

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO: CABIMENTO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO FORMA DE IMPUGNAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Evilázio Vitor de Souza Santos¹

Resumo

O presente trabalho tem como tema o controle de constitucionalidade preventivo, com foco na possibilidade de cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental contra uma proposta de emenda à Constituição. O objetivo do artigo científico é abordar a possibilidade de ADPF para impugnar uma proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétrea. Para se chegar a uma possível resposta, adotou-se como metodologia a pesquisa doutrinária e análise jurisprudencial. Os objetivos específicos do trabalho são: compreender a importância do poder constituinte, do controle de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental; estudar a posição do Supremo Tribunal Federal frente aos casos de maior relevância para o controle preventivo de constitucionalidade. Dessa forma, pode-se concluir que a arguição deve ser considerada como meio eficaz para combater violação a preceito fundamental, evidenciado em uma emenda à Constituição que tenha como objeto abolir uma cláusula pétrea. Porém, existiria a necessidade de uma mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chaves: O Poder Constituinte. Proposta de Emenda à Constituição. Cláusula Pétrea. Controle de Constitucionalidade. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ANTICIPATORY REVIEW OF THE CONSTITUTIONALITY: REASON FOR ARGUITION OF BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT AS A FORM OF IMPUGNATION OF THE PROPOSAL FOR A CONSTITUTIONAL AMENDMENT.

Abstract

The theme of the present study is the anticipatory review of the constitutionality, with focus on the possibility of arguition of breach of fundamental precept to oppose a proposal for a constitutional amendment. This scientific article aims to address the possibility of 'ADPF' to challenge a constitutional amendment proposal that violates an eternity clause. In order to arrive at a possible answer, doctrinal research and case law analysis were adopted as methodology. The specific objectives of the work are: to understand the importance of constituent power, judicial review and arguition of breach of fundamental precept; to study the position of the Supreme Federal Court (STF) in face of the most relevant cases law for the preventive control of constitutionality. Thus, it can be concluded that the 'ADPF' should be considered as an effective means to combat violation of a fundamental precept, evidenced in an amendment to the Constitution that

¹ Aluno do Mestrado Acadêmico do IDP, especialista em Direito Constitucional e Advogado em Brasília-DF.

aims to abolish an eternity clause. However, there would be a need for a change in the case law of the Supreme Federal Court.

Keywords: Constituent Power. Proposal for a Constitutional Amendment. Eternity Clause. Judicial Review. Arguion of Breach of Fundamental Precept.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os limites do controle de constitucionalidade preventivo, mais especificamente, o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como meio eficaz para se combater uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que possa violar uma das cláusulas pétreas descritas na Constituição Federal.

A aplicação deste estudo possui grande relevância para o direito constitucional, pois gera consequências na separação dos poderes, um dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, “os poderes são independentes entre si, mas também se fiscalizam de modo recíproco.”¹

Ainda na vigência da Constituição passada, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o instrumento adequado para se combater uma PEC que pretenda deliberar sobre matéria vedada pela Carta Magna é o Mandado de Segurança impetrado por parlamentar de uma das Casas do Congresso Nacional. Contudo, com o advento da Constituição de 1988 e a instituição de arguição que visa proteger os seus preceitos fundamentais, poderia ocasionar uma mudança na jurisprudência do STF.

Como será demonstrado neste trabalho, é plausível afirmar que a arguição de descumprimento de preceito fundamental é o meio mais adequado para proteger a Constituição de uma emenda tendente a abolir uma cláusula pétrea.

Para se chegar à resposta para a problemática posta, adotou-se como metodologia a revisão da bibliografia sobre o tema, além da análise dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal sobre essa questão.

¹ TRINDADE, João. Processo Legislativo Constitucional. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 29.

O artigo possui como objetivo específico a compreensão do Poder Constituinte, originário e derivado; do controle de constitucionalidade no sistema brasileiro; e o estudo da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Dessa forma, o trabalho foi dividido em quatro partes principais, na primeira é realizada uma análise do poder constituinte e os desdobramentos dentro da supremacia constitucional. O segundo tópico é dedicado a analisar as principais características do controle de constitucionalidade no modelo brasileiro, para adentrar na temática principal. A terceira parte dedica-se a examinar a ADPF, principalmente o conceito de preceito fundamental. Em face de uma ausência de definição legal, coube ao STF delimitar a aplicação do instituto, para que seja viável a sua aplicação, por isso, é necessário o estudo dos principais julgados da Corte. Por fim, a quarta parte é destinada a elencar argumentos que demonstrem ser a arguição um meio eficaz para se combater uma violação a preceito fundamental ainda em fase de processo legislativo, para evitar que a emenda à Constituição entre no ordenamento jurídico, pois o seu nascimento seria inconstitucional.

1 O PODER CONSTITUINTE DE REFORMA

O Poder Constituinte consiste na “manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado”¹, podendo ser classificado em duas espécies distintas, Originário ou Derivado.

Nas democracias representativa, a titularidade do Poder Constituinte pertence ao povo, pois o Estado é uma decorrência da soberania popular. Sendo assim, o povo é titular passivo, uma vez que ele imputa esse poder a uma elite de representantes eleitos, os titulares ativos do Poder.²

Por outro lado, nas democracias diretas a soberania popular é manifestada de forma direta com a vontade política. Contudo, Canotilho afirma que tais democracias desapareceram do quadro histórico da sociedade e dos Estados contemporâneos.³

¹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006 p. 21

² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O Poder Constituinte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 51-52.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., 2003, p. 294. apud GUEDES, Néviton. Democracia exige separação entre povo e representação. 2013. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2013-abr-08/constituicao-poder-democracia-exige-separacao-entre-povo-representacao#_ftn5_3294> Acesso em: 03 abr. 2020.

Na atual Constituição existem meios que possibilitam que a vontade do povo seja revelada diretamente, são eles: os plebiscitos, referendos e a iniciativa popular. Portanto, o Brasil possui um sistema de democracia semidireta.

