

## Em busca do processo constitucional autônomo

*"Se podemos ter certeza de uma coisa a respeito de todas essas utopias é da realidade do sacrifício, da agonia e da morte. Não obstante, o ideal pelo qual se morre segue sem ser realizado. Os ovos são quebrados, e o hábito de os quebrar se fortalece, mas o omelete continua invisível. Sacrifícios visando a objetivos de curto prazo, inclusive a coerção, são aceitáveis se o dilema do homem for suficientemente desesperador e requerer tais medidas. Mas holocaustos com a desculpa de metas distantes é um escárnio cruel para com tudo aquilo que os homens possuem de valor, agora e em qualquer época"*



em para o século XXI" [\[1\]](#))

Desde sempre não poupamos esforços em identificar os maiores desafios e

tendências da jurisdição constitucional, buscando também propor soluções compatíveis com a realidade constitucional e institucional brasileira.

Equacionar possíveis caminhos para a jurisdição constitucional impõe termos clareza acerca da especificidade do *processo constitucional*, vale dizer, do seu estatuto científico autônomo em relação aos demais "processos" regrados pelo Direito positivo brasileiro, dado o caráter singular da sua função e dos seus objetos.

Este artigo foi escrito poucos dias após a instituição, pela Presidência da Câmara dos Deputados, de uma *comissão de juristas* encarregada de elaborar um anteprojeto de legislação que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro.

O anteprojeto pretende não só ordenar a legislação processual sobre controle abstrato de constitucionalidade, bem como reestruturar a disciplina das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do pedido de habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários.

A partir da circunscrição do seu objeto, é preciso admitir que se trata de um projeto ambicioso, à altura do estágio do tratamento autônomo e científico que o processo constitucional vem atualmente recebendo em diversas partes do mundo. Torcemos para que o momento seja aproveitado para conferir a dimensão metodológica/teórica adequada ao processo constitucional integrando seu aprendizado nos cursos de graduação, para que o aluno compreenda que o processo constitucional tem teoria, institutos e funções diferentes dos demais ramos processuais, sendo urgente reconhecermos sua autonomia teórica.

A comissão, que honrosamente integramos, será a ocasião ideal para aprimorarmos ainda mais a legislação processual constitucional brasileira, com especial ênfase nos mecanismos imprescindíveis de tutela subjetiva de direitos constitucionalmente assegurados, reforçando, no Brasil, o estatuto científico independente do processo constitucional.

Como já tivemos a oportunidade de destacar, com base nas lições de Enrique Falcón, o processo constitucional pode ser definido como o subsistema processual responsável por assegurar a solução de conflitos jurídicos de ordem constitucional do Estado, bem como o *locus* privilegiado para a proteção e a implementação dos direitos fundamentais [2] [3].

Conforme ensina Peter Häberle, o processo constitucional tem autonomia e é responsável por instrumentalizar e possibilitar a abertura da Constituição aos seus intérpretes. Tal autonomia relaciona-se com a tese de Häberle de que a Constituição deve ser interpretada como um contrato, de modo que todos os cidadãos nela sejam incluídos, evitando as cisões sociais e os ônus excessivos. Dito de outra forma, o *contrato constitucional* não pode perder de vista nenhum grupo de cidadãos ou alguma geração em particular [4].

Daí o cuidado em não se transformar a jurisdição constitucional em espaço para todo tipo de ativismo, porque a judicialização ativista de pautas políticas transformaria a jurisdição constitucional em palco de batalha, no qual o Judiciário deixaria de julgar conflitos jurídicos, passando a distribuir derrotas políticas. Ou seja, no lugar de despenhar uma atividade social integrativa, a jurisdição constitucional se transformaria em mais um elemento desagregador, tornando-se aos poucos uma nova instância política.

A sistematização do processo constitucional em um *corpus* coeso reforça o estatuto científico de que ele dispõe frente aos demais ramos do Direito, o que impõe, necessariamente um tratamento legislativo que compreenda tal desafio.

Valendo-nos de uma analogia simplória, se a LINDB 22 prevê que a interpretação — judicial, administrativa ou controladora — de normas (*rectius*, textos legais) sobre gestão pública deve considerar "*os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo*" , o legislador não pode se furtar de tomar em consideração os "obstáculos e dificuldades" reais do processo constitucional enquanto ciência autônoma.

É inequívoco que a chamada "constitucionalização" do Direito, enquanto processo irradiador dos ditames constitucionais a todos os ramos do direito positivo, ocorre de duas formas principais: 1) hermenêutica; e 2) legislativa.

