

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

RICARDO DE PADUA SALLES

Controle preventivo de constitucionalidade das normas:  
análise de caso prático

Ribeirão Preto

2013



RICARDO DE PADUA SALLES

Controle preventivo de  
constitucionalidade das normas:  
análise de caso prático.

Trabalho apresentado à Faculdade de  
Direito de Ribeirão Preto da  
Universidade de São Paulo para  
conclusão do curso de Direito.

Área de concentração: Direito  
Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Rubens Beçak

Ribeirão Preto

2013

Nome: SALLES, Ricardo de Padua

Título: Análise de caso prático de controle preventivo de constitucionalidade das normas:  
quando o político e o jurídico se encontram

Trabalho apresentado à Faculdade de  
Direito de Ribeirão Preto da  
Universidade de São Paulo para  
conclusão da graduação em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_  
Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Aos meus pais, Antonio e Ana Maria, e aos meus irmãos, Fernando Antonio, Luís Eduardo e Maria Vitória, pelo amor, dedicação e apoio incondicionais.  
A todos os meus amigos, pelo companheirismo incansável.



## RESUMO

SALLES, R. P. **Controle de constitucionalidade das normas: análise de caso prático.** Monografia – Trabalho de conclusão de curso. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

Este trabalho apresenta um estudo sobre o controle de constitucionalidade das normas, instrumento jurídico que permite a proteção da ordem constitucional dentro de um determinado sistema normativo. Investiga-se inicialmente o significado de *constitucionalidade*, sua evolução histórica e seu sentido jurídico, tendo como pressuposto a força normativo-jurídica das normas constitucionais e sua superioridade inquestionável no ordenamento jurídico. Os sentidos de *controle* e de *norma* são igualmente abordados, como, respectivamente, a manutenção da ordem constitucional e a proposição prescritiva dotada de coercitividade oficial externa. Estuda-se, a seguir, o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas, que pode ocorrer, quanto ao momento, repressivamente, se realizado depois da vigência da norma, em modalidades difusa e concentrada, ou ainda preventivamente, se feito durante o processo legislativo da norma. É, por fim, trazido para análise um caso prático de arquivamento de Projeto de Lei, ocorrido no Senado Federal, por inconstitucionalidade da norma proposta, ou seja, trata-se de exemplo de controle preventivo de constitucionalidade. O caso permite verificar como o referido controle foi realizado naquela situação, bem como as motivações jurídicas do relator que votou pelo arquivamento do projeto, a partir de uma visão crítica das deficiências do caso.

Palavras-chave: Controle. Preventivo. Constitucionalidade.

## ABSTRACT

Salles, R. P. **Preventive constitutionality review of law: case analysis.** Monograph – Final work for obtention of graduate degree. Law School of Ribeirão Preto, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

This work is a study about the constitutional review of law, the legal instrument that allows the protection of the constitutional order within a given normative system. The study initially investigates the legal meaning of *constitutionality*, under its historical evolution, taking for granted the strength of normative-legal constitutional rules and the unquestionable superiority of such rules in the legal system. The technical senses of the legal terms *control* and *regulation* are also taken into consideration, identified as, respectively, the *maintenance of constitutional order* and the *prescriptive proposition endowed with external and official coercion*. The Brazilian system of constitutional review is the next argument of this work. In this system, the constitutional control may occur *repressively*, if performed after the validity of the norm, in terms diffuse and concentrated, or *preventively*, if made during the legislative process of the norm. The present study, finally, shows out a practical case analysis of a filed normative project in the Brazilian Federal Senate, due to unconstitutionality of the proposed law: a concrete example of preventive constitutionality control. The case allows the verification of how the control was conducted in such situation, as well as the juridical motivations (Legal motivation; Legal arguments) of the senator who voted for archiving the project, in a critical view of the deficiencies of the case.

Key words: Preventive. Review. Constitutionality.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1 O QUE SIGNIFICA CONTROLAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: UMA BUSCA POR SENTIDOS JURÍDICOS .....	11
1.1 Introdução ao capítulo .....	11
1.2 Um sentido para constitucionalidade .....	12
1.3 Um sentido para norma .....	19
1.4 Um sentido para controle .....	24
2 O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS .....	29
2.1 Introdução ao capítulo .....	29
2.2 Classificação .....	30
2.3 Evolução histórica dos instrumentos de controle de constitucionalidade no brasil .....	31
2.4 O controle repressivo .....	33
2.4.1 <i>A modalidade difusa</i> .....	33
2.4.2 <i>A modalidade concentrada</i> .....	36
2.4.3 <i>O controle de constitucionalidade por omissão legislativa</i> .....	37
2.5 O controle preventivo de constitucionalidade .....	39
2.5.1 <i>Apresentação e conceituação</i> .....	39
2.5.2 <i>Consequências políticas do instrumento</i> .....	40
2.5.3 <i>Significado jurídico do instrumento</i> .....	42
2.5.4 <i>As comissões de constituição, justiça e cidadania</i> .....	44
3 ANÁLISE DE CASO DE PROJETO DE LEI ARQUIVADO: A INCONSTITUCIONALIDADE SE FAZ PRESENTE? .....	49
3.1 Introdução ao capítulo .....	49
3.2 O projeto de lei n° 3.142 de 1997, da câmara dos deputados .....	50

3.3 O parecer desfavorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.....	51
3.3.1 <i>A educação como direito social: a programaticidade e os princípios constitucionais</i> .....	55
3.3.2 <i>Autonomia das universidades: evolução histórica, significação e delimitação das esferas de autonomia consagradas pela Constituição Federal</i> .....	58
3.4 Por que inconstitucional? .....	63
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>69</b>
<b>6 BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>75</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho, apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, é um estudo sobre o controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro, com foco na sua modalidade preventiva, também dita política.

O tema tem importantes contornos na realidade jurídica nacional. Faz-se presente de forma constante da atividade legislativa às pautas do tribunais brasileiros, sendo ainda objeto decisivo nos estudos de juristas, principalmente daqueles que se dedicam à ciência do Direito Constitucional. Também em diversos outros Estados constitucionais democráticos, o assunto se revela importantíssimo.

De fato, desde o advento do Estado contemporâneo ocidental, as Constituições tomaram o centro das realidades jurídicas nacionais, de modo que se tornaram os documentos jurídicos mais importantes de inúmeros ordenamentos jurídicos. A sua superioridade, então, é merecedora de controle em face das outras normas, dentro dos mais variados e complexos sistemas jurídicos.

Desse modo, dentro de um determinado sistema jurídico que reconhece a Constituição como seu elemento mais elevado, todas as normas devem apresentar conformidade constitucional. Nesse sentido, o controle de constitucionalidade das normas é assunto que vai além dos estudos do Direito Constitucional: apresenta importância em todos os ramos do direito.

Busca-se assim elucidar, no primeiro capítulo, o que significa controlar a constitucionalidade das normas, apresentando uma visão para o que seja *constitucionalidade*, uma conceituação para o que seja *norma* e, também, uma delimitação para *controle*. Não se pretende esgotar os temas: as conclusões apresentam-se como proposições de sentidos jurídicos para esses elementos, sem, contudo, desprezar os aspectos políticos, a realidade social, e os contextos históricos que os envolvem. Essas conclusões serão a base teórica inicial do trabalho.

Parte-se do pressuposto de que, muito mais do que verdadeiras ou falsas, as conceituações são úteis ou inúteis para um trabalho. Por esse motivo, espera-se, muito mais do que definir de modo inequívoco o que seja controle, constitucionalidade e norma,

encontrar sentidos para esses conceitos jurídicos que nos sejam úteis para o desenvolvimento do trabalho.

No segundo capítulo, o trabalho tem como objetivo apresentar o sistema brasileiro de controle constitucionalidade das normas. Trata-se de um estudo dos instrumentos que o nosso ordenamento jurídico dispõe para repelir normas julgadas como inconstitucionais. Apresentam-se, assim, as modalidades de controle que o direito brasileiro contém atualmente, levando em conta a sua evolução histórica e a sua importância jurídica.

A compreensão de um sistema significa uma visão em amplitude dos elementos que o compõe. Não se trata de simples classificação, mas carrega consigo a ideia de que o próprio direito em si é um sistema, dotado de uma racionalidade intrínseca, uma verdadeira estrutura organizada em torno de elementos constitucionais.

Os dois primeiros capítulos formam, assim, um conjunto de definições e delimitações de elementos, bem como a disposição desses elementos dentro de um sistema racional de instrumentos jurídicos, que é o sistema de controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro. Este sistema representa, por sua vez, nada mais do que um reflexo da própria ordenamento jurídico brasileiro.

Já o terceiro e último capítulo do trabalho é uma análise de um caso prático de projeto de norma jurídica arquivada em seu processo legislativo, pela Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania do Senado Federal. O arquivamento de projeto de lei é uma das modalidades de controle de constitucionalidade das normas – o chamado controle preventivo, conforme mostraremos.

Objetiva-se, com o capítulo final, dar contornos práticos ao trabalho que possam elucidar como atuam as Comissões de Constituição e Justiça em seu trabalho de controle de constitucionalidade das normas. O projeto escolhido, arquivado, seria destinado às universidades brasileiras, e representa uma, dentre inúmeras outras normas em potencial, que não chegaram a se tornar normas jurídicas do direito brasileiro.

Lançando mão das construções teóricas dos dois primeiros capítulos, será analisado integralmente o projeto de lei arquivado, bem como o parecer do relator que decidiu pelo afastamento do texto. Adentrar-se-á a matéria da norma arquivada, que tange a autonomia universitária constitucionalmente consagrada. Ao final, serão apresentadas as possíveis críticas acerca da inconstitucionalidade do projeto e dos principais aspectos observados no caso concreto.

## PRIMEIRO CAPÍTULO

### O QUE SIGNIFICA CONTROLAR A CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS: UMA BUSCA POR SENTIDOS JURÍDICOS

#### 1.1 Introdução ao capítulo

Pretendemos neste capítulo inicial compreender o que é o controle de constitucionalidade das normas, a partir da delimitação dos seus três elementos essenciais: a constitucionalidade, a norma e o próprio controle. Partindo do pressuposto de que é possível identificar sentidos puramente jurídicos em cada um desses elementos, iremos ao encontro desses sentidos.

A tarefa é um passo inicial para, nos capítulos que se seguem, aprofundarmos a temática do controle de constitucionalidade em sua faceta preventiva. Lançaremos mão uma análise histórica para um sentido de constitucionalidade, porém não acrítica, sempre tentando entender como uma cultura de constitucionalidade surgiu, e por que essa cultura pode ser dita *jurídica*.

Apoiados nas linhas de pensamentos de dois grandes constitucionalistas do século XX, Friedrich Müller e Konrad Hesse, demonstraremos as origens do constitucionalismo com o advento do Estado contemporâneo, bem como a força normativa das Constituições.

Depois, cumpre atribuir um sentido para controle. O que seria controlar as normas dentro de um ordenamento jurídico constitucional? É no positivismo jurídico de Norberto Bobbio que buscaremos os elementos do ordenamento jurídico e das relações das normas dentro dele. Também com as lições principalmente de Gilmar Ferreira Mendes, além de outros constitucionalistas brasileiros, veremos a importância que o controle de constitucionalidade tem para a racionalidade do sistema de normas.

Por fim, resta entendermos o que é a norma jurídica. Também nas lições de Bobbio e de outro representante do pensamento positivista do século XX, Herbert L. A. Hart,

traçaremos uma definição de normas que nos seja útil para o presente trabalho. É fundamental a compreensão da partícula fundamental de todo o ordenamento jurídico, a norma jurídica.

Claramente não esperamos esgotar tais temas, extremamente complexos e que há séculos têm levantado questões filosóficas fundamentais para o Direito. A finalidade é tão-somente imprimir um significado para cada um dos três elementos apresentados, de modo que nos permita construir logicamente os fundamentos e pressupostos gerais do controle de constitucionalidade das normas. Hart mesmo afirma a dificuldade das definições e conceituações em seu clássico *O conceito de direito*. Não se trata de propor contornos absolutos ou mesmo de assumir uma verdade incontestável; longe disso, apenas buscamos conceitos que lancem luz aos nossos estudos.

## 1.2 Um sentido para constitucionalidade

A elaboração de constituições formais, documentos positivos escritos que apresentariam, hoje, a somatória de forças e aspirações sociais amplamente diversas é marco que remonta ao surgimento do Estado contemporâneo. O pressuposto mais essencial do movimento constitucionalista é a supremacia incontestável da Constituição, conforme pretendemos demonstrar. A Constituição é documento que determina e legitima todas as diretrizes de organização estatal e normas gerais de regulação fática da vida em sociedade, além das liberdades e garantias individuais.

Ao final do século XVIII e durante o século XIX, as tensões de sociedades já há tempos fartas do poder absoluto de monarquias levaram, da América à Europa, à ascensão do Estado liberal burguês. Processos de derrubada de monarquias e de guerras de independências coloniais, em paralelo ao da França revolucionária e ao dos Estados Unidos da América se espalharam pelo mundo, e, até ao final do século XIX, criaram uma primeira fase de constituições de cunho liberal em quase todo o ocidente.

Podemos chamar esse Estado nascente de burguês porque buscou no antagonismo ao poder monárquico a legitimação das aspirações da classe economicamente dominante, a burguesia; e conforme afirmou a liberdade, afastou o poder centralizado na figura do monarca para colocá-lo nas mãos da nova dona do poder fático: a própria burguesia, como descreve o

constitucionalista alemão Friedrich Müller. Por isso, também, esse Estado é dito liberal - livre das restrições absolutistas do poder monárquico.

Contudo, contradições sociais existentes pelo menos desde o feudalismo, na Europa, e desde o colonialismo, na América, e sempre confirmadas faticamente, não foram corrigidas por esses processos complexos de tomada de poder pelas classes burguesas, nos mais diversos Estados em que se deram. Ao contrário, a liberdade conquistada era liberdade para a produção econômica que só interessava ao detentor do poder econômico. Na transmutação constitucionalista, portanto jurídica, desses fatos sociais, temos a liberdade formal e igualdade formal, escritas, positivadas, para garantir a todos, pelo menos numa dialética formal, tais direitos.

De todas as insatisfações sociais possíveis, apenas a insatisfação da burguesia, sedenta por liberdade para a produção econômica, foi contemplada por essas primeiras constituições. A água para essa sede burguesa é a derrubada da monarquia; o cálice são constituições formalmente plena de direitos, mas que não saciaram as aspirações, extremamente profundas, das classes mais baixas da estrutura social.

Outra características das primeiras constituições, e ainda hoje verificada, é o fato de colocar sua fonte legitimadora no *poder constituinte do povo*. Desde o início, os processos constitucionalistas se fundam numa ficção que admite a existência de *um* povo. Friedrich Müller investiga toda a hermenêutica do termo; a necessidade de um povo se constituir seria a inexistência de uma unidade fática de *povo*, e contradições sociais profundas são ignoradas por textos constituintes cegos às diferenças fáticas:

O ‘poder constituinte do povo’ é uma representação harmonizadora, unitária, à medida que contradições existentes (ou persistentes) em conformidade ou apesar da Constituição podem parecer justificadas no tocante ao seu conteúdo pelo fato de que ‘o’ povo as teria dado ou eliminado, que ele, portanto, as teria ‘querido’ de qualquer modo. No tocante aos sujeitos, vale a mesma coisa, à medida que a cisão do povo em grupos desiguais posicionados e desigualmente providos de direitos (*constituent groups*; estrutura de classes ou de camadas) não é admitida, à medida que a Constituição não é identificada como ditada por um grupo ou, na melhor das hipóteses, solução de compromisso de um grupo, mas alegada como oriunda ‘do povo’ na sua totalidade. (Müller, 2004, p. 25.)

A Constituição nasce, então, como documento de organização do Estado, legitimado (ao menos formalmente) pelo poder que o povo tem de se constituir, e que garante liberdades individuais; documento porém escasso, mínimo, e que legitima e perpetua contradições sociais, na medida em que as despreza em seu conteúdo.

Já a norma constitucional, nesse momento inicial, tem a função única de afastar o Estado do indivíduo, barrar as forças estatais até então absolutas, para garantir ao povo, já então formalmente igual, os direitos de primeira geração: civis e políticos.

Conforme o Estado liberal consolidou-se e permitiu a política econômica da burguesia industrial, à maneira da burguesia industrial, majoritariamente no eixo europeu ocidental e da América do norte, que crescia de maneira acelerada, países agora libertos da pesada mão monárquica veriam também o peso da concorrência mútua. Produzir e produzir, indistintamente, era o que buscavam os donos do poder fático.

Os mercados internos dos países industriais europeus esgotaram-se, e as suas antigas áreas coloniais tradicionais estavam, também, em sua maioria, libertas e formalmente independentes: não supririam definitivamente demandas de mercado da incansável indústria europeia e norteamericana. A luta por novos mercados entre os países industriais seria discreta entre as nações industriais num primeiro momento, com o neocolonialismo, mas desembocaria na Primeira Guerra Mundial, com o esgotamento da partilha de novas colônias, explícita (África/Ásia) e implicitamente (Américas).

