



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

CONTROLE JURÍDICO DO VETO PRESIDENCIAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES

Dmitri Saramago de Araujo Pugliese

Rio de Janeiro

2017

DMITRI SARAMAGO DE ARAUJO PUGLIESE

**CONTROLE JURÍDICO DO VETO PRESIDENCIAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Monografia apresentada como exigência para
conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Peña de Moraes

Coorientadora:

Profª Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro

2017

DMITRI SARAMAGO DE ARAUJO PUGLIESE

**CONTROLE JURÍDICO DO VETO PRESIDENCIAL: LIMITES E
POSSIBILIDADES**

Monografia apresentada como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Aprovado em ___ de ____ 2017.

BANCA EXAMINADORA: _____

Presidente: Prof. Cláudio Brandão de Oliveira - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA
NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESSE TRABALHO, QUE SÃO DE
RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO AUTOR.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Andrea e Amaury, pelo apoio e carinho durante caminho percorrido até aqui, sabendo sempre que novas aventuras e desafios estão por vir.

Aos meus irmãos, Nastassja e Yuri, por me servirem de exemplo e fonte de inspiração intelectual.

Aos meus amigos da Emerj que através da convivência diária foram fontes de alegrias, aprendizados e reflexões. Por todos, agradeço em especial: Daniel, David, Diego, Erika, Fernando, Luis Filipe, Natasha e Raquel.

Ao meu orientador Guilherme Peña de Moraes pela orientação precisa, atenta e por acreditar na produção acadêmica dessa monografia.

À professora e coorientadora Néli Fetzner pela confiança, carinho, conselhos ao longo do período de produção desta pesquisa.

A todos os professores da Emerj que contribuíram para a minha formação jurídica da qual sou muito grato.

Vivemos num tempo paradoxal. Um tempo de mutações vertiginosas produzida pela globalização, a sociedade de consumo e a sociedade de informação. Mas também um tempo de estagnação, parado na impossibilidade de pensar a transformação social, radical. Nunca foi tão grande a discrepância entre a possibilidade técnica de uma sociedade melhor, mais justa e mais solidária e a sua impossibilidade política. Esse tempo paradoxal cria-nos a sensação de estarmos parados.

- Boaventura de Souza Santos -

Perguntei a um homem o que era o Direito. Ele me respondeu que era a garantia do exercício da possibilidade. Esse homem chamava-se Galli Mathias. Comi-o.

- Oswald de Andrade -

SÍNTESE

A presente pesquisa tem como objetivo analisar um tema pouco explorado no âmbito doutrinário no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, a saber: a sindicabilidade do veto jurídico oposto pelo chefe do Poder Executivo a projeto de lei perante o Poder Judiciário, na qual poderá anulá-lo. Será realizado um corte dogmático, pois não se analisará o veto por motivo de interesse político, mas apenas o veto jurídico. Proceder-se-á um estudo crítico a respeito da posição majoritária da doutrina que defende a impossibilidade desse controle, tal qual se propõem contra-argumentar as premissas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 1, na qual decidiu que o Poder Judiciário não poderia controlar o veto, pois a Constituição da República Federativa de 1988, já previu mecanismo idôneo apto para tanto, qual seja a apreciação em sessão conjunta, por meio do voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, conforme previsto no art. 66, §4º da CRFB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A NATUREZA JURÍDICA DO VETO E SUA FUNÇÃO	12
1.1. Conceitos, espécies e finalidades	15
1.2. Poder ou direito de veto?	18
1.3. Natureza Jurídica do veto: Ato Executivo ou Legislativo?	20
2. O VETO INCONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA JURÍDICO.....	25
2.1. Uma interpretação analógica da Teoria dos motivos determinantes	28
2.2. O Princípio da proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente – Untermassverbot	34
2.3. Do Princípio da Separação dos Poderes e o controle judicial do veto jurídico	40
2.4. Estudos de Casos: ADPF n.1 e ADPF n. 45	45
3. MECANISMO DE CONTROLE	54
3.1. O momento do controle	57
3.2. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	58
3.3. Pressupostos da arguição de descumprimento de preceito fundamental	60
3.3.1. Ausência de outro meio processual capaz de sanar a lesividade: a questão da subsidiariedade da ADPF e o Mandado de Segurança – MS	61
3.3.2. Descumprimento de Preceito Fundamental	62
3.4. Objeto da Arguição de Descumprimento	64
3.5. Legitimidade e Pertinência Temática	66
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por escopo analisar os limites e as possibilidades do Poder Judiciário realizar o controle judicial em face do veto jurídico oposto pelo Chefe do Poder Executivo.

A tese ora esposada se restringe à viabilidade do controle judicial de constitucionalidade pela via do sistema concentrado, de caráter abstrato e principal, que ocorre durante o processo legislativo, na modalidade preventiva, do veto jurídico, inconstitucional. Com isso, dever-se-á levar à análise do Supremo Tribunal Federal - STF, logo após a ocorrência dele, ou seja, antes de transcorrer a apreciação dele em sessão conjunta, que ocorrerá dentro dos trinta dias que se seguirão. Isso porque se o motivo do veto é inconstitucional, pois viola a Constituição, significa que ele é nulo, e, por isso, não poderá produzir efeitos.

Salienta-se que este trabalho não tem a pretensão de esgotar o estudo do veto. Por isso, se estabeleceu um corte dogmático a respeito desse instituto, no qual será excluído desta monografia o exame do veto por motivos de interesse público, visto que incluir essa modalidade demandaria um maior digressão sobre o tema. Isso avolumaria o escopo deste trabalho. Contudo, deixar esse tema em aberto significa dizer que ele poderá ser objeto de uma pesquisa futura.

Em precedente não muito antigo, Supremo Tribunal Federal - STF ao julgar a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF de nº 1, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil contra o veto parcial oposto pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro, não a conheceu, pois, em linhas gerais e como será visto oportunamente, se considerou que o veto é um ato político do Poder Executivo não sendo assim suscetível de ser

apreciado pelo Poder Judiciário. Conquanto, no julgamento da ADPF de nº 45, o relator Ministro Celso de Mello defendeu, na fundamentação, a possibilidade do Poder Judiciário interferir no veto, porém julgou prejudicada a arguição, diante da perda superveniente do objeto.

Diante dessas controvérsias, observar-se-á ao longo deste trabalho que não há consenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência a respeito da sindicabilidade do veto por motivos de inconstitucionalidade. Usualmente não se diferencia o veto por interesse público, do veto por inconstitucionalidade. Acreditamos que há distinção entre ambas as espécies; todavia, só analisaremos uma dessas modalidades conforme mencionado.

Antes de adentrar na complexidade desse fenômeno jurídico, no primeiro capítulo, se procura estudar a localização topográfica do veto no Direito Constitucional, assim como a sua natureza jurídica, função, conceito, espécies e finalidades. Isso porque, diante de uma questão que passa por argumentos lógicos-indutivos (silogismo categórico), é preciso compreender o que é o veto e em seguida, mais especificamente, o veto jurídico para se expor a tese ventilada.

Por conseguinte, no segundo capítulo, será feita a exposição dos argumentos que consubstanciam e viabilizam o controle judicial desse instituto. Observar-se-á a aplicação analógica da teoria dos motivos determinantes; utilizar-se-á do princípio da vedação da proteção insuficiente; realizar-se-á uma releitura do sacrossanto princípio da separação dos poderes; e, ainda, criticar-se-á dois precedentes que possuem íntima relação com a tese em maior e menor grau, qual sejam respectivamente: a ADPF de nº 1 e a APDF de nº 45.

No terceiro capítulo, por sua vez, investigar-se-á o momento em que se deverá exercer o controle, a ação idônea para tanto e os seus respectivos requisitos.

Em seguida, assentar-se-á conclusões diante do que fora exposto, na qual restar-se-á concebido a viabilidade jurídica da tese: do controle judicial do veto jurídico, sem que isso implique numa violação à visão ordenamental e sistemática do Direito pátrio.

Por fim, no tocante ao procedimento metodológico, convém dizer que se estabeleceu uma pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, já que o pesquisador identificou proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar a questão jurídica aqui apresentada.

A abordagem dessa pesquisa será qualitativa, tendo em vista a ampla investigação bibliográfica e jurisprudencial para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a tese.

1. A NATUREZA JURÍDICA DO VETO E SUA FUNÇÃO

O veto presidencial é instituto típico do Direito Constitucional, pois ele faz parte do processo legislativo¹ de formação de Leis. Conquanto se possa pensar que o veto seja característico do regime presidencialista, essa cogitação não se coaduna com a realidade histórica dos sistemas jurídicos, haja vista que já fora empregado por algumas nações parlamentares e em outros regimes, como a antiga União Soviética - URSS². Isso, por si só, já demonstra a ampla aplicação do instituto, o qual desde a sua origem remota³ possui previsão nos diversos sistemas e regimes jurídico-políticos.

No Brasil, sua previsão já existia à época do período monárquico e se manteve durante a República, principalmente, diante das influências políticas, ideológicas e jurídicas do modelo Norte-americano⁴. Atualmente, a Constituição da República do Brasil de 1988, dispõe nos §§1º ao 7º, e no *caput*, do art. 66 o seguinte:

¹ Canotilho define o processo legislativo como: “ a sucessão de série de actos (ou de fases, consoante a posição doutrinal respeitante à natureza de procedimento) necessários para produzir um acto legislativo. A lei é o acto final do procedimento. As várias fases procedimentais, disciplinadas com maior ou menor particularização nos vários ordenamentos, estão pré-ordenadas à produção de um acto final, a que chamaremos de lei formal de Assembleia. Desse modo, o procedimento legislativo é *um complexo de actos, qualitativa e funcionalmente heterogêneos e autónomos, praticados por sujeitos diversos e dirigidos à produção de uma lei do Parlamento*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 871.

² RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 01.

³ As origens do Veto conforme o observado por Ernesto Rodrigues antecede o período helenístico. Os povos das hititas que criaram um Império na Ásia Menor, por meio do seu avançado sistema político já previam o veto. Para o referido autor, a noção do veto passou dos hititas para os gregos, que seria herdado posteriormente pelos romanos. Idem. *O Veto no Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13-17.

⁴ Os movimentos de emancipação política como a Conjuração Mineira, a República Pernambucana, de 1817 se inspiraram nas lutas de independência do povo americano. Diante desses fatos e sob a influência do positivismo

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República.

§ 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

§ 7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo.

A deliberação executiva, ou fase executiva, é obrigatória sob pena de macular a lei com a pecha de inconstitucionalidade formal⁵. Nesse sentido, se extrai da leitura do texto, ao remeter o projeto, de uma das Casas do Congresso Nacional ao Presidente, o qual esse poderá proceder de três modos: “(i) ou no prazo de quinze dias úteis sanciona expressamente o projeto, transformando-o em lei; (ii) ou silencia, manifestando-se, no prazo constitucionalmente estabelecido, a denominada sanção tácita ou, (iii) finalmente, no mesmo prazo, motivadamente, nega sanção ao projeto, veto, por julgá-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público”⁶.

Constata-se que o veto é uma das modalidades na qual o Chefe do Poder Executivo poderá participar do processo de criação de leis, decidindo o melhor para a

francês de Augusto Comte, a Constituição Republicana, elaborada pela “Comissão dos Cinco”, que teve a sua redação final pelo então Ministro da Fazenda Ruy Barbosa, foi promulgada a 24 de fevereiro de 1891. Nela o instituto de Veto está positivado no art. 37, parágrafo primeiro. RODRIGUES, op. cit., 1981, p. 09-13.

⁵ FONSECA, Edson Pires. *Direito Constitucional legislativo: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo*. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014, p. 276.

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p.107.

sociedade⁷. Essa influência poderá ser total ou parcial e por motivos de inconstitucionalidade ou por contrariedade aos interesses públicos.

Além do veto, é importante ressaltar que o Presidente da República poderá ter a iniciativa para a criação de leis na forma do art. 61, §1º, da Constituição da República - CR⁸. Não cabe nesta pesquisa tecer considerações a respeito da iniciativa do Chefe do Executivo e das diversas fases desse procedimento; contudo, é com assaz certeza de que o Presidente participa ativamente desse processo⁹.

Entretanto, é o Poder Legislativo quem possui a função precípua de elaborar as leis e as demais espécies normativas. Por isso, o art. 66, §4º, da CR prevê a possibilidade de rejeição do veto pela maioria absoluta dos Deputados e Senadores¹⁰. Assim, apesar do Poder Executivo não ter a última “palavra” para a aprovação de um projeto de lei, a atuação dele pode alterá-lo diretamente, caso o *quorum* não seja o suficiente para afastar o veto. É o que a doutrina de Manuel Gonçalves Ferreira Filho caracteriza-o de veto suspensivo (relativo)¹¹, em contraposição ao veto absoluto.

Clèmerson Merlin Clève faz uma análise da dificuldade de se conquistar a “simpatia” de uma maioria como essa, a saber: “um projeto, por exemplo, aprovado por maioria simples na Câmara e no Senado, ao qual o Presidente da República nega sanção,

⁷ Convém dizer que o legislador é um verdadeiro artesão, porque ele constrói o espaço público da sociedade. Para os Gregos *nomothesia* é a virtude do legislador. É a prudência no sentido de equilíbrio (*phoresis*) que se deve possuir para construir o tecido jurídico que irá garantir a boa convivência.

⁸ Em que pese o §1 do art. 66 da CR fala em competência privativa, entendo que seira mais técnico o uso da expressão exclusiva, pois não há possibilidade de delegação das matérias ali prevista.

⁹ Existem outros mecanismos pelos quais o Poder Executivo participa da atividade legislativa como a Delegação e a Medida Provisória (quando convertida em Lei por Decreto Legislativo).