Por meio da hermenêutica, o intérprete busca adequar o sentido da legislação infraconstitucional às bases da Constituição Federal, por meio de técnicas específicas como, por exemplo, as sentenças interpretativas, manipulativas e aditivas [5], as quais reforçam a autonomia científica do processo constitucional. Tornadas possíveis em virtude da recepção, pela teoria do direito, do descolamento fundamental entre *texto* e *norma*, tais mecanismos prestigiam a manutenção do produto legislado, em detrimento à declaração de sua inconstitucionalidade.

---

Noutro giro, a mais comum e talvez mais eficiente forma de *constitucionalização* (com todas as ressalvas desse termo) do direito é a que se dá por meio da atividade legislativa, que concretiza a ordem da Constituição com a criação de leis novas, ou pela alteração das que já existem.

O melhor exemplo recente dessa modalidade de constitucionalização do direito foi o chamado pacote "anticrime" (Lei 13.964/2019), que alterou profundamente a legislação penal e processual penal brasileira, e sobre o qual já nos manifestamos [aqui na ConJur](#).

Além de incluir a figura do "juiz de garantias" (CPP 3º-B), a reforma acentuou de forma irretocável o dever de motivação das decisões judiciais (CF 93, IX), calcada na facticidade específica do caso concreto, v.g. CPP 282, §6º, CPP 315, §2º (que consistem na reprodução *ipsis litteris* do CPC 489, §1º, e que tratam de enrijecer os critérios para que se considere qualquer decisão judicial devidamente fundamentada) e o CPP 316 parágrafo único (que introduziu a revisão periódica e fundamentada das prisões preventivas).

A comissão encarregada de sistematizar as normas de processo constitucional terá pela frente o desafio de reforçar a concretização da Constituição nesse âmbito tão sensível e carente de aprimoramento técnico, mediante a acolhida das boas sugestões doutrinárias e análise das mais relevantes posições adotadas, pelo STF, em sua densa e complexa jurisprudência acerca da tutela de direitos fundamentais.

Não se pode deixar de reconhecer que o trabalho será imensamente facilitado pelo arcabouço legislativo de qualidade do qual dispomos, tais como a LADIn e LADPF, que sistematizam o processamento das ADIns, ADCs e ADPFS; a recente Lei do Mandado de Injunção (Lei nº 13.300/2016), que contribuiu imensamente para a efetividade desse remédio constitucional essencial, no que diz respeito à fixação das possibilidades de atuação legislativa positiva provisória do STF nos casos de injunções concedidas (LMI 8º, II) e à concessão de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão (LMI 9º, §1º). E não se pode deixar de mencionar o relevante serviço prestado pelo CPC vigente ao ampliar o regramento das reclamações constitucionais [\[6\]](#), tornando-as mais aptas ao enfrentamento das complexidades impostas à jurisdição constitucional.

A comissão, contudo, será confrontada por uma circunstância que ultrapassará em muito o reconhecimento do estatuto científico do processo constitucional e a especificidade de seu objeto. Trata-se da necessidade de identificar os novos desafios *específicos* da jurisdição constitucional, os quais certamente exigirão, da comissão de juristas, criatividade responsável e, acima de tudo, domínio técnico. Qualidades essas, diga-se de passagem, mais do que presentes nos colegas que teremos a oportunidade de acompanhar nessa empreitada.

Afirmamos, desde a terceira edição de nosso "Processo Constitucional Brasileiro" que "*a Constituição Federal não resolve todos os problemas democráticos, mas ela é a melhor solução para a democracia em seu pior momento*". Continuamos subscrevendo a tal afirmação de forma integral e incondicionada, acompanhados desta vez por Sir Isaiah Berlin, que no ensaio cujo excerto abre o presente texto nos releva o papel estimulante das nossas próprias limitações. Segundo o filósofo de Riga, "*(p)odemos fazer somente o que podemos: no entanto, temos que fazer, mesmo contra todas as dificuldades*" [\[7\]](#).

[1] Isaiah Berlin. *Uma mensagem para o século XXI*, Editora ÂYINÉ, 2016, p. 24.

[2] Enrique Falcón. El derecho procesal constitucional: teoría general, nacimiento y desarrollo de la disciplina, contenido, autonomía científica, In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zalvídor Lelo de Larrea (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México: Marcial Pons, 2008. v. VII, p. 454.

[3] Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 461 e ss.

[4] Peter Häberle. *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 24; Peter Häberle. El tribunal constitucional como poder político, In: Peter Häberle. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Mexico: Editorial Porrúa, 2005. 3.b, p. 108-109.

[5] Sobre o assunto, ver Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., itens 3.23-3.25.5, p. 659-700.

[6] Sobre o assunto, ver Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., item 4.11.7, p. 926 e ss.

[7] Isaiah Berlin. *Uma mensagem para o século XXI*, cit., p. 26.

#### **Date Created**

05/12/2020