Com o advento da era das guerras, o século XX viveu tragédias humanas e sociais até então inimagináveis, fruto do próprio sistema capitalista industrial e de um Estado burguês liberal, capaz de garantir formalmente liberdades e direitos civis, mas incapaz de promover outros direitos essenciais ao homem. O Estado burguês não corrigiu distorções históricas com seu o minimalismo afastador do poder absoluto do Estado; mais do que isso, passou a ser necessária uma organização que também se ocupasse profundamente dos direitos de uma coletividade complexa, de grupos de indivíduos, alinhados forçosamente sob o teto de *um povo*.

Propõe Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

Os revolucionários do século XVIII pretendiam estabelecer o império da vontade geral, a supremacia da Razão em vista do interesse comum. Supunham, assim, senão a unanimidade dos homens, pelo menos um tendêncio a isso, desde que os interesses particularistas e os grupos privados fossem neutralizados. Os constituintes do século XX, se têm uma ideia clara, é a de que os homens naturalmente e necessariamente se dividem em grupos hostis, ou no mínimo divergentes. Assim, conformando-se com a realidade, prevêem a rotação dos grupos no poder, cada um deles disposto a impor sua concepção das tarefas governamentais, sua *política*, com a força haurida na vitória eleitoral. (FERREIRA FILHO, 2009, P. 79.)

Assim, surgem Constituições com direitos eminentemente sociais, coletivos, com garantias como a segurança social e os direitos trabalhistas. Tal sorte de documentos cria o chamado Estado social, que deve intervir na vida coletiva para suprir os anseios de sociedades

que buscavam ampliação de direitos. A estrutura constitucional deve abarcar, então, direitos diversos, em muitos casos antagônicos.

Nesse período, a norma constitucional, que antes afastava o Estado, agora o convoca para implementação dos direitos sociais, impondo-lhe metas e prescrevendo-lhe objetivos. Estamos diante das constituições programáticas, pluralistas em direitos e continentes de traduções normativas de forças sociais que se chocam, fato até então inadmitido nas constituições propositalmente criadas para um *povo de iguais*.

Como leciona Paulo Bonavides:

Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a sociedade e o indivíduo. (BONAVIDES, 2011, p. 229.)

Num primeiro momento, a relação entre a norma constitucional e a legislação infraconstitucional era meramente permissiva; bastava ao legislador constitucional criar normas que não contrariasse expressamente o texto constitucional positivo, sendo a ele concedida liberdade quase que plena, tendo em vista o minimalismo dessas Cartas. A supremacia constitucional fica restrita à sua não contrariedade pelo resto do ordenamento jurídico, e basta isto.

Já no Estado social garantista, igualmente cabe, é evidente, ao legislador ordinário não contrariar os dispositivos normativos constitucionais, mas também é sua tarefa intrínseca dar-lhes a devida efetividade. É um passo além. Conforme a Constituição determina cenários sociais a serem alcançados, programas para um Estado, pretensamente conciliador de uma sociedade desigual, não basta à norma inferior ater-se ao minimalismo de não contrariedade, típico do primeiro movimento constitucional liberalista. Ela deve implementar, através dos instrumentos legislativos adequados, as previsões programáticas, para só assim não contrariar a Constituição.

Esse entendimento, porém, demorou a consolidar-se plenamente. Desde o surgimento das constituições escritas, correntes jurídicas questionaram a sua juridicidade. A Constituição seria documento de caráter político, sem força normativa. Apenas a lei infraconstitucional, criada pelo legislador teria força normativa jurídica. No século XX, com as constituições sociais, outro aspecto constitucional atinente a esses documentos foi questionado: a efetividade de normas programáticas.

O cenário descrito é parte de um período em que ainda não se consolidara de forma clara a ideia de força normativa da Constituição.

Konrad Hesse descreve como, em seu tempo, a Constituição era em forte medida entendida como expressão das relações reais de poder, e não um complexo de normas jurídicas; ou ainda, que a Constituição jurídica seria mero pedaço de papel. A Constituição escrita apenas traduziria relações momentâneas das forças políticas, econômicas, sociais e intelectuais (muito embora essa última expressão de poder, cultural, nem sempre se traduzisse em todas as correntes que sustentavam a tese). (HESSE, 1991, p. 5 e seguintes.)

Segundo o autor, é a separação completa e estanque entre realidade fática e normatividade, entre *ser* e *dever ser*, que leva a esse entendimento errôneo de ausência completa de juridicidade da Constituição. Tal cisão daria maior foco a uma ou a outra direção, o que pode levar ao desprezo à força normativa da Constituição, para entendê-la simplesmente como tradução da *Realpolitik*.

O conjunto dessas forças sociais, fáticas, seria a constituição real, ao passo que a Constituição escrita seria não mais do que simples representação escrita dessas relações de forças, porém, sem caráter normativo jurídico. Conforme se alteram as forças dominantes de poder, a constituição fática ou real altera-se com elas, mas a Constituição escrita resta incapaz de traduzir tais forças. O conflito constante entre a constituição fática e a Constituição escrita seria próprio dessa situação, provada pela realidade e pelos fatos históricos.

Se o Direito Constitucional fosse uma ciência que descrevesse e estudasse apenas os fatos sociais, e se se ocupasse simplesmente das expressões das relações de poder dominantes, então ele não seria diferente das ciências políticas e sociais; o Direito Constitucional não seria uma ciência jurídica por excelência, porque as normas jurídicas não teriam todas a devida aplicação jurídica, vez que limitadas a descrever relações de poder, e não a *impor um dever ser*. (HESSE, 1991, p. 7.)

Configura-se, então, o problema da *força normativa da Constituição*, que Hesse procura esclarecer. As questões fundantes de sua investigação são a existência de uma força constitucional própria, ao lado das relações reais sócio-políticas de poder, e o alcance dessa força (normativa) da Constituição.

Uma análise correta dessa realidade deveria se retirar de qualquer tendência extremista de separação radical entre as forças reais de poder (a política) e a força normativa da Constituição, ou seja, a sua juridicidade. O jurista que pretende caminhar nesse campo deve ter claro que tanto a realidade fática influencia na realidade jurídica, quanto esta tem forte influência nas esferas sócio-políticas: “nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas”. Ou seja, a norma jurídica exerce força sobre o fato, bem como o fato exerce força sobre a norma.

Hesse ainda propõe que essa realidade fática tem uma influência não apenas na criação das normas constitucionais (e do sistema normativo como um todo), mas “influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas” (p. 5). Ou seja, a essência política de um povo exerce sua influência na realidade jurídica de forma prolongada e perene; o *ser* está contido no *dever ser* tanto quanto este naquele.

Nas palavras do autor:

Mas, — esse aspecto afigura-se decisivo — a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas. (HESSE, 1991, p. 5.)

Embora se fale em influência decisiva, não devemos confundir esse fato com dependência entre ser e dever ser, ou seja, entre realidade e norma. E Hesse considera esse ponto fundamental para o correto entendimento da sua tese sobre a força normativa da Constituição. Não há relação de dependência – o dever ser se manifesta de maneira autônoma (HESSE, 1991, p. 7).

Além na investigação, torna-se claro que a Constituição não seria capaz de criar nada novo (HESSE, 1991, p. 12 e seguintes), nenhuma realidade nova, mas sua força estaria na capacidade de impor condutas. Ao nosso ver, e como também atesta Hesse, isso não é exclusivo de normas constitucionais, mas de qualquer norma jurídica. As condutas em conformidade com a constituição seriam parte da consciência de constituição, fundada em três elementos: a) que faz-se necessária a proteção do Estado contra arbítrios (esse ponto lemos como proteção da democracia); b) que a ordem constitucional vai além de uma legitimação simplesmente fática; e c) que a ordem constitucional depende da vontade humana.

A essência e a eficácia da Constituição são impulsionadas e transformadas pela realidade fática (HESSE, p. 13 e seguintes). É essa realidade, que segundo filosofias constitucionalistas de contemporâneos de Hesse, compõe a constituição real; porém, a *Realpolitik*, as forças econômicas, sociais, etc., contribuiriam *apenas* para a eficácia das normas constitucionais; a realidade fática não seria propriamente a Constituição jurídica, dotada de força normativa. Eis uma diferença fundamental. Quanto mais ampla (prolixa) for a

constituição, tanto mais apta a contemplar diversos aspectos da realidade sócio-política ela estará. Igualmente, quanto mais diversas as forças nela representadas, maior sua capacidade de adaptação a transformações sociais. Uma constituição ampla tenderá a ter uma força normativa maior, porque a consciência de sua efetividade também será maior.

Conforme já afirmado, a Constituição jurídica não depende da realidade fática, porém fica evidente, no avançar dos estudos, como a realidade fática é encarada por Hesse – são forças capazes de conferir maior ou menor efetividade às normas constitucionais, conforme encontram no conteúdo do seu texto normativo constitucional maior ou menor representatividade (HESSE, 1991, p. 17). Uma constituição que apresente pouca conformidade com a realidade sócio-política que pretende regular não deixará de ter força normativa, muito embora essa força tenderá a minimizar-se, porque se tornará pouco efetiva. Em outras palavras, a Constituição, assim posta, não deixará de ser jurídica. Os efeitos serão outros, restritos ao campo da sua efetividade.

Também o que Hesse chama de práxis constitucional (p. 23 e seguintes), além do conteúdo material, é fundamental para traçar os limites da força normativa da Constituição. Assim, as constantes reformas constitucionais devem ser evitadas, pois podem abalar severamente a sua efetividade. As frequentes alterações das normas constitucionais revelam uma maior valorização da realidade fática em detrimento da força normativa do texto; reformas só devem ser admitidas quando o conteúdo constitucional não puder mais ser realizável faticamente.

Ainda dentro da práxis constitucional, a interpretação tem papel fundamental, pois deve permitir a aplicação da norma de forma adequada nas relações sociais e políticas de poder. O jurista deve buscar uma interpretação que não despreze o sentido das relações fáticas expressas como normas constitucionais, mas que, sobretudo, possa aplicar a Constituição em sua força normativa.

Tendo, então, por pressuposto, a força normativa da Constituição, devemos visualizar claramente que as questões constitucionais são todas eminentemente jurídicas, muito embora uma correta interpretação da Constituição não deva abandonar as situações fáticas, traduzidas em poder político, econômico, social, cultural etc.

Entendemos, assim, *constitucionalidade* como a essência que tem cada norma constitucional; uma racionalidade sistêmica advinda da interpretação de sua totalidade, mas também de cada uma de suas partes. Dotada de força normativa propriamente jurídica, a Constituição deve ser aplicada nos conflitos advindos das relações fáticas de poder e também

em conflitos formais (não fáticos, mas de direito). Tais aplicações são manifestações de constitucionalidade.

Com isso, o sentido de constitucionalidade é a imprescindível conformidade que fatos reais (ser) devem apresentar em face de um dever ser constitucional (efetividade da norma constitucional); ainda é a conformidade, igualmente imprescindível, que o restante do ordenamento jurídico deve apresentar em face da Constituição (validade das demais normas jurídicas em face da Constituição), ou seja, uma questão formal e sistêmica que a coloca no topo do Ordenamento Jurídico. Sempre que tais conformidades não são observadas, a Constituição é violada, ou seja, questões fáticas ou de estruturação sistêmica se lhe opõem, e colocam a perder sua força normativa.

### 1.3 Um sentido para controle

Na medida em que aceitamos a premissa do item anterior, ou seja, a de que todo preceito da Constituição é dotado força normativa, introduziremos outra premissa intrínseca para o trabalho: a superioridade constitucional no ordenamento jurídico. Essa superioridade se verifica não apenas pela imposição indeclinável de aplicação da Constituição (força normativa), mas também porque nenhuma antinomia é possível em face do seu conteúdo, formal ou materialmente.

Não apenas isso. As próprias Constituições formadas a partir dos movimentos históricos descritos no item anterior apresentam instrumentos de expulsão de normas que apresentem situação antinômica diante de si.

As normas infraconstitucionais devem buscar fundamento de validade na Constituição, desde a sua gênese no processo legislativo, até à sua aplicação em casos concretos – jurisdição. Nesse sentido, Gilmar Mendes:

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional *formal* e *material*, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto –, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. (MENDES, 2009, p. 14.)

Tal a relação entre a norma constitucional e aquela infraconstitucional – uma relação de não-antinomia, validação e complemento dinâmico.

Assim, a fim de que novas normas sejam editadas, há que se verificar os elementos determinantes da Constituição para tanto. A relação entre a norma constitucional e a norma não constitucional deve preencher os requisitos formais e materiais previstos pela primeira.

Como afirmou Gilmar Mendes, qualquer norma, para nascer ou permanecer no sistema jurídico, deve apresentar total conformidade com a Constituição. Esta estabelece requisitos *formais*, como, por exemplo, a divisão de competências legislativas e quóruns de votação, bem como *materiais*, quando determina conteúdos mínimos e máximos para a atividade legislativa ordinária.

O pressuposto hipotético levantado, é, então, a superioridade constitucional no ordenamento jurídico. Admitir tal hipótese significa admitir também, por consequência, outros dois pressupostos: a) a existência de um ordenamento fundado no “poder soberano”; e b) a coerência sistêmica desse ordenamento, em que se permita observar a superioridade constitucional.

A primeira afirmação (a) leva em conta que uma teoria geral de direito se apoia não apenas na existência de normas jurídicas, mas também na integração de normas jurídicas, ou seja, da sua relação num ordenamento. Segundo Norberto Bobbio, o ordenamento é a existência de um “poder soberano”, assim como o poder soberano é a existência de um ordenamento. O poder soberano é o que permite a edição de normas jurídicas e também é o que lhes confere sanção jurídica no caso de violação. Ao mesmo tempo, o poder se legitima nessas próprias normas.

O que essa teoria da soberania nos convida a observar é sobretudo que, uma vez que chegamos a definir o direito por meio do poder soberano, já saltamos da norma singular para o ordenamento no seu todo. Com a expressão muito genérica “poder soberano” referimo-nos àquele conjunto de órgãos por meio dos quais um ordenamento normativo é posto, conservado, aplicado. E é o próprio ordenamento que estabelece quais são esses órgãos. Se é verdade que o conceito de ordenamento jurídico é definido por meio da soberania, também é verdade que o conceito de soberania numa determinada sociedade é definido por meio do ordenamento jurídico. Poder soberano e ordenamento jurídico são dois conceitos que se referem um ao outro, E, portanto, quando o direito é definido por meio do conceito de soberania, o que vem primeiro plano não é a norma singular, mas o ordenamento; dizer que a norma jurídica é aquela emanada do poder soberano equivale a dizer que norma jurídica é aquele que faz parte de um ordenamento. A soberania caracteriza não uma norma, mas um ordenamento. (BOBBIO, 2008, p. 178.)

A segunda afirmação (b), por sua vez, a considera que o ordenamento jurídico tenha coerência interna. Como conjunto de normas, o ordenamento jurídico não pode ser formado

por uma única norma: há que haver ao menos duas normas, ou a pluralidade de normas, e os principais problemas de um ordenamento advêm justamente dessa pluralidade. Um ordenamento normativo-jurídico deve observar uma unidade normativa, apesar de sua pluralidade normativa. Além disso, deve constituir um sistema em completude.

A unidade e a sistematicidade do ordenamento jurídico permitem afirmar que as suas normas apresentam relação compatível entre si, conforme esclarece Bobbio. O tipo de sistema que é o sistema jurídico dispõe de instrumentos para eliminar incompatibilidades de seus elementos - as antinomias:

Nesse caso, ‘sistema’ equivale a validade do princípio que exclui a *incompatibilidade* das normas. Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, significa que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade. (BOBBIO, 2008, p. 227.)

Nas correntes filosóficas positivistas de teorias gerais do direito, é admissível que o ordenamento jurídico é uma construção gradual e hierárquica de normas, e que o esse sistema se funda numa relação de superioridade e inferioridade de espécies normativas. Ou seja, as normas jurídicas não estão todas num mesmo plano. Partindo-se da norma mais inferior do ordenamento jurídico, é possível galgar o degraus do ordenamento até à norma primária ou mais anterior dessa hierarquia, a *norma fundamental*.

Levemos em conta ainda outro pressuposto, o de que toda norma jurídica pressupõe um poder, essencialmente fático, mas tornado também jurídico. O poder jurídico mais fundamental é o poder constituinte; é, por isso, a norma que fundamenta o poder constituinte é a norma fundamental, segundo Bobbio. Porém, essa norma jurídica é hipotética, não é palpável. Não é expressa, como diz o autor, mas admitida para fundamentar logicamente o sistema. As normas expressas e mais superiores são, então, as normas constitucionais, aquelas que se apresentam no topo de um sistema hierárquico. Se a incompatibilidade entre normas jurídicas não é admitida nesse sistema, e a norma constitucional é aceita por nós como a mais superior, então nenhuma antinomia em face da norma constitucional é admitida.

