legislador negativo*, pois não "coloca" novas normas no ordenamento jurídico (como o *legislador positivo* que é o Parlamento), mas possui o poder de "retirá-

⁹ O problema relativo ao controle difuso tenta ser resolvido no direito norte-americano, p.ex., com o princípio do *stare decisis*, pelo qual as decisões da Suprema Corte possuem efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário, o que leva a uma quase uniformização da jurisprudência. Isto, é claro, não resolve inteiramente o problema apresentado, pois ainda possibilita que no longo caminho recursal exista a disparidade de decisões.

las” dali. A preocupação maior no controle concentrado não é resolver uma lide (como ocorre no controle incidental), mas sim reordenar o próprio ordenamento jurídico, maculado pela presença de uma norma incompatível com a Constituição.

Todos os controles de constitucionalidade do mundo ocidental baseiam-se nessas duas visões desse controle. Disto não difere o modelo estabelecido no Brasil, como veremos a seguir.

3. O Controle de Constitucionalidade Brasileiro

O controle de constitucionalidade brasileiro tem origem ainda no século XIX, sob forte influência do *judicial review* norte americano. No entanto, diferentemente deste, o nosso controle de constitucionalidade foi instituído, primeiramente, com o Decreto nº. 510 de 22 de junho de 1890, que criava o Supremo Tribunal Federal e lhe atribuía a competência de julgar, em última instância, controvérsias constitucionais. Tal entendimento foi ratificado pela Constituição de 1891 em seu artigo 59¹⁰.

A Constituição de 1934, em seu art. 91, IV, inova no controle de constitucionalidade ao estabelecer, como competência do Senado Federal, a retirada do sistema jurídico daquelas normas que foram declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário¹¹.

Vieira expõe um aspecto curioso contido no artigo 12, § 2º da Carta de 1934¹². Tal artigo faz referência à Representação de Inconstitucionalidade. Tal ação inaugura o controle de constitucionalidade concentrado no Brasil e possuía como único legitimado ativamente o Procurador-Geral da República. Afirma o autor que este dispositivo é um embrião da ação direta de inconstitucionalidade, pois inaugura a modalidade do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, ainda que fosse muito restrito, pois se presta apenas a analisar a constitucionalidade de um caso de intervenção federal nos Estados-membros¹³.

¹⁰ Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

¹¹ Art. 91 – Compete ao Senado Federal:

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

¹² Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

¹³ Cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Op. cit.*, p. 120-121.

Após a perda de autonomia do Supremo Tribunal Federal com a Constituição de 1937 e sua retomada com a Constituição de 1946, criou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), por meio da Emenda Constitucional 16/65. Tal ação era diferente daquela que conhecemos hoje, sob a égide da Constituição Federal de 1988, em virtude, essencialmente de dois motivos: (i) a legitimidade ativa, isto é, a legitimidade para propor a ADIn pertencia apenas ao Procurador-Geral da República e, (ii) ademais, este podia ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República, o que descaracterizava bastante a ADIn como protetora dos direitos e liberdades garantidos constitucionalmente.

A situação perdurou até a queda do regime ditatorial e a promulgação de uma nova Constituição. Com a Constituição Federal de 1988 foram diversas as mudanças dentro do controle de constitucionalidade do sistema jurídico brasileiro. Não deixando de lado o controle misto (as vias difusa e concentrada coexistem), a Constituição Federal de 1988 (e as emendas subseqüentes) acabou confirmando uma tendência que se observa desde a criação do controle de constitucionalidade no Brasil. Esta tendência se resume na constante suplantação do controle difuso pelo controle concentrado ¹⁴. A criação das modernas ADIn por omissão (art. 103, § 2º, CF), Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, a e § 2º, CF) e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º, CF) vão pouco a pouco eliminando a importância do controle difuso, que também vai ser reforçado com a criação do instituto do Mandado de Injunção ^{15, 16}.

A “mistura” feita pelas diversas Constituições brasileiras durante a história e, em especial, a Constituição Federal de 1988 é vista sob um caráter pejorativo por diversos autores, dentre os quais podemos citar Vilhena Vieira ¹⁷ e Bastos Arantes ¹⁸. Segundo os autores, esse hibridismo pode acarretar problemas de diversas ordens, indo desde a vulnerabilidade dos tribunais superiores em virtude da não existência de um princípio

¹⁴ Para um estudo mais aprofundado sobre o fenômeno que vem determinando a crescente concentração do controle de constitucionalidade brasileiro, Cf. Rogério Bastos ARANTES, *Judiciário e política no Brasil*, p. 101-115.

¹⁵ É importante notar, entretanto, que existe manifestação doutrinária no sentido de que a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na verdade, constitui **também** uma medida de controle de constitucionalidade difuso. Luis Roberto Barroso cita André Ramos Tavares como expoente desta corrente em: André Ramos TAVARES, *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei*, 2001, p. 66-72; André Ramos TAVARES, *Tratado da argüição de preceito fundamental*, 2001, p. 406. Para tanto, Cf. Luis Roberto BARROSO, *Op. cit.*, p. 232. Deve-se lembrar, entretanto que o Supremo Tribunal Federal não admite esta interpretação.

¹⁶ Deve-se notar, contudo, que este “reforço” na via difusa do controle de constitucionalidade não é tão grande quanto o feito na via concentrada. Ademais, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à norma constitucional que institui o Mandado de Injunção retira deste a maior parte de sua eficácia.

¹⁷ Cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Op. cit.*, p. 218-226.

¹⁸ Cf. Rogério Bastos ARANTES, *Op. cit.*, p. 65-69, 204-209.

similar ao do *stare decisis* americano ¹⁹ a até uma indefinição na escolha de um modelo de controle e do próprio papel do Poder Judiciário que se tornou até mesmo um fator de crise de governabilidade ²⁰.

