



Não há espaço para controle preventivo de constitucionalidade no Brasil

O Poder Legislativo é o coração do Estado, o Poder Executivo é o cérebro, que dá o movimento a todas as partes. O cérebro pode cair em paralisia e o indivíduo prosseguir vivendo. Um homem fica imbecil e vive, mas assim que o coração cessar suas funções, o animal está morto. Não é pela lei que o Estado subsiste, mas pelo poder legislativo – Rousseau. [1]

1. Considerações preliminares necessárias: o nascimento do voto e a “superação” do preconceito contra as “massas incultas”.

Em seu trabalho *Democracia ou Bonapartismo*, Domenico Losurdo[2] se dedica a observar a trajetória da tormentosa luta pelo sufrágio universal, especialmente nos últimos 200 anos das aventuras das sociedades ocidentais. Em outras palavras: o que nos parece hoje prosaico – o direito de que todos podem votar e ser votados – nem sempre assim foi. A história exhibe a dura realidade dos fatos concretos a comprovarem o sangue, a violência e o elevado preço pago para que, por exemplo, mulheres pudessem votar e ser votadas. Como diria Jorge Luis Borges “não há nada como a morte para melhorar as pessoas”.

A tese central desta obra de Losurdo, explicitada logo no prefácio do autor à edição brasileira, é a rediscussão de que o liberalismo teria “por um impulso puramente interno” produzido uma democracia “cada vez mais rica e mais ampla”. Losurdo insiste, com maestria, na tese contrária. Para ele, o liberalismo resistiu, enquanto lhe foi possível, à ampliação da democracia, ao aumento de seus participantes, e principalmente, à dilatação das atribuições dos órgãos compostos por aqueles que, agora, podiam participar dos processos decisórios das sociedades. Os clássicos do liberalismo transbordam erudição a comprovarem sua disposição firme de enfrentar o assunto com os melhores momentos de suas melhores cabeças, sempre no sentido de deixar claro que “política não é assunto de todos”.

Recorrendo às obras e discursos de gente com Hamilton (para quem o povo “nem é a voz de Deus (...), e é turbulento e inconstante”), até aquela de Arthur Schlesinger Jr. (para este, a inclusão dos negros como eleitores nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, “sem considerar sua inteligência e capacidade”, consistiria num atentado ao “melhor da herança anglo-saxã”), Losurdo[3] demonstra que o *front* da disputa sobre a universalização do sufrágio não se localizava somente nas ruas, nos jornais ou nos debates da imprensa: estava, sobretudo, amparado por uma competente rede de suporte intelectual. E, neste ambiente, o mais importante era impedir o acesso ao voto dos que não possuíam cultura e instrução para tal.

Aqui, a inspiração remonta eras mais passadas, com as formulações de Edmund Burke (com sua “multidão suína”, que precisa trabalhar para sobreviver, faltando-lhe o tempo para estudos) e Walter Bagehot, (com a seleção natural para as coisas da política). Com a derrota destas ideias, o liberalismo obrigou-se a incorporar as incultas multidões nos processos decisórios.

Restava, portanto, um flanco a ser atacado pelos liberais: o produto destas “maiorias loucas”, agora representadas no poder legislativo. Nada como algum tipo de controle sobre a produção legislativa. E, se



tal controle puder ser preventivo, resolve-se o desafio da estabilidade institucional de qualquer sociedade, a ter nas mãos de poucos homens cultos o bom destino da estabilidade econômica, política e social, tão necessárias ao bom governo. Nada melhor do que colocar quem não foi eleito para dizer, mesmo sem o texto votado “ir para as ruas”, que ele não é constitucional.