O Poder Constituinte Originário, também chamado de primário, é aquele que instaura uma nova ordem constitucional, por meio de uma nova ou primeira constituição. Possui como características básicas ser inicial, ilimitado (autônomo) e incondicional.¹

Dessa forma, esta espécie de poder inaugura uma ordem jurídica ou rompe com a anterior, o direito existente anteriormente não alcança e nem limita a sua atuação. Atualmente, no Brasil, a própria Constituição Federal de 1988 (CF) é resultado deste poder que gera e organiza os poderes do Estado.

Vale ainda mencionar que nem mesmo o Judiciário pode limitar o Poder Constituinte Originário, uma vez que o Supremo Tribunal Federal (STF) já possui entendimento firmado nesse sentido.²

Por sua vez, o próprio texto original prevê a possibilidade de alteração pelo Legislativo ao texto constitucional, com a finalidade de atender as novas situações fáticas não previstas no momento da sua promulgação, pois, embora uma Constituição seja concebida para durar muitos anos, seria ilógico convocar-se o Poder Constituinte Originário toda vez que a Lei Maior reclamasse por mudanças ou acréscimos, assim o poder reformador apenas ajusta uma Constituição já existente.

Portanto, se faz necessário a previsão no texto original do procedimento e das limitações a serem observadas para a efetivação do Poder Constituinte Derivado para a edição de emendas à Constituição, também conhecido como Poder Constituinte de Reforma.

São duas as espécies de poder constituinte derivado, o poder reformador, onde ocorre as mudanças formais no texto da CF; e o poder decorrente, explicitado por meio da elaboração e reforma das constituições estaduais, ou seja, é decorrente do poder de auto-organização dos Estados-membros.³

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. edição. São Paulo: ed. Saraiva, 2013 p. 104.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.097/DF. 21 nov. 2008. Ministro Relator Cezar Peluso.

³ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 24.

1.1 AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS (EC)

Quanto a sua estabilidade, a Constituição Federal de 1988 é rígida, isto é, admite-se alterações, mas sob um processo mais rigoroso do que uma lei ordinária ou complementar. Gerando assim, uma maior estabilidade das instituições e reforçando a supremacia constitucional.¹

Este rito especial para aprovação de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC) encontra-se descrito no art. 60 da CF. Dessa maneira, o processo legislativo de uma emenda constitucional exige:

- a) Iniciativa qualificada, pois a PEC só pode ser apresentada por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; pelo Presidente da República; ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades federativas, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, incisos I, II e III);
- b) Votação conforme o quórum qualificado de três quintos, em dois turnos em cada uma das Casas, Câmara dos Deputados e Senado Federal (art. 60, §2º);
- c) A promulgação pelas Mesas da Câmara e do Senado (art. 60, §3º). Ademais, as emendas constitucionais não são submetidas a sanção presidencial.

Há ainda impedimento para emendar a Constituição durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, §1º). Tal dispositivo garante uma maior estabilidade e segurança jurídica durante esses períodos históricos.

Vale destacar que sequer pode ser objeto de deliberação a emenda à constituição tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes (executivo, legislativo e judiciário); e os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º), as chamadas cláusulas pétreas.

Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet afirmam: “A cláusula pétrea não existe tão só para remediar situações de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certos momentos políticos destrua um projeto duradouro.”²

¹ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. op. cit. p.118 - 119

² MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. op. cit. p. 123.

Além do rol elencado no §4º do art. 60, existem as cláusulas pétreas implícitas, aquelas que dizem respeito, em síntese, as regras relativas à aprovação de emendas constitucionais e a regra de titularidade do poder constituinte originário. São elas: as próprias cláusulas pétreas e o seu procedimento de aprovação, e a titularidade do povo como poder constituinte originário.

Portanto, essas cláusulas, além de assegurarem a imutabilidade de valores básicos, preservam a identidade do projeto desejado pelo poder originário. Em síntese, as cláusulas pétreas representam o núcleo duro da nossa Constituição, servindo como proteção da essência constitucional.

1.1.1 O princípio da Separação dos Poderes no processo legislativo constitucional

Montesquieu, na obra *Do Espírito das Leis*¹ concebeu a teoria da divisão dos poderes. Ela tem grande importância para o Estado democrático de direito e relevância para o processo legislativo constitucional, em especial na elaboração das emendas à Constituição.

Dessa forma, todos os três poderes devem exercer suas funções típicas e atípicas, ou seja, o Executivo deve administrar, o Legislativo elabora as leis e o Judiciário aplicar as normas. Todos os poderes possuem independência entre si, mas devem fiscalizar uns aos outros de modo recíproco.

Possui previsão constitucional no art. 2º, onde é estabelecido que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Além disso, em face da sua importância para o Estado, são objetos do já citado art. 60, §4º (cláusulas pétreas). Ou seja, uma emenda constitucional, não pode abolir esta divisão.

1.1.2 O controle de constitucionalidade de emenda constitucional

Como ressaltado, as emendas constitucionais estão sujeitas a limitações determinadas pelo poder constituinte originário. Dessa forma, é pacífica a jurisprudência do STF em reconhecer o controle de constitucionalidade por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra uma emenda, após a sua entrada em vigor.

¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9.ed São Paulo: Saraiva, 2008.

Luís Roberto Barroso¹ afirma que uma inconstitucionalidade de uma emenda pode se dar por aspecto formal, quando for relativo à observância do procedimento para a sua criação (art. 60, §2º), ou pelo aspecto material, quando houver violação a cláusula pétrea (art. 60, §4º).

Pode-se citar, como exemplo, a ADI 939-7/DF², Rel. Min. Sydney Sanches, em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Na oportunidade, ficou consignado que o STF tem a função precípua de guardar a Constituição, tendo competência para afastar uma norma derivada por violar o poder constituinte originário.