Não obstante as críticas ao modelo híbrido de controle existente no Brasil, não podemos negar-lhe características essenciais como o próprio controle de constitucionalidade, isto é, a imposição da vontade constitucional **suprema**. Em outras palavras, ainda que possua defeitos, o modelo híbrido é aquele existente em nosso país e que controla a constitucionalidade das leis. Por isto este trabalho deixará de analisar estas críticas e terá por objeto esse modelo de controle.

Como veremos nos capítulos que se seguem, o controle de constitucionalidade possui um caráter **político** importantíssimo e que, com a crescente concentração do modelo híbrido nacional, tem se acentuado no papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, também analisaremos nos próximos capítulos a lógica do tema deste trabalho, que é a relação entre o vício de inconstitucionalidade formal de iniciativa e a sanção do presidente da República na determinação de uma preocupação dos fins da decisão por parte do Supremo.

¹⁹ “Há porém, problemas decorrentes dessa conjugação [dos modelos difuso e concentrado], pois não contando o sistema jurídico brasileiro com o princípio do *stare decisis*, existente no mundo do *common law*, fica muito vulnerabilizada a autoridade dos tribunais superiores, especialmente a do Supremo Tribunal Federal. (...)” (grifos do autor), Oscar Vilhena VIEIRA, *Op. cit.*, p. 218.

²⁰ “A combinação original destes dois sistemas – o difuso e o concentrado – não deve ser, como pensam alguns, motivo de alegria. Pelo contrário, julgo que esta combinação é precária e revela que, entre nós, o papel do Judiciário na vida política não está institucionalmente definido. Mais do que isso, nosso sistema de controle constitucional, por seu hibridismo, pode ser considerado um dos principais fatores institucionais daquilo que se convencionou chamar *crise de governabilidade*” (grifos do autor), Rogério Bastos ARANTES, *Op. cit.*, p. 204.

II

A NATUREZA DO CONTROLE E OS VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAIS

O Direito e a Política são duas realidades distintas. Existe, contudo, uma grande dificuldade em estabelecer limites entre ambos, especialmente quando lidamos com problemas envolvendo uma Constituição, como é o caso do controle de constitucionalidade.

A Constituição, é importante notar, não constitui apenas documento jurídico, com normas geradoras de direitos e deveres. Constitui também uma carta política, onde se expressam os desejos de uma nação e de onde emana uma força política, a qual vai reger esta mesma nação. É claro, portanto o porquê da dificuldade em estabelecer limites para diferenciar o político do jurídico quando tratamos da constitucionalidade de atos normativos, haja vista que a própria Constituição é uma realidade híbrida.

Comumente, a doutrina constitucional, da qual citamos Bonavides como exemplo^{21, 22}, costuma identificar essa sorte de problema quando do campo do controle material de constitucionalidade. Quando trata do controle formal de inconstitucionalidade, costuma enxergá-lo como realidade técnica-jurídica. Isto quer dizer que, para esta doutrina, o controle formal não possui em sua natureza a confusão entre político e jurídico, que é típica do controle material²³.

Não obstante a opinião doutrinária existe uma outra possibilidade de visualização do controle formal de constitucionalidade, a qual permite identificar certo grau de politização nesta forma de controle. E é justamente disso que trataremos agora.

Para isso, exporemos a visão tradicional da doutrina e a visão antagônica, observando a importância da relação existente entre o vício formal de iniciativa e esta última para o presente trabalho.

²¹ Cf. Paulo BONAVIDES, *Op. cit.*, p. 296-299, 318.

²² Cabe aqui lembrar o alerta já feito na introdução. Utilizamos apenas os ensinamentos de Paulo Bonavides como exemplo e de nenhum outro autor, pois não tratamos neste trabalho de uma análise exaustiva da doutrina.

²³ Sobre a natureza substancialmente política do controle de constitucionalidade, podemos citar a afirmação de Bonavides a respeito: “O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomoda-la aos cânones da

1. O Controle Formal Estritamente Jurídico

Como já foi observado, segundo esta teoria o controle de constitucionalidade formal constituiria uma realidade unicamente jurídica. Diferente, portanto do controle de constitucionalidade material, que poderia causar confusão quando do momento de estabelecimento de limites aos temas políticos inerentes a si ²⁴.

Nesse sentido, é de se verificar o pensamento de Paulo Bonavides:

“O controle formal é, por excelência, um controle **estritamente jurídico**. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, (...), enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói [sic] acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

“O controle, que é de feição técnica, está volvido assim para aspectos tão-somente formais, (...)” (sem negritos no original) ²⁵.

Podemos observar, dessa forma, que, por não analisar o conteúdo da norma, estando ligado apenas a aspectos formais, o controle de constitucionalidade formal possuiria uma natureza estritamente jurídica. Isto justamente porque “(...) como afirma Rui Barbosa, [o controle de constitucionalidade formal é] ‘um poder de hermenêutica e não um poder de legislação’” ²⁶. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade formal é estritamente jurídico, pois não modifica o ordenamento a partir de uma interpretação substantiva, mas apenas interpreta a constituição e a norma impugnada restritivamente, relatando a compatibilidade ou a incompatibilidade entre ambas.

A partir do critério estabelecido pelo mestre cearense podemos afirmar que o controle de constitucionalidade formal é estritamente jurídico, justamente porque não busca a análise do conteúdo da norma ²⁷. Desta maneira, entendemos que, se uma interpretação estende ou modifica o conteúdo normativo, indo, portanto além deste, estamos diante de uma interpretação não apenas jurídica. O que quer se dizer, portanto é que tais interpretações podem ser jurídicas, mas não apenas isto.

Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.” (grifos do autor). Paulo BONAVIDES, *Op. cit.*, p. 299.

²⁴ Cf. *Id. Ibid.*, p. 318.

²⁵ *Id. Ibid.*, p. 297.

²⁶ *Id. Ibid.*, p. 298.

²⁷ Neste aspecto Cf. nota n. 22.

2. O Controle Formal de Natureza Não Apenas Jurídica

Esquecendo por um momento a teoria tradicionalista, que entende o controle de constitucionalidade formal como dotado de natureza estritamente jurídica, analisamos agora o problema sob uma perspectiva diferente.

Primeiramente, devemos observar que as constituições contemporâneas são bastante diversas daquelas que inauguraram o modelo constitucionalista clássico, as quais eram conhecidas como liberais e que se propunham a relacionar uma lista de direitos individuais para afastar o Estado das relações privadas.

O modelo constitucional contemporâneo, do qual as Constituições de Weimar (1919) e do México (1917) são grandes expoentes, traz uma enorme gama de normas diretivas e programáticas, as quais criam programas, deveres para o Estado, ou seja, dirigem a intervenção estatal nas relações sociais²⁸. Isto faz surgir um Estado de Bem-Estar Social, ou apenas, Estado Social. Este modelo estatal é criado, portanto, por uma Constituição que estabelece condições de realização de uma justiça substantiva²⁹, isto é, para ensejar o desenvolvimento e a justiça social³⁰.

Dentre os diversos exemplos de Constituições contemporâneas, destaca-se a Constituição Federal brasileira de 1988. Esta Constituição institui diversos deveres ao Estado na forma de verdadeiras políticas públicas a serem produzidas. Ademais, no que toca o Supremo Tribunal Federal, ampliou o acesso a este Tribunal e estabeleceu a ele novas competências. Tudo isto, nos dizeres de Vieira, transformou "(...) o Supremo Tribunal Federal numa importante e cada vez mais demandada arena de solução de conflitos políticos, colocando-o numa posição central em nosso sistema constitucional."³¹ Mais do que transformar o Supremo, a possibilidade de controlar os atos do Poder Legislativo e Executivo na área das políticas públicas constitucionalmente previstas, concedeu força política ao Poder Judiciário³².

²⁸ É esclarecedor o ensinamento de Sundfeld neste ponto: "Enquanto as clássicas declarações de direitos consagravam basicamente a proteção do indivíduo contra o Estado, reservando àqueles um espaço intangível de liberdade, as novas declarações passaram a se ocupar também da proteção dos indivíduos em face do poder econômico e em **propiciar-lhes prestações estatais positivas.**" (sem negritos no original). Carlos Ari SUNDFELD, *Fundamentos de direito público*, p. 55.

²⁹ Cf. Oscar Vilhena VIEIRA, *Op. cit.*, p. 35.

³⁰ Cf. Carlos Ari SUNDFELD, *Op. cit.*, p. 55.

³¹ Oscar Vilhena VIEIRA, *Op. cit.*, p. 215. Cf. a este respeito: Luiz Werneck VIANNA et al., *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 47-51.

³² É isto que nos diz Arantes: "A força política do Judiciário nas sociedades contemporâneas decorre da capacidade que lhe é delegada de preservar a Constituição frente aos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, ou em outras palavras, de exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. (...)". Rogério Bastos ARANTES, *Op. cit.*, p. 201.

Nessa perspectiva do Judiciário, mas principalmente do Supremo Tribunal Federal, pois atua como cúpula deste Poder e como Tribunal Constitucional brasileiro, como palco da resolução de conflitos políticos é ao menos lúcido desconfiar que talvez o controle de constitucionalidade formal não seja mais detentor de uma natureza puramente jurídica.

O controle formal de constitucionalidade de fato deve preocupar-se com a técnica legislativa. Contudo, quando o Judiciário deixa de ser apenas a instituição que soluciona litígios entre indivíduos ou entre estes e o Estado e passa também a resolver conflitos políticos dentro do próprio Estado, o controle de constitucionalidade formal pode servir como ferramenta argumentativa dentro deste último tipo de conflito. Assim, o controle de constitucionalidade formal pode formar um elo de ligação com um argumento político, o que contamina a sua própria natureza, que deixa de ser estritamente jurídica.

Para evidenciar isso, supõe-se que numa decisão, quando a argumentação formal estritamente jurídica vai retirar a norma do ordenamento e o juiz, por força do enorme dano que a desregulamentação³³ daquela matéria causará na sociedade, faz uso de uma outra argumentação, também formal e válida, mas que acaba por não retirar a norma do sistema. Desta forma, o juiz acaba decidindo com um argumento formal, que constitui o controle formal de constitucionalidade, mas que, por estar aliado a um argumento político, qual seja o do menor dano social causado pela decisão, acaba por não ser estritamente jurídico.

3. O Vício Formal de Iniciativa e a Sanção Executiva: A Preocupação com os Fins

Como vimos, pode-se vislumbrar uma interferência política na natureza essencialmente jurídica do controle formal de constitucionalidade quando o juiz faz uso de um argumento tipicamente político, que é a preocupação com a finalidade e o dano social de sua decisão.

Para que melhor se entendesse essa proposição, procuramos encontrar algum exemplo um pouco mais concreto. Encontramo-no na relação existente entre o vício formal de iniciativa e a sanção do Poder Executivo.