Novas normas, se em desconformidade com a Constituição, merecem desaplicação a um caso concreto, ou a expulsão do Ordenamento Jurídico. Normas anteriores à Constituição também estão sujeitas ao filtro da não-antinomia em face dos preceitos constitucionais, e podem sequer serem recebidas pela ordem vigente. Porém, destacamos que, no caso da recepção, os requisitos formais deixam de ser verificados, importando tão-somente a

conformidade dos requisitos materiais da norma. A esses processos, de verificação da não contrariedade da norma inferior dá-se o nome de controle de constitucionalidade.

Para evitar antinomias, o ordenamento jurídico deve apresentar os instrumentos adequados para tanto. O controle de constitucionalidade é um conjunto de instrumentos de afastamento de antinomias em face das normas constitucionais.

Controlar a constitucionalidade de um ato normativo é, antes de tudo, reconhecer a supremacia da Constituição em detrimento do restante do ordenamento jurídico. Toda e qualquer norma contrária ao sentido de normatividade constitucional é *inválida*, se, ou porque, antagônica à Constituição. É indesejável o texto normativo que desrespeite preceito constitucional, e a declaração de sua inconstitucionalidade, ou sua desaplicação, são instrumentos sancionatórios que protegem a ordem constitucional.

Sobre a relevância inquestionável do tema e sobre o caráter sancionatório do controle de constitucionalidade, Gilmar Mendes Ferreira ensina neste sentido: “É inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.” (MENDES, 2008, p. 1005.)

E propõe ainda o constitucionalista:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos. (MENDES, 2008, p. 1006.)

Ainda mais, o controle de constitucionalidade não é mero instrumento formal, que pretende só e tanto afastar norma inconstitucional; também, e talvez antes de tudo, é o mais importante meio de proteção de todos os valores contidos na Constituição, dentre os quais se podem incluir: a forma de organização do Estado, o sistema de governo, a separação funcional dos Poderes, os direitos e as garantias individuais, os direitos sociais, difusos e coletivos etc. Sob tal ótica, estamos diante, senão do principal, sem dúvida de um dos principais instrumentos de manutenção de valores e conteúdos constitucionais.

Tanto é que, mesmo na fase de processo legislativo, a constitucionalidade merece atenção. É modalidade preventiva de controle, que será tratada a seguir.

Historicamente, o controle de constitucionalidade, tal como conhecemos hoje, surgiu, naturalmente, com a Constituição norteamericana. O que não surpreende, vez que o processo de independência das treze colônias britânicas na América do Norte levou ao primeiro

documento escrito de maneira sistemática com o fim de *constituir* um Estado. A tradição estadunidense é a do controle judiciário (posterior) e difuso de constitucionalidade, que reconhece a supremacia constitucional.

Também o movimento revolucionário francês, de 1789, marco que deu início aos processos revolucionários democráticos modernos, reconhece a supremacia da lei (da norma), como infere Manuel Gonçalves Ferreira Filho:

Os movimentos revolucionários liberais que geraram o sistema **constitucional** democrático representativo professam o culto da lei. Isto transparece, por exemplo, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, o primeiro dos documentos constitucionais da Revolução Francesa. Nesta, avultam as referências à lei, medida última de todos os direitos, de todas as liberdades (FERREIRA FILHO, 2009). (grifo nosso)

Ora, se os movimentos que fizeram surgir o Estado liberal democrático atual, tal como o concebemos, nos Estados Unidos e na França, por suas constituições, explicitamente reconhecem instrumentos de controle constitucional e a primazia da Lei, pode-se afirmar que reconhecer a supremacia da Lei é reconhecer, também, a supremacia constitucional.

Se não houvesse semelhantes instrumentos sistêmicos para a proteção dos mandamentos constitucionais, a própria constituição perderia sentido de ser. Seria um documento inútil, pois qualquer norma posterior a si lhe tiraria a rigorosa superioridade. Uma vez que toda regra estatal tem por fim delimitar conteúdos mínimos, públicos e válidos a todos, para o comportamento e regramento da sociedade, espera-se que o convívio social seja pautado por tais conteúdos; e, de todos os conteúdos mínimos, as normas constitucionais são os primeiros, anteriores a todos. Por isso, a constituição está acima de todos os demais conteúdos normativos: assim, todas as outras normas, para existir, devem se lhe adaptar.

Quanto ao referido controle, mesmo a denominação do instrumento já revela a importância dada à ordem constitucional: não se fala em controle de inconstitucionalidade, e sim de *constitucionalidade*; o que se quer é controlar e manter a constitucionalidade do ordenamento jurídico. Ainda que útil, o fato é revelador da cultura jurídica acerca do assunto. É de se destacar, porém, um outro controle de constitucionalidade, aquele por omissão legislativa, em que o judiciário atua como legislador, para dar efetividade plena de maneira provisória a norma constitucional de eficácia contida. É uma exceção à atuação negativa do judiciário no controle de constitucionalidade das normas, que será desenvolvida de maneira mais detalhada adiante.

O sentido de controle que pretendemos imprimir ao estudo é o de validação das normas jurídicas, admitindo o ordenamento jurídico como um sistema racionalmente

construído, e que tem na Constituição o seu elemento supremo. Controlar, aqui, significa afastar a norma inválida, formal ou materialmente, em face da Constituição.

Uma vez que, antes de tudo, esse estudo se trata de análise de validade normativa, é também essencial analisar o sentido de norma jurídica. Passemos, assim, a essa questão.

#### 1.4 Um sentido para norma

Qualquer ordem ou comando, emanados de pessoa ou instituição, e que desrespeitem a Constituição não devem ser obedecidos, são inválidos. Isso é cediço. Se está fora do conteúdo constitucional, a ordem deve ser afastada. Desobedecer comando inconstitucional, seja ele qual for, é meio de controlar sua constitucionalidade. Nessa seara também figuram os atos (comandos ou ordens) do Poder Público, tais como os atos administrativos, que se revestem de poder normativo, conforme já depreendemos da lição de Gilmar Mendes. Mas não é por qualquer ordem que se interessa o presente estudo. Afinal, se toda norma é uma ordem ou comando, nem toda ordem ou comando é uma norma no sentido jurídico.

É preciso, por isso, e antes de tudo, delimitar o que se entende por norma, pois nem toda regra se deve submeter a este específico controle de constitucionalidade que pretendemos abordar e compreender. Não pretendemos aqui, por óbvio, esgotar um dos temas mais complexos da filosofia do direito – o significado de norma –, tampouco esperamos que o sentido apresentado para o que seja a norma assuma caráter absoluto. A tarefa consiste em delimitar um sentido para a norma, por meio do qual seja possível compreender com mais profundidade o que significa controlar a constitucionalidade de uma *norma*.

Falamos da norma jurídica, estatal; da ordem coibitória estatal, criada pelo legislador, representante da vontade popular, ou ainda do poder constituinte do povo, e delimitada a partir dos conteúdos constitucionais (no Estado constitucional contemporâneo). Ela é pública, genérica, legitimada pelo poder (constituinte) do povo e possui força cogente.

Se tomarmos norma como uma *proposição*, encontramos em Bobbio uma delimitação pertinente do ponto de vista formal. A linha do autor define norma como proposição *prescritiva*, uma proposição com função de linguagem prescritiva: não descriptiva ou expressiva, mas prescritiva.

O tipo de linguagem da prescrição não pretende informar ou dar a notícia de fatos (linguagem científica), nem expressar sentimentos (linguagem artística/poética), mas,

conforme define o autor, “[...] consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer* fazer. [...]” (BOBBIO, 2008, p. 78). Uma vez que proposições normativas pertencem à função prescritiva da linguagem, também a norma jurídica pertence a essa função. Cabe, então, distinguir a norma jurídica das outras demais normas.

Devemos tomar por base que uma proposição é um conjunto de palavras com determinado significado; um proposição prescritiva, por sua vez, é um conjunto de palavras que dirigidas para impor condutas, com a prescrição de uma sanção para sua violação. Um Código, ou mesmo uma Constituição, são, por sua vez, conjuntos de diversas proposições prescritivas.

Toda proposição prescritiva éposta por um enunciado. Não se deve, contudo, confundir a proposição prescritiva com o seu enunciado. Este é o conjunto de palavras em si, que, por sua vez, podem ou não, em seu conjunto, conter um significado. Também é necessário compreender que diferentes enunciados podem conter o mesmo sentido de proposições prescritiva, ou seja, a mesma norma. O trabalho do jurista seria investigar o significado contido na proposição prescritiva e encontrar a norma nele contida.

Assim, e como já dito, proposições em geral podem ser conjuntos de palavras sem qualquer significado; por outro lado, podem ainda ter algum significado, mas podem ser falsas em seu conteúdo (em sua unidade). As proposições prescritivas, por sua vez, as normas, segundo Bobbio, não serão falsas ou verdadeiras, mas inválidas ou injustas (BOBBIO, 2008, p. 74). Isso decorre do fato de que uma das características das normas, por sua função linguística própria, é prescrição de um *dever ser*. Ou seja, diferentemente da função descriptiva, a norma não descreve o que é, mas sim o que deve ser.

Se determinada *ação (ser)*, elemento fático, não corresponde ao dever ser prescrito na norma, no caso de prescrição negava, podemos afirmar que a norma foi violada. Ou ainda, se uma determinada *omissão*, igualmente elemento fático, não corresponde ao dever ser prescrito na norma, no caso de prescrição positiva, podemos igualmente dizer que a norma foi violada. À violação da norma, por ação ou omissão, cabem respostas. E Bobbio nos apresenta três tipos de respostas: a moral (interna), a social (externa, mas desinstitucionalizada) e a jurídica (externa e institucionalizada).

O autor expõe de maneira claríssima:

[...] Temos tendência a fazer coincidir a juridicidade com a organização e a organização com a institucionalização da sanção. Por isto, julgamos poder dizer que a sanção externa e institucionalizada é uma característica distintiva das normas jurídicas. [...] (Bobbio, 2008, p. 161).

De fato, para a filosofia do positivismo jurídico, a institucionalização da sanção externa é fundamental para a correta definição de norma jurídica. Proposições prescritivas são normas justamente porque *prescrevem* sanções. Do contrário, não passariam de mera recomendações ou conselhos. Proposições prescritivas são normas jurídicas, em particular, porque a sua sanção advém fundamentalmente de uma organização social externa aos indivíduos – o Estado.

O Estado, então, faz a norma jurídica (legisla), que prescreve sanções para ações ou omissões contrárias ao conteúdo normativo, e também aplica a sanção prevista. Poderíamos simplesmente descrever, assim, a norma jurídica como a ordem estatal dotada de sanção. É uma definição correta, mas que se limita a descrever a origem da norma jurídica, e não sua essência geral.

Tal tipo de definição pode ser útil para indicar a legitimidade e a eficácia das normas, mas não se aprofunda em seus elementos únicos. Uma boa definição é aquela que delimita conteúdos, características e elementos únicos do objeto que se presta a definir. Assim bem nos mostra Herbert L. A. Hart.

Para o filósofo, norma jurídica é a ordem de caráter geral fundada em ameaças, que são obedecidas dentro do território nacional e emanada pelo poder de legislar supremo do Estado:

Pode haver, no território de cada Estado, muitas pessoas ou grupos de pessoas diferentes que expedem ordens gerais apoiadas por ameaças e recebem a obediência habitual da população. Mas devemos distinguir algumas dessas pessoas ou grupos [...] como legisladores *subordinados*, em contraposição à Coroa, cujo poder, ao legislar por meio do Parlamento, é supremo. (HART, 2009, p. 30.)

Somados os conceitos, eis definição da norma estatal, de origem legislativa, submetida ao controle de constitucionalidade que nos interessa. Tal traçado vai no sentido de mostrar que tipo de norma merece ser controlada em colisão com a constituição e, se necessário, receber o rigor da sanção por inconstitucionalidade.

Mais especificamente, no nosso ordenamento jurídico, em âmbito federal, são as seguintes espécies normativas, elencadas no artigo 59 da Constituição Federal: emendas à constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Esse é nosso campo de estudos.

Já dissemos previamente que não apenas uma norma, mas qualquer ato, principalmente os do Poder Público, estão sujeitos a um controle de constitucionalidade. É interessante ter em vista que num primeiro momento o papel do Poder Judiciário no referido

controle foi unicamente de tipo negativo, seja por via de ação, seja por via de exceção. A atuação nesse sentido é a de declarar uma norma contrária aos preceitos constitucionais e afastar sua aplicação, de forma definitiva e *erga omnes*, ou, no caso do controle difuso, no âmbito do conflito jurisdicionado. O juiz ou órgão julgador exerce, então, um papel quase que contrário ao do legislador.



## SEGUNDO CAPÍTULO

### **O SISTEMA BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS**

#### 2.1 Introdução ao capítulo

Firmados e delimitados os conceitos como foram no capítulo anterior, dispomos agora de elementos básicos para entendimento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas.

Este segundo capítulo se inicia com a descrição do controle repressivo das normas jurídicas em face da Constituição. Nele se enquadram tanto a modalidade difusa, ou concreta, ou por via de ação, quanto a modalidade concentrada, ou abstrata, ou por via de exceção. Há ainda dentro da modalidade repressiva concentrada o controle de constitucionalidade por omissão legislativa, que também será analisado a seguir.

Depois, a investigação consiste no estudo do controle preventivo de constitucionalidade, feito ainda na fase legislativa. Tal controle apresenta forte *relação* com os aspectos políticos da constitucionalidade, *muito embora não possa ser confundido com controle político de constitucionalidade ou tampouco chamado de controle político de constitucionalidade*. O controle repressivo é trabalho com forte caráter jurídico. Mostraremos, assim, tanto a importância política que o instrumento assume, quanto sua a juridicidade.

Assim, com as referidas modalidades de controle, pretendemos descrever um verdadeiro sistema brasileiro de constitucionalidade das normas jurídicas. Mais que isso, esperamos revelar como esse sistema está situado no ordenamento jurídico e de que maneira se revela instrumento de proteção da ordem constitucional. Também faremos uma abordagem histórica da evolução dos diversos tipos de controle nas constituições brasileiras.

Aqui, muito mais do que delimitar conceitos, pretendemos entender como a matéria como um sistema. Se é que existe a consciência de constituição, conforme nos propõe Hesse, então podemos afirmar que o sistema é promotor dessa consciência, na medida em que afirma a superioridade constitucional?

Outro aspecto fulcral do trabalho que desenvolvemos neste capítulo são as íntimas relações entre fatos jurídicos e fatos políticos; ser e dever ser se tocam de maneira decisiva nessa interessante temática, porém são esferas que definitivamente não se confundem. De que maneira essa relação tem impactos no sistema de proteção jurídica da Constituição num ordenamento jurídico? Assim, a influência daquilo que é jurídico naquilo que é fático, bem como a influência dos fatos nas esferas jurídicas serão abordadas principalmente no quando tratarmos do controle preventivo das normas. Passemos ao estudo

## 2.2 Classificação

Uma das classificações possíveis e do controle de constitucionalidade é a que apresentamos a seguir. A divisão sistemática para o tema pode ser compreendida da seguinte maneira:

Quanto ao momento do controle:

- a) preventivo - antes aprovação e da vigência da norma;
- b) repressivo - pós-aprovação e vigência;

Quanto à via de controle:

- e) difusa;
- f) concentrada;

Quanto ao instrumento:

- g) incidental - via de exceção;
- h) principal - via de ação.

Há que se falar também no já mencionado controle de constitucionalidade por omissão legislativa, difícil de se enquadrar nessa classificação apresentada, porém, que colocaremos dentro do controle repressivo concentrado. De qualquer forma, o assunto será tratado mais detalhadamente adiante.

A seguir, desenvolveremos o tema do controle preventivo político, o trabalho das Comissões de Constituição e Justiça do Legislativo Federal brasileiro.

### 2.3 Evolução histórica dos instrumentos de controle de Constitucionalidade no Brasil

O constitucionalismo brasileiro tem início sem qualquer instrumento de controle de constitucionalidade. De fato, a Carta de 1824 não apresentava meio de expulsar do ordenamento norma contrária à ordem constitucional. Prevalecia, conforme nos ensina o Professor Rubens Beçak, a supremacia do Poder Legislativo, com forte inspiração francesa. Sequer o controle incidental havia, o que mostra completa despreocupação com manutenção da supremacia constitucional.

Com o advento da República e da Constituição de 1891, surge o controle difuso (ou por via de exceção) e, por consequência, repressivo, de constitucionalidade, a ser declarada pelo Poder Judiciário, consoante os artigos 59, parágrafo 1º, e 60, daquele documento:

Art. 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

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

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- 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.

Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;** (grifos nossos)

Trata-se do primeiro momento de efetiva preocupação com a proteção da ordem constitucional no Estado brasileiro, de inspiração liberal, conforme a lição de Paulo Bonavides (p. 325), que ainda propõe:

A via de exceção, enquanto via judiciária que é, penetra o nosso ordenamento jurídico graças ao sistema republicano e federativo pela Constituição de 1891. A Justiça da União e as justiças dos Estados foram reconhecidas de todo competentes para recusar aplicabilidade a atos inconstitucionais assim do Executivo como do Legislativo. (BONAVIDES, 2008, p. 327.)

O controle difuso era feito por recurso extraordinário, conforme apontado no texto constitucional ou por mandado de segurança (num segundo momento). Ao menos cabia ao cidadão um meio de questionar a aplicabilidade de uma norma entendida como inconstitucional.

A reforma constitucional de 1926 e a Constituição de 1934 mantiveram o instrumento do controle difuso, conquanto aquela tenha ampliado sua competência às justiças

federal e estadual e esta lhe tenha imposto quórum deliberativo nos tribunais. Ainda na terceira Constituição da República, introduziu-se a possibilidade de intervenção da União nos Estados, para a observância dos princípios constitucionais sensíveis e da execução das leis federais. Sigamos à análise do dispositivo:

Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:  
[...]

**V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais;** (grifo nosso)

Conforme apregoa Beçak, é o primeiro indício de um controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

Na Constituição do Estado Novo, que emergiu o Brasil no regime ditatorial de Getúlio Vargas, ficam claros os traços autoritários daqueles tempos. A inconstitucionalidade declarada por um tribunal poderia ser anulada pelo Congresso Nacional (*quorum* de 2/3) a requerimento do Presidente da República. E, na Carta de 1946, que redemocratizou o país, o modelo de 1934 foi repetido: controle difuso com o incipiente controle concentrado.

Curioso é notar que foi durante o período menos democrático da República Brasileira a instituição do controle concentrado de constitucionalidade, como mais um meio de garantia da ordem constitucional. Com a emenda nº 16/1965 à Constituição de 1946 e, posteriormente, o artigo 114, I, l, da Carta de 1967, o instrumento entra em vigor:

Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:  
I - processar e julgar originariamente:  
[...]  
I) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

No Texto Constitucional presente (1988), observamos a existência de ambos os modelos, o difuso e o concentrado:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I - processar e julgar, originariamente:  
a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;  
[...]  
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

É bem verdade, conforme nos demonstra Beçak, a tentativa de mitigação – e até mesmo extinção – do modelo difuso. Segundo o referido professor, o modelo concentrado, de origem austríaca, cuja Corte Constitucional (1920) foi proposta por Hans Kelsen, possui grande racionalismo, ordem e eficiência. Contudo, e concordamos com o autor, o modelo difuso é mais democrático.

Prova desse caminho de mitigação do controle difuso é a necessidade de demonstração, pelo recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. Tal modificação foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

## 2.4 O controle repressivo

Ainda que o foco dos nossos estudos seja o controle preventivo de (in)constitucionalidade das normas, que terminará pelo estudo de caso concreto, consideramos pertinente realizar um breve apanhado sobre o contraposto controle repressivo (sucessivo), em suas modalidades difusa e concentrada.

O sistema brasileiro de controle repressivo de constitucionalidade das normas, em âmbito federal, é misto, o que vale dizer: configuram tanto a modalidade difusa, quanto a modalidade concentrada de controle. Já no tocante à modalidade preventiva, não entendemos que se deva falar em sistema misto ou único.

### 2.4.1 A modalidade difusa

Difuso, concreto, ou ainda por via de exceção é o controle feito por qualquer órgão do Poder Judiciário, desde a primeira instância da justiça comum e das justiças especiais. Assim, na jurisdição, afasta-se aquela norma entendida como inconstitucional, deixando de aplicá-la sob o pretexto de contradição com a Constituição. O Controle difuso tem origem no constitucionalismo norteamericano e representa a desaplicação da norma num caso concreto. Não existe efeito geral desse controle, ao menos não num primeiro momento; o juiz ou órgão jurisdicional desaplica a norma mas não declara sua inconstitucionalidade de forma ampla –

ou seja - esta declaração resta válida apenas para o litígio julgado. Paulo Bonavides tem claras palavras a respeito disso:

O controle por via de exceção, aplicando às inconstitucionalidades legislativas, ocorre unicamente dentro das seguintes circunstâncias: quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar.

Sem o caso concreto (a lide) e sem a aprovação de uma das partes, não haverá intervenção judicial, cujo julgamento só se estende às partes em juízo. A sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua não aplicação ao caso particular, objeto da demanda. É o controle por via incidental. (BONAVIDES, 2008, p. 302.)

Não é que a norma deixe de existir do ordenamento jurídico. Por isso, então, é próprio e característico do controle por via de exceção a ausência de instrumento que lhe dê caráter amplo e geral; e nem poderia, ser essa a marca própria do instrumento, pois não é esse o objetivo da sentença nem do controle por via de exceção. Aqui, vale relembrar o conceito de teoria do processo sobre a relatividade da coisa julgada, válida apenas para as partes da relação processual.

Uma vez que muitas temáticas constitucionais têm caráter revestido de amplo conteúdo político, filosófico e mesmo ideológico - vide, por exemplo, conceitos como o de função social de propriedade, liberdade de consciência e crença etc. – a existência de tão-somente o controle difuso poderia gerar forte insegurança jurídica.

Ora uma norma poderia ser afastada porque entendida inconstitucional; logo depois, a mesma norma viria aplicada em caso semelhante, porque desprovida a alegação de controvérsia com a Constituição. Com o passar do tempo, quão inseguro e instável poderia ser esse cenário. Um instrumento criado para garantir a supremacia da Constituição se tornaria verdadeiro mal à ordem jurídica.

E não apenas isso, mas também questões como os efeitos da sentença que desaplica a norma poderiam ser especialmente problemáticos. Se a norma pode ser desaplicada, significa presunção de sua nulidade, o que impõe efeito tempestivo *ex tunc* à sentença: a norma nunca teve vigência. Gilmar Ferreira Mendes, nesse sentido:

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Daí se segue que a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*. [...] (MENDES, 2009, p. 21.)

Não existe limitação para o tipo de ação que possa questionar difusamente a constitucionalidade de uma norma ou de um ato do Poder Público. Para além disso, a própria Constituição permite uma sorte grande de instrumentos para tanto, inclusive o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas corpus* e o *habeas data*.

Outra característica do sistema é o recurso extraordinário, introduzido no país pela Constituição de 1891, que permite questionar no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de uma Lei ou de um ato federal, declarados constitucionais em sentenças proferidas em última ou única instância.

O cenário de abertura, a partir da Carta de 1988, favorável numa ordem constitucional democrática, aprofundou o problema já existente da quantidade exorbitante de recursos propostos no Supremo Tribunal Federal. Por isso, a reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 introduziu o instrumento da repercussão geral, segundo o qual o interessado deve mostrar a pertinência que o recurso extraordinário terá na generalidade coletiva, em critérios políticos, econômicos, sociais e jurídicos, que extrapolam o subjetivismo da ação. O recurso também não pode contrariar súmula vinculante do Supremo, sob pena de não conhecimento por não atender à repercussão geral.

A recusa ao conhecimento do recurso pelo Tribunal Supremo é possível se acolhida por dois terços dos membros da Corte.

Assim, a repercussão geral é uma primeira restrição ao modelo amplo de controle difuso de constitucionalidade, que pretende dar efetividade ao sistema. Não uma restrição quanto às ações possíveis (instrumental ou formal), mas uma restrição material, que pretende evitar a análise desnecessária de recursos que não apresentem relevância geral para a sociedade.

A intenção de dar maior centralidade ao controle de constitucionalidade, e, nesse sentido, maior segurança jurídica dentro da lógica constitucional, a via de exceção deixou de figurar sozinha no sistema de controle de constitucionalidade repressivo das normas. Mostrou-se preciso um instrumento que fosse axial para as controvérsias constitucionais prementes e que garantisse maior estabilidade ao sistema - um tipo de controle abstrato, concentrado. Surge, então, o controle por via de ação.

#### 2.4.2 A modalidade concentrada

O controle concentrado ou abstrato instrumentaliza-se por ação propriamente dirigida para o fim de declarar uma norma inconstitucional. Por isso mesmo, é também chamado de controle por via de ação, e é submetido à jurisdição da Corte Constitucional especializada, do Tribunal Supremo, ou ainda de tribunal ordinário, que decide definitivamente e *in abstracto* sobre a controvérsia. Por essa razão, a das ações próprias, o controle concentrado coincide com o dos instrumentos principais (controle principal), enquanto o controle difuso é feito por vias incidentais (controle incidental).

É a própria Constituição que define as ações dirigidas para esse fim, cujos conteúdos sentenciais têm aplicação geral, *erga omnes*, oposto do que ocorre no controle difuso. A norma não é desaplicada em um único caso concreto, uma lide específica, mas em todo e qualquer caso, *ex tunc*, o que vale dizer, a norma deixa de existir.

Na ordem jurídica brasileira o legislador constituinte de 1988 inovou ao ampliar os legitimados para a proposição de ações abstratas (concentradas) de controle de constitucionalidade das normas. No sistema constitucional anterior, de 1967-1969, correspondente à ditadura militar, apenas o Procurador-Geral da República poderia propor ações de controle concentrado. O Procurador era indicado pelo presidente da República, e este, por sua vez, eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, composto por parlamentares biônicos. Assim se estruturava o sistema.

Com a democracia e a nova Constituição, adveio uma maior sorte de legitimados, o que trouxe como consequência a restrição do controle difuso, que restou como a exceção do sistema, muito embora não tenha havido mudança significativa em seu modelo.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes:

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. (MENDES, 2009, p. 19.)

Se o controle difuso apresenta a problemática da insegurança jurídica, o controle concentrado, criado para pôr fim a essa distorção, pode tender a uma grave ofensa da separação dos Poderes. Isso porque, colocado em outros termos, a Corte Constitucional desfaz a lei que o legislador faz, quando declara a sua constitucionalidade. A severa crítica é feita em diversos âmbitos, inclusive academicamente.

Não é como entendemos. Freios e contrapesos são características próprias da separação funcional de Poderes, que só pode ser vista como pura e absoluta por uma fanática ilusão. Além disso, se o instrumento de controle concentrado é previsto na própria constituição, o legislador claramente o pretendeu na Ordem Jurídica. Não há, então, que se falar em ameaça à separação dos funcionais do Poder. Há que haver um órgão, que, nos limites do devido processo da lei, assegure a supremacia da Constituição.

#### *2.4.3 O controle de constitucionalidade por omissão legislativa*

O Supremo Tribunal Federal tem a função primária de guardião da Constituição Federal brasileira, conforme explicitamente define o artigo 102 do próprio documento, no sentido de manutenção e proteção de seus preceitos, formais e materiais, de cunhos garantistas, programáticos, políticos, sociais etc. Cabe à Corte prezar pela efetiva primazia constitucional no Ordenamento Jurídico, afastando tudo que lhe é contrário, num dever claramente protetivo. Sim, a Constituição merece proteção.

Proteger juridicamente a Constituição sempre foi entendido, num primeiro momento, como o ato expulsar do ordenamento jurídico normas contrárias ao texto constitucional, ou que pudessem ameaçar sua soberania neste ordenamento. Nesse sentido estão os instrumentos de controle repressivo de constitucionalidade que podemos chamar de clássicos: difuso, ou por via de exceção, e concentrado, ou por via de ação.

Conforme o sistema germânico de controle concentrado de constitucionalidade ganhou força, com a criação do modelo de Tribunais Constitucionais, tal modelo evoluiu, e a competência de garantia da Constituição passou, de maneira decisiva, a ganhar novos recortes. O mesmo adotou a nossa Constituição de 1988. A partir de então, podemos vislumbrar o surgimento da nova faceta da referida guarda constitucional, não mais meramente negativa, que apenas declara a inconstitucionalidade de uma norma para sua desaplicação ou expulsão sistemática.

A problemática da inconstitucionalidade por omissão surge com a Constituição Federal de 1988, que possui um amplo número de normas que dependem da regulamentação infraconstitucional para que o exercício de um direito seja viabilizado. [...] Esta questão advém, portanto, do próprio perfil da Constituição que, em algumas ocasiões, impõe ao legislador ordinário a tarefa de editar normas de modo a conferir executoriedade plena aos dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação. Se o legislador não cumpre a obrigação constitucional imposta a ele, os preceitos constitucionais não são concretizados, o que gera problemas para a democracia, posto que o documento fundador do Estado Democrático de Direito não está sendo plenamente cumprido. (RAMOS, 2011, p. 264 e 265.)

Uma vez que se reconhece a força normativa constitucional, proteger a Constituição passou a significar também dar-lhe efetividade plena. O que vale dizer: as suas normas devem revestir-se de efetiva concretude no Ordenamento Jurídico.

Essa nova modalidade de controle de constitucionalidade é ainda fruto evidente de constituições programáticas, plenas de normas de eficácia contida e de normas prescritivas (que trazem consigo direitos ou determinam obrigações). Tal tipo de norma constitucional, de eficácia contida, característica de Estados democráticos contemporâneos, sociais ou pós-sociais, preveem objetivos estatais a serem atingidos, a partir dos princípios que elenca.

Muitas dessas normas contêm referências a direitos sociais, difusos e coletivos, típicos das segundas e terceiras gerações de direitos. A previsão de um meio ambiente equilibrado, a criação de órgãos e institutos para a promoção da educação, da arte e cultura são exemplos disso.

Ocorre que essa sorte de normas constitucionais não apresenta eficácia por si só. Não bastam em si para serem cumpridas, como as normas de forma e organização do Estado, separação dos Poderes etc. Ao contrário, faz-se necessária a elaboração de norma infraconstitucional que concretize o conteúdo programático da norma. Então, o trabalho do legislador ordinário é essencial para que a Constituição seja cumprida em sua totalidade e exerça seu papel primário no Ordenamento Jurídico. A omissão a essa tarefa retira, ao menos em parte, a força normativa constitucional.

É interessante notar, pelo motivo exposto, que não apenas a atividade positiva de normatividade em contrariedade explícita à Constituição fere a sua primazia jurídica, mas também a omissão legislativa é inconstitucional nesse sentido. Por isso, tal aberração jurídica merece controle de constitucionalidade. Esse raciocínio justifica o chamado controle de constitucionalidade por omissão legislativa.

Cabe ao Judiciário controlar a situação, através de sentença que supra a omissão legislativa. O objetivo, como já dito, é dar efetividade à norma constitucional de eficácia

contida, mas tal feito ocorre por meio jurídico – a sentença -, e não por meio político, como na atividade legislativa tradicional. Apesar de o meio de produção normativa nesses casos ser distinto, a natureza jurídica na norma assim editada deve ser a mesma daquela produzida pelo Poder Legislativo.

O Tribunal Constitucional, ao julgar semelhantes casos, exerce função legislativa *stricto sensu*, podendo também ser referido como órgão de normatização positiva.

Quanto à natureza do controle de constitucionalidade por omissão legislativa, que pretende garantir a supremacia da Constituição e a eficácia plena de suas normas, podemos dizer que *se trata, também, de uma forma de controle repressivo e concentrado*.

Porém, é importante destacar a diferença do controle repressivo concentrado “clássico” abordado no item anterior (2.4.2), para o controle analisado neste item (2.4.3): inexiste, no caso do controle por omissão legislativa, uma norma infraconstitucional que sofre o controle. Isso porque a inconstitucionalidade consiste justamente na ausência de norma infraconstitucional que regulamenta uma norma constitucional. Por isso, a escolha metodológica deste trabalho foi tratar o tema em item separado: muito embora estejamos diante de um tipo de controle repressivo e concentrado de constitucionalidade, entendemos que, devido à diferença evidente, coube o destaque à parte.

## 2.5 O controle preventivo de constitucionalidade

### 2.5.1 Apresentação e conceituação

Por controle preventivo de constitucionalidade entende-se aquele feito antes da publicação de determinada norma jurídica. Ou seja, é prévio porque anterior à integração da norma ao ordenamento jurídico. Já dissemos anteriormente que a verificação da constitucionalidade de uma norma começa logo em sua gênese, na atividade legislativa, quando se devem verificar elementos formais e materiais dos projetos normativos.

O tema reveste-se de profunda *importância* política (muito embora *não* seja controle político) e também jurídica, conforme pretendemos apontar e investigar a seguir. O objetivo será focar-nos no controle preventivo feito pelas Comissões de Constituição, Justiça e de Cidadania, existentes na Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

### 2.5.2 Consequências políticas do instrumento

O controle preventivo de constitucionalidade não pode ser confundido com controle político de constitucionalidade, conforme já expusemos na introdução a este capítulo. Mais uma vez destacamos que, apesar de feito no processo legislativo das normas, não vemos como técnico e adequado chamar de *político* o controle de constitucionalidade, pelo simples fato de acontecer antes de a vigência do texto legal. Contudo, não podemos negar os *contornos políticos* que *tangem* a matéria; de fato, o controle preventivo de constitucionalidade das normas é trabalho jurídico, mas tem consequências políticas, conforme demonstraremos.