Contudo, a possibilidade de revisão acerca da constitucionalidade de uma emenda após a sua entrada no texto constitucional nem sempre é aceita no direito estrangeiro. Por exemplo, na França, o Conselho Constitucional entende que não dispõe dessa competência.³

Além disso, ainda sob a égide da Constituição passada, o STF firmou o entendimento de ser cabível Mandado de Segurança (MS)⁴ para reconhecer a possibilidade de controle judicial das vedações constitucionais de “apresentação” e “deliberação” de propostas de emenda à constituição tendentes a abolir cláusulas pétreas. Porém, na oportunidade, a Corte entendeu que o remédio constitucional estava prejudicado, uma vez que, a Emenda Constitucional nº 3, de 9 de setembro de 1980, foi votada em segundo turno.

Na atual Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal manteve este entendimento, conforme se observa dos seguintes precedentes, por exemplo: MS 34.448/DF e MS 33.630/DF.

O MS 34.448 foi impetrado por Deputados Federais do Partido Comunista do Brasil e do Partido dos Trabalhadores em desfavor a tramitação da PEC nº 241/2016, com

¹ BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6. edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012 p. 243.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/DF. Ministro Relator Sydney Sanches. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 24 out. de 2019.

³ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. Op. cit. p. 125.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança 20.257/DF. Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27-02-1981. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>> Acesso em: 24 out. 2019.

substitutivo por Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Os impetrantes alegam que embora tenha sido aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e Redação, a proposta tende a abolir as cláusulas pétreas e assim requereram em medida liminar a suspensão da tramitação até o julgamento de mérito do *writ*.

Neste julgamento, o ministro relator, decidiu pelo indeferimento do pedido por não haver “evidência suficiente de vulnerabilidade aos mandamentos constitucionais da separação dos poderes, do voto direto, secreto, universal e periódico e dos direitos e garantias individuais.”¹

No julgamento de mérito, o ministro constatou que a referida PEC foi aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional e promulgada como Emenda Constitucional nº 95, restando prejudicado o *mandamus*.

Em situação semelhante, o MS 33.360, de relatoria da ministra Rosa Weber, foi impetrado por 61 Deputados Federais contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados por ter colocado “em votação a Emenda Aglutinativa nº 28 à Proposta de Emenda Constitucional nº 182/2007, não obstante a rejeição, pelo Plenário, no dia anterior à constitucionalização do financiamento privado de campanhas políticas.”² Dentre diversos argumentos, a parte autora alega violação ao disposto no art. 60, §1º incisos II e IV da CF.

Contudo, após a liminar não ser concedida, a ministra relatora, seguindo parecer do Procurador-Geral da República, julgou prejudicado o mandado de segurança, devido a perda superveniente do objeto.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança 34.448/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, publicado no DJe em 06-04-2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311551107&ext=.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança 33.630. Rel. Min. Rosa Weber, publicado do DJe em 17-02-2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342390266&ext=.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2020.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dentre os modelos de controle de constitucionalidade adotados pelos diversos países, a doutrina¹ sistematiza as principais características de cada um deles segundo aspectos subjetivos, objetivos e processuais. O controle de constitucionalidade pode ser classificado:

- a) Quanto à natureza do órgão que exerce o controle (Político ou Judicial);
- b) Quanto ao momento em que é feito o controle (Preventivo ou Repressivo);
- c) Quanto ao órgão judicial que exerce o controle (Difuso ou Concentrado);
- d) Quanto à forma ou via em que o controle é realizado (Incidental ou Principal);

O primeiro aspecto diz respeito à natureza do órgão que realiza o controle de constitucionalidade, pode ser Político ou Judicial. O controle político, costuma ser ligado ao modelo francês de controle, onde a fiscalização sobre a constitucionalidade fica a cargo do Parlamento. Por sua vez, quando se trata de um controle Judicial, esta tarefa fica a cargo de um órgão do Poder Judiciário, responsável por ser o guardião da Constituição.

Roberto Barroso afirma que “se o poder de controlar a constitucionalidade fosse deferido ao Legislativo, e não ao judiciário, um mesmo órgão produziria e fiscalizaria a lei, o que o tornaria onipotente.”² Dessa forma, é melhor que tais funções sejam exercidas por poderes distintos, garantindo assim, maior efetividade.

O controle político da constitucionalidade do processo legislativo pode ser feito por órgão do Poder Legislativo e a qualquer momento. Porém, existem dois momentos principais: o parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), que deve se manifestar sobre a constitucionalidade e juridicidade do projeto; ou pelo veto presidencial³, caso o chefe do Poder Executivo entenda pela inconstitucionalidade da norma, conforme o art. 66, §1º da CF.⁴

¹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 63. Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2020.

² BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 66.

³ No processo de elaboração de emendas constituição, descrito no art. 60 da CF, não há previsão para veto presidencial.

⁴ TRINDADE, João. op. cit. p. 279.

No segundo aspecto, analisa-se o momento onde o controle é exercido. Pode ser preventivo, quando é feito antes da conversão do projeto em Lei ou em Emenda Constitucional, com a finalidade de impedir que um ato inconstitucional chegue a entrar em vigor. Pode também ser repressivo, quando o controle acontece após a sua entrada no ordenamento jurídico.

Via de regra, o controle político tem como característica ser preventivo (Poderes Executivo ou Legislativo), enquanto o repressivo é feito por um órgão jurídico (Poder Judiciário). Contudo, como esclarecido no tópico anterior, a jurisprudência do STF reconhece a possibilidade de o controle judicial ser feito preventivamente, isto é, ainda em fase de projeto legislativo, em situações especiais, onde houver violação ao devido processo legal legislativo ou quando a PEC violar cláusula pétrea.

Uma vez que o controle é exercido por órgão jurisdicional, ele pode ser feito de maneira difusa ou concentrada. Será um controle difuso quando qualquer juiz ou Tribunal puder reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, afastar a sua aplicação no caso concreto levado a Juízo. Enquanto isso, o controle concentrado fica limitado a um único órgão, criado especialmente para este fim ou tendo como esta a sua principal atividade. Esta é a terceira classificação acerca do controle.

Por fim, o quarto aspecto diz respeito a forma em que o controle é feito, podendo ser pela via incidental ou pela via principal. O controle pela via incidental está relacionado a alguma questão prejudicial, que precisa ser decidida como uma premissa para a solução da questão principal. Ou seja, nesse controle a constitucionalidade da norma é secundário ao pedido principal.