2. O controle abstrato preventivo da constitucionalidade.

No momento, parece ter retomado fôlego a antiga ideia de um controle preventivo – judicial – da constitucionalidade. Por tal mecanismo, em *terrae brasilis*, o Supremo Tribunal Federal poderia declarar inconstitucionais, ainda durante o processo legislativo, atos que viriam a ser sancionados pelo presidente da República ou os decretos legislativos, expedidos sem a sanção presidencial. Este singelo (*sic*) mecanismo, utilizado em outros países, como em Portugal, poderia, na opinião de alguns de seus importantes defensores, “neutralizar desvios no exercício inadequado do poder regulamentar” ou ainda, com a introdução de tal medida “evitaríamos inúmeras ações se o STF já pudesse definir sua validade”^[4].

Proporíamos como direções ao debate sobre este tema duas perspectivas: primeira, aquela que se vincula à teoria de democracia atual e o que poderia significar, para o conceito de democracia e sua realidade brasileira, a adoção desta medida; no segundo instante (porém jamais secundário!) uma abordagem sob as determinações a respeito do assunto, expressadas no texto de nossa Constituição Federal.

Já lembrou um Ministro do nosso STF, não há muito tempo, que nos Estados Unidos proliferam textos sobre as decisões da Suprema Corte quase ao mesmo tempo em que são proferidas. Desta forma, a mesma Suprema Corte está, positivamente, sempre atenta às repercussões do que decide, porque sabe que é vigiada de perto. Pois bem. Concordamos totalmente com o Ministro e esperamos que estas breves reflexões possam desencadear outros debates, noutros rumos, com outras perspectivas.

3. Controle judicial preventivo e democracia.

Não nos parece outro entendimento capaz de subsidiar a idéia da instituição de um controle abstrato preventivo da constitucionalidade no Brasil senão aquela da desconfiança em relação ao Poder Legislativo. Aliás, esta abunda em trabalhos acadêmicos, em discursos proferidos em grandes salas e grandes ante-salas de monumentais eventos jurídicos realizados anualmente no País.

Aliás, a produção democrática do direito cada dia é levada menos em conta em nosso país, bastando, para tanto, examinar o modo como os Tribunais “passam por cima” das leis (bem recentemente, o STJ, sem uma justificativa em nível de jurisdição constitucional, fez soçobrar o dispositivo do Código Penal que estabelece que a prescrição somente se conta depois de transitada a sentença condenatória para o Ministério Público; ou os Tribunais da federação, inclusive parcela do STJ, que negam validade ao artigo 212 do CPP, que estabelece o sistema acusatório na inquirição de testemunhas; isso para dizer o mínimo). Talvez o argumento – não confessado – é de que o Parlamento não sabe “fazer leis”.

Voltando às salas de aula e aos auditórios: uma multidão de juristas a discursar a respeito de uma eventual má qualidade da representação política que chega a cada legislatura e Brasília e nas assembleias estaduais; todos recebem aplausos e são “apoiados” de todas as formas. Sempre nos restou complexa a



seguinte pergunta: mas como desaprovamos aqueles que nós mesmos elegemos? Somos *outsiders* da política? Complexa a resposta, mas não absolutamente impossível.

A esmagadora maioria dos presentes a aplaudirem de pé tais discursos e seus autores não representam mais do que vinte por cento do povo brasileiro e, na verdade, guiam-se pelo puro costume fácil de criticar a política e os políticos pelo simples criticar. Não foi sem sentido que Maria Rita Kehl^[5] sustentou, em conhecido e polêmico artigo, o preconceito que se tem com resultados de processos políticos decisórios quando as “maiorias loucas” podem se manifestar. Por este entendimento, um Congresso Nacional composto por aqueles que pouco ou nada entendem de constitucionalidade, técnica legislativa etc., são propensos à produção legislativa desenfreada e, mais grave, desrespeitosa à Constituição. Desta forma, um controle preventivo, emanado do Supremo Tribunal Federal, poderia corrigir estas distorções.

Na verdade, esta idéia esconde duas formas de se atingir a democracia com um só cajado. Primeiramente, revela o quanto nosso legislativo é suspeito aos olhos de muitos dos que são responsáveis pela produção da cultura jurídica nacional. Não se enxergar que legislativo algum do mundo, em período algum, deixou de se envolver em toda sorte de escândalos, de oportunismos, de cinismos e de sofismas traduz uma análise superficial sobre o funcionamento da democracia.