A tradição constitucionalista tem fundamentado juridicamente o processo político de formação do Estado contemporâneo, desde seus primórdios no século XVIII, no poder constituinte do povo. Ou melhor, a normatiz

ação do poder constituinte do povo, por ele mesmo, é fundamento da manifestação política que sua organização fática enquanto povo representa. Talvez por isso mesmo essa expressão de um fenômeno que é eminentemente político, ou ainda sócio-político, e que toma forma jurídico-normativa, é também fortemente carregada de sentido político: uma vontade geral orientada no sentido de se organizar e criar um novo Estado.

Mesmo as constituições sociais programáticas do século XX, típicas de um Estado garantista de direitos, que admite uma pluralidade de *povos* dentro do seu povo, bem como uma grande amplitude de sentidos para direitos de segunda e terceira gerações, não abandonaram a sua fundamentação numa “vontade geral” unitária. Vide o disposto no parágrafo primeiro, do artigo 1º, da Constituição Federal brasileira, documento pleno de direitos pluralistas e mesmo contraditórios entre si. Ainda assim, a vontade do povo, e o próprio povo, vêm tratados como *um* a constituir-se.

O povo que assim se constitui, se organiza para garantir liberdades e direitos, fundamentais e individuais, civis, políticos e sociais; também ele, o povo, organiza racionalmente o funcionamento burocrático do aparato político, da atividade política, na medida em que esta própria é um direito, e qual seja: o direito de se fazer representar na dinâmica continuadora do Estado. O poder constituinte do povo não deixaria, então, de ser exercitado depois de constituído, mas seria entranhado de forma definitiva em todas as instituições do Estado nascente.

A expressão ‘constituinte da Constituição’ tende a induzir a caminhos errôneos. Será que o *poder* constituinte não está sobretudo nas mãos daqueles *ao qual* a Constituição é entregue, deixada, confiada; que a partir de então deverá ser o último ponto de atribuição e titular da legitimização da sua existência continuada, da sua vigência, que deverá dispor sobre essa Constituição no futuro? O constituinte da constituição não entrega a constituição, não a larga de mão. Ela lhe é colocada à disposição para a práxis futura. À medida que ele deve ser responsável para a sua vigência continuada, ele também o é, de acordo com a ficção, para pô-la em vigor. (MÜLLER, 2004, p. 57.)

Müller expõe que o poder constituinte originário não é abandonado pelo povo, mas toma a interessante característica de *vigência continuada*. Também segundo o autor, a ideia de que é o povo que está a se organizar através da constituição, por sua própria vontade, é perniciosa porque achata a complexidade do sentido de *povo*, e admite uma vontade geral, que inevitavelmente é uma ficção, política e juridicamente.

Ainda assim, é nesse pilar que se legitima, mesmo hoje, a organização política do Estado. Nas democracias contemporâneas, desde o século XVIII, e apesar dos seus momentos de maior ou menor estabilidade, a separação das esferas funcionais do poder é um dos mais importantes aspectos dessa referida organização política, junto da forma do Estado, do voto, e dos direitos e garantias individuais. A separação funcional do poder promove, racionalmente, a independência das atividades legiferante, executiva e judiciária.

Também entendemos que seja esse o pilar que permite a vigência continuada da vontade política popular, representada pelo Legislativo e pelo Executivo e confirmada pela prática do Judiciário nas respostas a conflitos de ordem jurídica. O poder constituinte do povo inicia o Estado e cristaliza a sua pretensa (e imposta) unidade política na juridicidade da Constituição.

Hesse coloca de forma clara que a compreensão da força normativa da Constituição não deve abandonar, de maneira alguma, as relações de fáticas de poder impressas na ordem social. Mesmo tendo clara a sua força normativa, o jurista deve ter em mente que as normas contidas na Constituição, e, relembrmos, qualquer norma do ordenamento jurídico, dependem em grande modo da sua eficácia. Assim colocado, fica evidente que ordem jurídica e ordem social caminham lado a lado, e não numa relação de isolamento. O que vale dizer, a Constituição (e todas as normas de um sistema jurídico) sofre influência da ordem social; a perda de eficácia das normas, por transformações sociais, políticas, econômicas, culturais, intelectuais ou qualquer outra matéria de ordem fática, pode levar à mutação do ordenamento jurídico.

Quando o conflito entre realidade e normas se torna crítico ao ponto de tanger a norma que fundamenta o próprio poder constituinte do povo, podemos estar diante da crise de todo o ordenamento jurídico. É a crise, então, do Estado.

Logo, a atividade legislativa, como uma das expressões do poder constituinte do povo, deve não menos que se reportar indefinitivamente a esse poder: sempre. Tanto que o legislador, enquanto ator político, é apenas representante do povo, ou da vontade do povo continuada de forma dinâmica, que jamais é entregue a outro ator, mas que remanesce com o povo. A representação política não é uma entrega de poder, mas uma ato de ceder representatividade.

O produto final da atividade legislativa, a norma jurídica, deve ser o reflexo do poder constituinte do povo, e representar suas aspirações políticas. Conforme esse poder é parte da realidade fática, a atividade legislativa deve corresponder-lhe; todo o processo legislativo deve coadunar-se com a pretensões que de fato representem o poder.

Controlar a constitucionalidade do projeto de norma significa, então, confrontá-lo com o ato constitutivo do povo, que é uma manifestação política, tornada jurídica para vigência continuada. No sentido político, controlar preventivamente a constitucionalidade de uma norma significa não menos que corresponder ao poder constituinte do povo, fundamento primeiro da representatividade parlamentar, e, portanto, da própria atividade legislativa.

### *2.5.3 Significado jurídico do instrumento*

O fato social que é o poder de o povo constituir-se, fato político, traduz-se em ato jurídico pela normatização/positivação desse poder. Tal o fenômeno que *constitui* uma *constituição*, nas palavras de Müller, é ato primeiro de um Estado, mas também documento eminentemente jurídico, e de força normativa indiscutível. A força normativa da Constituição foi amplamente tratada por nós no Primeiro Capítulo.

Inserir o poder constituinte do povo no texto constitucional, como fundamento da própria constituição é ato que lhe garante o *status* normativo ou jurídico. Como já vimos anteriormente, um dos critérios caracterizadores da norma é a sua presença no ordenamento jurídico. O poder constituinte torna-se, então, o legitimador jurídico de toda a atividade legislativa posterior a si próprio. Nele estaria também a norma fundamental de Bobbio; encontramo-nos, portanto, num ponto que tange intimamente os fundamentos do Estado.

À medida que todas as demais normas são inseridas no corpo da Constituição, e.g., direitos fundamentais, forma e organização do Estado, forma e organização de governo, separação dos poderes, direitos sociais etc., elas encontram sua legitimação no poder constituinte do povo, o que as torna igualmente jurídicas.

Nesse movimento também é criado o Poder Legislativo, ou melhor dizendo, a separação funcional da atividade legislativa do poder é estabelecida no ordenamento constitucional. Tal esfera do poder tem, igualmente, sua fundamentação jurídica no poder constituinte popular.

Toda a atividade legislativa futura, então, terá de se reportar à normas constitucionais para que seus produtos tenham a devida validade no ordenamento jurídico. Formal e materialmente, essa necessidade se verifica. Aqui, não estamos mais diante de uma reportação apenas política, cujo sentido é dar resposta às inquietações do poder fático, mas sim diante de uma reportação jurídica. Sua contrariedade merece não mais apenas a reprovação sócio-política como ato normativo, mas representa uma antinomia, passível de verdadeira sanção jurídica.

É por isso que nos permitimos afirmar que, mesmo revestido de forte caráter político, como acima demonstrado, o controle preventivo de constitucionalidade não deixa de ter também profunda significação jurídica. Isso porque a questão da validade das normas no ordenamento normativo é, em si, uma questão eminentemente jurídica.

Conforme as correntes filosóficas positivistas do século XX apresentaram uma definição para norma jurídica que pode ser usada de forma universal, muito embora essa não seja a única possível delimitação do tema, é com maior clareza que podemos observar a essência da atividade legislativa. As proposições prescritivas dotadas de coercitividade externa socialmente fundada no poder estatal são as normas jurídicas. Eis o elemento jurídico que sofrerá controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, se retomarmos a visão da questão que nos é apresentada tanto por Hart quanto por Bobbio (Primeiro Capítulo) para o *status* das normas no ordenamento jurídico – as proposições prescritivas jurídicas não se devem classificar como verdadeiras ou falsas, mas como válidas ou inválidas. Trata-se de uma característica própria da racionalidade das proposições prescritivas.

Ainda, considerando a higidez que se deve imprimir ao ordenamento jurídico, no sentido de manutenção da coerência de seus elementos, o trabalho de controle preventivo de constitucionalidade das normas é pura interpretação normativa, tarefa jurídica por excelência.

Vejamos o caráter dúplice do instituto: político, porque deve representar um poder fático, mas jurídico, porque verifica a validade das normas.

Desdobramentos dessa atividade também serão, então, manifestados tanto nas esferas políticas quanto nas esferas jurídicas. As primeiras manifestações se mostram atinentes à efetividade normativa; as segundas, são questões de validade das normas.

É fundamental, entretanto, destacar que a criação de norma que apresente antinomia com outras normas do ordenamento jurídico pode ser intencional – o legislador pretende revogar uma norma já vigente, por meio de nova norma que lhe é contrária, devido a questões, por exemplo, sócio-políticas. A realidade alterou-se, é necessário alterar as normas, reestruturar o ordenamento jurídico a partir de seus elementos, para que se verifiquem os efeitos desejados. Tal situação é própria e comum da atividade legislativa.

Contudo, a antinomia em face da Constituição é uma temática mais delicada. Nenhuma norma ordinária pode apresentar contradição em face da normas constitucionais, porque, conforme já afirmado, a Constituição está no topo desse ordenamento racionalmente estruturado. Novas normas com *status* constitucional podem alterar outras normas constitucionais, à exceção das chamadas cláusulas pétreas, imutáveis. Contudo, normas que não se encontrem nesse patamar não gozam dessa força.

As consequências desse último tipo de antinomias, das normas infraconstitucionais em face das normas constitucionais são, obviamente, jurídicas – invalidade por contrariedade à Constituição. A norma infraconstitucional criada de forma contrária aos preceitos constitucionais, ou ainda, que apresentem prescrição jurídica (comando jurídico) contrária aos preceitos constitucionais não integrarão sistematicamente o ordenamento jurídico.

Mesmo que não seja possível falar em validação das normas antes de sua vigência no ordenamento jurídico, o controle prévio de constitucionalidade apresenta, pelos motivos expostos, inegáveis contornos jurídicos. O fato também é revelador da importância de manutenção e da proteção da ordem constitucional.

#### *2.5.4 As comissões de Constituição, Justiça e Cidadania*

No caso do controle preventivo político que cabe ao Legislativo, o trabalho é analisar o projeto de norma, em confronto com a Constituição da República, para aprovar ou o afastar a da votação do projeto, evitando dar vigência a texto inconstitucional, conforme já foi

apresentado anteriormente. A atividade legislativa brasileira dispõe de comissões que analisam as matérias de projetos de lei em tramitação nas Casas do Congresso Nacional. Tanto o Senado da República quanto a Câmara dos Deputados submetem seus projetos normativos às respectivas Comissões de Constituição e Justiça.

Fato interessante é que controle preventivo parece evitar trabalho posterior no Poder Judiciário, em ação que tivesse por objeto declarar a constitucionalidade da norma, por via concentrada concentrada, ou ainda que visasse a desaplicação normativa, em via difusa; o controle preventivo, realmente, contrapõe-se ao repressivo nesse aspecto.

Muito embora o controle preventivo seja classicamente exercido pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo (veto), e, por isso, muitas vezes confundido com o controle político, também é possível observar seu exercício pelo Poder Judiciário. O caso é exceção dentro do sistema de controle de constitucionalidade das normas jurídicas, porém plenamente possível. Trata-se do caso em que, havendo violação do devido processo legal na elaboração de norma, pode-se impetrar mandado de segurança para atacar o ato ilegal – então, temos constituída a exceção de *controle preventivo judiciário*.

É importante ressaltar que Resta para o Poder Executivo o presidencial, muitas vezes esquecido quando se discorre sobre o tema, o voto jurídico.

Contudo, a predominância é da modalidade política do controle preventivo de constitucionalidade, submetida quase sempre ao legislador. Isso porque o ordenamento atual prevê órgãos exclusivos, internos ao Poder Legislativo, para a realização do controle preventivo. Em âmbito federal, as Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC -, tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados, conforme já expusemos. O controle de constitucionalidade preventivo político tem origens históricas que remontam à França Revolucionária. Contudo, o sistema só foi efetivamente instalado no ordenamento jurídico do país em 1958, com o Conselho Constitucional, e após diversas tentativas inefetivas, conforme aponta Bonavides (p. 300).

Assim dispões Alexandre de Moraes sobre o tema:

Dentro deste procedimento, podemos vislumbrar duas hipóteses de Controle Preventivo de Constitucionalidade, que busca evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais, as comissões de constituição e justiça e o voto jurídico. (MORAES, 2005, p. 632.)

Acrescentamos à visão do autor mais uma hipótese, a do já mencionado controle judiciário preventivo, ao lado das comissões, ainda que seja uma exceção do sistema. O que nos interessa, contudo, é o controle preventivo político feito pelos órgãos do Legislativo.

As CCJCs têm previsão geral no artigo 58 da Constituição Federal: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação”. A norma constitucional que introduz as comissões legislativas no ordenamento jurídico brasileiro se concretiza com os respectivos regimentos internos das Casas.

O trabalho das CCJC é a emissão de pareceres quanto à constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do projeto em análise. Nesse sentido, o parecer deve apresentar conteúdo técnico jurídico, que vise à manutenção da ordem e da higidez constitucional, em toda a sua complexidade, conforme os estudos apresentados neste e no primeiro capítulo do trabalho. O regimento interno do Senado Federal dispõe da seguinte maneira sobre a CCJC:

Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;

[...]

§ 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

§ 2º Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício. (NR)

Na Câmara dos Deputados, a disposição em paralelo:

Art. 53. Antes da deliberação do Plenário, ou quando esta for dispensada, as proposições, exceto os requerimentos, serão apreciadas:

[...]

III – pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para o exame dos aspectos de constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e de técnica legislativa, e, juntamente com as Comissões técnicas, para pronunciar-se sobre o seu mérito, quando for o caso [...]

E segue:

Art. 54. Será terminativo o parecer:

63I – da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, quanto à constitucionalidade ou juridicidade da matéria; [...]

Apesar de apresentados em forma de parecer, a análise das Comissões de Constituição e Justiça não são documentos de mera opinião. Ao contrário: conforme demonstrado pelos respectivos regimentos internos, os pareceres são vinculativos, ou seja,

rejeitada a matéria de forma definitiva pelas comissões, o projeto deve ser arquivado. Não resta dúvida, então, que o trabalho é carregado tem forte peso na atividade legislativa.

Estamos diante de uma matéria que tem *contornos* políticos e *importância* política. Mas sua essência deve ser entendida como jurídica. Embora essas características se façam presentes, o trabalho das comissões é, numa primeira visão, técnico (ou seja, deve revestir-se de coerência jurídica), por disposição interna das próprias casas legislativas. Conforme já dito, o controle preventivo não pode ser confundido com controle político de constitucionalidade, embora admitamos os reflexos políticos do instrumento.

No capítulo que se segue, realizaremos uma análise de caso prático. A partir de um projeto de lei para a Educação Superior, arquivado devido ao parecer negativo da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, detalharemos as fundamentações do parecer técnico apresentado pela comissão. Tentaremos a partir disso apresentar uma visão crítica da inconstitucionalidade que fundamenta o arquivamento. Pretendemos oferecer, senão respostas definitivas, ao menos esclarecimentos às indagações aqui apresentadas, uma contribuição inicial para a grandiosidade das temáticas abordadas.



## TERCEIRO CAPÍTULO

### **ANÁLISE DE CASO DE PROJETO DE LEI ARQUIVADO: A INCONSTITUCIONALIDADE SE FAZ PRESENTE?**

#### 3.1 Introdução ao capítulo

Este terceiro capítulo avança na matéria do controle preventivo de constitucionalidade das normas com uma abordagem prática. Dispondo dos elementos teóricos apresentados – a constitucionalidade, o controle e a norma, bem como o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas, delimitados e pormenorizados nos capítulos anteriores, julgamos dispor da suficiente base científica para a análise de um caso concreto de arquivamento de projeto normativo.

A metodologia será apresentar o projeto e suas motivações jurídicas e políticas, para situação da matéria. A seguir, analisaremos o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que decidiu definitivamente pela inconstitucionalidade do texto, arquivado. Cada um dos argumentos levantados para a fundamentação das teses que justificam a contrariedade à Constituição Federal serão revistos de um ponto de vista jurídico e crítico.