¹⁰ Redação conferida pela Emenda Constitucional de nº 76, de 28 de novembro de 2013.

¹¹ FERREIRA FILHO, apud CLÈVE, op. cit. p.107.

muito dificilmente alcançará uma maioria qualificada necessária para a rejeição do veto. O poder presidencial como se vê, continua enorme”¹².

Em seguida, se conceitua o veto, discorrendo acerca das espécies, finalidades, características e natureza jurídica, com o intuito de se realizar uma radiografia do instituto, pois só a partir dessa pré-compreensão é que se poderá alcançar a questão que se propõe a explorar neste trabalho.

1.1. Conceitos, espécies e finalidades

Para Mário Casasanta, pode-se conceituar: “Juridicamente, é o veto, em nosso sistema um poder que se confere ao chefe do executivo de devolver ao Congresso o projeto de lei que julgar inconstitucional ou inconveniente aos interesses nacionais para efeito de nova consideração”¹³.

Segundo Edson Pires da Fonseca, “entende-se por veto a manifestação expressa de discordância do Chefe do Executivo acerca do projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo e que lhe foi submetido à apreciação”¹⁴.

Já, Annibal Freire da Fonseca, citando Hamilton, no livro - O Federalista -, conceitua-o: “uma nova garantia de voto contra as más leis” e continua: “um meio de depuração das más influências, que porventura tenham agido sobre o espírito do legislador”¹⁵.

¹² Ibidem., p.108.

¹³ CASASANTA apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa: legística formal*. 6. ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2014, p.209.

¹⁴ FONSECA, op. cit., p. 277.

¹⁵ HAMILTON apud RODRIGUES, 1981 op. cit., p. 15.

Por sua vez, o escólio de José Afonso da Silva ao interpretar os atos do chefe

do Executivo afirma:

Concebe-se o veto como uma sanção negativa. Já nos referimos a isso. Assim não pensamos, pois sanção, no caso, significa aprovação e o veto é manifestamente o contrário disso. Sanção (ato positivo), veto é também ato positivo, embora contra alguma coisa. Mas não contra a sanção. Não existe sanção negativa; ou existe ato positivo, ou não existe. A não-sanção, no nosso sistema, equivale à sanção (CF, art. 66, §3º). O veto não é simples negação da sanção; implicitamente contém negação da sanção. Nega-se a sanção, mas, além disso, volta-se contra o conteúdo do projeto. O veto, realmente, não se opõe à sanção, mas é manifestamente contrário à escolha contida na matéria vetada; vira-se, pois, contra o exercício do poder de iniciativa naquele caso concreto. Dirigi-se contra a escolha dos interesses que o projeto pretende amparar. O poder de veto é, portanto, um ato positivo para impedir que a escolha da matéria e interesses, objeto da iniciativa, venha a se amparada pela ordem jurídica¹⁶.

Desse modo, pelas esclarecedoras palavras transcritas, percebe-se que a sanção é ato positivo, a não sanção é ato negativo com efeitos de sanção e o veto, é o ato positivo. Assim, não se concorda com a definição jurídica de Pontes de Miranda, a qual afirma o veto ser uma negativa de sanção¹⁷, pois um ato não é paralelamente contrário ao outro, já que ele se dirige a um fim específico que são as escolhas contrárias à iniciativa parlamentar a respeito de determinada matéria. Para Alexandre de Moraes o veto também é uma manifestação de discordância do Presidente da República com o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo¹⁸.

À luz dos conceitos destacados, se estabelece a investigar os tipos de veto. Denota-se, desde já que a CRFB/88 apenas previu algumas modalidades. Todavia, além dessas serão registradas outras variações, cuja importância histórica não os permitem omitir.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.225.

¹⁷ Para Pontes de Miranda o veto é a recusa de sanção. MIRANDA, apud RODRIGUES, op. cit.,1981. p. 15.

¹⁸ MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012, p.687. Em sentido semelhante André Ramos Tavares em: TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2014.

Quanto ao seu alcance, extensão, o veto: é dito total, quando abarca todo o projeto, ou parcial, se atinge apenas partes do projeto¹⁹. Não há maiores digressões que se possa realizar em relação ao veto total, tendo em vista que ele tem o escopo de evitar essa produção legislativa. O veto parcial, que por sua vez, também é chamado de Item Veto e de Veto Seletivo²⁰ possuindo limites, pois somente abrangerá o texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea (art. 66, §2º da CRFB/88)²¹.

Quanto aos seus efeitos, obrigatoriedade, o veto pode ser absoluto ou relativo, que também denominado de restritivo, suspensivo, translativo ou qualificado. Esse, é aquele que pode ser derrubado, suprimido por membros do Poder Legislativo se conseguir um determinado número de votos. Aquele, consagrado às ditaduras²², deve ser acatado pelos membros do Legislativo, pois não possuem a autorização para desmantelá-lo a fim de pôr termo à sua elaboração.

O *Pocket-Veto*, é o “que ocorre durante o encerramento da sessão legislativa, sem que haja expirado o prazo para o exercício do Veto, o qual é considerado como existente. Como aponta Francisco Sá Filho, a Suprema Corte do EUA, julgando o caso *La Abra Silva Mining Cº X United States*, entendeu que mesmo com o encerramento, o Presidente poderia pronunciar-se”²³. A doutrina brasileira não costuma fazer alusões a esse tipo de veto, por falta de relevância prática.

Quanto ao seu motivo, matéria, o veto pode ser por inconstitucionalidade e por contrariar os interesses públicos. Se o Presidente da República julgar o projeto

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.906.

²⁰ RODRIGUES, op. cit., 1981. p. 27.

²¹ Segundo Nelson de Sousa Sampaio o veto parcial surgiu em Constituições estaduais da Federação norte-americana. No Brasil, o instituto também nasceu no plano do Estados Federados, a exemplo da constituição bahiana de 1981 (art. 41). SAMPAIO apud CLÈVE, op. cit., p.108 (nota de rodapé).

²² RODRIGUES, op. cit., 1981. p. 30-33.

²³ Ibidem, 1981. p. 32.

inconstitucional, deverá vetá-lo diante da supremacia dos interesses Constitucionais. Esse é o chamado veto jurídico, objeto deste trabalho que será estudado com mais detalhes em momento oportuno. O veto por contrariedade ao interesse público é conhecido como veto político diante do seu elevado teor de subjetividade.

Faz-se oportuno lembrar que desde Montesquieu²⁴ em, *O espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo VI, o Veto tem sido indicado como uma faculdade do Poder Executivo de participar do processo legislativo com o escopo de se conferir maior equilíbrio entre os poderes. Com isso, assevera que uma das suas finalidades é a de se evitar os excessos do Legislativo. Assim Ernesto Rodrigues citando Carlos Maximiliano diz: “serve para tornar o projeto de lei escoreito de quaisquer exageros, erros ou outras inconveniências, se parcial; e para rejeitá-lo se total”²⁵. Nos dizeres de Francisco Sá Filho acrescenta: “o veto não pode, porém, ter a finalidade de deturpar o sentido do projeto de lei. É assim que não poderá transformar uma proposição negativa em afirmativa, pela simples rejeição do advérbio”²⁶. Regra essa que conforme mencionado alhures está prevista no §2º do art. 66 da CRFB.

Com isso, ao tentar impedir o nascimento de uma lei, pode-se dizer que o veto possui como principais efeitos: proteger o direito individual e o interesse coletivo contra as precipitações e os abusos do poder legislativo; tornar o Executivo um coparticipante do legislativo; e conferir um maior equilíbrio à atividade legiferante.

1.2. Poder ou direito de veto?

²⁴ WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política*. V.1. 3. ed. São Paulo: Ática S.A, 1991, p.180-181.

²⁵ MAXIMILIANO apud RODRIGUES, op. cit.,1981. p.34.

²⁶ SÁ FILHO apud ibidem., 1981. p.34.

Conforme observado por Mario Casasanta²⁷, um dos problemas que se depara ao estudar este instituto é saber se trata de um poder de veto ou de um direito de veto. Tratam-se de nomenclaturas que se distinguem em razão da origem cultural da qual cada autor buscou referência doutrinária. Os autores norte-americanos preferem o uso da expressão “poder de veto”, *veto power*; e, por sua vez, a literatura jurídica francesa optou por articulá-la como “direito de veto”, *droit de veto*²⁸.

No Brasil, é majoritário o emprego da expressão poder de veto. Os defensores do veto como um poder apontam: a) é a tese em que se assemelha às origens estadunidenses do veto brasileiro²⁹, já que o modelo republico brasileiro inspirado no americano; ter essa expressão sido acolhida na generalidade das Constituições³⁰, tanto nas imperiais quanto nas republicanas. Essa é a posição de Ernesto Rodrigues e Mario Casasanta e José Alfredo de Olveira Baracho.

Em sentido contrário, destacam-se Carlos Maximiliano e o emérito Pontes de Miranda³¹, referindo-se ao veto como um direito e um dever. Por sua vez, Miguel Reale – o notável professor da faculdade da USP – se utilizou da expressão faculdade ou prerrogativa de veto. Manuel Gonçalves Ferreira Filho se valeu do veto como uma faculdade³².

Malgrado a divergência terminológicas entre os diversos juristas mencionados, importa destacar que a Constituição da República se utiliza da expressão poder com diversos sentidos. Essa imprecisão advém, por exemplo, do parágrafo único, do art.1º, da CRFB ao dizer: “todo o poder emana do povo (...)”, do art. 2º, *caput*, da CRFB ao elencar: “são Poderes

²⁷ CASASANTA, apud BARACHO, op. cit. p.58.

²⁸ Ibidem, p.59.

²⁹ RODRIGUES, op. cit., 1981. p. 42-45.

³⁰ AFONSO DA SILVA, apud BARACHO, op. cit. p.59.

³¹ RODRIGUES, op. cit.,1981. p.48.

³² Ibidem., p.51.

da União (...)” e do art. 76, *caput*, da CRBF ao trazer à baila: “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República (...)”. É certo que a Constituição ao citar os Poderes da União, faz referência às próprias funções e órgãos da União, o que justifica o emprego da inicial maiúscula ³³.

Com isso, nos dizeres de Clèmerson Merlin Clève: “a separação dos poderes corresponde a uma divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos, e aí sim, autônomos órgãos denominados poderes”³⁴. Por isso, as atribuições elencadas no art.84 da CRFB são na verdade, manifestações dos afazeres do Poder Executivo e dentre elas temos o veto, disposto no inciso V, do art.84 da CRBF, como desdobramento dele.

1.3. Natureza Jurídica³⁵ do veto: Ato Executivo ou Legislativo?

A natureza jurídica do veto é um dos muitos pontos de controvérsia em que não se encontra unanimidade no Direito Constitucional. Isso porque, conforme é cediço, o ato é exercido pelo chefe do poder executivo, porém afeta diretamente o curso do processo legislativo. Por isso, diverge a doutrina em duas correntes: ato de natureza executiva ou ato de natureza legislativa.

Retomando a ideologia preconizada por Montesquieu, em relação à tripartição dos poderes o veto seria ato de caráter executivo, pois, segundo ele: “o poder executivo, como

³³ Ibidem. p.28.

³⁴ CLÈVE, op. cit., p.31.

³⁵ Por natureza Jurídica se entende: 1. Significado último dos institutos; 2. afinidade que um instituto jurídico tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela se incluído a título de classificação. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 3.V. São Paulo: Saraiva, 1998, p.337. Para José Cretella Júnior: natureza jurídica é a posição do instituto ou da relação, no sistema jurídico que lhe é próprio. Determinar a natureza jurídica de um instituto é localizá-lo de modo perfeito, no sistema de direito a que pertence esse instituto. CRETELLA JÚNIOR, José. *Primeiras Lições de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 75.

dissemos, deve participar da legislação pela faculdade de vetar; sem o que breve será despojado de suas prerrogativas”³⁶. Não obstante, a matriz etiológica citada, deve-se resolver essa discórdia por meio de uma interpretação sistemática da Carta Magna de 88 a fim de se atinar a tese ora aventada ao *telos* constitucional.

Explica Francisco de Sá Filho:

[...]é questão acadêmica a natureza do Veto, isto é, de ter ele caráter legislativo ou executivo. Esclarece o autor que a primeira tese foi adotada pelos que apegam à Constituição estadunidense, segundo a qual todos os poderes legislativos são investidos no Congresso (*‘all legislative power is vested in Congress’*), ficando com a segunda, os que aceitam cegamente o princípio da separação dos poderes. Todavia, o veto confirma a mudança desse conceito para a colaboração, adaptando-se melhor à teoria dos ‘freios e contrapesos’ (*‘checks and balances’*), que atuam entre os poderes do Estado³⁷.

Ademais, assegura Ernesto Rodrigues que a maioria da doutrina é favorável à natureza legislativa do Veto; ele, sem embargo, se perfilha à corrente que defende à natureza executiva³⁸.

Dentre os argumentos dos que defendem a natureza legislativa temos em síntese dois supedâneos: a) que é uma maneira pela qual o Poder Executivo evita as demasias do Poder Legislativo³⁹; b) outros, como Eduardo Espínola, consideram a sanção ou o veto como integrantes da fase de elaboração da lei⁴⁰.

Em contrapartida Navarro de Brito⁴¹ sintetiza em dois argumentos chaves para aqueles que o consideram como ato de natureza executiva: a) o princípio da separação dos

³⁶ WEFFORT, op. cit. p.180.

³⁷ SÁ FILHO apud RODRIGUES, op. cit., 1981. p. 18.

³⁸ Ibidem.,1981. p. 19.

³⁹ Defendido por Alcino Pinto Falção. FALCÃO apud Ibidem., 1981. p. 19.

⁴⁰ ESPÍNOLA apud Ibidem., 1981. p. 19.