Por sua vez, o controle na via principal ou ação direta trata de um processo objetivo, onde não há lide e nem partes, mas possui como pedido central a inconstitucionalidade da norma combatida.

Associando os aspectos citados, o constitucionalismo mundial, basicamente, possui três modelos distintos sobre o controle de constitucionalidade: o francês, americano e europeu.

No modelo francês, o controle de constitucionalidade tem caráter não jurisdicional, sendo exercido, em regra, de forma preventiva pelo Conselho Constitucional, um órgão de natureza política. Contudo, na reforma constitucional de

2008, a Lei Constitucional nº 2008-724, de 23 de julho de 2008, inovou ao estabelecer um controle *a posteriori*, ou seja, após a promulgação e durante a vigência da lei.¹

Por outro lado, os sistemas americano e europeu são pautados por uma análise judicial, mas se diferenciam em outros pontos. O modelo americano tem como característica ser difuso, isto é, qualquer órgão tem função de, ao aplicar a lei a um caso concreto, o poder-dever de afastar a aplicação da lei quando julgar incompatível com a Constituição². Já o sistema europeu, instituído na Constituição austríaca em 1920, o julgamento fica concentrado a um órgão jurisdicional próprio, tendo como objeto situações em abstrato.

Unificando os sistemas americano e europeu, o Brasil adotou um sistema misto, combinando o controle pela via incidental e difuso, que vinha desde a época da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado pela EC n. 65 de 1965.³

Dessa forma, o controle difuso é feito por qualquer juiz ou órgão do Poder Judiciário, realizado em um processo subjetivo analisando um caso concreto. Enquanto isso, o controle concentrado é feito pelo STF, em um processo objetivo e abstrato, por meio de ações próprias.

Como já mencionado, a atual Constituição Federal também prevê outras formas, como a possibilidade de controle político, com o veto presidencial ou a tramitação do processo legislativo nas Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

A jurisprudência da Corte Suprema aceita Mandado de Segurança impetrado por parlamentar com a finalidade de barrar projeto de emenda constitucional que seja lesiva a cláusula pétrea.

Pois bem. Por se tratar de um “exercício atípico de jurisdição”⁴, pois não há lide ou situação concreta a ser solucionada, o controle concentrado se dá pelas chamadas ações diretas de constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação

¹ BARROSO, Luís Roberto. op cit p. 64.

² MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gonet. op cit p. 1009.

³ BARROSO, Luís Roberto. op cit p. 87.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. op cit p. 221.

Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Para fins acadêmicos, o presente artigo passa a analisar especificamente as peculiaridades da ADPF, uma vez que seu objetivo central é analisar o seu cabimento contra proposta de emenda constitucional tendentes a abolir cláusula pétrea.

3 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em seu texto, representando uma inovação no controle de constitucionalidade pátrio. Encontra-se previsto no art. 102, §1º: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei.”¹

Por se tratar de uma norma desprovida de auto aplicabilidade, isto é, eficácia limitada², ficou a cargo da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, dispor sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Contudo, logo no início de sua vigência, a Lei nº 9.882/99 foi objeto da ADI nº 2.231, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Em síntese, a requerente alegava que o legislador havia extrapolado os limites constitucionais, conferindo poderes ao STF não previstos na Constituição.

Embora a ação ainda não tenha sido julgada, a Corte superou a barreira da constitucionalidade da Lei nas arguições 33 e 54, onde se afastou preliminar com o objetivo de suspender o julgamento de mérito em face da existência da ADI proposta pela OAB, ou seja, a ação direta de inconstitucionalidade perdeu o seu objeto, desta forma, a Lei 9.882/99 está em plena vigência.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República. Art. 102, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 out. 2019.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo Regimental em petição nº 1.140/TO. Ministro Relator Sidney Sanches.

Dessa forma, pode-se concluir que a Lei nº 9.882/99 “amplia o controle de constitucionalidade, dando a necessária ênfase à defesa dos preceitos fundamentais, especialmente nos casos ainda não amparados pelos outros meios de controle concentrado de constitucionalidade.”¹

Segundo a Lei nº 9.882/99, existem duas espécies distintas de arguições, as autônomas e incidentais. A arguição autônoma está prevista no *caput* do art. 1º e tem como finalidade evitar ou reparar lesão a um preceito fundamental derivado de ato do poder público. Enquanto isso, a arguição incidental possui previsão no parágrafo único, inciso I do art. 1º, onde a sua propositura pressupõe a existência de um litígio, uma demanda concreta já submetida a um processo judicial em curso.

A arguição autônoma se assemelha com as demais ações diretas (ADI, ADC e ADO), tratando-se de hipótese de controle abstrato de constitucionalidade em um processo objetivo. Deve ser utilizada quando as demais ações constitucionais não forem cabíveis, ou não se mostrarem idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental, conforme o art. 4º, §1º da Lei que regulamenta o instituto.²

A ADPF na espécie incidental constitui modalidade conjugada de controle judicial de constitucionalidade, pois tem início a partir de controvérsia judicial instaurada no âmbito do controle concentrado, seguida de deslocamento da questão constitucional para julgamento do Supremo Tribunal Federal pela via abstrata.³

A Constituição Federal determinou o STF como Tribunal competente para o julgamento da ADPF e de acordo com a lei, essa decisão possui efeito *erga omnes* e vinculante aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, §3º).

Os legitimados para propositura de ADPF são os mesmos das ações direta de inconstitucionalidade. Contudo, antes de sofrer veto presidencial, o art. 2º, II da Lei 9.882/99 previa que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público poderia propor arguição perante o Supremo.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 p. 31.

² SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001 p. 87.

³ BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional Tomo I – Teoria da Constituição. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2016 p. 602.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental promove o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos e não normativos, desde que sejam emanados do poder público. Após a sua previsão constitucional e regulamentação, ela tem se mostrado como “uma medida extremamente aberta à correção dos atos estatais violadores da Constituição”¹, como é possível notar nas hipóteses de cabimento.

