



## Controle constitucional prévio resgata papel político do Judiciário

Divisamos duas nuances espectrais no Constitucionalismo mais moderno bastante características: a primeira, consistente na consagração, consolidação e estabilização de um rol de institutos, elementos e doutrinas que, sejam de origem genuinamente jusfilosófica ou não, fazem parte do ensino acadêmico da Jurisprudência (ciência do Direito). A sistematização desses estudos que já estão consagrados pelas letras jurídicas clássicas – nós o sabemos – foi empreendida por notáveis juristas do início do século passado, como Santi Romano e Vittorio Emanuele Orlando. Coube àquele, por exemplo, a divisão, até hoje seguida, do Direito Constitucional em Direito Constitucional Geral, Especial (ou Positivo) e Comparado; a segunda, consistente precisamente no reverso da primeira, vale dizer, em um rol de elementos, doutrinas e, em alguns casos, de meros pensamentos que ainda não estão totalmente desenvolvidos e, por isso, consagrados ou, mesmo, consolidados.

Citemos como exemplos dessa segunda nuance: a) a redescoberta de que a formação do Estado de Direito se assentou, tal como proclamada pela Revolução Setecentista, não apenas na liberdade e na igualdade, mas também, na fraternidade. Assim, desenvolver a fraternidade como princípio constitucional da estatura daqueles já consagrados é um desafio que só está no começo; b) os estudos europeus no sentido da verticalização ao “magma” dos conceitos ontológico de “Direito” e epistemológico de “teoria do Direito”, tal como encetados, por exemplo, pelo professor da Universidade de Paris, Paul Amselek. Assim, iniciar um aprofundamento do que seja realmente “teoria constitucional” é outro tema que só está no começo, com profundas repercussões no cotidiano – na falta de melhor termo para os objetivos deste texto – dos operadores do Direito, haja vista que, por exemplo, da resposta que encontrarmos, poderemos admitir ou não Recurso Extraordinário de temas constitucionais ainda que não formalmente incorporados ao texto da Constituição; c) e – uma questão mais simples – a possibilidade de efetivação de controle dos atos e leis municipais em face da Constituição Federal.

A essa segunda nuance, costumo chamar de vanguarda constitucional. Obviamente, pelos motivos precedentemente expostos, esse vanguardismo constitucional é extremamente volátil, não possuindo alguma limitação temática senão aquela ditada pela curiosidade. Pois bem: um tema que bem poderia fazer parte desse vanguardismo constitucional seria precisamente o que chamamos de devido processo legislativo. Na verdade, o devido processo legislativo já está consagrado pela doutrina constitucional mais abalizada, tal como mostrado, por exemplo, pelo notável Alexandre de Moraes em seu conhecido *Direito Constitucional*.

Entrementes, o devido processo legislativo, tal como assim exposto, está estribado no princípio da legalidade, a significar apenas uma especificação maior do “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, no sentido de que a obrigação legal, em virtude da qual temos que fazer algo ou temos que deixar de fazer algo, há de ser estabelecida na lei elaborada e votada nos termos do procedimento estabelecido na Constituição (artigos 59 e seguintes.). Ponto. Acabamos aqui. Nada mais é possível fazer a partir daqui senão perscrutarmos se a elaboração da lei afrontou alguma daquelas regras estatuídas na Constituição Federal, únicas, segundo a doutrina tradicional, capazes de gerar a parametricidade necessária a desencadear o controle de constitucionalidade.



Antes de continuarmos com o argumento, façamos pequena digressão para expor alguns conceitos básicos. É fartamente conhecido o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis: ele é jurisdicional sucessivo combinando os métodos difuso e concentrado. Significa, inicialmente, que nosso sistema está ancorado na jurisdição, vale dizer, no Poder Judiciário, ao invés de estar em algum órgão político ou em órgão formado por mescla de elementos políticos e técnicos. É por causa disso que falamos em jurisdição constitucional, a significar que a preservação da angularidade constitucional, vale dizer, de sua supremacia, é feita exatamente pelo Poder Judiciário. O raciocínio é simples: se o controle é técnica de proteção da Constituição e se é feito pela jurisdição, então, realmente, pode-se dizer que a integridade da Constituição dependerá da jurisdição. Só há uma exceção a essa regra: o controle político prévio ou preventivo efetuado pelo Presidente da República (artigo 66, parágrafo 1º da Constituição).