Pretendemos com esse estudo de caso ter uma visão *inicial* de como se dão os trabalhos das Comissões de Constituição e Justiça no Legislativo brasileiro, com base em um parecer particular. Dizemos que será um panorama inicial porque obviamente *não poderemos esgotar a matéria*, mas *apontar* de que maneira, nesse caso específico, se aplicam os elementos teóricos abordados nos primeiros capítulos do trabalho.

Não se trata, portanto, de oferecer respostas definitivas acerca da atuação das CCJC, mas sim pormenorizar o que empiricamente observamos a partir de um caso específico. Traremos à tona o que foi observado: o foco é indicar o que arquivamento do projeto pode nos oferecer concretamente, em face do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas, com suas consequências políticas, e, principalmente, jurídicas.

A matéria é extensa, relevante e pode, sem dúvida, ser objeto de outros inúmeros estudos. A nossa contribuição tem os limites apresentados, mas se pretende esclarecedora dos aspectos propostos.

### 3.2 O projeto de Lei nº 3.142 de 1997, da Câmara dos Deputados

O projeto de Lei nº 3.142, de 1997, foi proposto pelo Deputado Federal Fernando Gabeira e apresenta em sua justificativa a necessidade premente de incentivo da indústria e do mercado editorial brasileiros. Para tanto, as universidades brasileiras, públicas e privadas, estariam obrigadas a comprar certa cota de livros nacionais para suas bibliotecas, de acordo com o número de alunos frequentantes, como medida para combater a pirataria. A obrigatoriedade seria ainda proteção da propriedade intelectual, como complemento à Lei nº 5.988 de 1973.

Vejamos o texto original que justifica a proposição do projeto:

#### Justificação

O mercado editorial se ressente de uma absurda falta de controle da prática generalizada da “pirataria” em larga escala.

Embora a Lei do Direito Autoral, nº 5.988, de 14 de Dezembro de 1973.

O projeto de lei que ora submetemos à apreciação de nossos pares busca o efeito de coibir cópias “piratas” dos livros e outras publicações nacionais, estimulando, portanto, o anêmico mercado editorial brasileiro.

Ataca um foco preciso desse problema, qual seja, o uso generalizado de reproduções não autorizadas pelas universidades brasileiras. Complementa a Lei nº 5.988, de 14 de Dezembro de 1973.

É significativo que cópias “piratas” de software, a maior parte de propriedade intelectual estrangeira, sejam severamente reprimidas, enquanto livros e brochuras, predominantemente nacionais, não tenham a mesma proteção.

Estamos certos de que sua aprovação representará uma importante contribuição para a ampliação do mercado editorial em nosso País e para a proteção da propriedade intelectual.

Sala das Sessões, 21 de maio de 1997. – Deputado Fernando Gabeira.

A proposta pretende, então, alterar parte da Lei de propriedade intelectual como medida de proteção do mercado editorial brasileiro; a responsabilidade pelo incentivo seria dirigida às universidades, que deveriam realizar a compra dos exemplares. Trata-se assim de uma modificação do ordenamento jurídico nacional por meio de complementação de outra lei já existente.

O original do texto do projeto tem a seguinte redação:

**PROJETO DE LEI Nº ORIGINAL Nº 3.142, DE 1997**

Dispõe sobre a obrigatoriedade de aquisição de títulos publicados no País pelas bibliotecas das instituições de ensino superior.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º As bibliotecas das instituições de ensino superior ficam obrigadas a ter em seu acervo os títulos publicados no País referentes aos seus campos de especialização.

Parágrafo único. A quantidade de exemplares das publicações especificadas no caput deste artigo será proporcional, ao número de alunos inscritos nas diversas matérias, seguindo proporções especificadas pelo corpo docente.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Após análise das comissões da Casa, o projeto sofreu modificações que suprimiram o artigo 3º. A comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara decidiu pela constitucionalidade do projeto em voto do relator Deputado Alexandre Cardoso no ano de 2001:

A iniciativa da proposição epigrafada é válida, pois compete à União estabelecer normas gerais sobre educação (art. 24, IX, e § 1º, da CF).

No mais, nada compromete a constitucionalidade e a juridicidade do Projeto e das emendas adotadas pela douta Comissão de Educação, Cultura e Desporto – CECD.

Já do ponto de vista da técnica legislativa, apresentamos emenda suprimindo o art. 3º do Projeto, adaptando o mesmo aos preceitos da Lei Complementar nº 95/98.

Assim, votamos pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa, com a redação dada pela emenda em anexo, do PL nº 3.142/97 e das emendas à este adotadas pela CECD.

É o voto.

O projeto foi ainda arquivado em 2003, com base no artigo 105, do regimento interno da Câmara dos Deputados, devido ao fim da atividade legislativa, e desarquivado no mesmo ano. Em seguida, o parecer do relator Alexandre Cardoso foi aprovado por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara.

Em 2004, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados enviou o projeto ao Senado Federal, para apreciação e votação naquela Casa.

### 3.3 O parecer desfavorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal

No Senado, sob o número 63, de 2004, o projeto teve parecer desfavorável da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e parecer favorável da Comissão de Educação. Em 2011, foi definitivamente arquivado, com base no regimento interno da Casa, que determina o arquivamento definitivo dos projetos que recebem parecer desfavorável da CCJC.

Analisaremos o parecer apresentando pelo relator no Senado, e que foi justificativa para o arquivamento definitivo do projeto, reproduzido aqui de forma integral:

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 63, de 2004 (nº 3.142, de 1997, na Casa de origem), que *dispõe sobre a obrigatoriedade de aquisição de títulos publicados no País pelas bibliotecas das instituições de ensino superior.*

**RELATOR:** Senador ALVARO DIAS

### I – RELATÓRIO

Vem a exame desta Comissão o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 63, de 2004 (PL nº 3.142, de 2004, na Casa de origem), de autoria do Deputado Fernando Gabeira, com o objetivo resumido na sua ementa.

O autor do projeto pretende, mediante um único artigo propositivo, impor às bibliotecas das instituições de ensino superior a obrigatoriedade de terem *em seu acervo os títulos publicados no País referentes aos seus campos de especialização, sem prejuízo de outras publicações estrangeiras* (art. 1º, *caput*), estabelecendo, ainda, que a quantidade de exemplares dos títulos da biblioteca deve ser especificada pelo corpo docente proporcionalmente *ao número de alunos inscritos nas diversas matérias* (art. 1º, parágrafo único).

Apresentado em 1997 na Câmara dos Deputados, o projeto chegou a ser distribuído à sua Comissão de Educação, Cultura e Desporto (CECD), mas não logrou apreciação, sendo arquivado. Em 1999, foi desarquivado, nos termos regimentais daquela Casa, e novamente distribuído àquela Comissão, sendo, então, aprovado com emendas, em conformidade com o relatório da Deputada Rita Camata, cujo voto foi posteriormente complementado.

Ainda na Casa de origem, na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (CCJR), após receber a emenda oferecida pelo relator, Deputado Alexandre Cardoso, destinada a suprimir o art. 3º do texto original, por afronta às disposições da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, o projeto obteve parecer pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa, considerado o conjunto de emendas até então apresentadas.

O projeto chegou ao Senado Federal em 2004, foi distribuído a esta Comissão e, em seguida, deve ir ao exame da Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE). Sua tramitação inclui apensamento a outros projetos e, finalmente, o seu retorno à tramitação autônoma.

Nesta Comissão, ainda em 2004, o projeto chegou a receber relatório favorável à sua aprovação, nos termos do substitutivo apresentado pelo relator, Senador Arthur Virgílio, sem que tenha havido deliberação do plenário.

Para o autor da proposição, o mercado editorial brasileiro encontra-se exposto à prática institucionalizada de reprodução não-autorizada, especialmente no âmbito das universidades. Observa, na sua justificação, que a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973 (Lei do Direito Autoral) – substituída pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que *altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências* –, por tratar o assunto de forma superficial, padecia da falta de eficácia, no que respeita à proteção da propriedade intelectual.

Entende, também, que a aprovação do projeto, além de assegurar, por via indireta, relativa proteção aos direitos de autores e editores, mediante a coibição da reprodução ilegal de livros e outras publicações nacionais assemelhadas, pode contribuir para a dinamização e ampliação do mercado editorial do País.

Não foram apresentadas emendas ao projeto.

### II – ANÁLISE

Por força do disposto no art. 101, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal (RISF), cabe a esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) *opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas.*

Não adentramos o exame do mérito, tendo em vista que compete à CE opinar sobre proposições que versem sobre *instituições educativas e culturais*, conforme prevê o art. 102, inciso I, do RISF.

No que se refere ao aspecto jurídico-constitucional do projeto, não obstante o parecer favorável da CCJR da Câmara dos Deputados, cabe observar o disposto no *caput* do art. 207 da Constituição Federal:

**Art. 207.** As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A aquisição de livros pelas universidades constitui atividade compreendida no âmbito de sua autonomia *administrativa e de gestão financeira e patrimonial*. A formação e manutenção do acervo dessas instituições de ensino obedecem a critérios que não podem ser homogeneizados ou impostos por gestores estranhos à sua administração.

Ademais, os critérios propostos pelo autor do projeto para a constituição do acervo dessas instituições deixam margem a dúvidas quanto à sua execução, caso a proposição se torne norma legal.

Por outro lado, cabe ressaltar o que determina a Carta de 1988 quanto aos estabelecimentos privados de ensino superior:

**Art. 209.** O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Por conseguinte, o Poder Público pode estabelecer critérios visando à melhoria ou manutenção da qualidade de ensino superior privado, exigindo-lhe o cumprimento de obrigações legais como condicionantes para a autorização de funcionamento dessas instituições, inclusive quanto à existência de biblioteca com acervo adequado às suas finalidades, mediante avaliações periódicas.

Com esse objetivo, a Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, que *institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências*, estabelece que o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES) tem por finalidade promover a melhoria da educação superior, conforme prevê o *caput* do seu art. 1º, *verbis*:

**Art. 1º** Fica instituído o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, com o objetivo de assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes, nos termos do art. 9º, VI, VIII e IX, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Essa mesma lei prevê expressamente, *verbis*:

**Art. 3º** A avaliação das instituições de educação superior terá por objetivo identificar o seu perfil e o significado de sua atuação, por meio de suas atividades, cursos, programas, projetos e setores, considerando as diferentes dimensões institucionais, dentre elas obrigatoriamente as seguintes:

VII – infra-estrutura física, especialmente a de ensino e de pesquisa, biblioteca, recursos de informação e comunicação;

Em que pese às boas intenções do seu autor em combater a reprodução ilegal de livros e publicações nacionais, parece-nos indiscutível que o projeto não só vai de encontro à autonomia universitária, garantida pela Constituição Federal, como estabelece obrigação para as instituições de ensino superior já adequadamente normatizada pela Lei nº 10.861, de 2004, que garantiu aos alunos dessas entidades a existência e o funcionamento de bibliotecas que atendam às suas necessidades de aprendizagem e pesquisa.

### **III – VOTO**

Em face do exposto, o voto é pela rejeição do Projeto de Lei da Câmara nº 63, de 2004, nos termos do art. 133, II, do Regimento Interno do Senado Federal.

Conforme se pode depreender da estrutura do parecer apresentado, ele se divide em três partes: relatório, análise e voto. Destas, nos serve em maior medida um estudo aprofundado da análise apresentada pelo relator, onde são expostos os motivos jurídicos (constitucionais) que fundamentam a opinião apresentada. É interessante notar que, na Câmara dos Deputados, o mesmo projeto de lei teve parecer favorável quanto à sua constitucionalidade. Trabalharemos, também, com o confronto das duas visões, antagônicas sobre um mesmo caso.

O relator inicia sua exposição de motivos invocando a norma da Constituição Federal que determina a autonomia das universidades brasileiras. A norma está contida no artigo 207 da CF, e garante três âmbitos de autonomia universitária – a didático-científica, a administrativa e a de gestão financeira e patrimonial. De acordo com a visão apresentada, o projeto iria de encontro com esse dispositivo constitucional porque limitaria a autonomia administrativa e também a de gestão de recursos das universidades.

Num segundo argumento, são colocadas as condições gerais para o exercício da livre iniciativa da educação por entes privados. As instituições privadas de ensino devem, então, por disciplina do artigo 209 da Constituição Federal, cumprir as normas gerais da educação brasileira, bem como dependem de autorização do Poder Público para o seu funcionamento. Ainda, tais instituições terão a qualidade de suas atividades avaliadas também pelo Poder Público.

Essa norma da Constituição, que autoriza e disciplina a iniciativa privada na área da educação, é fundamento para a Lei 10.861, de 2004, também levantada na motivação da relatoria. Essa última questão, contudo, não nos interessa numa primeira análise, já que trata de legislação infraconstitucional. O trabalho das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania também cumpre o dever de controlar a legalidade do projeto, em face das demais normas do ordenamento jurídico brasileiro; porém, buscamos aqui apenas tratar de possíveis antinomias em face das normas constitucionais.

Nesse sentido, devemos destacar em primeiro lugar que a contrariedade apontada pelo relator (da norma contida no projeto de lei em face do artigo 207 da Constituição Federal) seria de ordem material, ou seja, não há inconstitucionalidade formal, mas sim o conteúdo das normas se colidem. Por isso, a norma infraconstitucional deve ser afastada, porque é inválida. Para termos uma visão exata do problema, precisaremos compreender, então, de forma mais consistente, o conteúdo das normas analisadas, para julgá-los contraditórios, como decidiu o parecer, ou em conformidade.

Cabe, assim, um estudo acerca da autonomia universitária, dentro da temática da educação contida na Constituição Federal, para podermos fazer um julgamento criticamente fundamentado da questão posta.

### *3.3.1 A educação como direito social: a programaticidade e os princípios constitucionais*

Tendo em vista o argumento inicial do relator, sobre a autonomia universitária, faremos uma conceituação da educação na lógica garantista do nosso ordenamento, ou seja, dentro da classe de direitos ela se encontra, além de traçarmos as principais normas que a Constituição Federal lhe dirige. A educação é um direito social, típico da terceira geração de direitos; isso porque tem como objetivo satisfazer as necessidades de uma coletividade, de um grupo de indivíduos. Não é direito do tipo liberal ou político, mas visa à efetivação de um programa para a sociedade. Explicitamente a Constituição assim a coloca:

Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifamos)

A constituição é um todo, conjunto de normas e princípios indissociáveis entre si, e assim deve ser interpretada: de forma única e integral. Por isso, a necessidade de aqui abordarmos os princípios e normas que regem a matéria da educação na Constituição Federal; então poderemos ter uma visão coerente do princípio da autonomia universitária, segundo a interpretação constitucional do tema.

Além disso, é necessário destacar que as normas constitucionais dedicadas à educação estão revestidas de forte caráter programático. O legislador constitucional originário dedicou ao tema um capítulo próprio, dentro da sistematização da ordem social; em tal capítulo, encontramos normas gerais de eficácia contida e princípios que devem orientar toda a leitura constitucional em matéria de educação. De fato, uma correta análise de quaisquer normas que versem sobre educação deve levar em conta a lógica sistemática trazida pelos princípios constitucionais próprios da matéria.

Desse modo, a eficácia dessas normas programáticas torna-se plena com a edição de legislação infraconstitucional pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Quanto à competência legislativa sobre a educação, o artigo 22 da Constituição Federal determina que compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases nacionais da educação (inciso XXIV). Já a competência legislativa é concorrente sobre educação e ensino, conforme prevê o artigo 24, inciso IX da Constituição.

O artigo 205 da Constituição disciplina que a educação é direito de todos e dever do Estado (ou seja, da União, das Unidades Federativas e dos Municípios) e da família, e será promovida com colaboração da sociedade. A norma ainda coloca as funções da educação, nessa ordem: pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

A seguir, o artigo 206 elenca os princípios que embasam a educação e o ensino: “*igualdade* de condições para o *acesso* e *permanência* na escola; *liberdade* de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; *pluralismo* de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; *gratuidade* do ensino público em estabelecimentos oficiais; *valorização* dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; *gestão democrática* do ensino público, na forma da lei; garantia de *padrão de qualidade*; e piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal” (grifos nossos).

O artigo 208 define as garantias por meio das quais o dever do Estado para com a educação será efetivado. Dos quais destacamos o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (inciso V), que é dirigido ao ensino superior. Já no artigo 209 encontramos a livre iniciativa privada no ensino, que deve seguir as normas gerais de educação nacional e se submeter a avaliações de qualidade feitos pelo Estado.

Damos destaque, depois, às diretrizes gerais para a atuação dos entes federados em cada nível de ensino, trazidas pelo artigo 111. A União “organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”; os municípios devem atuar majoritariamente na educação fundamental e infantil; e os Estados e o Distrito Federal devem focar sua atuação no ensino fundamental e médio.