Deixar de ver a fática realidade de que o legislativo brasileiro tem sido um dos mais atuantes do mundo – acumula as funções de legislar de fiscalizar e de julgar – sendo ele o responsável por uma consolidada democracia, que construiu uma das assembléias constituintes mais abertas do mundo, enfrentou o *impeachment* de um Presidente no escorrido limite da legalidade, tendo passado por escândalos de toda ordem sob todos os governos, corresponde a ignorar com preconceito o que o voto dos pobres, dos incultos também ajudou a produzir.

O que se faz necessária é a compreensão de que a aparente confusão a imperar nos parlamentos é parte da política, já que política democrática é conflito. A heterogeneidade das tensões sociais lá representadas bem denuncia o quanto heterogênea é a sociedade que a produziu. Não cabe ao poder constituído questionar o que foi questionado quando do momento constituinte. Se elegemos bem ou mal, que paguemos por isso, ou usufruamos o bônus da felicidade da boa escolha. Para os momentos excepcionais, a Constituição previu as regras de exceção, esta dentro do direito constitucional.

Ao deparar-nos com parlamentares de atividade incompatível com o elevado cargo que exercem, temos leis e regulamentos a poderem afastá-los. Recorramos à legalidade constitucionalizada (lembremos Elias Diaz) e aceitemos que, em quatro anos, teremos a oportunidade de correções das escolhas que fizemos. Merece ser ressaltado que nenhuma sociedade democrática deixa de atirar pedras à política e a seus políticos. Nenhuma delas, ao que se tem notícia, rejeita a democracia ou decide que a solução é o enfraquecimento de seus legislativos.



Se se toma como exemplo as sociedades parlamentaristas, esta afirmação adquire conotação mais decisiva, uma vez que neste sistema o parlamento é ao mesmo tempo o governo. Se o parlamentarismo levou a duas guerras mundiais somente no séc. XX, foi o mesmo sistema, pela virtude e fortuna (e também por todos os defeitos) de seus dirigentes parlamentares, que garantiu ao mundo o mais longo período de paz ininterrupto de que se tem notícia.

Permitir, como o fazem alguns países, que os atos ainda em tramitação no poder legislativo sofram controle judicial, equivale a permitir ingerência decisiva sobre a política. Dito com outras palavras: significa o enfraquecimento do poder legislativo, do voto direto e secreto, com igual valor para todos. Reivindica-se a infalibilidade para um poder constituído, mais preparado, mais “prudente”, para a correção daquilo que um poder eminentemente político é capaz de realizar.

Este conjunto de pensamento não é recente no Supremo Tribunal Federal, de idêntica maneira que também não o é sua antípoda, sempre no próprio Supremo Tribunal Federal, lembre-se[6]. Se o fortalecimento da democracia não se dissocia do papel do poder legislativo – afinal, é este quem elabora as leis para todo, a introdução de um controle judicial preventivo atrai para o cenário judicial os embates que deveriam se desenvolver na arena dos parlamentos. É provável que se teria mais governabilidade; porém é certo de que teríamos menos democracia.

4. Controle preventivo e sua inconstitucionalidade.

Por esta dignidade histórica que acompanha o poder legislativo, é que a Constituição Federal representa um texto concebido a partir da racionalidade. Neste sentido, a separação de poderes existe no âmbito de um controle judicial da constitucionalidade sobre atos normativos e não sobre o “vir-a-ser” de atos normativos. Deixemos, pois, que o texto da Constituição nos diga algo, senão sobre o que devemos fazer, *pelo menos acerca do que não podemos fazer*. Ora, enquanto uma discussão se localiza no âmbito do poder legislativo, não é ela nada mais que um projeto de lei, projeto de decreto legislativo, projeto de emenda à constituição etc.; instrumentos, em qualquer dos casos, sem vigência, sem validade e sem eficácia. Ao ingressarem, tais atos, no “mundo dos vivos” (o que se dá com a sanção e promulgação/publicação), aqui, sim, começa o controle da constitucionalidade a cabo do poder judiciário. Antes, não!