⁴¹ BRITO apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*. 1984, v.83.p158. Acesso pelo site: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181546>, acesso em 18 de julho de 2015, às 13:32.

poderes; b) a intervenção do veto ocorre na fase de “eficácia da lei”. Ernesto Rodrigues ao defender a posição de ato executivo acrescenta, ainda, que: “se a essência desse Poder é executiva, tal circunstância se estende a todos os atos oriundos desses mesmo Poder, os quais, pela sua origem, nascem com a natureza executiva”⁴². Por fim, Octacilio Alecrim⁴³ ao analisar esta questão sob o ponto de vista histórico esclarece que tanto a Constituição de 1824 e quanto a de 1921 topograficamente, trataram dessa matéria na parte integrante do Poder Legislativo; e, por sua vez, a Constituição de 1946 - vigente à época dele - rompeu com essa sistemática, concluindo pela natureza executiva por serem poderes “qualitativamente diferentes”⁴⁴.

Não obstante os argumentos expostos que sustentam ambas as correntes, à luz da Constituição Republicana de 1988 tem-se que considerar o seguinte: a) topograficamente o §4º, do art. 66, este é inserido na Seção VIII, a qual trata do processo legislativo, que é íntegra o capítulo I, ou seja, o Poder Legislativo; b) ao se interpretar inciso V e III do art. 84 percebe-se que eles são atribuições do Chefe do Poder Executivo que se inserem diretamente no processo de formação de leis, seja por meio da Medida Provisória ou por intermédio do veto e da sanção. Assim, nota-se claramente que o Poder Executivo, tal como o Poder Judiciário,⁴⁵ possuem atribuições de caráter tipicamente legislativo; c) a leitura do Título IV que versa a respeito da Organização dos Poderes, a partir do art. 2º da CRFB/88, resta sedimentado que a atual Carta Política adotou o princípio da separação dos poderes privilegiando o sistema de freios e contrapesos com o escopo de harmonizá-los, e, com isso, cada Poder possui as chamadas funções típicas e atípicas. Dentre as funções típicas menciona-

⁴² RODRIGUES, op. cit., 1981. p.20

⁴³ ALECRIM, Octacilio apud Rodrigues, 1981. p22.

⁴⁴ Expressão utilizada por Octacilio Alecrim, apud Rodrigues, 1981. p22.

⁴⁵ Conforme previsto no *caput* do art. 93 da CRFB/88.

se, por exemplo, a prática de atos de chefia de Estado conforme previsto no inciso VIII, do art. 84 da CRFB/88. Já em relação as funções atípicas temos as de natureza jurisdicional (ex. quando o Executivo aprecia e julga os recursos administrativos) e a legislativa quando o Presidente da República adota Medida Provisória com força de lei e veta projeto de lei (posição defendida pelo autor que foge à análise ordinária dos manuais de Direito Constitucional).

Isso posto, considera-se que a natureza legislativa do veto está em equilíbrio com a Carta Magna vigente. Conquanto o fato de considerarmos o veto como um ato natureza legislativa não se pode olvidar que o Presidente da República, é obrigado a comunicar os motivos do veto ao Presidente do Senado Federal (na forma do §1º, art. 66 da CRFB/88), demonstrando, com isso, que não se pode comparar um ato de um Deputado ou Senador com o do Presidente⁴⁶. Desse modo, para se chegar ao ponto nevrálgico desse trabalho não é imprescindível saber se a sua natureza é executiva ou legislativa, haja vista que os motivos que consubstanciam o veto é que serão determinantes para se aferir o controle judicial. Na verdade, é substancial a análise desse instituto perante toda a sua completude jurídica, pois só assim se evitará as teratologias e as aporias.

Além disso, Paulo Henrique Resende Marques observa que: “independentemente de o veto ser um ato legislativo ou executivo, ele é um ato político (ou ato de governo), pois decorre da própria Constituição”⁴⁷.

Nesse sentido, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello diz que os atos administrativos são infralegais; já, os atos políticos são infraconstitucionais⁴⁸. A tese de que o

⁴⁶ MARQUES, Paulo Henrique Resende. *Controle Judicial do veto jurídico: uma análise constitucional e processual*. Curitiba: Juruá, 2015, p.28.

⁴⁷ Ibidem., p.28.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.27

veto por inconstitucionalidade não é um ato estritamente político foi sustentado por Gilmar Mendes, a saber⁴⁹:

Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite o Chefe do Poder Executivo se valha de veto com fundamento na inconstitucionalidade com a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público. Dir-se-á, porém, que eventual utilização abusiva do veto com fundamento na suposta inconstitucionalidade da proposição poderia ser sempre reparada, pois estaria sujeita a apreciação e, portanto, ao controle do organismo parlamentar competente. Essa tese é evidentemente insatisfatória, porque admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência. Isto relativiza, de forma inaceitável, a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição. Por outro lado, parece inequívoco que a apreciação do veto pela Casa Legislativa não se inspira exatamente em razões de legitimidade. A ausência de maioria qualificada fundada em razões meramente políticas implicará a manutenção do veto ainda que lastreado em razão de inconstitucionalidade despropositada. A indagação que subsiste diz respeito à possibilidade de que se pudesse judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado. Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, que parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia.

À guisa de conclusão se entende que o veto ao projeto de lei por motivos de inconstitucionalidade é um ato político, porém não é absoluto, cuja natureza legislativa necessita de motivação - regra do §1º, do art. 66 da CRFB/88 -, porque assim foi previsto pela Constituição. A primordialidade de se motivar o veto é uma particularidade desse ato que é originado pelo Chefe do Executivo, mas possui natureza legislativa, diferenciando-se assim das diversas espécies legislativas elencadas no art. 59 da CRFB. Isso porque o veto é um modo pelo qual o Poder Executivo participa do processo legislativo com uma feição acessória e complementar aos atos oriundos do Poder Legislativo.

⁴⁹ MENDES, GILMAR. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle da Constitucionalidade*. COAD, Seleções Jurídicas, jun. 1997, p.11-13. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>. Acesso em: 15 abr 2017.

2. O VETO INCONSTITUCIONAL COMO PROBLEMA JURÍDICO

Ante a teoria geral do veto é tônica a posição majoritária, tanto doutrinária como jurisprudencial, de que o veto é insindicável, tendo em vista a sua natureza de ato político, conforme referido no primeiro capítulo⁵⁰. É desse modo, a recente decisão de 2015 da Ministra Cármen Lúcia, *in verbis*:

[...] o impetrante pretende submeter ao controle abstrato de constitucionalidade deste Supremo Tribunal o mérito do veto aposto pela Presidente da República a proposta legislativa votada pelo Congresso Nacional, afirmando-o contrário aos arts. 5º, § 2º e § 3º, e 206, inc. I, da Constituição da República (...). Pretende obter a declaração de inconstitucionalidade do veto e, com isso, a promulgação de normas vetadas. O impetrante pretende substituir os instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade pela ação de mandado de segurança. Aqueles instrumentos são dispostos constitucionalmente, têm requisitos, condições, incluídas as subjetivas, especificamente estabelecidas em norma constitucional. O cidadão não dispõe de legitimidade para ajuizar qualquer daqueles instrumentos de controle abstrato e com efeitos *erga omnes*. (...) Não bastasse o descabimento da via processual utilizada pelo impetrante, não se há cogitar de direito líquido e certo ao que foi suprimido, sequer expectativa de direito a ser tutelado judicialmente pela via do mandado de segurança. A tese desenvolvida pelo impetrante, se acolhida, traria o revés de inviabilizar este Supremo Tribunal, pois atrairia para sua jurisdição a insurgência de todos aqueles que vissem suas pretensões frustradas em decorrência do exercício regular do poder de veto atribuído ao Presidente da República.⁵¹

Compreende-se da leitura do citado julgado, olvidando-se das questões processuais que circundam o caso – as quais serão objetos de estudo no terceiro capítulo -, há uma tendência defensiva nos argumentos da Ministra Relatora, pois, no entender dela, se a tese do impetrante fosse acolhida a Suprema Corte atrairia uma grande demanda diante do exercício regular do poder de veto atribuído ao Presidente da República. Em precedente mais antigo, mas de extrema importância para a reflexão desta tese, se destaca um trecho preciso o

⁵⁰ CASTRO SIQUEIRA, apud. BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4 ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.264.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33.694. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 abr 2017.

qual retrata a predominância do entendimento jurisprudencial ora questionado. Eis a decisão⁵²:

“O exercício do poder de veto, apesar de estar cingido à constitucionalidade e ao interesse público, não pode, em si, ser considerado abusivo, visto que implica em juízo subjetivo e particular”.

Pelo trecho em destaque, os atos excessivos, do Chefe do Poder Executivo não poderiam ser considerados abusivos por si só, haja vista que aparentemente o poder de veto seria quase absoluto, já que “implica em um juízo subjetivo e particular”. Vale destacar, ainda, outro julgado paradigmático do Supremo Tribunal Federal, que será comentado pormenorizadamente no tópico seguinte, no seguinte sentido:

Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. Argüição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado.”⁵³

Com efeito, entende-se que a natureza jurídica do veto é ato estritamente político, sendo que não há uma distinção doutrinária nem jurisprudencial que diferencie o veto por interesse público, do veto por inconstitucionalidade. Consectariamente a essa posição é que se leva à conclusão pela impossibilidade de o Poder Judiciário reexaminar o mérito dele. Assim, o veto cujo fundamento é o interesse público tem por essência um ato estritamente político dado o seu conceito vago, seu caráter subjetivo e a sua finalidade de

⁵² Representação n. 1.065-1. Acesso disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43460/42123>, em 28 de dezembro de 2015, às 17 horas e trinta minutos. P.200.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n1. Relator: Ministro Néri da Silveira, DJ em 7 nov 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 abr 2017.

resguardo da governabilidade⁵⁴. Diante dessas premissas, inicialmente, Binenbojm defendeu a impossibilidade do controle judicial dessa modalidade de veto⁵⁵. A presente tese, conforme mencionado, apenas, trata da possibilidade de se realizar o controle jurídico do veto jurídico, pretexto pelo qual não será exposto a tese do autor em relação ao veto por interesse público.

Nesta ocasião, o veto jurídico inconstitucional se apresenta como um problema jurídico da seguinte maneira: se ao motivar o veto por inconstitucionalidade, o Chefe do Executivo estaria vinculado ou não aos motivos que consubstanciam o seu ato, haja vista que a supremacia da Constituição Republicana vincula os três baluartes da República. Essa tese é defendida por Gustavo Binenbojm ao se utilizar analogicamente do princípio dos motivos determinantes oriundo do Direito Administrativo⁵⁶. Sob essa ótica, o veto inconstitucional se torna uma questão jurídica quando o seu fundamento se pauta em uma razão de ordem maior que é Constituição. Por isso, o porquê da sindicabilidade do veto ao exame do Poder Judiciário. Cabe ao Supremo Tribunal se posicionar a respeito da constitucionalidade ou não de um ato *latu sensu*, quando provocado, pois, é o derradeiro guardião. Não seria uma contra argumentação satisfatória apenas alegar-se a natureza jurídica do veto de ato político para justificar violação à Constituição. Até porque a Teoria da Constituição tem como um dos seus nortes a limitação daquele que exerce o poder. Seria, desse modo, contraditório se imaginar, que se o Congresso Nacional, não conseguirá *quórum* suficiente para derrubar o veto, tendo como consequência a produção de efeitos de um ato inconstitucional no ordenamento pátrio. Agregue-se a isso, o fato de que se o motivo é a inconstitucionalidade parcial ou total da lei, não há margens para subjetividades daquele que pratica o ato.

⁵⁴ BINENBOJM, op. cit., p.266.

⁵⁵ Ibidem. p.266.

⁵⁶ Ibidem p. 267.

Para além da aplicação analógica da teoria dos motivos determinantes, demonstrar-se-á como supedâneo desta tese que o princípio da proibição de proteção insuficiente – *Untermassverbot* – é outro pilar que dá cabo à completude do ordenamento jurídico e por efeito à supremacia da Constituição Republicana. Não obstante, será demonstrado que esta tese não ofende o princípio da separação dos poderes.

Após traçado esse compêndio que inicia o segundo capítulo e delinea o problema jurídico apresentado, expor-se-á, pormenorizadamente os alicerces desta tese.

2.1. Uma interpretação analógica da Teoria dos motivos determinantes

A Teoria dos motivos determinantes se encontra didaticamente incluso no estudo dos requisitos, ou elementos para alguns, do ato administrativo. A partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷ o ato administrativo é sistematizado do seguinte modo: elementos do ato e pressupostos do ato, que se subdividem em pressupostos de existência e de validade. Os elementos do ato são o conteúdo e a forma. Dos pressupostos de existência temos o objeto e a pertinência do ato. Já os pressupostos de validade se dividem em: subjetivos, o sujeito; objetivos, motivo e requisitos procedimentais; teleológico, finalidade; lógico, causa; formalísticos, formalização⁵⁸.

Após essa sucinta instrução, se torna evidente que etiologicamente a Teoria dos motivos determinantes advém da exigibilidade e da compatibilidade do motivo com a situação fática sob exame, que conforme visto é um pressuposto de validade objetivo do ato

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.395-397.

⁵⁸ Ressalta-se que a vontade para Bandeira de Mello não é um elemento do ato administrativo. Isso porque quando ela existe ou é valorada pelo Direito, precede o ato, sendo, assim, impossível de considerá-la como competente dele.

administrativo. De acordo com o mestre Bandeira de Mello, "o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for descoincidente com o motivo legal"⁵⁹. Assim, para fins de análise da legalidade do ato é necessário verificar: a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado; e a correspondência do motivo existente, e que embasou o ato com o motivo previsto em lei⁶⁰.