Mas o sistema brasileiro não é apenas jurisdicional; é jurisdicional sucessivo. Significa que o Poder Judiciário só pode desencadear o controle de constitucionalidade após a entrada da lei no mundo jurídico, *id est*, após a sua promulgação e publicação, quer dizer, somente após terminado e exaurido o processo legislativo. Assim, inexistente, entre nós, controle jurisdicional da lei enquanto projeto de lei, da lei ainda sendo elaborada no âmbito parlamentar. Em tal situação, enquanto projeto de lei, a lei – se é que podemos falar em “lei” – estará inacessível ao Poder Judiciário, no que denominado de insindicabilidade dos atos legislativos. O projeto de lei, então, é insindicável, vale dizer, imune, totalmente imune, à ingerência judicial.

A insindicabilidade dos atos legislativos tem origem na antiga Bretanha, quando o parlamento inglês, frágil e disperso quando comparado à Coroa, precisava se fortalecer relativamente àquela. A necessidade de autoafirmação e de fortalecimento do parlamento inglês fê-lo ostentar, de frente à Coroa, a doutrina de que os seus atos internos estavam fora do alvedrio real. Dentre os atos internos, destacavam-se, sobremaneira, os atos legislativos que desaguavam na feitura da lei, daí decorrendo a teoria dos atos legislativos *interna corporis*. A doutrina dos *interna* foi fundamental para proteger a vontade parlamentar – e, portanto, do Estado –, expressa por meio da lei, da vontade real. Não faz parte dos objetivos deste texto, mas, mais à frente, esse arcabouço jurídico-político fará a afirmação crucial de que a *statutory law* havia de ser expressão da *common law*.

Aqui também há uma exceção, construída jurisprudencialmente, nas lavras do Supremo Tribunal Federal. Diz respeito ao parlamentar: pode este, e somente este, ingressar com Mandado de Segurança para que o parlamento observe o rito constitucional. Como se vê, mesmo nesta exceção, apesar do controle ser prévio, pois dito controle se efetiva sobre o projeto de lei, ele, primeiro, está limitado ao que estatui a Constituição (artigos 59 e seguintes.), deixando de fora o regimento parlamentar e, segundo, só quem pode requerê-lo é o próprio parlamentar, deixando de fora o cidadão comum.

O sistema brasileiro, além de jurisdicional e sucessivo, possui outra nota característica, a saber, mistura os métodos difuso e concentrado. A diferença entre os dois reside no órgão, dentro do Poder Judiciário, que fará o controle: sendo qualquer juiz, o método é difuso; sendo apenas o órgão de cúpula, que se mostra como corte constitucional, o método é concentrado. O difuso é estadunidense e o concentrado, europeu. Os dois admitem formas puras ou ortodoxas e multifacetadas ou heterodoxas. As formas puras, como o próprio nome está a indicar, são desprovidas de elementos estranhos àquele arcabouço tradicional que as marcam nos respectivos países de origem. Assim, o puro método difuso, existente nos



Estados Unidos, não admite Ação Direta de Inconstitucionalidade ou qualquer outra modalidade de ação objetivo-concentrada de controle. Por essa razão, porque não há ADI, ADC, ADPF e etc., qualquer cidadão pode suscitar o controle de constitucionalidade. Já na forma pura do controle concentrado, existente em grande parte dos países europeus, ocorre o contrário: o juiz ou tribunal inferior está impedido de conhecer da questão constitucional suscitada pela parte, pois tal questão é da competência exclusiva da Corte Constitucional. Por isso, somente a parte em um dado processo, e não qualquer cidadão, ou outras extraordinariamente legitimadas, é que poderá suscitá-la. Tocantemente às formas heterodoxas, são tantas e tão variadas que se torna difícil, senão impensável, o estabelecimento de uma taxinomia dos diversos sistemas. Estes são incumbência eminente do direito positivo, pois é este que definirá o sistema. Assim, há países que simplesmente combinam aquelas duas técnicas, como no Brasil; outros, todavia fundem os sistemas, originando outra espécie híbrida, como é o caso da Itália, na qual, apesar da existência da corte constitucional, há também controle político. Enfim, é o direito positivo, calçado em critérios históricos e culturais, que estabelecerá a mecânica do controle.