Dentre os diversos vícios formais que podem macular um ato normativo, destacam-se os vícios de iniciativa. A Constituição Federal estabelece algumas competências exclusivas a respeito de determinadas matérias para que certos agentes

³³ Esta desregulamentação decorre de dois fatores. Primeiro, da inexistência do efeito repristinatório das leis em nosso ordenamento (art. 2º, § 3º do Decreto-lei nº. 4.657, de 4 de Setembro de 1942 – LICC) e segundo, pela

dêem início ao processo legislativo (ex., arts. 61, §1º e 93 da CF). Assim, se um órgão estranho àquele que possui competência exclusiva sobre determinada matéria inicia o processo legislativo a este respeito, se deste processo resultar uma lei, ela estará viciada pela inconstitucionalidade por um vício de iniciativa em seu processo de produção.

Situação peculiar, contudo, se impõe quando tratamos da usurpação da competência exclusiva do Poder Executivo por um outro Poder, o qual inaugura o processo legislativo em seu lugar. Ordinariamente, pode-se afirmar que a norma que resultar deste processo será inconstitucional. Todavia, a peculiaridade da situação se põe em virtude da possibilidade de o Poder Executivo sancionar ou vetar o projeto do qual não foi autor.

Dessa maneira, o veto constitui a sua não concordância com aquele projeto, seja por motivo de interesse público ou por motivo de inconstitucionalidade do mesmo (art. 66, §1º, CF). Da mesma forma, a sanção do Executivo corresponde à sua concordância com o teor do projeto (art. 66, *caput*, CF). Sendo assim, pode-se argumentar que a concordância por meio da sanção sanou o vício de inconstitucionalidade originário, já que o Executivo aquiesce com o teor do projeto de que não foi autor.

Não obstante, é evidente que, se tomarmos o controle de constitucionalidade formal como realidade estritamente jurídica não se pode fazer uso desta última linha argumentativa. Isto porque é evidente que não houve o devido respeito ao processo técnico estabelecido pela Constituição para a produção normativa. Caso contrário não se estaria dizendo que a sanção sana o vício, mas que este nem teria existido.

Contudo, se admitir-se que mesmo o controle formal pode ser além de jurídico, político, pode-se fazer uso daquela linha argumentativa em face do argumento de que a desregulamentação da matéria de que trata a norma impugnada pela declaração de inconstitucionalidade vai trazer maior dano para a sociedade do que a permanência da norma no sistema.

impossibilidade de o Judiciário regulamentar ele mesmo a matéria que a sua declaração de inconstitucionalidade atingiu.

III

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tendo observado os liames teóricos deste trabalho, partiremos agora para o seu principal objeto, que é a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal selecionada. Tal seleção, é importante salientar, foi feita sempre tendo em mente o tema do trabalho, que é a relação entre o vício formal de inconstitucionalidade de iniciativa e a sanção do Poder Executivo num contexto onde apareça a preocupação com os fins da decisão.

Para tanto, este capítulo se dividirá em duas grandes partes. Primeiro, expor-se-á a metodologia utilizada na pesquisa e seleção dos acórdãos analisados. Em seguida, a segunda parte tratará da própria análise jurisprudencial, expondo a metodologia a ser aplicada nesta fase.

1. Metodologia de Pesquisa e Seleção de Decisões

Este trabalho faz uso de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Desta forma, a fonte de todos os dados relativos ao Supremo Tribunal Federal utilizados nesta pesquisa é a página do Tribunal na internet (<http://www.stf.gov.br>). Deve-se mencionar que este trabalho faz uso apenas de acórdãos e súmulas do Supremo. Isto quer dizer que não foram aqui considerados Informativos e nem Decisões Monocráticas^{34, 35}.

Assim, para efetuarmos a pesquisa na página do STF, foi utilizada a ferramenta de busca *Pesquisa livre*. Esta ferramenta é disponibilizada na própria página dentro da seção *Jurisprudência*, sub-seção *Pesquisa de Jurisprudência*.

A pesquisa procurou encontrar o maior espaço amostral de acórdãos e súmulas no período considerado. Para tanto, fez-se uso, tanto na pesquisa de acórdãos quanto de súmulas, dos seguintes termos de busca:

³⁴ Esta pesquisa foi feita durante os meses de Agosto e Setembro de 2004. Desta forma, não foram computados acórdãos publicados na página do Supremo posteriormente a esta data. Da mesma maneira, as informações relativas à página do Supremo levam em consideração a página como era à época.

³⁵ Esta desconsideração foi feita, no que toca aos Informativos, pois estes não apresentam a argumentação contida no teor dos acórdãos e que seria necessária à análise, pois não se trata aqui de uma análise quantitativa das decisões do Supremo. No que toca às Decisões Monocráticas, não foram estas consideradas por tratarem-se das opiniões de um só Ministro, nem sempre apoiadas pela maioria do Tribunal.

- iniciativa e sancao;
- iniciativa e sanar;
- iniciativa e sana;
- iniciativa e sanando.

Com a utilização desses termos, no que toca a pesquisa de súmulas, foram encontrados os seguintes resultados:

TERMO DE BUSCA	SÚMULA(S) ENCONTRADA(S)
iniciativa e sancao	Súmula nº. 5 (Decisão em: 16/12/1963)
iniciativa e sanar	-
iniciativa e sana	-
iniciativa e sanando	-

Tabela 1 - Súmulas Encontradas

Tendo sido encontrada meramente uma súmula e sendo esta anterior à promulgação da Constituição de 1988, num primeiro momento, passamos a desconsiderá-la em virtude da informação oferecida pela página do Supremo Tribunal Federal ³⁶ de que a referida súmula havia sido **cancelada** pela Rp nº. 890/GB (anterior à CF de 1988) e de que estava fora do período temporal previamente estabelecido.