3.1 O OBJETO DA ARGUIÇÃO

As hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental estão elencadas no art. 1º da Lei 9.882/99. Como já foi dito, a arguição autônoma terá como objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Por sua vez, a arguição incidental será cabível quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988.

A Lei também define um caráter subsidiário da ADPF, pois somente será cabível quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, ou seja, a ação apenas será proposta se observada a exaustão de todos os outros mecanismos (art. 4º, §1º da Lei 9.882/99).

Embora a ADPF deva respeitar o princípio da subsidiariedade, ela possui um importante papel na jurisdição constitucional, pois consegue abarcar lacunas deixadas pelas demais ações do controle concentrado de constitucionalidade, como é exemplo o controle de normas anteriores a atual Constituição. Nesse sentido, Gilmar Mendes e Lenio Streck afirmam: “(...) não é desarrazoado afirmar que arguição de descumprimento de preceito fundamental apresenta-se como um *plus* em relação ao modelo de controle de constitucionalidade (concentrado misto com difuso) vigente em nosso sistema jurídico.”²

Observando o citado art. 1º, nota-se o “quão largo é o espectro de incidência, pois lida com conceitos bastante amplos, tais como preceito fundamental e atos do poder

¹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001 p. 78.

² CANOTINHO, Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. LEONCY, Léo Ferreira. Comentários a Constituição do Brasil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 1391.

público.”¹ Conceitos amplamente debatidos na doutrina, tema este que será tratado a seguir.

3.2 O CONCEITO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A conceituação de “preceito fundamental” passa por uma especial dificuldade, dessa forma, coube à doutrina e a jurisprudência buscar sua definição, pois a Constituição Federal e a lei não cuidaram dessa importante tarefa.

Embora a ausência total de um conceito legal não nos pareça a postura mais correta, o legislador agiu bem em não ter arrolado em um rol exaustivo quais são aqueles dispositivos constitucionais que devem ser considerados como preceitos fundamentais. Sendo assim, a doutrina e a jurisprudência possuem a função de definir os seus limites.

No Direito, adota-se uma classificação geral, onde as normas são consideradas como um gênero, podendo se dividir em duas espécies com peculiaridades próprias: regras e princípios. O termo “precedentes” não deve ser visto como sinônimo para princípios, mas sim como uma classe que abarca tanto regra como princípios. Neste sentido, André Ramos Tavares afirma:

Nos quadrantes do Direito a noção de preceito ancora-se na ideia de ‘ordem’, ‘mandamento’, ‘comando’, identificando-se, uma vez mais, com o conteúdo que se encontra tanto regras como em princípios. Assim, torna-se sinônimo de “norma”, no sentido empregado acima, designado das regras e dos princípios jurídicos.²

Apesar de englobar regras e princípios, não é toda e qualquer norma constitucional que pode ser considerada como um preceito fundamental. “São preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição.”³ Em síntese, a

¹ VARGAS, Alexis Galiás de Souza, BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 30, p. 69, jan. 2000. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016e4749171295e67824&docguid=I3bdd7220f25311dfab6f01000000000&hitguid=I3bdd7220f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=42&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em: 07 nov. 2019.

² TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001 p. 51.

³ TAVARES, André Ramos. Ibidem p. 53.

arguição visa proteger um núcleo central da Constituição Federal, isto é, os grandes princípios e as regras básicas.

Uma vez definido “preceito fundamental”, há uma dificuldade prática em indicar quais preceitos da CF são passíveis de lesão tão grave que justifique um processo judicial.¹ Frente a essa dificuldade, Luís Roberto Barroso esclarece:

“(...) a violação a preceito fundamental que autoriza o cabimento da ADPF é aquela que interfere de forma direta com a fixação do conteúdo e alcance do preceito e independe da definição prévia acerca de fatos controvertidos. De parte disso, não caberá a ADPF se a questão suscitada, a despeito do rótulo que lhe atribua, puder ser solucionada pela interpretação constitucional.”²

Embora a definição de “preceito fundamental” não possa ser interpretada de maneira restritiva, algumas normas constitucionais estão inseridas nesse domínio de forma inegável: os princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos, sociais e políticos (art. 5º e seguintes); as cláusulas pétreas (art. 60, §4º), ou as normas que decorrem dela diretamente; e os princípios sensíveis, aqueles que podem ensejar intervenção federal (art. 34, VII).³

Contudo, este não é um catálogo taxativo, pois existe a possibilidade de preceitos fundamentais que não estão expressos no texto constitucional. Nesta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal possui papel relevante na construção dos precedentes da admissibilidade da arguição de descumprimento, pois a análise casuística tem sido feita por alguns precedentes, dentre eles, pode-se destacar a ADPF 33, Min. Rel. Gilmar Mendes.⁴

Pode-se concluir que a conceituação de “preceito fundamental decorrente de descumprimento da Constituição” guarda uma especial dificuldade prática, pois a CF faz apenas uma menção a esta expressão em seu texto. A doutrina, a fim de auxiliar na aplicação do instituto, define que “preceito fundamental” abrange normas (regras e

¹ MENDES, Gilmar Ferreira op. cit. p. 148.

² BARROSO, Luís Roberto op. cit. p. 366 – 367.

³ BARROSO, Luís Roberto op. cit. p. 361.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33. “Não há dúvida de que algum desses preceitos são enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias individuais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualidade aos demais princípios protegidos pela cláusula pétreia do art. 60, §4º, da Constituição, quais sejam, a forma federativa de Estado, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII).”

princípios) básicas da Constituição, isto é, o núcleo da nossa Lei Fundamental. Ainda que não exista um rol taxativo, a doutrina e a jurisprudência do STF são pacíficas em definir alguns artigos como preceitos fundamentais, dentre eles, as cláusulas pétreas enumeradas no art. 60, §4º da CF.

4 O CABIMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CONTRA PROPOSTA DE EMENDA Á CONSTITUIÇÃO

Um tema que ainda tem gerado controvérsia no direito constitucional é a possibilidade de impugnar uma proposta de emenda à constituição via arguição de descumprimento de preceito fundamental. Portanto, o que se busca analisar nesse trabalho é se a violação a uma das cláusulas pétreas em uma PEC pode ensejar uma ADPF por parte de algum legitimado.