É importante não confundir o motivo e o móvel, tal qual o motivo, da motivação. O motivo é "a realidade objetiva e externa ao agente"⁶¹. O móvel é a intenção do agente, ou seja, a representação subjetiva, psicológica, dele. Lado outro, a motivação é um requisito formalístico do ato, é aquilo que o agente apresenta como "causa" do ato administrativo⁶². Apesar da confusão conceitual entre motivo e motivação: a Lei nº 4.717/1965, lei da Ação Popular, que relaciona o requisito dos atos administrativos, elenca o "motivo" no art. 2º, "d" e parágrafo único. Carvalho Filho, explica: "os termos são verdadeiramente sinônimos, e isso, já é causa de confusão; mas na expressão legal consta o termo "motivos" e, por isso, a ele devemos recorrer quando estivermos tratando dos elementos impulsionados de vontade administrativa"⁶³. Assim, para Carvalho Filho deve-se abandonar a distinção de caráter meramente formal, para se considerar como indispensável a justificativa do ato⁶⁴.

Dentro desta celeuma, se questiona a enunciação dos motivos do ato é obrigatória e, conseqüentemente, a ausência dele, é causa suficiente para a invalidade do ato. Para o ilustre professor Procurador de Justiça, não subsiste dúvida de que é realmente

⁵⁹ Ibidem, 2013. p.402.

⁶⁰ Ibidem, 2013. p.402.

⁶¹ Ibidem, 2013. 403.

⁶² Ibidem, 2013. p. 404.

⁶³ CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.115.

⁶⁴ Ibidem. p.115

obrigatório, pois sem ele o ato é irrito, nulo; sendo inconcebível se aceitar um ato administrativo sem que se tenha delineado uma situação de fato⁶⁵. Adiciona Bandeira de Mello, "que perante um ato administrativo é fundamental indagar então, e desde logo, se faticamente existem ou não os motivos, vale dizer, os eventos alegados ou presumidos para a prática do ato"⁶⁶. Disse, ainda, o catedrático Caio Tácito:

se inexistir o motivo, ou dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo⁶⁷.

Ao revés, quanto à motivação - em que pese posição em contrário - não há obrigatoriedade, já que não há comando legal, nem Constitucional nesse sentido, salvo disposição expressa específica em respeito ao princípio da legalidade.

Diante do exposto, as premissas que consubstanciam a Teoria dos motivos determinantes é a obrigatoriedade de se motivar o ato administrativo, e que ele deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato a qual lhe deu ensejo. Por isso, "se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidade do ato"⁶⁸. Essa teoria guarda maior guarida em relação aos atos discricionários, já que o agente possui maior liberdade de aferição para a tomada de escolha. Em síntese, se um ato administrativo é discricionário não exigindo motivo expresso, mas venha a existir, ele passa a vincular o agente nos termos mencionados⁶⁹.

⁶⁵ Ibidem. p.115.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.89

⁶⁷ TÁCITO, Caio *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2010, op. cit., p.88.

⁶⁸ LAUBADÈRE *apud* Ibidem, p.118.

⁶⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p.118.

Nesse diapasão argumentativo, é que se pode utilizar analogamente a Teoria dos Motivos Determinantes, quando o Chefe do Executivo veta, total ou parcialmente, um projeto de lei. Veja-se que o art. 66, §1º, diz que o Presidente ao considerar o veto deverá apresentar em quinze dias os motivos dele⁷⁰. A norma é emanada do Poder Constituinte Originário. Decorre daí, a expressa menção legal, que é imperativa ao atribuir ao Presidente o dever legal de motivar o veto.

Com efeito, se estabelece algumas premissas fundamentais as quais devem ser consideradas: o dever legal do Chefe do Poder Executivo em motivar o veto; a natureza jurídica do veto de ato político de natureza legislativa, que tem como uma de suas funções precípuas freiar os excessos oriundos da atividade legiferante e nem por isso é absoluto; o dever de motivar o ato político implica em uma relação de congruência entre o motivo, de um lado, e objeto e a finalidade, de outro, ou seja, o motivo deve ser sempre ajustado a finalidade do ato⁷¹; que a Teoria dos motivos determinantes “funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos”⁷²; considerando que o *quorum* qualificado pela maioria absoluta, realizado em sessão conjunta pelos Deputados e Senadores, nem sempre consegue derrubar o Veto oposto⁷³. Dadas essas proposições, é que se conduz à conclusão de que se o veto é oposto por motivo de inconstitucionalidade, o motivo que justifica esse ato é determinado, certo e objetivo. Assim, é mister verificar a pertinência que circunda o ato.

⁷⁰ Eis a redação *ipsi literis*: "se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

⁷¹ CARVALHO FILHO, op., cit., p.119.

⁷² MEIREIHES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros. p. 2015.

⁷³ Redação dada pelo Emenda Constitucional nº 76, de 2013 ao §4º, do art. 66 da CRFB, a qual dispõe: "o veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores”.

Diante dessa necessidade de convalidação, é que se extrai a sindicabilidade do veto; ou, em outras palavras, a possibilidade de se exercer o controle judicial do veto jurídico.

Com a finalidade de garantir o escoreito processo legislativo, evitando-se que o veto por motivos de inconstitucionalidade produza efeitos na ordem jurídica, quando não há uma autentica incompatibilidade do projeto de lei com a força normativa da Constituição, o Supremo Tribunal Constitucional deverá ser invocado para se manifestar a respeito desses motivos. Sobre essa questão: "a Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional"⁷⁴. Apesar do art. 102 da CRFB que trata das competências explícitas da Suprema Corte, não fazer referência ao controle do veto pela Corte, se constrói essa hermenêutica do próprio sistema constitucional. A própria jurisprudência da Corte discute a possibilidade de ampliação e extensão da competência dela, em outras matérias. Eis uma menção à competência implícita do Supremo na passagem a abaixo:

[...] a interpretação extensiva do texto constitucional, também em matéria de competência, tem sido uma constante na jurisprudência nacional geral. (...) Recentemente, o STF reconheceu a sua competência para processar e julgar Mandado de Segurança, qual quer que fosse a autoridade coadora, impetrado por quem teve a sua extradição deferida pelo Tribunal⁷⁵

Ora, se o STF é o “prelado” da Constituição Republicana em especial no tocante ao controle de constitucionalidade, pois essa é a sua função substancial; e, haja vista, a possibilidade de ampliação da competência da Corte conforme visto no julgado precedente, não se vislumbra óbice que impeça o controle judicial do veto jurídico diante da ausência de

⁷⁴ MENDES, op. cit., p.984.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL.2069. Reator: Ministro Carlos Velloso. DJ em 27 jun 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 24 jan 2017.

previsão legal. A *contrario sensu*, negar essa possibilidade é aceitar aporias no sistema jurídico vigente, o que seria ilógico, porque o ordenamento prima pela harmonia e completude. Nesse sentido, esclarece Gilmar Mendes:

numa Constituição tão analítica como a brasileira, não há como não adotar a interpretação compreensiva do texto constitucional. O sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes⁷⁶.

Trata-se de conferir maior responsabilidade política ao ato de se vetar um projeto de lei, em razão de que todo ato político ou não tem a obrigação de ter a validade em afinação com a Constituição. Conclui-se a despeito do que fora exposto que a tese do professor Binenbojm merece guarida, qual seja:

a maioria parlamentar que aprovou o projeto de lei e que entenda que o veto por inconstitucionalidade de lei e que entenda que o veto por inconstitucionalidade não é fundado, tem o direito de instaurar a controvérsia perante o Poder Judiciário e de obter um pronunciamento que anule aquele veto. E que, permita, enfim, que aquele projeto se converta em lei.

Desse modo, há de se conferir ordenação e unidade no sistema jurídico, que é aberto e não fechado, ou seja, aberto no sentido de que é incompleto, evolui e se modifica⁷⁷. Em outros termos, com amparo na erudição jusfilosófica do ex-ministro do STF, Eros Graus: o legislador, e aqui se incluiu o Chefe do Poder Executivo ao vetar projeto de lei, “não é livre para criar qualquer direito posto, direito positivo, (...) o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto⁷⁸. O que se percebe, por conseguinte, é que o projeto de lei, e o veto por fazer parte dele, é um direito pressuposto, que

⁷⁶ MENDES, op. cit., p. 992.

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 24.

⁷⁸ GRAU, op. cit., p. 65.

está condicionado pelo direito posto, que serve de variável na direção da produção de leis. Sendo assim, é papel da jurisdição constitucional a consolidação do ideal democrático, solidificado no primado dos direitos fundamentais e na garantia programática da Constituição.

Afigura-se, por tudo que foi dito, inegável a sindicabilidade do veto jurídico por motivos de inconstitucionalidade. A discussão central em torno da aplicação analógica da Teoria dos motivos determinantes é o âmago do controle judicial do veto jurídico. Não obstante, ainda, se faz necessário perquirir outras premissas teóricas que estabilizam a tese inculcada, tornando-a juridicamente cognoscível.

2.2. O Princípio da proporcionalidade e a vedação da proteção insuficiente – Untermassverbot

Em concordância com os ensinamentos Souza Neto e Sarmiento, o princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, sendo amplamente empregado pela jurisprudência do Brasil e de diversos outros países⁷⁹. Tem como substancial aplicação a contenção do arbítrio estatal, provendo de critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais, ou de outros interesses juridicamente protegidos⁸⁰.

O princípio da proibição de proteção insuficiente, por sua vez, é corolário do princípio da proporcionalidade, eis o porquê de tecer alguns comentários a respeito deste, antes de se aprofundar no estudo daquele. O princípio da proporcionalidade possui utilidade tradicional no Direito Administrativo, porém ganhou nova dimensão, no fim do século XX,

⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 465.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 465.

dada sua aplicação no Direito Constitucional⁸¹. Historicamente, com o advento do Estado Democrático de Direito o constitucionalismo deslocou o respeito aos direitos fundamentais para o centro de gravidade da ordem jurídica⁸². Essa revolução constitucional repercutiu no processo de transformação e consolidação das garantias fundamentais. No cenário brasileiro, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade vem ocorrendo após o advento da Constituição de 88, sob forte influência da teoria constitucional germânica⁸³. Não há previsão expressa desse princípio na Constituição⁸⁴; todavia, o STF tem fundamentado o princípio, tal como o princípio da razoabilidade, na cláusula do devido processo legal, na sua dimensão substantiva, art. 5º, XXXIV, da CR⁸⁵.

O papel do princípio constitucional da proporcionalidade é caracterizado, em um primeiro momento, por estabelecer uma relação entre fim e meio, “confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso⁸⁶. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é comumente invocado em situações de conflitos entre órgãos, Poderes e instituições, conflitos de competências entre União e Estado ou entre maioria e minoria parlamentar⁸⁷.

A doutrina apura a existência de três elementos - ou subprincípios - que compõem o princípio da proporcionalidade, a saber: adequação, "exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim"⁸⁸; necessidade, “envolve a

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.407

⁸² Ibidem. p.407.

⁸³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 467.

⁸⁴ J.J. Gomes Canotilho afirma que princípios constitucionais não escritos são integrantes do bloco de constitucionalidade, na medida em que sejam reconduzidos a “uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados”. CANOTILHO, op. cit., p. 920.

⁸⁵ Ibidem, p. 468.

⁸⁶ Ibidem. p.402.

⁸⁷ MENDES, op. cit., p.248.

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 e.d. São Paulo: Malheiros, 2011. p.177.

verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder legislativo ou Poder executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados⁸⁹; e proporcionalidade em sentido estrito, que exige a “comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁹⁰. Com isso, um ato estatal qualquer só será considerado compatível com o princípio da proporcionalidade se satisfizer, *in totum*, os seus três elementos orientadores.

Remete-se à Alemanha o país a qual mais se aprofundou no estudo doutrinário e na aplicação jurisprudencial desse princípio⁹¹. Com suporte nele, se passou a combater os excessos legislativos, proibição do excesso - *Übermassverbot* -, no tocante à algumas limitações impostas a determinados direitos. Esse tema é de sensibilidade tamanha, porque o controle de constitucionalidade desses atos ditos excessivos, perpassa pela questão dos limites funcionais da jurisdição constitucional. O legislador, poder constituinte derivado, possui ampla liberdade legística; contudo, reconhece a ele o poder de conformação dentro dos limites estabelecidos pela Constituição⁹². Em contrapartida, o poder de legislar contempla uma outra face, qual seja, "o dever de legislar, no sentido de assegurar uma proteção suficiente dos direitos fundamentais - *Untermassverbot*"⁹³. Isso porque na contemporaneidade, o papel do Estado é além de atuar positivamente para proteger e promover direitos e objetivos comunitários, intervindo de maneira exagerada ou indevida na relações sociais, mas também

⁸⁹ Ibidem. p. 182

⁹⁰ Ibidem. p.185

⁹¹ BONAVIDES, op. cit., p.416.

⁹² MENDES, op. cit., p.247.

⁹³ MENDES, op. cit., p.247.

quando deixa de agir em prol de direitos fundamentais ou de outros bens jurídicos relevantes ou o faz de modo insuficiente⁹⁴.

Dado o atributo dirigente da Constituição de 1988 e o caráter teleológico-sistemático do ordenamento jurídico, a incidência do princípio da proteção insuficiente se transfigura em um dever de atuação ou qualquer outro dever de proteção. Consectariamente, é da função da jurisdição constitucional, através de uma análise racional-argumentativa conceber se no caso concreto, se houve excesso ou insuficiência legislativa ao restringir direitos constitucionalmente previstos. Nesse sentido, convém dizer que em diversos contextos o princípio da proteção insuficiente já fora aplicado. No campo penal, se debate até onde vai a liberdade do legislador em para não criminalizar determinadas condutas que atentem gravemente contra bens jurídicos extremamente valiosos⁹⁵. Na seara cível, se questiona quando as omissões do Estado acarreta na falta de proteção adequada nas relações privadas, por meio de legislação ou da jurisdição⁹⁶. Por sua vez, no âmbito do Poder Legislativo, se deve considerar que o:

[...] o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativo. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquele pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e realçais de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídicos-humanos e jurídicos-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente de que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, condizem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre a coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma

⁹⁴ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 480.