Seguem-se a isso as receitas mínimas anuais que devem ser aplicadas na educação – a União aplicará não menos que 18% da receita proveniente de impostos; para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tal receita mínima é de 25%. Determina o artigo 213 que esses recursos serão aplicados nas escolas públicas, mas que podem “ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.” Também no artigo 213 temos que as universidades poderão receber apoio financeiro estatal para financiamento de suas atividades em pesquisa e extensão.

Por fim, o artigo 214 determina que o plano nacional de educação terá duração de 10 anos, e que ele deverá “articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.”

Tendo em vista o panorama apresentado, fica claro como a educação deve ser considerada e interpretada em face da Constituição Federal. Também dentro desse panorama insere-se a autonomia universitária. A educação é um direito social e toda legislação sobre o tema deve seguir os princípios trazidos pela Constituição; além disso, segue que as próprias normas e princípios constitucionais sobre o tema devem-se observar mutuamente, para que uma visão coerente da matéria seja apresentada.

A seguir, abordaremos mais especificamente a temática da autonomia universitária, para, a partir da análise constitucional ora feita, desenvolvermos nossa posição sobre o projeto normativo arquivado que pretendemos analisar.

### *3.3.2 Autonomia das universidades: evolução histórica, significação e delimitação das esferas de autonomia consagradas pela Constituição Federal*

A autonomia, muito embora hoje esteja presente em diversas esferas jurídicas, não nasce propriamente com sentido jurídico. Sua origem se dá como conceito filosófico e depois assume importância política. E foi após ganhar força como expressão de elemento político – autonomia de reinos, impérios e povos - que a autonomia passou a figurar, também, como elemento jurídico.

Etimologicamente, autonomia é a união dos radicais de origem grega – *auto* -, próprio, - e *nomia* -, norma, lei ou regra. Podemos então dizer que autonomia é a característica de autonormatividade, criação de regras próprias, regulamentação própria, ou ainda, determinação de si próprio.

Como conceito jurídico, a autonomia tem importantíssimo sentido, penetrando em diversas áreas, e apresentando não uma, mas muitas ressignificações. As esferas de poder do Estado se colocam como autônomas. No direito privado, encontramos, por exemplo, a autonomia da vontade, a autonomia contratual etc. Já no que concerne ao direito público, a autonomia se refere aos entes públicos que se autorregulam. Sempre, porém, está presente o sentido único de normatividade própria (RANIERI, p. 22 e seguintes).

Nina Ranieri expõe como se constitui a autonomia em direito público:

Qualquer que seja o enfoque, porém, clara é a conclusão de que autonomia, em direito público, constitui poder funcional derivado, circunscrito ao peculiar interesse da entidade que o detém, e limitado pelo ordenamento geral em que se insere, sem o qual, ou fora do qual, não existiria. (RANIERI, 1994, p. 22.)

Então, na esfera jurídica pública, autonomia não é sinônimo de liberdade plena, independência absoluta, ou ainda (e muito menos) de soberania, mas sim de expressão de poder derivado. Como bem se sabe um único é o poder soberano do Estado. O ente público que se autorregula o faz porque derivou poder; é esse poder, derivado, que assim o permite autodeterminar. Portanto, essa autorregulação deve estar em consonância com a sistemática geral das normas que a criaram.

Além disso, esse poder derivado é *funcional* ou seja, limita-se à função que exerce o ente autônomo na vida do Estado e não pode extrapolá-la; é ainda *circunscrito* ao interesse desse ente – não será, de maneira alguma, meio para regular outros entes que não a si mesmo.

Ainda nas palavras da autora: “Hoje, no direito público, a autonomia pode ser conceituada como poder funcional derivado, circunscrito ao peculiar interesse da entidade que o detém e limitado pelo ordenamento que lhe deu causa, sem o qual ou fora do qual não existiria.” E prossegue: “Não é, portanto, soberania mas poder derivado; e, quando atribuído a uma instituição pública, não implica liberdade absoluta, uma vez que a autonomia é restrita ao peculiar interesse da entidade.” (RANIERI, 1994, p. 33.)

As universidades surgem no contexto de monopolização do conhecimento laboral pelas corporações de ofício da alta idade média (século XIII). Naquele período, o aumento considerável de alunos que frequentavam as escolas submetidas à organização da Igreja Católica (monopólio das dioceses) criou um cenário de necessidade de expansão das vagas oferecidas, bem como de uma maior sistematização e organização dos estudos.

De maneira natural, organizaram-se os mestres especialistas em diversas áreas de conhecimento, e, num ambiente de auxílio mútuo e interesse pela difusão do conhecimento, criaram-se as universidades europeias, que passaram a seguir modelo de organização semelhante aos modelos corporativos de ofício, conforme nos aponta Ranieri (p. 38). Devido ao contexto externo à própria universidade europeia medial, também sua autonomia surgiu de maneira espontânea.

O propósito da criação da universidade era justamente organizar e sistematizar o conhecimento num ambiente em que tal sistematização não existia. É interessante notar, ainda, que todos os funcionários universitários eram escolhidos por meio de eleição, o que denota ainda o caráter democrático das instituições.

O crescente apoio pontifício a essas novas corporações de difusão universal do conhecimento contribuiu de maneira determinante para sua estabilidade, bem como para o rompimento definitivo do monopólio do ensino pelas dioceses. Ou seja, o que se pode observar é grande autonomia universitária em relação aos poderes locais, seja do clero local, seja da nobreza e da burguesia locais (RANIERI, 1994, p. 38 a 40).

Contudo, essa autonomia em relação ao poder local colocou a universidade nascente em numa situação de subordinação a interesses mais elevados, como o poder real e o pontifício, com o passar do tempo. Aquela primeira autonomia observada no século XIII só seria retomada com o advento do Estado liberal do século XIX.

Nesse sentido, houve um movimento de desvirtuação da autonomia das universidades, tão essencial à livre construção e difusão do conhecimento; a universidade estava submetida a interesses de poderosos, mas, é interessante notar, foi justamente o apoio

que recebeu de tantos poderosos que permitiu à universidade tamanha estabilidade ao longo dos séculos, conforme nos expõe Nina Ranieri (p. 41).

No Brasil, os cursos de nível superior surgem em 1808. O propósito principal era a formação de burocratas para o Estado, e também, mas com menor importância, profissionais liberais. Até o advento da República, a educação superior sofria forte controle estatal. O poder central (nacional), na realidade, detinha o monopólio para a expedição de títulos acadêmicos.

Muito embora esse controle existisse, não havia controle do tipo acadêmico científico, tampouco grandes investimentos estatais na área; a educação, principalmente a superior, limitava-se a formar uma elite intelectual. Dentro, porém, das instituições de ensino, os professores gozavam de certa autonomia, assim nos aponta Ranieri (p. 64).

Com o advento da República, permitiu-se a criação de instituições de ensino, que foram logo equiparadas às escolas estatais. Porém, é de se notar que, na nossa história republicana, a universidade brasileira viveu períodos de maior e menor autonomia:

[...] a sistematização da autonomia universitária levada a feito pela legislação editada até 1988 não valorizou os traços característicos de entes autônomos. Ao contrário, salvo raras exceções de curta duração (a lei Rivadávia, por exemplo), leis detalhistas controlaram e restringiram a ação das universidades, sobretudo durante o Estado Novo e no período compreendido entre 1964 e 1985, aproximadamente (ainda que se observem, antes de 1964, certos núcleos de autonomia didática, representados pela liberdade dos catedráticos). (RANIERI, 1994, p. 105.)

Durante o século XX, podemos dizer de forma geral, que a autonomia universitária se consolidou na maioria dos países democráticos contemporâneos. Tal consolidação se deu principalmente devido ao reconhecimento jurídico desse poder autônomo. No panorama nacional, a autonomia universitária consagrou-se de forma definitiva em 1988, quando tornou-se norma constitucional de eficácia plena, prevista no já citado artigo 207 da Constituição Federal.

Muito embora a norma e suas derivações principiológicas sejam dirigidas a quaisquer instituições de ensino superior, públicas ou privadas, os momentos em que se viveu, no Brasil, regimes que não respeitaram a autonomia universitária, as instituições estatais foram diretamente mais afetadas. Isso porque foram comprometidas sua renda, proveniente diretamente do Estado, sua administração, já não mais escolhida de forma livre, bem como a sua liberdade didático-científica.

Ou seja, colocaram-se a perder suas três esferas de autonomia. As instituições privadas, de sua sorte, ao menos ainda gozavam de autonomia financeira e administrativa em tais períodos.

Assim inserida hoje no texto constitucional (artigo 207 da Constituição Federal), a autonomia universitária torna-se estável como princípio universitário no ordenamento jurídico, e a norma na qual se encontra é de aplicabilidade imediata e eficácia plena, já que independe de legislação infraconstitucional para que seja desde logo aplicada e produzir os efeitos jurídicos pretendidos. Apesar do conteúdo ideológico, a norma é autoaplicável, porque não necessita de regulamentação de outra norma infraconstitucional.

Porém, como toda norma constitucional, a autonomia universitária deve ser interpretada dentro dos demais princípios constitucionais, em especial os que regulam a matéria: no caso, a temática da educação, conforme já bem delimitamos no item precedente.

Esse princípio universitário deve ser compreendido como norma de organização universitária, na medida em que determina de maneira positiva os moldes de formação das universidades brasileiras: 1) *autonomamente* - aqui se impõe um dever ao Estado e a quaisquer outros entes ou pessoas de não interferência na autogestão universitária; e 2) de modo que sejam *indissociáveis* o ensino, a pesquisa e a extensão – nesse caso, o dever imposto como princípio é dirigido às próprias universidades. Ou seja, a norma constitucional impõe deveres a todos em face da universidade, bem como deveres à própria universidade em sua organização.

Tal organização apresenta três esferas de autonomia – a didático-científica, a administrativa e a de gestão financeira e patrimonial.

Confrontando essas esferas com os preceitos do próprio artigo 207, temos que a autonomia universitária se observa na técnica de ensino que as universidades pretendem instituir para si próprias (didática), ao passo que tal autonomia deve observar a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Também é garantida a autonomia para a livre pesquisa científica.

Nesse sentido, nenhuma instituição externa à universidade pode determinar como será construído o conhecimento e divulgado o saber por ela produzido. Isso inclui a liberdade de pensamento dentro da universidade, a liberdade filosófica de questionamento de ideais e verificação científica da realidade; organização de currículos, criação de cursos, técnicas pedagógicas e ética científica; escolha de objetos de estudo e de áreas de investimento. Todos esses fatores estão inseridos na autonomia didático-científica da universidade.

Nina Ranieri afirma que a autonomia científica toca a esfera pessoal dos docentes, que comprehende o “direito de o professor universitário pesquisar e ensinar o que ele crê que seja verdade” (1994, p. 201). Já a autonomia pedagógica seria própria da universidade enquanto instituição – ou comunidade autônoma.

Destaque-se que a avaliação dos padrões de qualidade das universidades não significa restrição de autonomia didático científico. Isso porque, tanto quanto a norma principiológica da autonomia universitária, também aquela contida no artigo 209 (inciso II) da Constituição Federal orienta o sistema de educação nacional.

Como já dito, a correta interpretação constitucional lê suas normas de maneira organicamente lógica; trata-se, assim, de legítima interferência, constitucionalmente previstas, mas não perda de autonomia. O que vale dizer: tais preceitos coadunam-se. Ou antes, o gozo da autonomia universitária pressupõe a observância de determinados padrões de qualidade, sujeitos à avaliações, e que atendam à função que deve ter a educação como direito social.

Da mesma maneira, as universidades são autônomas para administrar suas atividades; contudo, tal prerrogativa deve também deve levar em conta que o ensino, a pesquisa e a extensão não se devem separar.

A administração é meio para colocar em prática os objetivos científicos e pedagógicos, que são o fim da atividade universitária. Inclui, como exemplos de principais elementos, a escolha de dirigentes, a edição de normas internas próprias, o aparelhamento burocrático, as formas de tomada de decisão pela comunidade universitária, a organização física e estrutural do ambiente universitário, a contratação de funcionários.

A autonomia administrativa da universidade é essencial para que a autonomia didático-científica seja garantida. Como dito, é meio para aquele fim. Por óbvio, essa esfera autônoma deve observar todas as regras e princípios de Direito Administrativo, no caso das universidades públicas. Isso também não significa perda de autonomia, mas limitação natural e previsível.

Qualquer universidade, porém, – pública ou privada que seja – está sujeita à observância do ordenamento jurídico nacional para sua autogestão. Retomamos: autonomia não significa soberania ou liberdade plena.

Por fim, temos que a gestão financeira e patrimonial das universidades brasileiras é feita pelas próprias instituições, sem qualquer interferência arbitrária externa de terceiros, observando, mais uma vez, o princípio da indissociabilidade. Gerir também significa administrar. Porém, a administração financeira toma destaque separado, já que o orçamento e as finanças são elementos essenciais ao funcionamento de qualquer instituição

Isso porque sem autonomia para escolha áreas de investimentos, compras, realização de processos licitatórios, divisão de recursos internos etc., não se pode falar em autonomia administrativa universitária. Num cenário assim, estaria comprometida, automaticamente, a autonomia didático-científica das universidades.

Ranieri adverte que, no caso da universidade pública, o repasse de recursos pelo Estado não pode ser visto como medida de “favor”. Também os repasses não podem exigir contraprestação político-ideológica pela universidade. A educação é dever do Estado, conforme coloca a autora:

O Estado mantém a universidade porque é seu dever promover e incentivar a educação (art. 205 da Constituição Federal), o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218 da Constituição Federal), com o objetivo primordial de construir uma sociedade livre, justa e solidária, além de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, I e II da Constituição Federal), valorizando, sob este aspecto, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV, da Constituição Federal). (RANIERI, 1994, p. 130).

Vê-se, assim, que o princípio introduzido pelo artigo 207 da Constituição Federal deve seguir uma linha interpretativa que leve em conta todos os demais princípios constitucionais, em especial aqueles pertinentes à educação.

Resta claro que a autonomia universitária não se confunde com soberania, uma vez que pressupõe a observância de inúmeros outros princípios e regras constitucionais, administrativas etc. Mais do que isso, e como já dito, nenhum ente pode ser dito soberano dentro de um Estado. Por isso, a autonomia universitária é funcional: existe apenas nos âmbitos das suas funções. A noção é essencial para corretamente entendermos os argumentos do relator que decidiu por arquivar o projeto de lei que trazemos em análise e tomarmos uma opinião fundada sobre a questão da constitucionalidade da norma.

### 3.4 Por que inconstitucional?

O Projeto de Lei nº 3.142, de 1997, da Câmara dos Deputados, por nós trazido para análise, pretendia impor às universidades brasileiras a compra de certas cotas de livros nacionais, a serem determinadas a partir da quantidade de alunos matriculados nas instituições. A medida pretendia incentivar o setor editorial brasileiro, bem como combater a “pirataria” de livros.

Arquivado no Senado Federal, o projeto não se tornou lei, porque entendeu o relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania daquela Casa que se tratava de norma contrária à Constituição Federal. Isso porque, de acordo com o artigo 207 da Constituição, as

universidades brasileiras gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão de recursos financeiros.

Nesse sentido, determinar a compra de certa cota de livros brasileiros seria, segundo o relator, intervenção na autonomia universitária por gestor estranho à sua comunidade. Tal restrição feriria a autonomia universitária, em suas esferas administrativa e de gestão financeira. Ao nosso ver, também a autonomia didático-científica seria afetada, caso o projeto se concretizasse em norma jurídica.

Conforme depreendemos do breve estudo sobre a autonomia universitária, temos claro que tal princípio não é absoluto (assim como qualquer princípio), ou seja, ele pode, sim, ser moldado por outros princípios, sofrer influências de outras normas em sentido contrário etc. Também chegamos à conclusão de que, em sua aplicação, devem-se observar todas as demais normas jurídicas do nosso ordenamento. Além disso, pudemos compreender que a universidade é autônoma, mas não soberana em sua autoadministração.

Por exemplo, numa universidade pública, a compra de materiais não pode ser feita sem o devido processo licitatório. Ainda a fim de exemplificação, professores e funcionários não podem ser contratados sem que sejam respeitadas as normas de concursos públicos. Ou seja, ainda que na sua autônoma administração, a universidade está sujeita à observância do ordenamento jurídico como um todo.

Sob tal ótica, uma norma que obrigasse as universidades brasileiras a comprar certa cota de livros nacionais representaria, realmente, restrição de sua autonomia? Ao nosso ver, sim, representaria restrição, e não apenas administrativa e de gestão de recursos, mas principalmente didático-científica. Porém, essa restrição não justificaria, de pronto, classificar a norma como inconstitucional. Isso porque ela poderia, ainda, estar apoiada em outro princípio constitucional.

E só vemos tal possibilidade – a de edição de uma norma infraconstitucional que restrinja um princípio constitucional – se ela estiver apoiada em outro princípio, também de estatura constitucional. Em outras palavras, a norma pretendida deve encontrar seu critério de validade na Constituição, de uma maneira ou de outra, conforme o conceito de racionalidade do ordenamento jurídico que nos foi proposto por Bobbio e abordado no primeiro capítulo deste estudo.