Embora já exista precedente em não admitir arguição de descumprimento que tenha como objeto proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea, como será apresentado a seguir, a doutrina ainda debate sobre o seu cabimento.

4.1 A JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O TEMA

No julgamento do agravo regimental, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto negou seguimento a ADPF 43¹ onde o Partido Democrático Trabalhista (PDT) pretendia o trancamento da PEC nº 40 de 2003, por acreditar que a proposta tende a abolir direitos fundamentais, garantias individuais e a separação dos poderes.

Na oportunidade, os ministros, de forma unânime, entenderam que a Lei 9.882/99 deve ser aplicada sobre ato do poder público não mais suscetível a alterações, ou seja, proposta de emenda constitucional não se insere na condição de ato pronto e acabado, pois ainda está em seu ciclo de formação.

Além disso, a Corte constitucional sinalizou que a ADPF veio para complementar o controle objetivo de constitucionalidade, por isso a impugnação de ato com tramitação no Congresso Nacional possui nítida função de controle preventivo e abstrato. Nesse

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. ADPF-AgR nº 43/DF. Data 20-11-2011. DJe 19-11-2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347925>> Acesso em: 12 nov. 2019.

sentido, o Ministro Ayres Britto citou a ADI 466¹, de relatoria do ministro Celso de Mello, em que o STF destacou que o sistema constitucional brasileiro não contempla o controle jurisdicional preventivo em abstrato.

Mais recentemente, duas arguições foram dirigidas contra a Proposta de Emenda Constitucional nº 287, de 5 de dezembro de 2016, a antiga Reforma da Previdência. Esta PEC é considerada antiga, pois em 2019 o Congresso Nacional deliberou e a aprovou a Proposta 6 de 2019, instituindo o novo regime previdenciário. Embora as arguições não tenham sido julgadas quanto ao seu mérito, o debate sobre o seu cabimento possui grande relevância para fins acadêmicos.

O primeiro ponto que merece destaque é em relação a legitimidade ativa. A ADPF 438 foi arguida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria Química (CNTQ), enquanto a ADPF 440 foi pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNMT). Nota-se que ambos os legitimados estão presentes no rol do art. 2º, inciso II da lei 8.992/99 combinado com o art. 103, inciso IX da Constituição Federal.

Em ambas as ações os requerentes indicam violação a diversos precedentes fundamentais, dentre eles pode-se destacar que a PEC pretendia reduzir direitos dos trabalhadores, ocasionando um retrocesso na seguridade social e afronta a cláusula pétreia do art. 60, §4º, inciso IV, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, os autores desejaram a suspensão da tramitação da proposta de emenda e determinação ao Poder Executivo que não promovesse reformas na previdência social sem que houvesse uma ampla discussão entre a sociedade e o governo.

O Procurador-Geral da República (PGR) opinou pelo não cabimento de ADPF neste caso, pois o “ato do Poder Público” que trata a lei de forma genérica deve estar pronto e suficientemente apto a lesar preceito fundamental, ou seja, a proposta de emenda à Constituição, enquanto não for promulgada, não deve ser considerada como ato do Poder Público, pois ainda está sujeita a inúmeras e imprevisíveis modificações no decorrer do processo legislativo.²

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. ADI nº 466/DF, Dje 10-05-91. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266369>> Acesso em: 12 nov. 2019.

² BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). Parecer do Procurador-Geral da República na ADPF nº 440 nº 440. p. 10. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311746237&ext=.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2019.

Conforme ressaltado (tópico 1.1.2), ainda na vigência da Constituição passada, o STF firmou entendimento que o meio adequado para impugnar uma proposta de emenda constitucional que possa violar uma cláusula pétrea é o mandado de segurança¹. Contudo, mesmo nessa via, ainda é possível observar divergência da Corte, como pode-se notar na decisão monocrática de medida cautelar no MS nº 34.518, Relator Ministro Luiz Fux. Dessa decisão pode-se extrair o seguinte trecho:

Consectariamente, acolher o pedido deduzido pelo impetrante, de sorte a suspender a tramitação da PEC 50/2016, é extinguir o debate. Isso não pode ser tolerado e não é o que se espera de uma Corte Constitucional. Se, por um lado, é legítimo admitir uma atuação menos contida pelo Poder Judiciário para assegurar os direitos individuais indispensáveis para a participação popular no procedimento democrático de tomada de decisões, por outro lado, o Poder Judiciário não pode antecipar o desfecho de um debate parlamentar. É no Parlamento, e não no Poder Judiciário, que as discussões públicas devem ocorrer por excelência. (...) *In casu*, não se sabe se a Proposta de Emenda à Constituição será arquivada, alterada ou aprovada. A questão deve permanecer em discussão, sob pena de um paternalismo judicial ou, para utilizar uma expressão bastante vogal, uma superdemocracia. (...) O papel desta Suprema Corte é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparente e com os canais de participação aberto a todos o que queiram deles participar.²

Ou seja, o ministro fundamentou a sua decisão afirmando que não é papel do STF interferir no processo legislativo, caso contrário será ativismo judicial. À Corte cabe apenas analisar a constitucionalidade depois que a lei for sancionada, caso contrário há uma violação a função típica do legislativo de emanção das normas. Essa interferência pode representar uma violação ao princípio da separação dos poderes.

Já na decisão de mérito, o Ministro Fux constatou que a proposta foi analisada e aprovada pelo Congresso Nacional, por isso julgou o *writ* extinto, sem resolução de mérito, por perda do objeto da ação.³

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é comum observar Mandados de Segurança que são julgados prejudicados devido a aprovação da Proposta

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança 20.257/DF. Rel. Min. Décio Miranda, Relator para o Acórdão, Min. Moreira Alves, publicado no DJ em 27-02-1981.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Decisão Monocrática. MC no MS 34.518/DF. Rel. Min. Luiz Fux. 22-11-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo847.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

³ O MS nº 34.518/DF impugnava a PEC nº 50/2016, mas o projeto foi analisado e aprovado pelo Congresso Nacional, e foi transformada na EC nº 96/2017.

de Emenda Constitucional ou Projeto de Lei posterior a impetração, pois não é tarefa da *mandamus* exercer papel de ação direta de inconstitucionalidade. Como foi possível notar nos precedentes já citados (MS 34.448 e MS 33.630).