⁹⁵ Ibidem, p. 481.

⁹⁶ Ibidem, p. 482.

institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados⁹⁷.

É sob esse viés que se deve analisar o papel do veto ao projeto de lei em consonância à Teoria dos motivos determinantes e ao princípio da vedação da proibição deficiente. O veto oposto pelo Chefe do Poder Executivo tem como função primordial obstar os excessos oriundos do Poder Legislativo. É o Poder Executivo contribuindo para a formação de leis. Por isso, o poder de vetar também está limitado aos parâmetros Constitucionais, seja vetando os excessos, ou se abstendo de vetar quando há criação de novos direitos e garantias fundamentais ou situações que ampliem a incidência de direitos não tutelados amplamente. Ratifica-se, por isso, a ideia de que o veto, mesmo tendo natureza de ato político, não é absoluto. Os órgãos administrativos, Poder Executivo, estão vinculados aos direitos fundamentais e mais precisamente à Constituição. Nesse sentido, explica Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁸:

Também no caso do Poder Executivo e dos órgãos administrativos em geral, a norma contida no art. 5º, §1º, da Constituição pode ser considerada um reforço da eficácia vinculante inerente aos preceitos constitucionais em geral, mesmo o citado dispositivo não tenha contemplado expressamente uma vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. [...] O que se pretende com esta abrangência do efeito vinculante é justamente evitar que os órgãos da administração venham a se furtar à vinculação dos direitos fundamentais por meio de uma atuação nas formas do direito privado, resultado daquilo que os alemães costumam denominar de uma fuga para o direito privado, *Flucht in das Privatrecht*.

Assim sendo, se for analisado o poder de veto em face da vedação do excesso legislativo, pela lente do princípio da proporcionalidade, haveria um poder-dever de vetar ante

⁹⁷ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos dos homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul.set, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>. Acesso em: 16 abr 2016.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.369

a violação dos direitos e garantias fundamentais, em razão de existir um núcleo essencial que não pode ser violado. A não ocorrência do veto nessas hipóteses irá acarretar em uma inconstitucionalidade material da norma legal, que deverá ser decretada *a posteriori* pelo Poder Judiciário quando provocado. É por óbvio, diante da falta de previsão legal, que não há responsabilidade em casos como este. O poder de veto é uma faculdade atribuída ao Chefe do Executivo. Ao revés, sob a perspectiva da vedação da proteção insuficiente, há violação aos direitos e garantias fundamentais quando o Poder Legislativo legisla propondo uma nova regulamentação protetiva e o Poder Executivo, sob pretexto de inconstitucionalidade, veta, total ou parcialmente, essa *novel* norma garantidora.

À guisa de exemplo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, comentam a inconstitucionalidade do veto oposto pelo Presidente da República, na mensagem de veto 1.047, de dezembro de 2006 - a qual deu origem à Lei de nº 11.382/2006 -, que contemplava, enquanto projeto, limitações em relação à impenhorabilidade absoluta, admitindo a penhora de imóvel, ainda que considerado bem de família, desde que de grande valor e também de parcelas de salários de alta monta. Assim criticam os processualistas:

[...] o motivo apontado pelo veto é apenas a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas nas regras, o que, evidentemente, não constitui razão suficiente para autorizá-lo. O espaço para discussão da viabilidade de nova disciplina jurídica é exatamente o Legislativo, não se admitindo que o Executivo possa alegar, não obstante a decisão legislativa pela instituição da regra, que o seu conteúdo deve ser melhor discutido. Em conta disso, parece manifesta a inconstitucionalidade do veto presidencial oposto, que merece ser reconhecido, de forma a tornar aplicáveis as regras em questão. (...) Além disso, o veto viola frontalmente a cláusula da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). De fato, ao vetar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o Executivo inviabiliza a proteção adequada do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁹⁹.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. V.3: execução. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.261-262.

A despeito desse exemplo, se demonstrou uma hipótese em que o poder de vetar se converte em um dever de abstenção, pois do contrário, ele será taxado com a pecha da inconstitucionalidade substancial; visto que, os motivos do veto vinculam o seu exercício.

2.3. Do Princípio da Separação dos Poderes e o controle judicial do veto jurídico

O objetivo central deste tópico é justificar que a tese esposada não viola o princípio fundamental republicano da separação dos poderes, art. 2º e art. 60, §4º da CRFB. Em última instância, estar-se-ia concedendo legitimidade para o Poder Judiciário controlar os motivos que ensejam o veto ser ou não inconstitucional, sem previsão legal para tanto.

Conforme leciona Norberto Bobbio: “o alfa e ômega da teoria política é o problema do poder: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra lei”¹⁰⁰. A literatura da filosofia política muito se preocupou com o estudo do poder e as relações sociais. O processo de formação do Estado Feudal, até a consolidação do que se chamou de Estado Moderno redefiniu, teoricamente, a noção de poder. A constitucionalização dos remédios contra do abuso do poder, segundo Bobbio, ocorreu através de dois institutos tópicos: o da separação dos poderes e da subordinação do poder estatal ao direito, o chamando constitucionalismo¹⁰¹. Historicamente, a formulação da teoria do poder, ou melhor da separação do poder, teve uma versão mais elaborada com Montesquieu, o qual reformulou o pensamento de John Locke¹⁰². O mérito do pensador francês foi afirmar de forma clara que as funções do Estado devem

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* (tradução de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.143.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.148.

¹⁰² CLÈVE, op, cit., p.26-27.

corresponder órgãos distintos e autônomos, ou seja, a divisão funcional deve corresponder a uma divisão orgânica¹⁰³.

Modernamente, a noção de Estado Constitucional, ou de Direito, repousa sobre a unidade¹⁰⁴. O poder político é uno, indivisível, porque o seu titular é o povo. Nesse sentido, Clèmerson Merlin Clève pontifica: “quando a doutrina tradicional trata do poder, dentro do contexto da célebre teoria em discussão, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado”¹⁰⁵.

A despeito das críticas doutrinárias, o que se pretende mostrar é que em um Estado Democrático de Direito falar em separação dos poderes, ou de funções, faz sentido quando as prestações do Estado encontram previsão constitucional e regulamentação legal¹⁰⁶. Assim, diante das realidades sociais e históricas, a teoria da “tripli-partição de Poderes”, foi abrandada permitindo o exercício de funções típicas e atípicas. Com isso, se estabeleceu um sistema de “freios e contrapesos”, *checks and balance*, cuja a essência é que um poder contenha os excessos do outro, conservando as garantias e os direitos do indivíduos. A experiência dos últimos dois séculos, conforme aponto o ilustre Manoel Gonçalves Ferreira Filho, aponta ser que a diferenciação entre Legislativo, Executivo e o Judiciário é um instrumento, relativamente, eficiente, para estabelecer um “governo moderado”, propício à liberdade e à efetivação dos direitos fundamentais¹⁰⁷. Desse modo, a jurisprudência do STF:

Ementa: [...]. A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamadas pela

¹⁰³ Celso Ribeiro de Bastos apud Ibidem, p.26.

¹⁰⁴ CLÈVE, op, cit., p.31

¹⁰⁵ Ibidem, p.31-32.

¹⁰⁶ Ibidem, p.42.

¹⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.281 -281.

Constituição. Esse princípio, que tendo assento no art.2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. [...]. O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instância hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.¹⁰⁸

Como exemplo de aplicação prática do sistema de freios e contrapeso sedimentou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é admissível o controle jurisdicional do processo legislativo, conforme previsto na ADIn 3.146-5¹⁰⁹ e o controle judicial de políticas públicas firmado no julgamento da ADPF de nº 45 quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada.

Esses casos citados sinalizam que a jurisdição constitucional brasileira clama por uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, que por vezes se imiscui, parcimoniosamente, no âmbito de atividades típicas de outros Poderes, com o fito de garantir o *telos* Constitucional. Nessa lógica, Luís Roberto Barroso menciona que: "a constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social"¹¹⁰.

Isso posto, o controle judicial do veto jurídico perpassa pela questão da violação do princípio da separação dos poderes. Esse contra-argumento evoca por uma ingerência excessiva do poder judiciário no controle do processo legislativo, uma vez que a

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23.452. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ em 16 set 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 17 out 2016.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 3.146-5. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, DJ em 19 dez 2006, p.35. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 15 abr 2017.

¹¹⁰ BARROSO, op, cit., p. 341.

própria Constituição da República no §4º, do art. 66, atribui como competência do Congresso Nacional apreciar o veto em sessão conjunta pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

Em relação à Teoria dos motivos determinantes e ao princípio da vedação da proteção insuficiente, já se manifestou nos tópicos pertinentes. Por isso, para evitar repetições desnecessárias, o argumento anterior que defende a violação da separação dos poderes, impedindo a sindicabilidade do veto, será enfrentado sob a ótica da releitura desse princípio constitucional.

O princípio da separação dos poderes sob a moderna ótica do constitucionalismo dirigente necessita de uma (re)leitura, haja vista a fugacidade das questões sociais e econômicas. Atualmente, a separação dos poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político¹¹¹. A Constituição atribuiu determinadas funções típicas e atípicas a cada um dos poderes políticos na qual estabelece um controle mútuo entre eles, o chamado *checks and balance*. No âmbito da proposta desta tese, convém mencionar a referência do notável professor Dirley da Cunha Junior, a saber:

[...] pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e a constitucionalidade e legalidade dos demais atos normativos do poder público - quando estes e aqueles ofendem o texto magno - e pelo poder de deflagrar o processo legislativo, com a iniciativa legislativa para certas matérias; o poder que tem o Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público e, de um modo geral, de participar do processo legislativo, seja pela iniciativa legislativa, seja pela prerrogativa de solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de sua iniciativa e de nomear certos membros do Judiciário; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como a possibilidade que tem este Poder de emendar os projetos de leis de iniciativa do Executivo, de rejeitar os vetos apresentados por este, de resolver definitivamente sobre tratados, convenções [...]¹¹².

¹¹¹ CUNHA JUNIOR, Dirley. A separação das Funções Estatais Ante uma Nova Dogmática Constitucional. p.277. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/350727/mod_folder/content/0/1.O.2%CUNHA%20JR.%20Separacao%20das%20Funcoes%20Estatais.pdf?forcedownload=1 Acesso em: 17 abr 2017.

¹¹² Ibidem, p. 277-278.

Nota-se com clareza o que caracteriza a independência de cada poder entre os órgãos do Poder político "não é a exclusividade de no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas sim, a predominância no seu desempenho"¹¹³. Com isso, se depreende a que independência e a harmonia entre os Poderes não está pautada em uma estrutura normativa estanque, rígida, mas o contrário, no suprimento e na complementação entre essas funções que tripartem o poder. Pela lição do mencionado professor de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia - UFBA, há uma coordenação ou colaboração ou coparticipação entre os Poderes em certas tarefas¹¹⁴. Por isso, quando um poder participa na função típica de outro, não há uma ameaça à separação dos poderes.

Nesse diapasão, é que se ressalta a necessidade de uma reformulação do vestuto princípio, muitas vezes visto como um dogma sacrossanto. Isso porque, pelo que já fora exposto, há um conteúdo indeterminado, uma espécie de vagueza, em relação ao princípio da separação dos poderes, sendo imprescindível elaboração de uma teoria que crie parâmetros para que se possa mensurar de modo razoável se há um excesso, ou não quando um poder se imiscui na função típica de outro poder. Essa indeterminabilidade não pode servir de justificativa para a não efetivação dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstas. Cabe ao judiciário assumir responsabilidade no processo de consolidação do telos constitucional.

Por causa disso, se defende que quando o judiciário examina os motivos do veto jurídico oposto à projeto de lei, não há violação ao princípio da separação dos poderes. Dizer se uma lei ou um projeto de lei está em harmonia, ou dissintonia com a Constituição é

¹¹³ Ibidem, p.278.

¹¹⁴ Ibidem, p.279.

incumbência do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal. Se há fortes indícios de que o veto oposto ao projeto de lei que tramita no poder legislativo não é inconstitucional, tal qual se afirma, é crível que ele possa ser questionado perante a Corte Maior, já que ela detém a "palavra final" para dirimir essas contendas. O fato do Poder Legislativo ter a atribuição de derrubar o veto, não retira a legitimidade do judiciário de fazer um diagnóstico técnico a respeito da constitucionalidade ou não do referido veto, enquanto o legislativo, via de regra, se encarrega de missão política, no sentido de antepor o que é melhor para a sociedade.

2.4. Estudos de Casos: ADPF n.1 e ADPF n. 45

Este item tem como tema a exposição dois julgados do Supremo Tribunal Federal: a ADPF nº 1 e a ADPF de nº 45. Tratam-se de dois precedentes, que por questões jurídicas distintas, tinham como controvérsia a sindicabilidade do veto presidencial.

No julgamento da ADPF nº 1¹¹⁵. O Partido Comunista do Brasil - PC do B ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF contra ato do Senhor Prefeito do Município do Rio de Janeiro consubstanciado no veto ao art. 3º, resultante de emenda legislativa ao Projeto-de-lei nº 1713-A, de 1999, de origem executiva, que alterava a redação de determinados artigos do Código Tributário Municipal e da Lei nº 2687 de 98.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1 QO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Neri da Silveira. DJ em 03 fev 2000. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan 2016. Decisão veiculada ao Informativo do STF nº 179

O veto oposto pelo Senhor Prefeito teve como fundamentação a inconstitucionalidade, e não o interesse público, pois se entendeu que a emenda legislativa tratou de matérias financeiras, ou seja, competência privativa do Poder Executivo.