O controle ainda, para encerrar a digressão, pode ser formal e material. O primeiro diz respeito ao procedimento da norma: questiona-se, não o seu núcleo material, mas a maneira como está sendo elaborada. O segundo é precisamente questionar-se o mérito da norma, ou seja, o seu conteúdo em face da Constituição. No Brasil, o controle formal só é possível em face do processo legislativo previsto na Constituição (artigos 59 e seguintes), ficando de fora o procedimento interno nos parlamentos; o material estará sujeito ao método de controle: se este for difuso, o conteúdo material estará limitado a um (uns) específico (s) dispositivo (s) constitucional (is), pois, por exemplo, não se admite Recurso Extraordinário por ofensa a princípios constitucionais senão enquanto estiverem em um dado dispositivo; se for concentrado, podemos considerar, não apenas o dispositivo em si, mas quaisquer princípios e regimes que, dos dispositivos, pudermos extrair, a exemplo da ADPF, onde o conceito de “preceito” é muito maior que o de “artigo” da Constituição.

Em tal contexto, indaguemos: é possível fazer-se controle jurisdicional formal preventivo da lei? Como vimos, no Brasil, o controle jurisdicional é somente sucessivo, sendo excepcional a hipótese mediante a qual o parlamentar, e somente ele, pode procurar o Supremo Tribunal, preventivamente, para pedir a observância do processo legislativo constitucional. Por outro lado, o controle preventivo é apenas político e exercido pelo presidente da República. Assim, apesar, por exemplo, de uma medida provisória que estabeleça novas regras de locação de imóveis não ter a sua comissão mista formada, o que afrontaria o seu procedimento legislativo interno, locador e locatário não poderão ingressar no Judiciário para deixar de cumpri-la por esse motivo, haja vista que o controle formal do juiz só poderá efetivar-se em relação aos artigos 59 e seguintes da Constituição. Em suma: a afronta da medida ao seu procedimento legislativo: a) só poderá ser feito após sua transformação em lei; b) mesmo assim, somente será permitido se tal procedimento estiver na Constituição; estando no regimento, não será possível. Assim, aquela pergunta, ao imiscuir-se no que denominamos de vanguarda constitucional, traz interessantíssimas questões, eis que, aparentemente, está fora do sistema atualmente aceito e adotado no Brasil.

Respeitantemente, respondemos que sim. Sim, é possível admitirmos que o Poder Judiciário possa ser provocado por qualquer cidadão, à altura dos seus direitos fundamentais, para obter declaração judicial que dê pela incoerência da norma com o seu procedimento legislativo interno – com os atos legislativos *interna corporis*



– de maneira a desobrigá-lo, mesmo antes de promulgada e publicada a lei, de cumprir com ela. Fazendo uso do exemplo anterior, diríamos ao locador e locatário que é possível que movam ação judicial declarando a medida provisória que altera a metodologia de cálculo dos aluguéis, independentemente do seu conteúdo, formalmente inconstitucional, simplesmente porque a comissão mista de senadores e deputados não foi formada, contrariando o seu procedimento interno.