Não há, desse modo, como se encontrar, em todo o texto da Constituição, qualquer comando autorizador da introdução do controle preventivo abstrato da constitucionalidade. Aliás, é assim que o STF, quando instado, vem decidindo. E deve continuar assim.

E vejamos quão importante é a democracia e a essa concepção aqui defendida (de *check and balances* e do que mais se queira chamar). Tão inconstitucional seria a introdução de um controle preventivo de constitucionalidade – e isso somente seria “possível”, paradoxalmente, com a aprovação do próprio parlamento – que o próprio STF poderia declarar essa emenda inconstitucional (em controle de constitucionalidade não preventivo, é claro!).

Ou seja, quando dizemos que não há espaço para o controle preventivo de constitucionalidade em nosso ordenamento, queremos dizer que isso se deve ao conteúdo da nossa Constituição compromissória, que,



ao reservar para a fiscalização de constitucionalidade tão-somente o controle sucessivo (não preventivo), fê-lo porque esse é o modo de preservar a democracia.

Trata-se daquilo que se chama de “vedações implícitas ao poder de emendar”. Numa palavra: o próprio Poder Legislativo, ao aprovar o modo de controlar a constitucionalidade, já deixou assentado, ainda que implicitamente, que isso não poderia ser alterado. E por quê? Porque o Poder Constituinte jamais faria um haraquiri institucional, admitindo que, no futuro, pudéssemos vir a ter uma juristo-cracia em lugar da clássica (ou contemporânea) demo-cracia.

[1] ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político*, São Paulo, Hemus, 1981, p. 96.

[2] [2] *Democracia ou Bonapartismo – Triunfo e Decadência do Sufrágio Universal*. RJ/SP. Ed, URFJ/UNESP, 2004.

[3] Ob.cit. pp. 24/52.

[4] De acordo com publicação de 21.01.2010 do CONJUR: Poder regulamentar Cresce debate sobre controle prévio de leis – Marília Scriboni.

[5] Kehl, Ma. Rita. *Dois Pesos....* SP, O Estado de São Paulo, de 02.10.2010.

[6] Segundo o jornal “O Estado de São Paulo, , de 20.09.1988, assim se manifestou o então Ministro Moreira Alves: “O papel do Judiciário a partir de agora será de extrema importância para a aplicação da Constituição, principalmente com a elevação do STF à condição de seu guardião. Com o tempo serão corrigidas as imperfeições que o texto apresenta (...)”.

No sentido oposto, o Min. Paulo Brossard, ao se posicionar sobre a impossibilidade de o judiciário conhecer de questões políticas, afirmou: “O Presidente pode cercar-se de elementos corruptos e incapazes (...). O Paço do Governo pode converter-se numa praça de negócios. O opróbio pode atingir o ponto de a suprema autoridade exigir pecúnia das potências estrangeiras ou receber propinas em retribuição a atos que pratique (...). Este painel terrível pode ser o retrato do país e obra de um governante (...). O Supremo Tribunal Federal não é superior aos demais. Cada qual, no âmbito de suas atribuições específicas e privativas, profere a palavra derradeira, ainda que não seja a mais sábia (...). Em verdade, nenhum poder tem o monopólio do saber e da virtude; os poderes acertam e erram, acertam mais do que erram, felizmente, mas também erram. É da natureza humana. E o que decide em último lugar erra ou acerta irremediavelmente. O certo ou desacerto serão definitivos. Esta verdade, singela e trivial, não deve ser esquecida. Nem os homens, nem as suas instituições, são perfeitas e infalíveis”. (Supremo Tribunal Federal. *Impeachment*. Brasília, 1996, pp. 157/158/162).

Date Created

29/01/2011