Em sentido contrário, a parte autora ajuizou essa ação na qual alegou, em síntese: o fundamento da inconstitucionalidade não existia, porque há diversos julgados da Suprema Corte admitindo emendas do Poder Legislativo em matéria tributária; a promulgação da referida Lei originou um fato consumado - tributário -, o qual não poderia ser modificado posteriormente pela derrubada do veto; o veto oposto ofenderia o princípio da separação dos poderes na medida em que o *quórum* para votar a emenda é de maioria simples, e de maioria absoluta para o Poder Legislativo derrubar o veto.

Independentemente de se aquiescer, ou não com as razões que levaram a inconformidade do polo ativo, resta por ora, após esse sucinto relatório do contexto jurídico que originou essa ação, realizar uma análise da posição desfavorável do STF ao não abraçar a tese do controle judicial do veto jurídico.

Dentre os fundamentos, pelo não conhecimento da ADPF nº 1, discutiu-se o cabimento ou não dessa ação como objeto para suscitar essa controvérsia. Assinalou-se dentro dessa discussão que pelo fato da Lei 9.882/99 ser recente, tendo em vista que o julgamento em questão ocorreu em 2.000, a matéria no tocante à ADPF ser ou não o mecanismo correto, demandaria maior elaboração jurisprudencial¹¹⁶. Nessa ocasião votam sete Ministros: Néri da Silveira, relator; Nelson Jobim; Maurício Corrêa; Marco Aurélio; Sepúlveda Pertence; Moreira Alves e Carlos Velloso¹¹⁷.

¹¹⁶ MARQUES, op, cit., p.65.

¹¹⁷ Ibidem, p.65.

O Ministro relator entendeu em seu voto, o qual foi acompanhado pelos demais Ministros que:

[...] a independência do Poder Executivo e a índole política do ato praticado, quer por motivo do veto for a contrariedade ao interesse público do projeto de lei, em sua integralidade ou em parte, quer quando contra ele se inova fundamento de inconstitucionalidade. Se, no último caso, se pode, também reconhecer a contribuição do Poder Executivo no sentido de preservar a rigidez da ordem jurídica fundada no respeito à Constituição, decerto, tal razão não esvazia o caráter político do ato de vetar. [...] Não cabe destarte, ter como enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo, - que pode, sempre mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de “ato do Poder Público”, para fins do art. 1º, da Lei 9882/99. Ainda que se possa ter a motivação do veto como juridicamente inconsistente, decerto, do Poder Legislativo não caberá retirar a faculdade de mantê-lo ou recusá-lo. Não poderá o Poder Judiciário substituir ao Poder Legislativo, antecipando juízo formal sobre os motivos do veto, acerca de sua procedência ou de sua erronia, ou reconhecer, desde logo, ato abusivo por parte do Executivo, em apontado veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pelo Legislativo, ainda quando se cuide de invocação, pelo primeiro, do fundamento de inconstitucionalidade, pois, nesta última hipótese, a intervenção antecipada ao judiciário se haveria de ter ainda como configurado tipo controle preventivo de constitucionalidade - sei que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, -poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere, de resto, ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado¹¹⁸.

Não se discute que a posição adotada no julgamento dessa ADPF é amplamente dominante. Nesse mesmo sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho menciona que antes da não apreciação do veto pelo Congresso Nacional, não é oportuna a apreciação dele¹¹⁹. Essa percepção, extremamente respeitável, possui guarida na própria Constituição da República a qual atribui ao Poder Legislativo a competência para derrubar o veto oposto pelo Presidente da República. Dada a uma lacuna no texto constitucional, diante a ausência de uma norma expressa que autorize ou vede a apreciação do veto pelo Poder Judiciário, questiona-se eventual interferência indevida dele nas atribuições dos demais Poderes.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1 QO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Neri da Silveira. DJ em 03 fev 2000. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan 2016. Decisão veiculada ao Informativo do STF nº 179

¹¹⁹ BARACHO, op, cit., p.214

Data venia à posição majoritária e as importantes vozes que a sustentam, se perfilha a posição contrária nesta tese. Nesse sentido, se tem notáveis doutrinadores como: o imprescindível Ministro Luiz Roberto Barroso ao dizer que “a literatura jurídica mais recente tem optado com melhor razão, pela vinculação do Chefe do Executivo à Constituição e à realidade dos motivos que invoca para a prática de determinado ato¹²⁰; o ilustre Ministro Gilmar Mendes¹²¹; o prestigiado professor Guilherme Peña de Moraes¹²² e o influente professor Gustavo Binbenbojm¹²³.

Em sede jurisprudencial, quando da apreciação da ADPF nº 45, o rel. Min. Celso de Mello manifestou pela sua possibilidade de controle judicial do veto, ao ressaltar a dimensão também política da jurisdição constitucional¹²⁴. No tocante ao julgamento, ela foi promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República incidiu sobre o §2º, do art. 55, posteriormente renumerado para art. 59, de proposição legislativa que se converteu na lei de nº 10.707/2003 -LDO-, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentaria anual de 2004.

A parte autora dessa ação constitucional sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2.000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde¹²⁵. Ressalta-se que o Sr. Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei que, transformado na

¹²⁰ BARROSO, op, cit., p.68.

¹²¹ MENDES, op, cit.,1998. p.296-209.

¹²² MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas. p.431.

¹²³ BINENBOJM, op. cit., 269-270.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 . Relator: Ministro Celso de Mello. DJ em 29 abr 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan 2016. Decisão veiculada ao Informativo do STF nº 345.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 . Relator: Ministro Celso de Mello. DJ em 29 abr 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan 2016. Decisão veiculada ao Informativo do STF nº 345.

Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o §2º do art. 59 da Lei 10.707/2003, dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidiu o veto.

Com isso, o Ministro Celso de Mello julgou prejudica a ADPF de nº 45, haja vista que ela perdera o seu objeto. Não obstante, o Ministro dispôs na fundamentação do seu voto, em caráter de *obiter dictum*, preciosos argumentos que não podem ser olvidados, a saber: o reconhecimento da idoneidade e aptidão de se utilizar a ADPF como um instrumento apto a concretização de policias públicas, quando previstas no texto da Carta Política, tal qual se sucedeu no caso em questão; dada a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, ela possui o encargo de tornar efetivo os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena do Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional; se referiu a necessária revisão do vestuto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação de serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional do respectivos preceitos fundamentais. Em suma, o Ministro Celso de Mello defendeu a possibilidade do Poder Judiciário interferir no veto, porém julgou prejudicada a ação, em virtude da perda superveniente do objeto¹²⁶.

Ao se realizar um cotejo analítico entre os argumentos utilizados pela impossibilidade de se realizar o controle jurídico do veto judicial, e os fundamentos pela viabilidade, chega-se ao seguinte dilema: quando o Chefe do Poder Executivo afirma que determinado projeto de lei viola a Constituição e com base nisso decide vetá-lo, a sua interpretação, ou melhor, os motivos elencados pela inconstitucionalidade, total ou parcial, do

¹²⁶ Cabe ressaltar que diante dos argumentos utilizados pelo Ministro Celso de Mello, dá-se por entender que também seria sindicável o veto por interesse público, em que pese não haver menção explícita.

projeto, pode gerar efeitos mesmo que tal declaração esteja equivocada?

Utilizam-se como argumentos capitais o fato do veto ser um ato de natureza política e diante da previsão Constitucional de que o controle precípua do veto cabe ao Poder Legislativo, na forma do §4º, do art. 66 da CRFB. Por outro lado, a ausência de maioria qualificada (absoluta), prevista no mencionado dispositivo, acarreta na manutenção do veto cujo eixo é uma imaginária inconstitucionalidade. Com isso, defender a não sindicabilidade do veto, porque isso é ato oriundo de outro Poder, é no íntimo do sistema jurídico flexibilizar a supremacia e a vinculação da Constituição, a qual todos devem cumprimento. A tese ganha amparo naquilo que se convencionou em chamar de fraude ao devido processo legislativo¹²⁷. Destarte, imagine a seguinte hipótese apresentada por Binenbojm: um projeto de lei ordinária para ser aprovado é preciso de uma maioria simples. Após a aceitação, o Poder Executivo veta-o com base na inconstitucionalidade. Ato contínuo, é necessário nessa ocasião a maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional para rejeitar o veto de um projeto de lei que foi aprovado sob o *quorum* de maioria simples. Essa exigência constitucional no caso do citado exemplo demonstra além da dificuldade de se sustar o veto oposto, uma mitigação na rigidez de vinculação à Constituição. Assim o Gustavo Binenbojm conclui: "exigiu-se, sob um pseudofundamento de inconstitucionalidade, o *quorum* de maioria absoluta para aprovar um lei ordinária, quando seria necessário apenas o *quorum* de maioria simples"¹²⁸.

Em relação à natureza jurídica do veto ao projeto de lei por motivos de inconstitucionalidade ser um ato político, isso não é razão suficiente para se furtar do controle deste. Os atos dos governantes em um regime democrático são regidos por princípios, que vão tomando direção e forma ao cumprir os programas constitucionais.

¹²⁷ BINENBOJM, op. cit., 268.

¹²⁸ Ibidem, p. 269.

Na direção de finalizar esse tópico no qual se investigou dois casos, a ADPF nº 1 e a ADPF nº 45, se prestando de preciosos precedentes que abraçam, em um certo sentido esta tese, dado que eles põem em xeque o pensamento doutrinário e jurisprudencial dominante. Condição mencionada ao menos a decisão liminar do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, proferida em 17 de dezembro de 2012, no MS 31816/DF¹²⁹. Na ocasião a questão de fundo da liminar era a de suspender a urgência determinada pelo Congresso Nacional para votar o veto da presidenta Dilma Rousseff na nova lei de distribuição de *royalties* do petróleo. O Ministro Fux entendeu que a Constituição prevê que a votação dos vetos ocorra de forma cronológica. Consoante ao autor do Mandado de Segurança, o Deputado Federal, Alessandro Molon, do Partido dos Trabalhadores, "há mais de três mil vetos pendentes de exame pelo Legislativo"¹³⁰.

Essa medida impedia o Congresso Nacional de deliberar o veto da Presidenta antes analisar em ordem cronológica. Sucede que o plenário do STF cassou a liminar sobre a apreciação do veto ao projeto de lei dos royalties, cuja o voto de divergência foi aberta pelo Ministro Teori Zavascki¹³¹. Entendeu-se na dicção do Ministro Zavascki que essa questão era ato *interna corporis*, sendo assim, imune ao controle judicial.

A controvérsia a respeito de se obedecer a ordem cronológica, ou não é prescindível para o deslinde dessa tese; todavia, o que se pretende ao fazer menção a esse julgamento é expor alguns argumentos do Ministro Fux que dialogam com a tese deste

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 31816/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=232098>. Acesso em: 27 mai 2016.

¹³⁰ CRISTO, Alexandre. Periódicos eletrônicos: Liminar impede urgência em votação sobre royalties. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-17/liminar-luiz-fux-impede-votacao-urgencia-veto-lei-royalties>. Acesso em: 27 mai 2016.

¹³¹ No mesmo sentido do relator votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa. Ao contrário, acompanhando o voto do Ministro Teori Zavascki ao dar provimento do agravo regimental e cassar a liminar, os ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

trabalho, mas que para tanto se fez necessário contextualiza-lo para conferir maior clareza e ética à teoria dos precedentes que não pode ser aplicada de forma leviana e casual. Por esse ângulo, destaca-se:

Em uma República presidencialista como a brasileira, o veto se afigura como importante mecanismo para o adequado funcionamento do sistema de freios e contrapesos (checks and balances). Ele faz a interlocução entre instituição legislativas e executivas no processo de elaboração das leis, tornando ainda mais dialógico e executivas no processo de vocalização dos anseios populares. (...) A bem de ver, a própria noção de questão política vem sendo revisitada pela moderna dogmática do direito público brasileiro, para reconhecer que os espaços de escolha próprios das autoridades eleitas não configuram plexos de competência externos ao próprio pensamento jurídico nacional o princípio da juridicidade, que repudia pretensas diferenças estruturais entre atos de poder, pugnando pela sua categorização segundo os diferentes graus de vinculação ao direito, definidos não apenas à luz do relato normativo incidente na hipótese senão também a partir das capacidade institucionais dos agentes públicos envolvidos. Com felicidade invulgar, Gustavo Binbenojm esclarece o ponto: 'as diversas categorias jurídicas (vinculação plena ou alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que códigos dogmáticos para uma delimitação jurídicos-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração [e dos legislador] e dos órgão jurisdicionais'. (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p.226)

Examina-se que conquanto o teor do MS 31.816/DF não ser o mesmo objeto desta monografia, se pode constatar que a linha argumentativa do Ministro Fux é no sentido de se considerar sindicável as questões que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Nessa lógica, o fato do veto ser considerado ou não um ato político, uma questão política, não afasta a possibilidade do poder judiciário realizar controlá-lo com o fim de preservar a higidez da ordem jurídica violada e a proteção das minorias parlamentares. Sublinha-se que essa é uma interpretação lógico- sistemática que deduz da mencionada liminar, não houve, no caso, menção explícita nos termos exatos desta tese, ora instruída.

Em face desses julgados mencionados, se pode ultimar que há um movimento cada vez maior da Suprema Corte em considerar sindicável as questões de cunho político, o que inclui o ato de vetar pelo Presidente da República, considerando a natureza de ato político. Isso porque a efetividade da Constituição depende de constantes interpretações com

o fim de garantir a harmonia e a completude do ordenamento jurídico. A Constituição não pode ser mais vista como uma “folha de papel” na qual advertiu Ferdinand Lassale no livro: *A essência da Constituição*¹³². Assim, o Poder Judiciário muitas vezes é chamado para se manifestar sobretudo quando há omissões ou contradições oriundas do Executivo e do Legislativo.