Não obstante, quando da leitura dos acórdãos para a seleção daqueles que seriam analisados, evidenciou-se que um acórdão de 1993 (STF. Pleno. ADI 266/RJ. Rel.: Min. Octavio Gallotti. D.J. 06/08/1993) aplicava, **por unanimidade no Tribunal Pleno**, a Súmula nº. 5. Diante deste impasse, em prejuízo do período pré-estabelecido, passamos a considerar, excepcionalmente, como resultados da pesquisa a Súmula nº. 5 e a Rp nº. 890/GB a serem considerados ³⁷. Tal medida, de caráter excepcional, não foi aplicada a nenhuma outra súmula ou acórdão.

Tendo terminada a pesquisa das súmulas, passou-se à pesquisa dos acórdãos, fazendo uso da mesma ferramenta de busca e dos mesmos termos de busca. Contudo, no que toca os termos de busca, acrescentamos posteriormente, na pesquisa dos acórdãos, o termo "sumula 5" (sem aspas), em virtude da seleção posterior da Súmula nº. 5 na pesquisa de súmulas. Desta forma, foram obtidos os seguintes resultados na pesquisa de acórdãos:

³⁶ «<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SUMU&n=&s1=5&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOF&Sect3=PLURON&Sect6=SUMUN&p=1&r=18&f=G&l=20>». Acesso em 25 de Outubro de 2004.

³⁷ Colaborou também para a inserção da Rp nº. 890/GB dentro da lista de acórdãos selecionados, o fato de que diversas decisões pós-CF/1988 têm utilizado esta representação como aquela que cancelou a Súmula nº. 5 e como embasamento da argumentação segundo a qual a sanção não sana o vício de iniciativa.

TERMO DE BUSCA	ACÓRDÃO(S) ENCONTRADO(S)
iniciativa e sancao	<ul style="list-style-type: none"> • ADI 2585/SC. Rel.: Min. Ellen Gracie. D.J. 06/06/2003; • ADI 56/PB. Rel.: Min. Nelson Jobim. D.J. 29/11/2002; • ADI 2580/CE. Rel.: Min. Carlos Velloso. D.J. 21/02/2003; • Pet 1104 AgR/DF. Rel.: Min. Sydney Sanches. D.J. 21/02/2003; • ADI 1438/DF. Rel.: Min. Ilmar Galvão. D.J. 08/11/2002; • ADI (MC) 2372/ES. Rel.: Min. Sydney Sanches. D.J. 28/11/2003; • ADI (MC) 2213/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 23/04/2004; • AR 1538 AgR-AgR/MG. Rel.: Min. Maurício Corrêa. D.J. 08/02/2002; • RE 174184/SP. Rel.: Min. Moreira Alves. D.J. 21/09/2001; • ADI 700/RJ. Rel.: Min. Maurício Corrêa. D.J. 24/08/2001; • ADI (MC) 2192/ES. Rel.: Min. Marco Aurélio. D.J. 04/08/2000; • ADI (MC) 2113/MG. Rel.: Min. Octavio Gallotti. D.J. 27/06/2003; • ADI (MC) 2031/DF. Rel.: Min. Octavio Gallotti. D.J. 28/06/2002; • ADI (MC) 1963/PR. Rel.: Min. Maurício Corrêa. D.J. 07/05/1999; • RE 118585/SP. Rel.: Min. Ilmar Galvão. D.J. 18/06/1999; • ADI (MC) 1746/SP. Rel.: Min. Maurício Corrêa. D.J. 19/09/2003; • HC 73917/MG. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 05/12/1997; • Inq (QO) 1055/AM. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 24/05/1996; • ADI (MC) 1381/AL. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 06/06/2003; • ADI (MC) 1070/MS. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 15/09/1995; • ADI 266/RJ. Rel.: Min. Octavio Gallotti. D.J. 06/08/1993; • MI 283/DF. Rel.: Min. Sepulveda Pertence. D.J. 14/11/1991; • RE 119103/MA. Rel.: Min. Octavio Gallotti. D.J. 23/02/1990.
iniciativa e sanar	<ul style="list-style-type: none"> • ADI (MC) 1381/AL. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 06/06/2003; • ADI (MC) 1070/MS. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 15/09/1995.
iniciativa e sana	-
iniciativa e sanando	-
sumula 5	<ul style="list-style-type: none"> • ADI 1438/DF. Rel.: Min. Ilmar Galvão. D.J. 08/11/2002.

Tabela 2 - Acórdãos Encontrados pela Pesquisa

Com isso foi encerrada a pesquisa de acórdãos e súmulas do Supremo Tribunal Federal para este trabalho. Encerradas as pesquisas, passou-se à seleção do material encontrado. Tendo já explicado o porquê da seleção da Rp. nº. 890/GB, expor-se-á agora o modo como foi selecionado o espaço amostral de acórdãos deste trabalho dentre aqueles encontrados na pesquisa.

Uma rápida leitura das ementas dos acórdãos encontrados na pesquisa mostrava que nem todos atendiam o escopo deste trabalho. Contudo, para que se efetuasse uma seleção qualitativamente satisfatória, a leitura não se restringiu apenas às ementas dos acórdãos, mas ao seu inteiro teor. A partir desta leitura, constatou-se que apenas os seguintes acórdãos discutiam nos votos dos Ministros o tema do trabalho:

- ADI 56/PB. Rel.: Min. Nelson Jobim;
- ADI 1438/DF. Rel.: Min. Ilmar Galvão;
- ADI 700/RJ. Rel.: Min. Maurício Corrêa;
- ADI (MC) 2192/ES. Rel.: Min. Marco Aurélio;
- ADI (MC) 2113/MG. Rel.: Min. Octavio Gallotti;
- ADI (MC) 1963/PR. Rel.: Min. Maurício Corrêa;
- RE 118585/SP. Rel.: Min. Ilmar Galvão;
- ADI (MC) 1381/AL. Rel.: Min. Celso de Mello;

- ADI (MC) 1070/MS. Rel.: Min. Celso de Mello;
- ADI 266/RJ. Rel.: Min. Octavio Gallotti;
- RE 119103/MA. Rel.: Min. Octavio Gallotti.