É possível extrair desses julgados uma preocupação do STF em que a sua atuação seja exercida de forma a não violar a separação dos poderes, pois uma atuação exagerada durante o processo legislativo pode ocasionar sérios problemas ao Estado Democrático. Contudo, a Corte deve atuar para que a supremacia constitucional prevaleça junto ao processo de reforma constitucional, por isso, deve-se garantir que projetos violadores de cláusulas pétreas nem sejam colocados em votação por violar o art. 60, §4º da CF.

4.2 A POSSIBILIDADE DE CABIMENTO DE ADPF CONTRA UMA PEC VIOLADORA DE CLÁUSULA PÉTREA

Relembrando: a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem o seu cabimento descrito no art 1º da Lei nº 9.882/99: “a arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto *evitar* ou *reparar lesão a preceito fundamental*, resultante de ato de Poder Público.”

Percebe-se que o legislador ordinário foi claro ao determinar que é característica da ADPF “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental”. O conceito de preceito fundamental, embora careça de definição constitucional ou legal, foi amplamente debatido no presente artigo (tópico 3.2). A sua definição ficou a cargo da doutrina e de inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto e analisando-se essas referências, nota-se que há um certo consenso em afirmar que as cláusulas pétreas estão inseridas neste rol.

Sendo assim, o caput do art. 1º da Lei 9.882/99 sugere o cabimento de ADPF como forma de controle abstrato preventivo de constitucionalidade de proposta de emenda constitucional que viole uma das cláusulas pétreas elencadas no art. 60, §4º da CF.

Como já foi dito, o Supremo Tribunal Federal entende ser uma hipótese de cabimento de Mandado de Segurança, sendo o Parlamentar Federal o legitimado para o

seu ajuizamento, pois ele é quem tem o direito subjetivo de não ser convocado para votação inconstitucional.¹

Contudo, Gilmar Mendes questiona se “a via estreita do mandado de segurança é a mais adequada para solver os questionamentos acerca da legitimidade constitucional de uma proposta de emenda à Constituição.”² O jurista ampara a sua teoria sobre o cabimento de ADPF em dois argumentos: a ampla legitimidade ativa da arguição e o seu procedimento diferenciado.

A arguição de descumprimento possui um amplo rol de legitimados para a sua propositura, conforme previsto nos artigos 2º, inciso I da Lei 9.882/99 e 103 da CF. Ou seja, qualquer órgão de representação da sociedade, tais como as associações, estarão aptos a impugnar uma PEC violadora de preceito fundamental, não somente o parlamentar de uma das Casas do Congresso Nacional.

O segundo argumento diz respeito a questão procedimental, segundo Gilmar Mendes “mediante utilização da via processual oferecida pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, a proposta de emenda à Constituição sofrerá escrutínio judicial mais adequado à importância sistemática dessa espécie de ato normativo.”³ Isso porque a Lei 9.882/99 faz previsão a institutos como *amicus curiae* e audiência pública (art. 6º, §1º), institutos que permitem a ampliação do debate do controle de constitucionalidade incidental, possibilitando que o julgador tenha acesso a diferentes visões sobre a questão constitucional ora discutida.

Examinando as razões do veto presidencial a Lei 9.882/99, é possível verificar uma preocupação do então Presidente da República com a possibilidade de conferir ao STF poderes exagerados para a realização de controle de questões *interna corporis* do legislativo (art. 1º, inciso II – VETADO).⁴ Todavia, ao nosso sentir, combater uma

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. MS AgRg 24.667/DF, DJ 23-04-2004, Rel. Min. Carlos Veloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373374>> Acesso em: 20 nov. 2019.

² MENDES, Gilmar Ferreira. op cit p. 145.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. op cit p. 145.

⁴ II - Em face de interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal." BRASIL. Presidência da República Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem nº 1.807, de 3 de dezembro de 1999. Razões dos vetos a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm> Acesso em 20 nov. 2019.

transgressão às cláusulas pétreas não se relacionam com questões *interna corporis* do Congresso Nacional, nem mesmo uma interferência direta no processo legislativo, mas sim uma garantia que a supremacia da Constituição seja respeitada.

Daniel Sarmento trata desde assunto como uma mudança drástica no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tal medida até seria conveniente, “por reforçar ainda mais a supremacia constitucional, mas não poderia ser implementada através de simples lei ordinária, demandaria emenda constitucional.”¹

Outro aspecto que merece destaque é a lentidão do processo judicial, em muitos casos constata-se que o STF decide prejudicado o MS após a aprovação da emenda à constituição. Converter o mandado de segurança em ação direta de inconstitucionalidade é uma afronta ao sistema de controle objetivo de constitucionalidade, assim afirmou o PGR². Contudo, a jurisprudência da Suprema Corte reconhece a possibilidade de aditamento da inicial de uma ADI quando o objeto sofre alterações ao longo do processo, com a finalidade de que a ação não perca o seu objeto.³ Dessa forma, pode-se defender a tese de que uma ADPF que vise combater uma PEC, pode ser convertida em ADI, mesmo após da emenda, e ter a sua tramitação continuada, pois ambas as ações tratam do controle concentrado de constitucionalidade, evitando assim, o julgamento pela perda do objeto sem a análise do mérito.⁴

Ao nosso sentir, com a inauguração de um instrumento como a ADPF, capaz de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve caminhar no sentido de admitir que a arguição seja apta a combater um projeto de emenda à Constituição que vise a abolir uma das cláusulas imutáveis da CF. Não se pode esperar que essa reforma constitucional esteja pronta, acabada e capaz de

¹ SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paul: Atlas, 2001. p. 97.