¹³² FERDINAND, Lassale. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 29-30.

3. MECANISMO DE CONTROLE

Em decorrência do que já fora abordado, ao longo deste trabalho, acerca do controle judicial do veto jurídico, uma questão se impõe: a do mecanismo de controle judicial. Ora, saber qual o instrumento idôneo, seus requisitos e o momento apto para se propor uma ação de controle do veto jurídico oposto pelo Chefe do Poder Executivo é imprescindível para materializar e viabilizar a ideia posta.

Para perseguir neste estudo a primeira indagação que surge é saber quanto à legitimidade para ingressar com uma das ações constitucionais, pois descobrir se essa é uma prerrogativa exclusiva do parlamentar, ou não altera âmbito de possibilidade dos mecanismos existentes. Isso implica obviamente que quando há um alargamento no rol de legitimados se aumenta a possibilidade de se controlar determinada situação sensível de dubiedade.

A Corte Suprema entende que o controle preventivo de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário com relação a proposta de emenda constitucional - PEC, ou a projeto de lei em curso nas Casas Legislativas, cujo objetivo é garantir o devido processo legal de modo irrepreensível, é exclusiva do parlamentar, na medida em que o direito público subjetivo pertence aos membros do Poder Legislativo. Por esse ângulo, a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de negar a legitimidade ativa *ad causam* a terceiros, que não são parlamentares¹³³. O notório mecanismo de efetivação desse controle é o Mandado de Segurança¹³⁴. Poder-se-á argumentar, com isso, que ao se admitir outros legitimados se estaria

¹³³ Nesse sentido, se destaca os seguintes precedentes: RTJ 136/25-26, Rel. Min. Celso de Mello; RTJ 139/783, Rel. Min. Octavio Gallotti; MS 21.642-DF, MS 21.747-DF. Acesso: 8 jun 2016.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.041-DF. Ministro Nelson Jobim, 29.8.2001. Veiculando no informativo 239 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo239.htm> Acesso em: 8 jun 2016. BRASIL. Supremos Tribunal Federal. MS 24.642, Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 8 jun 2016.

usurpando a função basilar dos parlamentares de produzir e controlar os projetos de lei. Todavia, isso não é verdade. Buscou-se advertir ao longo deste trabalho, no tocante à natureza política do veto jurídico. Nessa lógica, ao se inserir novos legitimados ativos não haveria burla às funções legislativas, apenas um maior controle desse ato político, exercido pelo Chefe do Poder Executivo, no seio do processo legislativo.

Consigna-se de plano, que se entende ser possível o ajuizamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF e o Mandado de Segurança -MS quanto à sindicabilidade do veto jurídico, divergindo da posição dominante do STF. Esse tema será desenvolvido nos tópicos seguintes; contudo, se sublinha que a ampliação dessa legitimidade só é possível para a hipótese versada neste trabalho, não sendo viável esse controle por quem não seja parlamentar nos casos de inconstitucionalidade por vício de iniciativa e por vício material, por exemplo à projeto de lei. A peculiaridade dessa tese, repita-se, é o fato do veto ser um ato político exercido no âmago do processo legislativo.

Portanto, não se vislumbra, nesse cenário, requisitos para o ajuizamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI e de Mandado de Injunção - MI¹³⁵. No que tange à ADI, o seu pressuposto elementar para ajuizamento é a existência de lei prévia e a conjuntura nessa ocasião é o projeto de lei. Lado outro, o MI é instrumento para lidar com omissões inconstitucionais. Discordava a doutrina e a jurisprudência em relação ao seu objeto em estabelecer se: o mandado de injunção se destina a possibilitar a suprimimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente¹³⁶. Sobrevêm que

¹³⁵ As demais ações constitucionais não serão mencionadas, haja vista a tamanha falta de verossimilhança entre as suas finalidades e o objeto desse trabalho.

¹³⁶ BARROSO, op. cit., 137.

nos termos do art. 5º, LXXI, da CR e pela *novel* Lei de nº 13.300/2016¹³⁷ a previsão e o processamento dessa ação. Ela será cabível no termos do art. 2º, *caput*, da mencionada lei, sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, tal controle em relação ao veto jurídico se limitaria quando aos casos de violação aos direitos e garantias fundamentais, considerando que a atividade legislativa foi deficiente. Ademais, não se estaria versando sobre o controle do veto em si, mas sim de uma situação acarretada por omissão que pode ter ocorrido em razão do veto; ou seja, os motivos do veto não seriam sindicáveis em si, apenas as consequências dele, em razão de uma atividade legislativa insuficiente. Além do que, o STF até a edição da Lei 13.300/2016 adotava a corrente concertista geral no Julgamento do MI 708, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes¹³⁸; logo, o Judiciário deveria implementar uma solução para viabilizar o direito do autor e essa decisão terá efeitos *erga omnes* e valerá para todas as demais pessoas que estiverem na mesma situação. Não obstante, com o advento da Lei 13.300/16 aumentar-se-á a controvérsia a respeito dos efeitos da decisão proferida em MI. Ao se interpretar o art. 8º, I da Lei 13.300/16, se nota a adoção da corrente concretista intermediária, ou seja, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora. Somente com o decurso do prazo de outros mandados de injunção anteriormente propostos, é que o Poder Judiciário poderá veicular uma decisão concretista direta, art. 8º, parágrafo único. E quanto à eficácia subjetiva, o art 9º da Lei nº 13.300/16 adotou a corrente individual, assim, via de

¹³⁷ Recentemente foi publicada pelo Vice-Presidente da República em exercício, Michel Temer, no cargo de Presidente da República, a Lei de nº 13.300 de 23 jun 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm. Acesso no dia: 30 jun 2016.

¹³⁸ A Corte inicialmente consagrou a corrente não concretista. Contudo, em 2007 houve um *orverruling* e o STF passou a adotar a corrente concertista direta geral. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 708, Dje 25.10.2007. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.com.br>. Acesso em: 30 jun 2016.

regra, a decisão terá eficácia subjetiva *inter partes*, sendo que excepcionalmente, prevê o art. 9º, § 1º, será possível conferir eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*. Embora a chegada tardia da lei 13.300/2016, porém extremamente essencial para que se possa tornar mais efetivo o uso e o processamento desse remédio constitucional, o Mandado de Injunção continua a não ser meio adequado para assegurar o controle jurídico do veto judicial, pois sua objeto é restrito, repita-se, aos direitos e liberdades fundamentais.

O presente capítulo pretende demonstrar que a ADPF é mecanismo apto para se exercer o controle jurídico do veto jurídico, assumindo novas dimensões à essa ação constitucional. Não se discorrerá sobre o Mandado de Segurança, pois o uso dessa ação já é pacífica na doutrina e jurisprudência nas hipóteses anteriormente mencionadas. Assim, se entende que ambas as ações são adequadas para exercer o controle do veto jurídico. Essa dupla possibilidade de controle não afeta o requisito da subsidiariedade conforme será visto.

3.1. O momento do controle

Compreende-se como sendo o espaço de tempo propício a se ajuizar as ações habilitadas a exercer esse controle. Entende-se que o momento pertinente é logo após que o Chefe do Poder Executivo exerce o veto.

A Constituição da República de 1988 no art. 66 preconiza o rito procedimental. Ao observá-lo se constata que a Casa que tenha concluída a votação, enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo o sancionará. Contudo, se considerá-lo, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias. Conta-se o prazo da data de recebimento, que deverá

ocorrer a comunicação, dentro de quarenta e oito horas, ao presidente do Senado Federal, os motivos do veto.

A partir desse acontecimento, chega-se à fase oportuna para o ajuizamento da ADPF ou do MI no STF, com o intento de obstar, de acordo com fundamentos expostos ao longo deste trabalho, a colocação em pauta da sessão conjunta, que ocorrerá dentro de trinta dias, para apreciação do veto que só poderá ser rejeitado pelo voto de maioria absoluta dos Deputados e Senadores.

Nesse diapasão, convém ratificar a ideia de que se o veto é inconstitucional diante dos motivos que o consubstanciam, é o mesmo que dizer que esse ato é nulo por afronta à Constituição. Logo, seus efeitos não poderão reverberar no ordenamento jurídico, caso o Congresso Nacional não o derrube. E se assim publicada a lei os motivos do veto não poderão ser objeto de uma ADI ou ADC, pois não mais fazem parte da lei uma vez que foram incorporados pelo processo legislativo. Aceitar essa situação é inverossímil com sistema constitucional vigente. Na opinião de Resende Marques, acolher essa hipótese seria algo semelhante a considerar que a sanção do Presidente da República possa sanar vício de iniciativa de projeto de Lei de competência exclusiva deste¹³⁹.

3.2. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Originalmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi instituída no parágrafo único do art. 102 da CR de 88, depois convertido em §1º pela EC. nº 3 mantendo a mesma redação. A regulamentação deste dispositivo se deu apenas onze anos

¹³⁹ MARQUES, op. cit., p. 89.

depois, com a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o seu processamento e julgamento. Anteriormente à edição dessa lei o STF firmou o entendimento pela não auto-aplicação da medida¹⁴⁰.

Trata-se de ação singular inserida no bojo do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, "não sendo possível identificar proximidade imediata com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o *writ of certiorati* do direito norte-americano"¹⁴¹. A verdade é que a ADPF surgiu no direito brasileiro com o escopo de colmatar importantes lacunas identificadas no quadro de competências do STF¹⁴². Afirma-se ser a ADPF uma ação *suis generis* de controle concentrado¹⁴³, haja visto o disposto no art. 10, §3º, da Lei 9.882/99 que diz: "a decisão terá eficácia vinculante contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público".

Conforme aponta a maioria da doutrina, se tem depreendido da Lei 9.882/99 dois tipos de ação: a autônoma, também chamada de principal; e a incidental, também chamada de paralela¹⁴⁴. Na espécie principal, previsto no art. 1º, *caput*, da mencionada lei: "a arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público". E na espécie incidental, prevista no parágrafo único do mesmo art.1º, dispondo que caberá também: "quando for relevante o fundamento da controvérsia

¹⁴⁰ BARROSO, op. cit., p. 272.

¹⁴¹ Ibidem, p. 272.

¹⁴² MENDES, op. cit., p. 1229.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.896.

¹⁴⁴ TAVARES *apud* Barroso, op. cit., p. 276.

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

No caso da arguição autônoma, se cuida de controle concentrado de normas em caráter principal, se efetuando de forma direta e imediata em relação à lei ou ato normativo.

Na situação da arguição incidental, "se questiona a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta, caráter incidental"¹⁴⁵. Ela pressupõe "a existência de um litígio, de uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário"¹⁴⁶. Além de outros requisitos, no caso da arguição incidental, eventuais processos em curso ficarão sujeitos à suspensão liminar de seu andamento ou dos efeitos da decisão acaso já proferida, art. 5º, §3º, bem como à tese jurídica que a ser fixada pelo STF, no julgamento da ADPF, que terá eficácia *erga omnes* e vinculante, art. 10, §3º¹⁴⁷.

Em razão do tema abordado, a espécie de ação constitucional congruente ao controle do veto jurídico é a ADPF autônoma. Por isso, serão analisados os pressupostos dela, sem perder o foco do trabalho em questão.

3.3. Pressupostos da arguição de descumprimento de preceito fundamental

Conforme as lições de Fredie Didier Jr: “pressuposto é aquilo que precede ao ato e se coloca como elemento indispensável para sua existência e validade; requisito é tudo quanto

¹⁴⁵ MENDES, op. cit., p. 1235.

¹⁴⁶ BARROSO, op. cit., p.276.

¹⁴⁷ Ibidem, p.277.

integra a estrutura do ato e diz respeito à sua validade¹⁴⁸. Malgrado as distinções terminológicas entre pressuposto e requisito, a expressão “pressupostos processuais” é expressão consagrada na doutrina e na lei¹⁴⁹, motivo pelo qual se utilizará nesse trabalho.

Assim, para o cabimento desta ação constitucional se deve preencher os seguintes pressupostos gerais, sob pena dela não vir a ser admitida: o descumprimento de preceito fundamental; ausência de outro meio processual capaz de sanar a lesividade (subsidiariedade); e o pressuposto específico da arguição incidental: a relevância da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo. Ressalta-se que dos três requisitos apontados, o terceiro não será explorado, pois é objetivo específico da arguição incidental que não não faz parte do tema desta monografia.

3.3.1. Ausência de outro meio processual capaz de sanar a lesividade: a questão da subsidiariedade da ADPF e o Mandado de Segurança – MS

Na dicção do art. 4º, §6º da lei 9.889/99 diz que: “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Isso significa que a arguição é uma ação de controle concentrado, cuja característica central é o princípio da subsidiariedade, ou seja, se houver outras ações passíveis de solucionarem a controvérsia subjacente, não se utilizará da ADPF. Nesse sentido esclarece o escólio de Marinoni¹⁵⁰:

¹⁴⁸ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. 15. e.d. Salvador: Juspodium, 2013. p. 266.

¹⁴⁹ Ibidem, p.226.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1129.

Apenas isto parece suficiente para esclarecer que os demais meios, capazes de tutelar com efetividade os preceitos fundamentais, não podem estar entre os instrumentos destinados a tutelar direitos subjetivos. A arguição de descumprimento apenas é excluída quando existe meio capaz de tutelar o direito objetivo mediante decisão dotada de efeitos gerais e vinculantes, ou seja, por meio de ação que se destina ao controle abstrato de constitucionalidade, como ações de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.