Os demais acórdãos foram, por óbvio, descartados.

Não obstante essa lista preliminar, os Recursos Extraordinários nº. 118585/SP e nº. 119103/MA tratam da questão, mas ainda sob a perspectiva da Constituição Federal de 1967. Isto, aliado ao fato de que repetem a argumentação da Rp nº. 890/GB bastou para que os descartássemos.

A partir da leitura dessa primeira seleção, também se constatou que quando argumentavam a respeito da matéria de que trata este trabalho, alguns Ministros faziam referência a outros acórdãos não encontrados na pesquisa na página do Supremo Tribunal Federal. Os acórdãos citados pelos Ministros em seus votos nos acórdãos encontrados na pesquisa são os seguintes, juntamente com a fonte da citação:

AÇÃO/ ORIGEM	CITAÇÃO
ADI (MC) 456/RJ	Voto do Min. Maurício Corrêa na ADI (MC) nº. 1.963/PB
ADI 766/RS	Relatório da ADI (MC) nº. 1.963/PA
ADI (MC) 805/RS	Voto do Min. Celso de Mello na ADI nº. 1.070/MS
ADI 89/MG	Voto do Min. Maurício Corrêa na ADI (MC) nº. 1.963/PB
ADI 873/RS	Voto do Min. Maurício Corrêa na ADI (MC) nº. 1.963/PB
ADI 864/RS	Voto do Min. Maurício Corrêa na ADI (MC) nº. 1.963/PB
ADI 182/RS	Voto do Min. Maurício Corrêa na ADI (MC) nº. 1.963/PB
ADI (MC) 1809/SC	Voto do Min. Maurício Corrêa na ADI (MC) nº. 1.963/PB
ADI 1977/PB	Relatório da ADI nº. 2.192/RS
ADI 2050/RO	Relatório da ADI nº. 2.192/RS

Tabela 3 – Acórdãos Encontrados por Citação

Com a intenção de ter o maior espaço amostral de acórdãos possível e suprir eventuais falhas na composição dos termos de busca utilizados na pesquisa no site do Supremo para os acórdãos, foi feita também uma leitura do inteiro teor desses acórdãos citados. Com esta leitura, constatou-se que apenas os seguintes acórdãos tratavam propriamente do tema (os demais foram descartados) ³⁸:

- ADI 766/RS. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 27/05/1994;
- ADI (MC) 805/RS. Rel.: Min. Celso de Mello. D.J. 08/04/1994.

³⁸ Os demais acórdãos citados nos votos dos Ministros não condiziam com a matéria abordada, mas com matérias semelhantes. Entendemos, ainda que não seja este o escopo do trabalho, que ao mencionar tais decisões, os Ministros que delas se valeram, enganaram-se com a jurisprudência correta a ser utilizada.

Com isso, podemos listar os seguintes acórdãos selecionados mediante o processo de pesquisa e seleção aqui apresentados (os acórdãos estão dispostos em ordem cronológica decrescente quanto à data de julgamento):

AÇÃO/ORIGEM	DATA JULGAMENTO	DATA PUBLICAÇÃO	RELATOR
ADI 56/PB	03/10/2002	29/11/2002	Min. Nelson Jobim
ADI 1438/DF	05/09/2002	08/11/2002	Min. Ilmar Galvão
ADI 700/RJ	23/05/2001	24/08/2001	Min. Maurício Corrêa
ADI (MC) 2192/ES	25/05/2000	04/08/2000	Min. Marco Aurélio
ADI (MC) 2113/MG	16/03/2000	27/06/2003	Min. Octavio Gallotti
ADI (MC) 1963/PR	18/03/1999	07/05/1999	Min. Maurício Corrêa
ADI (MC) 1381/AL	07/12/1995	06/06/2003	Min. Celso de Mello
ADI (MC) 1070/MS	23/11/1994	15/09/1995	Min. Celso de Mello
ADI 266/RJ	18/06/1993	06/08/1993	Min. Octavio Gallotti
ADI (MC) 805/RS	26/11/1992	08/04/1994	Min. Celso de Mello
ADI (MC) 766/RS	03/09/1992	27/05/1994	Min. Celso de Mello
Rp 890/GB	27/03/1974	07/06/1974	Min. Oswaldo Trigueiro

Tabela 4 - Relação de Acórdãos Selecionados para Análise

Sendo assim, pode-se prosseguir agora para a análise dos acórdãos selecionados.

2. Análise Jurisprudencial

Antes de prosseguirmos à análise individual de cada decisão é importante deixar claro o que estaremos analisando. Em última instância vamos procurar se, quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no período tomado para amostra, entendem que a sanção sana o vício de iniciativa, demonstram qualquer sorte de preocupação com a finalidade da decisão ou se o fazem por outro motivo. Não nos interessa, portanto, as decisões em que os Ministros julgam argumentando que a sanção não convalida o vício formal de iniciativa, pois, como vimos isto apenas confirma a estrita juridicidade da natureza do controle formal.

Para alcançar nosso objetivo, primeiramente deveremos observar em quais decisões algum dos Ministros entende que a teoria defendida pela Súmula nº. 5 é aplicável, isto é, que a sanção Executiva é capaz de sanar o vício de iniciativa. A partir daí, analisaremos tais decisões individualmente para que possamos dizer se existe ou não uma preocupação, por parte dos Ministros, com as conseqüências de sua decisão no que toca o dano social que esta causaria se seguisse uma outra linha argumentativa.