É o que expomos, sem pretender demonstrar importância que definitivamente não temos e com a vênica de praxe, na nossa obra intitulada “Controle Jurisdicional Preventivo da Lei: O Devido Processo Legislativo” (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004). Obviamente, o espaço não nos permitiria abordar todas as questões que envolvem a indagação. Fundamentalmente, respondemos que sim desde que utilizemos o devido processo legislativo, não com base na legalidade, mas com base no devido processo legal, outorgando a qualquer cidadão brasileiro – e não apenas ao parlamentar – o direito de questionar judicialmente o procedimento legislativo interno da lei. Citemos, ainda no agrado das mesmas vênias, o seguinte trecho: “... um controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo da lei significa a existência de um controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário com o mesmo objeto (processo legislativo como um todo) e da mesma magnitude (estancando com o próprio processo legislativo ou com a lei) do controle político já realizado pelo Congresso Nacional (por meio de suas Comissões) e pelo presidente da República. E o devido processo legislativo seria essa espécie de controle”.

Costumam dizer os alemães que cada época histórica possui o seu próprio *zeitgeist*, que vem a ser o espírito ou clima intelectual que domina as mentes e corações de dado povo em dada época. Para o homem medieval, aferrado à doutrina ptolomaica do geocentrismo, seria heresia falar-se em heliocentrismo. E isto por causa do seu *zeitgeist*, do clima no qual vivia. Pois bem: em Direito, nós, juristas do século XXI, temos nosso próprio *zeitgeist*, que permeia longa fila de temas. Sem dúvida alguma, um dos mais importantes que nos domina hodiernamente é precisamente a chamada “judicialização da política”, que vem umbilicalmente ligada a uma outra, o “ativismo judicial”. Aliás, dominam não apenas os juristas, mas toda a sociedade.

Várias foram e continuam sendo as manifestações no sentido de debandarmos com a judicialização/ativismo, de os tentarmos colocá-los em débâcle. Aliás, as discussões flamaram-se a alguns graus solares quando o eminente presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Antônio Cezar Peluso, logo no início das discussões do III Pacto Republicano, propôs o controle preventivo – obviamente, de natureza jurisdicional – das leis. Bradaram por logo: uns diziam que tal proposta seria flagrantemente inconstitucional às vistas de possível judicialização total e completa da política; outros, que seria a instauração de verdadeira ditadura judicial. Poderia, quiçá, chamá-la, particularmente, de “judiciocracia”, a significar canhestro “governo de juizes”. Extremadas como as questões estão, será difícil não reconhecer estarmos diante da formação e consolidação de *zeitgeist* extremamente perigoso, o de que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se em questões políticas.

Debalde tentaríamos compor tais discussões. Não temos tamanha intenção e, mesmo, competência. Todavia, não nos poderíamos furtar, pelo menos, a tentarmos ingressar nelas, primeiro, para esclarecer que jamais poderemos transformar a judicialização e quaisquer de seus consectários em *zeitgeist*, no *zeitgeist* de que as questões políticas não podem ser submetidas ao Poder Judiciário, pois a consequência mais nefasta disto seria precisamente não se admitir qualquer discussão – lembremo-nos quão inútil seria



tentar convencer o medievo da incorreção do geocentrismo –, o que é tudo de pior que pode ocorrer à jurisprudência.

Depois, forte no parágrafo anterior, considerando não estarmos – pelo menos ainda – diante de qualquer *zeitgeist*, podemos dizer que a função de qualquer juiz, por natureza, é de substituição das partes em conflito: a vontade das partes é substituída pela vontade do juiz, que se considera a vontade do Estado. Não é por outra razão que tivemos que separar aquele que julga daquele que faz as leis mediante as quais se julga. O caráter natural substitutivo da jurisdição está sendo esquecido na discussão, de maneira que não se trata de nenhum “ativismo judicial”, mas do desenvolvimento da substituição da vontade parcial pela vontade do estado. Portanto, não deve haver qualquer estranheza se o juiz, ao resolver caso perante si colocado, determina que o pai pode ver seu filho mesmo sem a concordância da mãe, que o herdeiro não pode receber seu quinhão, que a Administração Pública não pode proceder à licitação ou que este ou aquele parlamentar deva perder seu mandato. Erro ou estranheza deveríamos ter se o pai, o herdeiro, a Administração Pública ou o parlamentar fossem obrigados ou facultados sem terem provocado o juiz mediante a *actio*. Aí, sim, deveríamos estar enormemente preocupados...