² BRASIL. Ministério Público Federal (MPF). Parecer do Procurador-Geral da República no MS 33.630/DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310351425&ext=.pdf>> Acesso em: 05 de abril de 2020.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3547, Rel. Min. Alexandre de Moraes. Publicação no DJe 05-11-2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2314070>> Acesso em 05 abr. 2020.

⁴ Na ADPF nº 132 o Supremo realizou a conversão para ADI nº 4277, pois verificou-se que um dos pedidos, o reconhecimento de benefícios previdenciários já havia sido reconhecido em lei. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>> Acesso em: 05 abr. 2020.

gerar prejuízos no ordenamento jurídico para que seja passível de impugnação mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Dessa forma, entendemos que a Suprema Corte deve admitir a arguição de descumprimento de preceito fundamental como forma de controle abstrato preventivo de constitucionalidade nos casos em que o projeto de emenda à Constituição afronte os preceitos fundamentais elencados como cláusulas pétreas.

A ampliação do rol de legitimados auxiliaria no julgamento, pois não mais um único parlamentar seria legitimado para tanto, mas com uma mudança jurisprudencial, um Partido Político poderia ingressar com a arguição, além de outras entidades representativas da sociedade. O julgamento também ganharia em questões procedimentais, pois seria admitido a oitiva de *amicus curiae* e realização de audiências públicas, para melhor formar o entendimento dos ministros.

Uma vez admitida, o Supremo Tribunal Federal também deverá se atentar aos prazos e acompanhar de perto a tramitação do processo legislativo, para que não ocorram situações de perda de objeto sem que exista uma resposta jurisdicional adequada.

Contudo, essa análise judicial de um processo ainda passível de mudança no âmbito legislativo deve ser feita com cautela, para que não ocorra violação ao princípio da separação dos poderes ou até mesmo um ativismo judicial. Mas em algumas situações, onde seja evidente a transgressão de um preceito fundamental, a Corte Suprema não pode deixar a sociedade sem uma decisão satisfatória.

Em síntese, a análise prévia sobre a constitucionalidade de uma PEC representa a efetivação da supremacia da Constituição e desde que seja feita dentro de limites constitucionais, não pode ser considerado extrapolação da competência do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, pode-se concluir que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser considerada o meio eficaz na impugnação de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir cláusulas pétreas elencadas no art. 60, §4º da CF.

Embora haja uma ausência de conceito legal para “preceito fundamental”, conforme demonstrado neste trabalho, há um certo consenso na doutrina em determinar que as cláusulas pétreas figuram neste rol, pois a lei que disciplina a ADPF é clara em determinar que a arguição visa “evitar lesão a preceito fundamental”.

Após a promulgação da Constituição de 1988 e a instituição da ADPF, que posteriormente foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99, inaugurando assim um novo mecanismo de controle de constitucionalidade na forma abstrata, não se deveria mais falar em mandado de segurança como remédio constitucional adequado para paralisar um projeto de emenda constitucional violadora de preceitos fundamentais como as cláusulas imutáveis. Dois argumentos principais são levados em consideração para embasar essa teoria, o primeiro diz respeito à questão procedimental, uma vez que o controle abstrato de constitucionalidade se mostra mais adequado para analisar a constitucionalidade de uma PEC na esfera judicial. Além disso, o procedimento da ADPF permite a realização de audiência públicas e *amicus curiae* como forma de auxiliarem na decisão dos Ministros da Corte.

O segundo ponto a favor da arguição é o seu extenso rol de legitimados para propositura, diferentemente do mandado de segurança em que, nessas situações, apenas um parlamentar poderia ingressar com a ação, a ADPF permite que todos os legitimados do art. 103 da CF possam ingressar em juízo, desde que demonstrado o interesse naquela decisão.

Além disso, é notório que muitos mandados de segurança são julgados prejudicados pela perda do objeto, pois no momento da decisão de mérito, a PEC já foi promulgada como EC. Todavia, uma vez ajuizada a ADPF, pode-se defender a sua conversão em ADI mesmo após a conclusão do processo legislativo, pois ambas as ações compõem o controle concentrado de constitucionalidade, assim, a arguição não teria fim sem uma resposta em relação ao mérito debatido.

Ademais, tal mudança jurisprudencial não ocasionaria uma violação do princípio da separação dos poderes, pois embora haja uma suposta interferência direta do Poder Judiciário na elaboração legislativa, função do Poder Legislativo, o STF atuaria apenas com o objetivo de garantir que fosse cumprida a supremacia constitucional, uma vez que, o constituinte originário estabeleceu a previsão de que a CF não poderia ser emendada

em algumas hipóteses. Ou seja, o Supremo apenas estaria garantindo o cumprimento da Constituição.

Contudo, em última análise, para que o instituto seja eficaz, o Supremo Tribunal Federal deve primar pela celeridade processual, pois caso contrário a arguição correrá o risco de ser colocada em votação, gerando perda de objeto, devido a dinamicidade do processo legislativo.

Dessa forma, em síntese, pode-se concluir que, o mais adequado seria o STF modificar o seu atual entendimento para aceitar a arguição de descumprimento de preceito fundamental como forma de suspender a tramitação de uma PEC que tenha por objeto a abolição de cláusula pétrea, a fim de assegurar a supremacia da constituição em face do poder reformador.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Legislação Regulamentadora. In: TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional Tomo I – Teoria da Constituição. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

CANOTINHO, Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lênio Luiz. LEONCY, Léo Ferreira. Comentários a Constituição do Brasil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. O Poder Constituinte. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUEDES, Néviton. Democracia exige separação entre povo e representação. Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-08/constituicao-poder-democracia-exige-separacao-entre-povo-representacao#_ftn5_3294>

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARMENTO, Daniel. Apontamentos sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TAVARES, André Ramos. ROTHENBURG, Walter Claudius (organizadores). Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TRINDADE, João. Processo Legislativo Constitucional. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017

VARGAS, Alexis Galiás de Souza. BASTOS, Celso Ribeiro. Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 30, p. 69, jan. 2000.