Dessa forma, a seguinte tabela divide os acórdãos em que os Ministros entendem que a sanção é capaz de sanar o vício formal de iniciativa (coluna "**é capaz**") e os acórdãos em que a sanção não é capaz de sanar tal vício (coluna "**não é capaz**").

É CAPAZ	NÃO É CAPAZ
<ul style="list-style-type: none"> • ADI 266/RJ. 	<ul style="list-style-type: none"> • ADI 56/PB; • ADI 1438/DF; • ADI 700/RJ; • ADI (MC) 2192/ES; • ADI (MC) 2113/MG; • ADI (MC) 1963/PR; • ADI (MC) 1381/AL; • ADI (MC) 1070/MS; • ADI (MC) 805/RS; • ADI (MC) 766/RS; • Rp 890/GB.

Tabela 5 - Organização das Decisões Selecionadas

A tabela é bastante clara ao demonstrar que, no universo de acórdãos pesquisados, apenas a ADI nº. 266/RJ, que tem como relator o Ministro Octavio Gallotti, apresenta uma decisão segundo a qual a sanção Executiva é capaz de sanar o vício formal de iniciativa ³⁹. Desta forma, passaremos agora à análise individual do referido acórdão.

2.1. ADI nº. 266/RJ

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 266, originada do Rio de Janeiro e julgada em 18 de Junho de 1993 tem como requerente o Governador do Estado do Rio de Janeiro e como requeridos o Governador e a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. O objeto da ação é o artigo 1º e seu parágrafo único da Lei nº. 1643, de 04 de Abril de 1990, do Estado do Rio de Janeiro ⁴⁰.

Os fundamentos da ação são quatro, sendo dois de ordem formal e dois de ordem material. Os de ordem formal compreendem: em primeiro plano a invasão, pelo Estado do Rio de Janeiro, de competência exclusiva da União no que toca a elaboração de diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, CF); em segundo plano a usurpação, pela Assembléia Legislativa, de competência exclusiva do Governador no que diz respeito ao regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, §1º, II, "c", CF).

³⁹ Importa notar a aparente desconsideração dos Ministros do Supremo por esta decisão. Nas decisões subseqüentes a esta, os Ministros em seus votos nem a citam. Vale lembrar que a decisão foi unânime, assim como todas as subseqüentes quando se tratou da relação entre o vício formal de iniciativa e a sanção Executiva.

⁴⁰ Os dispositivos em questão tinham o seguinte teor (retirado do relatório da ADI nº. 266/RJ):

“Art. 1º - Os certificados de aprovação do Programa de Aperfeiçoamento e Atualização do Servidor Público, realizado na Fundação Escola de Servidor Público do Rio de Janeiro, antes da vigência da presente Lei, terão validade para enquadramento mediante transposição e transformação de cargos ou empregos em cargos de Categorias Funcionais de 1º e 2º graus – Parte Permanente dos Quadros de Pessoal das Secretarias de Estado, Órgãos equivalentes e Autarquias.

“Parágrafo único – O disposto no caput deste artigo aplicar-se-á apenas para comprovação de conhecimento equivalente ao exigido para o desenvolvimento de atribuições das categorias funcionais correspondentes, não assegurando direito e prosseguimento de estudo no ensino regular.”.

Os fundamentos de ordem material, por outro lado, abarcam: em primeiro lugar, a possibilidade de haver provimento de cargo de natureza diferente sem o necessário concurso, o que afrontaria o artigo 37, II da CF; em segundo lugar, o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF), pois este restaria ofendido já que, para a generalidade do funcionalismo do Estado, qualquer sorte de melhorias era obtida quando os funcionários cursavam todas as séries do Primeiro e Segundo Graus do Ensino (respectivamente Ensino Fundamental e Médio na atualidade), mas com a norma impugnada, os por ela privilegiados receberiam as mesma melhorias com menos cursos de aperfeiçoamento e atualização com carga horária bastante reduzida.

No acórdão estão transcritos os votos dos Ministros Octavio Gallotti e Moreira Alves. O Ministro Octavio Gallotti, relator, afasta o pedido no que toca a inconstitucionalidade formal da norma. Primeiramente, diz o Ministro que a sanção do Governador acabou por sanar o vício formal de iniciativa. Isto em virtude da Súmula nº. 5 do Supremo Tribunal Federal, que continuava a ser aplicável no regime jurídico da Constituição de 1988, mas com a exceção prevista pelo artigo 63 da Carta, que impede as emendas parlamentares que aumentem despesa aos projetos de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

A seguir, diz o Ministro Gallotti que a invasão, pelo Estado do Rio de Janeiro, da competência exclusiva da União não existe. A norma impugnada, diz o Ministro, não "trata de regular os cursos, diplomas ou graduações disciplinados na legislação federal de ensino". A norma trataria, na verdade de mera seleção e treinamento de servidores.

Afastada, portanto a inconstitucionalidade formal prossegue o Ministro-relator com o controle de constitucionalidade material. Neste ponto, entende o Ministro que parte da norma padece de inconstitucionalidade, pois prevê a "transformação" de cargo. Isto, conforme o Decreto-lei nº. 408/79 do Rio de Janeiro e o Decreto federal nº. 70320/72, possibilitaria a alteração da natureza do cargo a ser ocupado em relação ao cargo que o servidor ocupava anteriormente. Constitui assim provimento de cargo derivado sem o formal concurso público. Estaria esta parte da lei impugnada, desta forma, em evidente incompatibilidade com os artigos 37, II (que exige o concurso público para provimento de cargo público, mesmo derivado) e 5º, *caput* (princípio da isonomia) da Constituição Federal.

Dessa maneira, o Ministro-relator dá provimento parcial à ação, declarando inconstitucional a expressão "e transformação" do artigo 1º da lei impugnada.