Enfim, em terceiro lugar, rogamos pelas vênias de estilo para alvitrar que a própria sistemática de controle no Brasil, quando importada por Ruy dos Estados Unidos, outra coisa não significa que não consagrar a assertiva de que a questão política, desde que fira a Constituição Federal, pode, sim, ser submetida ao crivo judicial. A própria ADI, se percebermos bem, outra coisa não significa, objetivamente falando, que não interferência nos trabalhos parlamentares, ainda que *a posteriori*. De fato, se tanto a Câmara dos Deputados, quanto o Senado Federal, contam com Comissões de Constituição e Justiça, que servem para corrigir inconstitucionalidades, por que deveria o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei?

Em tal contexto, não deve causar qualquer espanto propormos a existência, dentro do rol de direitos fundamentais, do devido processo legislativo, em ordem a permitir a qualquer cidadão brasileiro anular judicialmente a proposição normativa que contrariar, não apenas a constituição, como também o regimento parlamentar. Também não deve causar qualquer espasmo a iniciativa de Sua Excelência, como contribuição pessoal ao III Pacto Republicano, de propor a criação do controle preventivo no Brasil, dêis que isto nada mais é do que consagrar o devido processo legislativo, como acima expomos. Permitir que o Judiciário possa realizar controle preventivo formal da lei não é judicializar o processo legislativo ou a política e, muito menos, o seria ativismo, mas, apenas, a verticalização de que o Estado Civil, como organização política, possui Três Poderes que comungam da mesma feição política. O devido processo legislativo seria, então, segundo pensamos, a restauração do papel político do Poder Judiciário entre nós, há muito esquecido...

Absolutamente, estamos destacando que Sua Excelência, ao fazer sua proposta pessoal de controle preventivo, estribou-se em nossa obra, suso mencionada. O que estamos pontuando é, ao revés, que tal proposta, do nosso ponto de vista, não possui nada de teratológico, eis que, em nossa obra, defendemos precisamente que o Poder Judiciário, como qualquer outro Poder do Estado, possui função política, sendo o devido processo legislativo, como técnica de controle constitucional, exatamente o resgate desse seu papel político, esquecido por longos e longos anos, inclusive, por conta de períodos de exceção política.



E, apesar da proposta do controle ter sido retirada do texto daquela que restou conhecida como “PEC dos Recursos”, não custa encarecer ser sintomático que as discussões em torno da resolução das questões políticas pelo Judiciário esteja se dando exatamente quando nós, brasileiros, estamos experimentando o mais longo período de regularidade democrática já vivenciado, nada indicando que, logo mais à frente, voltaremos aos tenebrosos tempos de antanho. Assim, é de todo salutar, assim como o fizemos precedentemente, assim como Sua Excelência o fez recentemente, que não tenhamos medo ou receio de debater qual o papel político do Poder Judiciário e como ele se entrosa com os demais Poderes do Estado. Já o fizemos em nossa obra. Esperemos que todos façam, agora, mesmo que retirada da proposta apresentada.

Até porque, cremos, o Estado não pode ficar no banco dos réus das considerações da sua sociedade, do seu povo, que espera e aguarda, não qualquer resposta, mas uma resposta verdadeiramente racional, que ponha, de um lado, o processo legislativo no caminho de instrumento fundamental da democracia participativa, com transparência, segurança e equilíbrio, de modo a vermos novamente na lei, não palavra vazia, mas luz cívica, única capaz de impedir ou de determinar nosso comportamento, e, de outro lado, que ponha o assunto da judicialização/ativismo dentro do seu real campo, no campo das discussões da Ciência do Direito.

De fato, o que estamos a observar é uma desconfiança generalizada do povo nos órgãos do Estado, em todos eles. Nada mais propício às fogueiras das revoluções mal conduzidas ou ao aparecimento de profetas ditatoriais. O Estado precisa sair do banco dos réus. E nós ficaríamos extremamente honrados e satisfeitos se, no tablado, o devido processo legislativo fosse chamado a realizar uma de suas necessárias defesas.

**Date Created**

19/05/2011