Nesse sentido, Paulo Bonavides: “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições, na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.” (2008, p. 288.)

E prossegue:

Daqui já se encaminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

[...]

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar a hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. (BONAVIDES, 2008, p. 288 e 289.)

Tendo em vista que os princípios, diferentemente das normas, valem, e ainda que seu valor é expresso em diferentes graus, conforme nos mostra Bonavides, e considerando ainda que a Constituição deve ser interpretada como um todo orgânico, é necessário eleger, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer para uma correta análise de constitucionalidade.

E se os princípios valem, podemos concluir que não se excluem, se conflitantes, mas amoldam-se. Assim, nas questões de conflitos principiológicos, deve-se levar em conta qual o princípio constitucional mais importante para determinada realidade fática ou jurídica analisada.

Para tornar mais claro o cenário, usemos como contraponto exemplificativo a política de cotas sociais e raciais para as universidades federais brasileiras, que, em suas provas de seleção estudantil, o vestibular, devem reservar determinado número de vagas para os candidatos provenientes de escolas públicas de ensino médio, além de vagas para candidatos pretos, pardos ou indígenas. Tal política foi introduzida pela Lei nº 12.711 de 2012, e determina:

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Claramente as normas contidas na referida lei estão em colisão com o princípio da autonomia universitária, pois restringe o âmbito decisório das instituições para o regime de ingresso de estudantes.

Como isso é possível?

Ora, se o projeto de lei que impõe às universidades brasileiras a compra de certa cota de livros nacionais é inconstitucional, então a política de cotas social e racial no vestibular também deveria ser encarada dessa maneira. O que justifica uma norma ser considerada constitucional, e a outra, inconstitucional?

Ao nosso ver, porque a política de cotas sociais e raciais para o vestibular encontra validação em outros princípios e normas constitucionais, tais como: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, **justa e solidária**; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais** e regionais; IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**”; “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”; “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: V - **acesso** aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um [...]” (grifos nossos).

Logo, mesmo contrariando frontalmente o princípio da autonomia universitária, a norma tem validade constitucional. Entre autonomia universitária e outros princípios como construção de uma sociedade justa e solidária, redução de desigualdades, promoção do bem sem preconceitos e discriminação, acesso aos níveis mais elevados de ensino, etc., esses últimos devem prevalecer. Mais uma vez: os princípios amoldam-se, coexistem.

Podemos ter em vista, assim, que a autonomia universitária não deixou de existir como princípio, porque foi mitigada por norma fundada em outros princípios; mas ao contrário, continua a valer, sob uma nova ótica.

Quanto à obrigação de compra de livros nacionais, por outro lado, não conseguimos conceber a promoção do mercado editorial brasileiro apoiada num princípio constitucional que deva superar a autonomia universitária. Por essa razão, a norma pretendida pelo projeto apresentado de maneira alguma encontra validação na Constituição Federal que justifique a afronta à autonomia das universidades.

Assim sendo, concordamos que o Projeto de Lei nº 3.142, de 1997, da Câmara dos Deputados, seja, de fato, inconstitucional. Porém, acreditamos que uma acertada exposição de

motivos deva ir além dos argumentos apresentados pelo relator do parecer que arquivou o projeto.

O caso aponta manifesta superficialidade na motivação do relator responsável pela análise de constitucionalidade do projeto de lei. Conforme demonstramos, não basta apontar a inconstitucionalidade e a norma constitucional que o referido projeto contraria. Mais do que isso, uma correta análise de constitucionalidade deve compreender todos as normas e princípios que tangem a matéria.

Acreditamos que uma motivação breve e pouco profunda, como a que pudemos observar, pode ser prejudicial ao controle de constitucionalidade das normas, porque o trabalho das CCJCs deve apresentar um parecer jurídico das questões submetidas à sua análise. Se semelhante caso se repetir, a ponto de se revelar prática dos trabalhos das Comissões, no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, podemos estar diante de verdadeiro desvirtuamento da função essencial desses órgãos, que é a preservação e controle da constitucionalidade do ordenamento jurídico.

Isso porque não é a simples afronta a um determinado princípio constitucional que justifica o afastamento de uma norma infraconstitucional, mas sim sua total discrepância com uma leitura sistemática da Constituição Federal, que leve em conta todos os seus princípios, numa visão holística e atual da teoria de constitucionalidade das normas.



## CONCLUSÃO

Desde que o Estado contemporâneo fundou-se por constituições escritas, a partir das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, esses documentos tornaram-se o conjunto normativo principal dos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais. O povo assim constituiu-se, conforme nos descreve criticamente Müller, usando de seu poder *constituinte* para tanto, e a constituição tornou-se o lastro garantista contra a intervenção esmagadora do Estado em suas atividades econômicas e liberdades individuais.

A racionalidade intrínseca de um ordenamento jurídico que reconhece na constituição seu elemento superior, central, depende da coerência que todos os seus demais elementos apresentam em face dessa constituição. De fato, o próprio entendimento do ordenamento como um sistema de normas, conforme nos foi apresentado segundo a visão de Bobbio, pressupõe uma relação de recíproca reportação coerente entre as suas normas.

Esse movimento criou um novo panorama jurídico nos Estados recém-surgidos, que mudou definitivamente a forma como as normas jurídicas se colocam dentro de seu sistema coerentemente ordenado. Como afirmado, a constituição, assim, foi o ponto de mutação que introduziu nos sistemas normativos a *constitucionalidade*.

Para que se garantissem de forma definitiva os direitos e liberdades tão essenciais para as sociedades burguesas daquela referida época, fez-se necessária uma norma superior a todas as demais normas, de superioridade inquestionável no ordenamento jurídico. Por isso, o reconhecimento da constituição como o conjunto supremo de normas, dentro de um sistema normativo, é o pressuposto elementar da constitucionalidade.

Expusemos, apoiados na teoria de Konrad Hesse, como a força normativa da constituição deve ser encarada para compreendermos em completude e profundidade o que significa a constitucionalidade num determinado ordenamento jurídico. A constituição não é documento político, mas eminentemente jurídico, muito embora elementos fáticos influenciem questões jurídicas, e situações sócio-políticas exerçam força sobre questões jurídicas.

Mais do que isso, a força normativa da constituição depende em grande medida da *vontade de constituição*, conforme Hesse propõe.

Tal é a superioridade constitucional no ordenamento jurídico, que a constitucionalidade merece controle dentro desse sistema. Controlar a constitucionalidade

significa justamente reconhecer a constituição como elemento superior do ordenamento. Controlar a constitucionalidade das normas, significa expulsar ou desaplicar sistematicamente a norma infraconstitucional que entre em colisão com as normas constitucionais. Se não houvesse ao menos um instrumento que permitisse tais medidas, que controlam a constitucionalidade dos elementos de um determinado ordenamento jurídico, sequer poderíamos falar em real superioridade da constituição, conforme nos apresenta Gilmar Mendes Ferreira.

Tendo uma visão do que significa a controle da constitucionalidade, também buscamos um conceito para *norma* que nos permita depreender como cada um desses elementos do ordenamento jurídico deve encontrar na constituição a sua validade. Todas as normas do ordenamento se devem revestir da devida constitucionalidade.

Consideramos, assim, a norma como o elemento do ordenamento jurídico que é proposição prescritiva dotada de coercitividade externa e institucionalizada. A norma não descreve um *ser*, mas um *dever ser*, e impõe ainda sanção oficial do Estado para o seu descumprimento. É este elemento que sofre controle em face da constitucionalidade, a partir dos instrumentos de controle que o sistema jurídico dispõe.

Esses instrumentos estão dispostos de tal forma no nosso ordenamento jurídico que compõem o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das normas. Nele se inserem dois momentos de controle – o repressivo e o preventivo.

O controle repressivo é usado para normas que já estão em vigência, ou seja, já compõem o ordenamento jurídico. Para tanto, usam-se instrumentos processuais adequados, que objetivam desaplicar a norma inconstitucional num caso concreto, ou ainda, expulsar definitivamente a norma do ordenamento jurídico.

No caso da desaplicação da norma, podemos dizer que se trata de controle por via de exceção, ou ainda controle difuso, quando a inconstitucionalidade é levantada no curso de um processo judicial pela parte interessada. O órgão judicial, assim, afasta a norma para aquele caso particular, mas esta continua vigente no ordenamento jurídico. Assim, os efeitos da sentença não se estendem para além daquele específico caso concreto.

Conforme os estudos realizados, essa foi o primeiro instrumento de controle de constitucionalidade a surgir no Brasil, introduzido pela Constituição de 1891, e figurou como única modalidade até 1967, quando adotou-se também o controle concentrado.

Entende-se por controle concentrado de constitucionalidade, ou por via de ação, aquele que pretende retirar a norma constitucional de maneira definitiva do ordenamento

jurídico. Não se trata, portanto, de simples desaplicação num caso concreto, de eliminação da norma, via ação judicial própria.

Os efeitos dessa sentença, diferentemente do que ocorre no controle difuso de constitucionalidade, tem efeitos gerais, e representa uma verdadeira alteração do ordenamento jurídico brasileiro. O modelo surgiu na Alemanha e depende da atuação de um tribunal específico para ser realizado, adequadamente conhecido por corte constitucional; no caso brasileiro, esse papel é desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o controle preventivo de constitucionalidade das normas é aquele feito no processo legislativo da norma, ou seja, antes de sua vigência. Por isso, também é muitas vezes chamado de controle político de constitucionalidade, terminologia com a qual não concordamos.

No sistema brasileiro, o Legislativo Federal dispõe de comissões permanentes que realizam o trabalho de análise dos projetos de lei em face da Constituição Federal. A decisão quanto à inconstitucionalidade do projeto leva ao arquivamento definitivo, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal.

Temos ainda o controle de constitucionalidade por omissão legislativa, que também é um controle por via de ação. Contudo, essa ação não pretende afastar a norma inconstitucional, mas sim dar plena efetividade às normas constitucionais de eficácia contida.

Ocorre que muitas normas constitucionais dependem de regulamentação de ou norma infraconstitucional para produzir os efeitos esperados; se, contudo, o legislador infraconstitucional não edita a norma necessária, a Constituição perde sua eficácia. Também nesses casos a constitucionalidade merece controle, pois também aí a supremacia da constituição igualmente pode ser colocada em risco.

Tais são, então, as conclusões teóricas mais importantes às quais chegamos nos dois primeiros capítulos do trabalho.

Trouxemos, a seguir, um caso prático de controle de constitucionalidade preventivo das normas, e com ele ampliamos nossa visão do trabalho das comissões de constituição e justiça. Analisamos o Projeto de Lei nº 3.142, de 1997, da Câmara dos Deputados. O autor do projeto pretendia estabelecer que as universidades brasileiras deveriam comprar determinada cota de livros nacionais para suas bibliotecas, obrigatoriamente. Esta cota seria estabelecida de acordo com o número de estudantes da instituição de ensino superior, e objetivava incentivar o mercado editorial brasileiro, além de combater a pirataria de livros.

Aprovado na Casa de origem, o projeto seguiu para o Senado, mas lá foi rejeitado pelo relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Segundo o senador, o projeto

feriria a autonomia universitária, princípio consagrado pelo artigo 207 da Constituição Federal. Portanto, não deveria ser aprovado, porque se tornaria lei inconstitucional.

Para elucidarmos a questão, aprofundamos os estudos na matéria da autonomia universitária, buscando compreender sua gênese histórica e sua posterior consagração como princípio jurídico constitucional, a partir da obra de Nina Ranieri. Assim, depreendemos que a universidade ocidental nasceu autônoma, ainda na idade média europeia, como uma verdadeira comunidade de construção e difusão do conhecimento. Após longos séculos de comprometimento dessa autonomia, ela foi recobrada no século XIX.

No Brasil, os cursos superiores surgiram para a formação de funcionários para um Estado recém-independente, ou seja, para a formação de uma “elite intelectual”. A formação de profissionais liberais, nesse momento inicial, foi colocada em segundo plano. Aqui, a universidade sofreu momentos de maior e menor autonomia, a depender do quanto democrático fosse o Estado brasileiro. Hoje, podemos dizer que a universidade no Brasil vive o momento de maior autonomia, o que se reflete na consagração constitucional do princípio.

Após analisarmos o panorama geral da educação (em particular no que concerne à educação superior) dentro da nossa Constituição, como direito social que é, tivemos claro o cenário no qual o referido princípio se insere. Assim, o artigo 207 da Constituição Federal dispõe que a autonomia universitária será observada em três esferas: a didático-científica, a administrativa e a de gestão de recursos financeiros, e que será observada a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Compreendemos, então, que a autonomia didático-científica representa a liberdade de pensamento, pesquisa, escolha de métodos pedagógicos, ensino, divulgação de conhecimentos e saberes, dentre outras liberdades, internas à universidade e próprias dela, sem interferências externas arbitrárias.

Do mesmo modo, a autonomia administrativa é a autodeterminação de questões como criação de infraestrutura própria, contratação de funcionários, administração de recursos humanos etc. A autonomia administrativa é meio para a realização das atividades fins da universidade, quais sejam, as didático-pedagógicas. No caso da autonomia de gestão de recursos financeiros, temos um tipo específico de autonomia administrativa, sem a qual não se pode falar em plena autonomia universitária.

Desses estudos sobre a autonomia universitária, chegamos a duas importantes visões: a primeira é que autonomia não significa soberania ou liberdade plena; a segunda é que, enquanto princípio constitucional que é, a não pode ser considerado absoluto, ou visto de forma isolada.

Isso porque a autonomia universitária é derivada, e deve ser exercida dentro do seu âmbito próprio de interesse, observando sempre todas as questões jurídicas do ordenamento que lhe deu causa. Além disso, uma correta interpretação dos princípios constitucionais deve levar em conta a Constituição como um todo, sem desprezar ou supervalorizar qualquer princípio unilateralmente, mas sopesá-los no julgamento de uma questão em face da sua constitucionalidade.

Ou seja, uma determinada questão, fática ou jurídica, pode estar em contrariedade com determinado princípio constitucional, mas apoiado noutro princípio, também constitucional. Isso não fará dessa questão inconstitucional.

Como exemplo, usamos a política de cotas para o ingresso na universidade, segundo a qual deve ser reservado determinado número de vagas para alunos provenientes de escolas públicas, além de estudantes pretos, pardos ou indígenas. Tal política representa uma restrição ao princípio da autonomia universitária, mas permanece condizente com a Constituição Federal, pois busca efetivar outros princípios constitucionais, como a redução da desigualdade.

O Projeto de Lei nº 3.142, de 1997, da Câmara dos Deputados, que trouxemos para análise e estudamos, igualmente entra em colisão com o princípio da autonomia universitária. Contudo, não vemos um outro princípio constitucional que possa apoiar esse projeto e justificar a restrição que ele representa à autonomia das universidades. É por isso que tal projeto deve ser afastado: a sua contrariedade em face da Constituição resta isolada, não encontra ponto de sustentação que o justifique.

Por tal motivo, entendemos que o parecer que arquivou o projeto é incompleto em seus argumentos jurídicos. Contrariar um princípio constitucional é apenas o primeiro passo para que um projeto de lei seja considerado inconstitucional. A análise da questão, portanto, é mais profunda e complexa, e merece uma leitura completa da Constituição, a partir de uma visão coerente do que significa controlar a constitucionalidade das normas.

O caso se revelou, assim, superficialidade na análise constitucional, sem uma interpretação profunda da constitucionalidade do projeto normativo. Pelo que pudemos compreender dos estudos realizados, e apesar de concordar que o projeto apresentado seja, de fato, inconstitucional, acreditamos que o controle de constitucionalidade das normas deve se basear em uma leitura integral da Constituição Federal, que leve em conta todas as suas normas e princípios.



## BIBLIOGRAFIA

Afonso da Silva, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

Beçak, Rubens. *As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado*. Disponível em: <<http://www.professoramorim.com.br/texto.asp?id=510>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

Bobbio, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru: Edipro, 2008.

Bobbio, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/AcervoComum/384/Constituicao%201891.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao88.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm)>. Acesso em 25 ago. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara do Deputados nº 63 de 2004 (nº 3.142/97, na Casa de origem). Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42522&tp=1>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Senado Federal. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58727.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Regimento interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento\\_interno\\_9ed.pdf?sequence=9](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1926/regimento_interno_9ed.pdf?sequence=9)>. Acesso em: 18 ago. 2013.

BRASIL. Regimento interno do Senado Federal. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF\\_Vol1.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RegInternoSF_Vol1.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2013.

Casseb, Paulo Adib. *Processo legislativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Hart, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade repercussões na ordem econômica*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2013

Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

Müller, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Ramos, Luciana de Oliveira. *Controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: uma abordagem empírica*. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Ranieri, Nina. *Autonomia universitária: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.