Depreende-se claramente do voto do Ministro Octavio Gallotti que, apesar da aplicação da Súmula nº. 5 do Supremo, não reside para ele, ao menos expressamente,

pois não nos cabe inferir o que estava no pensamento do mesmo, qualquer preocupação com a consequência danosa ou não de uma possível decisão no sentido de declarar inconstitucional a norma. Tanto o é que a declara parcialmente inconstitucional.

O Ministro Moreira Alves pede vista dos autos e em seu voto-vista não discorda dos fundamentos do Ministro-relator Octavio Gallotti e o acompanha. Da mesma maneira fazem os demais Ministros, haja vista que a decisão é unânime.

Sendo assim, não há que se inferir da ADI 266/RJ uma preocupação dos Ministros, quando aplicam a Súmula nº. 5, com as consequências danosas de uma possível declaração de inconstitucionalidade.

3. Conclusão da Análise Jurisprudencial

A partir da análise jurisprudencial feita anteriormente, podemos obter os seguintes resultados:

- Das 12 (doze) decisões selecionadas (aproximadamente 92,3%), apenas 1 (uma) delas (aproximadamente 7,7%) tinha argumentação no sentido de que a sanção sana o vício de iniciativa tendo sido esta analisada individualmente;
- A única decisão analisada individualmente demonstrou que, mesmo quando admite que a sanção sana o vício de iniciativa, o Supremo não demonstra preocupação com as consequências sociais de sua decisão, isto é, se a possível desregulamentação que poderia ser por ele imposta causaria maior dano que a não declaração de inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

Pudemos apresentar no decorrer deste trabalho alguns aspectos do controle de constitucionalidade.

Passando por uma introdução ao próprio controle de constitucionalidade, adentramos o tema que constitui o foco do trabalho que é a possibilidade de haver uma contaminação da natureza do controle de constitucionalidade formal, que deixaria de ser tão somente jurídica e passaria a ser também política, como no controle material de constitucionalidade.

Para tanto, haveríamos de contrariar o pensamento usual da doutrina constitucional, a qual se procurou representar nas lições de Paulo Bonavides. Esta visão tradicional da questão resume-se em dizer que o controle de constitucionalidade formal possui uma natureza estritamente jurídica. Não obstante, é no controle material de constitucionalidade que haveríamos de procurar uma relação nebulosa entre a Política e o Direito.

Assim, determinamos que, caso encontrássemos uma hipótese em que o juiz, no controle de constitucionalidade formal, se vale de um argumento político como acessório para declarar a constitucionalidade de uma norma, estaríamos diante de uma hipótese em que o controle de constitucionalidade formal deixaria de ser estritamente jurídico e passaria a ter também certo grau de influência política em sua natureza.

A hipótese que nos surgiu e que constitui a do presente trabalho encontra-se na relação entre o vício formal de iniciativa e sanção Executiva. Destarte, se encontrássemos uma decisão em que um juiz explicita que a sanção Executiva sana o vício formal de iniciativa em virtude do dano social que a declaração de inconstitucionalidade formal causaria, obteríamos a confirmação de nossa hipótese de trabalho.

Dessa forma, para verificarmos se nossa hipótese seria válida ou não, escolhemos trabalhar com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período pós-1988 (ainda que tenhamos aberto duas exceções dentro deste período).

A análise da jurisprudência pesquisada revelou, primeiramente, que ao longo dos enfrentamentos do Tribunal com a questão após a Constituição Federal de 1988, o Supremo decide na maioria das vezes (92,3%) no sentido de que a sanção Executiva não possui o condão de sanar o vício de inconstitucionalidade formal de iniciativa.

Ainda assim, nos restou uma decisão (representando 7,7% do montante analisado) em que, dentro da vigência da Constituição de 1988, o Supremo decidiu em sentido contrário, isto é, de que a sanção do Poder Executivo pode sanar o vício formal de iniciativa. Mais do que isso, o Supremo aplicou a sua Súmula nº. 5, elaborada na vigência da Constituição de 1946 e que hoje é tida como revogada pela Rp nº. 890/GB. Trata-se da ADI nº. 266/RJ, julgada em 1993.

Não obstante, analisando individualmente a ação, concluímos que, ainda que julgando no sentido de que a sanção sana o vício formal de iniciativa, o Supremo não apresenta nenhuma expressa preocupação com as possíveis conseqüências de uma declaração de inconstitucionalidade.

Depreendemos, portanto que nossa hipótese não pode ser confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dentro do período analisado. Além disso, nosso problema ainda persiste, já que a hipótese apresentada não conseguiu confirmar a teoria de que o controle formal de constitucionalidade pode também ser político além de jurídico.

APÊNDICE I

RELAÇÃO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

Listaremos a seguir todas as abreviaturas utilizadas para a produção deste trabalho.

Relação de Abreviaturas

Abreviatura	Significado
ADI, ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
AgR-AgR	Agravo Regimental no Agravo Regimental
AR	Ação Rescisória
CF	Constituição Federal
DJ	Diário de Justiça
GB *	Estado da Guanabara
HC	<i>Habeas Corpus</i>
Inq.	Inquérito
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro (a)
Pet	Petição
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator (a)
Rp	Representação
STF	Supremo Tribunal Federal

* Foi listada como abreviação apenas a sigla referente ao antigo Estado da Guanabara e não dos demais Estados brasileiros citados na referência a acórdãos, pois o da Guanabara não existe mais, motivo pelo qual pode ter sua sigla desconhecida.

BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: EDUC/Ed. Sumaré/Fapesp, 1997. 215 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004. 299p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 189 p.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1999. 270 p.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo tribunal federal: jurisprudência política*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 233 p.