Nota-se que, conforme mencionado no começo deste capítulo, ao se defender o uso da ADPF como meio capaz de se tornar efetivo o controle judicial do veto jurídico e também ao se defender o uso do MS, o requisito da subsidiariedade não restaria violado. Isso porque o Mandado de Segurança é ação civil "destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, através de ordem corretiva ou impeditiva de ilegalidade"¹⁵¹. Diante dessa perspectiva, o princípio da subsidiariedade, contido no art. 4º, §1º da lei 9882/99, há de ser interpretado no contexto de ordem constitucional global¹⁵², ou seja, na prevalência do enfoque objetivo. Essa é a hermenêutica a qual se deve fazer do princípio da subsidiariedade, pois, do contrário, diante de uma interpretação excessivamente literal dessa disposição, acabaria por retirar desse instituto qualquer resultado prático¹⁵³.

3.3.2. Descumprimento de Preceito Fundamental

Tanto a lei 9882/99, quanto a Constituição de 88 olvidaram de conceituar a locução "preceito fundamental". Isso ficou a cargo da doutrina e jurisprudência que, com o passar do tempo, superou incongruências hermenêuticas, apesar da ausência de uma concepção evidente. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal assume a dificuldade

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.35

¹⁵² MENDES, op. cit., 1243.

¹⁵³ MEIRELLES, op. cit., 640.

em delimitar o conceito de preceito fundamental, conforme se pode observar no voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADPF de nº 33, a saber: "É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvidas de que alguns desses preceitos estão enunciados de forma explícita na Constituição"¹⁵⁴.

Majoritariamente, por sua vez, entende que nem toda norma constitucional corresponde a um preceito fundamental. Na acepção do professor Barroso: "a expressão direito fundamental importa o reconhecimento de que a violação de determinadas normas, mais comumente princípios, mas eventualmente regras, traz consequências mais graves para o sistema jurídico"¹⁵⁵. Nesse sentido, André Ramos Tavares, citado por Daniel Assumpção diz que preceito fundamental é toda a norma constitucional abrangente de regras e princípios¹⁵⁶.

Ato contínuo, Barroso afirma em função do princípio da unidade da constituição, não há hierarquia entre esses preceitos fundamentais, mas isso, por si só, não inviabiliza a classificação desses preceitos à luz dos valores tutelados¹⁵⁷. Apesar da indeterminação conceitual dessa locução, é certo para a doutrina e a jurisprudência, o seguinte catálogo exemplificativo de normas que merecem o rótulo de preceitos fundamentais: que consagram direitos os princípios fundamentais, art.1º a 4º, e direitos fundamentais, art.5º e seguintes; bem como as que abrigam cláusulas pétreas, art, 60, §4º; e contemplam os princípios constitucionais sensíveis, art. 34, VII¹⁵⁸.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33, Dje 27.10.2006. Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.com.br> Acesso em: 20 jun 2016.

¹⁵⁵ BARROSO, op. cit., p.279.

¹⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Ações Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 74

¹⁵⁷ BARROSO apud Neves, p. 74.

¹⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 279.

Essa orientação demanda certo esforço hermenêutico. Nessa senda, Hely Lopes Meirelles, assevera que tal como enunciado nas chamadas cláusulas pétreas, os princípios carecedores de proteção parecem ser despidos de conteúdo específico. Por isso, afirma o abalizado professor que:

[...] é o exame sistemático das disposições constitucionais integrantes do modelo constitucionais que permitirá explicitar o conteúdo de determinado princípio, e sempre à luz de um caso concreto. (...) Essa orientação, consagrada pelo STF para os chamados princípios sensíveis, há de se aplicar à concretização das cláusulas pétreas, e também, dos chamados preceitos fundamentais. É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos dos princípios basilares e dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites operem como verdadeiros limites textuais implícitos.¹⁵⁹

Diante desse quadro, dogmático e dos precedentes judiciais que se formam desde a publicação da Lei 9.889/99, se nota somente em determinados situações fáticas é que poderá identificar o conteúdo dessas categorias de ordem constitucional e as respectivas lesões.

3.4. Objeto da Arguição de Descumprimento

Nos termos do art. 1º, *caput*, e do seu parágrafo único, da lei 9.882/99, estão descritos alguns dos objetos dessa ação. A tutela jurisdicional, almejada através dessa ação, poderá ser: inibitória, leia-se preventiva, ou reparatória, repressiva, de lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Tem-se também a ADPF quando for

¹⁵⁹ MEIRELLES, op. cit. p. 672.

relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição, leis pré-constitucionais.

Atenta-se para o fato que a ADPF veio à tona com o escopo de complementar e aprimorar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em virtude de situação até então não contempladas pelos mecanismos previstos até a sua regulamentação. À guisa de exemplo poder-se-á utilizar ADPF para solver controvérsias no tocante à constitucionalidade de direito municipal.

Sem perder o foco dessa tese, conforme mencionado, a jurisprudência do STF não está pacificada a respeito do veto do Chefe do Executivo ser objeto de ADPF. Consoante ao exposto no capítulo segundo, o STF na ADPF nº 1¹⁶⁰, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira negou tal possibilidade; contudo, na ADPF de nº 45¹⁶¹, mesmo sendo julgada com o objeto prejudicado, o Ministro Celso de Mello reconheceu a viabilidade dessa ação para controlá-lo.

Recorda-se que o veto oposto pelo Presidente da República, questionado por via da ADPF de nº 45, "incidiu sobre o art. 55, §2º, de proposta de lei que se converteu na Lei nº 10.707/2003, que tinha como finalidade fixar diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004"¹⁶². O arguente, nesse caso, "sustentava que o veto presidencial afrontava preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000, publicada com vistas a garantir recursos financeiros mínimos a serem investidos em ações e serviços públicos de saúde"¹⁶³.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 1 QO. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Neri da Silveira. DJ em 03 fev 2000. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan 2016. Decisão veiculada ao Informativo do STF nº 179

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 QO. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello. DJ em 29 abr 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 jan 2016. Decisão veiculada ao Informativo do STF nº 345

¹⁶² MENDES, op. cit., p. 1261.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 1261.

Como se sabe a ação foi julgada prejudica, porém o ministro relator enfrentou devidamente a questão¹⁶⁴.

É inequívoca a vinculação de todos os poderes e órgãos à Constituição, proibindo o Chefe do Executivo se valer de atos abusivos, com o fundamento de suposta inconstitucionalidade ao projeto de lei, que poderia sempre ser sindicável perante o judiciário. Dizer que o órgão parlamentar é quem possui a incumbência de apreciar essa pressentida inconstitucionalidade não é obstáculo para tanto, pois isso relativizaria a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição¹⁶⁵. Além do mais, a ausência de maioria qualificada em razões meramente políticas - basta imaginar uma situação em que a maioria do Congresso Nacional é situação, ou seja, não é oposição ao partido do Chefe do Executivo - implicará na manutenção do veto ainda que lastreado em razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada¹⁶⁶.

Assim, o controle judicial do veto jurídico, é espécie de controle jurídico preventivo.

3.5. Legitimidade e Pertinência Temática

A legitimidade ativa para a propositura da ADPF é a mesma para propositura da ADI e ADO. A previsão legal está no art. 2º, I da Lei 9.882/99 e também no art. 103 da CR. Isso posto, poderão propor a ADPF os seguintes legitimados: o Presidente da República, as Mesas da Câmara e do Senado Federal, os Governadores dos Estados e o Governador do

¹⁶⁴ Remete-se o leitor para o ponto 2.4, no segundo capítulo, para não tornar o trabalho repetitivo.

¹⁶⁵ MENDES, op. cit., p. 1262.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 1262.

Distrito Federal, as Mesas das Assembléias Legislativas e a Mesa da Câmara Distrital, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

No tocante à pertinência temática, se sabe que com o advento da Constituição de 88, o Procurador Geral da República deixou de ser o único legitimado para propor ação direta de inconstitucionalidade e por consequência as demais ações objetivas. Diante disso, a jurisprudência da Corte Suprema criou duas categorias de legitimados: os universais, cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese¹⁶⁷; e os especiais, que são órgão ou entidades, cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre a sua esfera jurídica ou daqueles que possam vir a representar¹⁶⁸.

Pertencem a categoria de legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Inserem-se na classe dos legitimados especiais: o Governador dos Estados, a Mesa de Assembléia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em referência à legitimidade passiva, não há muito o que discorrer. Isso porque "embora não se possa falar, naturalmente, em réus, caberá ao órgão ou agente ao qual se imputa a violação do preceito fundamental a prestação de informações"¹⁶⁹, tal qual ocorre no caso das ações diretas de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, e na declaração de constitucionalidade.

¹⁶⁷ BARROSO, op. cit., p. 161.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 161.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 296.

CONCLUSÃO

Nesta tese, se constatou argumentos sistemáticos e racionais que possibilitam o controle judicial do veto jurídico, ainda que majoritariamente a doutrina e a jurisprudência sejam refratárias à posição defendida. Sucede que o processo de justificação argumentativa do pensamento dominante deixa vácuos no sistema e consequências que ofendem o bom-senso de justiça, conforme demonstrado. Isso porque, à guisa de exemplo, se considerar um veto, cujo motivo é a inconstitucional, seja de uma parte do projeto de lei, ou dele todo, a produção dos seus efeitos no ordenamento jurídico é inconcebível, pois a inconstitucionalidade gera a invalidade da norma, não podendo repercutir efeitos. Não é lógico por ferir a unidade, a ordem e a sistemática do ordenamento que a razão de ser de uma lei viola os parâmetros axiológicos da Constituição. Há um vício ontológico na parte sucumbida do projeto de lei em razão deste veto, nesse sentido, é dever da Suprema Corte sustar os seus efeitos sob uma análise jurídica e material do seu conteúdo, e não aguardar o pronunciamento essencialmente político do Congresso Nacional.

Nesse sentido, é salutar que se proceda ao controle de constitucionalidade do veto jurídico afim de que o reconhecimento de invalidade dos motivos do veto, paralise de sobremaneira qualquer possibilidade de produção de seus efeitos, antes da sessão conjunta dos Deputados e Senadores que deverá possuir um quórum qualificado na votação.

Uma vez que, se por um lado o veto tem por objetivo conter os excessos do Poder Legislativo, por outro, a sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma do art. 66, §4º da CR, tem por ideal conter o descomedimento do Executivo. Todavia, essa decisão do Legislativo perpassa por um opção, escolha, de ânimo essencialmente política. Com isso, o controle *a priori* - pelo judiciário - do veto jurídico, que incide sobre os motivos que vinculam

a decisão do Chefe do Poder Executivo, é de inclinação estritamente jurídica, tal qual se propôs infrutiferamente no caso da ADPF nº 1, sendo portanto fundamental que se passe adotar a posição ora defendida. De todo modo, caso o STF não vislumbre inconstitucionalidade no veto oposto, ainda se fará imprescindível a análise do Congresso Nacional para se cumprir o correto processo legislativo.

Sendo assim, chamou-se atenção para o coração desta tese, que é a aplicação analógica da teoria dos motivos determinantes, na qual se defendeu que o Chefe do Poder Executivo fica vinculado aos motivos que alega ao opor o veto judicial. É nessa tônica que se examinou o princípio da proteção insuficiente, corolário do princípio da proporcionalidade, aplicado ao tema do veto jurídico conferindo uma nova dimensão a esse instituto, posto que se motivo do veto, a inconstitucionalidade da norma, não é verossímil, impedido que o Legislativo crie novos direitos e obrigações, há na verdade, uma violação aos direitos fundamentais, e, por isso, se defendeu que nesses casos haveria um poder-dever do Chefe do Poder Executivo se abster de vetar ou então sancionar tal projeto. Ato contínuo, preocupou-se em demonstrar que essa tese não compromete o dogma da separação dos poderes.

Em uma escala jus filosófica, por fim, convém ratificar que o ordenamento jurídico é um sistema. Isso pressupõe harmonia, ordem e unidade. A quebra desses alicerces compromete a plenitude desse modelo. Nesse diapasão, o controle de constitucionalidade é um dos modelos que integram a jurisdição constitucional com o propósito afastar e suprimir ameaças aos pilares dessa estrutura.

Assim, se conclui que, ao afirmar ser juridicamente possível o controle judicial do veto jurídico, tal qual exarado nesta tese, os argumentos expostos estão em consonância com a dogmática constitucional e, além disso, não há colisão com as diretrizes jus filosóficas que se transpassa pela teoria da separação dos poderes, fruto da reorganização do poder em

um Estado de Direito. Previne-se, desse modo, mais uma manifestação do abuso de poder por parte dos poderes democráticos do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos dos homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul.set, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47413/45319>. Acesso em: 16 abr 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 e.d. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*. 1984, v.83. p158. Acesso disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181546>, em 18 de julho de 2015, às 13:32.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos* (tradução de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica Legislativa (legística formal)*. 6. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do poder executivo*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Primeiras Lições de Direito*. 15. e.d. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. Salvador: Juspodium, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

CUNHA JUNIOR, Dirley. A separação das Funções Estatais Ante uma Nova Dogmática Constitucional. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/350727/mod_folder/content/0/1.O.2%20CUNHA%20JR.%20Separacao%20das%20Funcoes%20Estatais.pdf?forcedownload=1 Acesso em: 17 abr 2017.

FERDINAND, Lassale. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONSECA, Edson Pires. *Direito Constitucional legislativo: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo*. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARQUES, Paulo Henrique Resende. *Controle Judicial do veto jurídico: uma análise constitucional e processual*. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. V. 3. Execução. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle da Constitucionalidade*. COAD, Seleções Jurídicas, jun. 1997, p.11-13. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220>. Acesso em: 4 ago 2016.

MORAES, Guilherme Peña. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Ações Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

RODRIGUES, Ernesto. *O Veto no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2014.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os Clássicos da Política*, V. 3. ed. São Paulo: Ática S.A, 1991.