



## Mota e Silva: Questão de Direito prejudicial e cognição ex officio

I) Entre as noções comezinhas do Direito Processual Constitucional [1] encontra-se a afirmação — doutrinária e jurisprudencial — de que o Poder Judiciário, no exame de uma causa, não se recusa à consideração, ao enfrentamento e à solução preliminar [2] sobre se determinada norma, em tese aplicável ao caso, seja ou não, ela mesma, antes de tudo, conforme ou contrária aos termos da



II) De fato, se se suspeita, com plausibilidade, de

incompatibilidade com a Constituição de norma que, em tese, presidiria a solução do feito, o juiz ou o tribunal, inclusive a Suprema Corte, deve, mais do que pode, suscitar e equacionar, de ofício, a questão.

III) Referido asserto doutrinário, a rigor, é daqueles que dispensam a invocação da doutrina que lhes dá suporte, fazendo parte do "abc" [3] do Direito Processual Constitucional, já que, muito cedo, entra, em geral, no conhecimento do dedicado estudante de Direito dos cursos de graduação;

IV) Ressalte-se, por oportuno, que não modificam os termos essenciais da asserção o ser a norma, hipoteticamente aplicável, anterior ou posterior à Constituição com a qual se a coteja. A única diferença que se apresentaria, por quanto concerne ao aludido aspecto temporal, é que — se se adota a distinção vitoriosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2 [4] —, no primeiro caso, se cuidará de verificar a ocorrência ou não da recepção do preceito antecedente à nova ordem constitucional, enquanto, de seu turno, na segunda hipótese, de vero e próprio juízo de constitucionalidade [5]. Mas nada disso sequer de longe chega a lançar sombras sobre a proposição de comum sabença, segundo cujos termos, em um caso e no outro, se estaria perante questão de direito, diante da qual não se põe o juiz, qual um "convidado de pedra", na dependência de prévia e específica provocação de parte;

V) Causa espanto, pois, a quem tenha lido, não digo que os vetustos juriconsultos, que nos puseram as bases, mas, ainda que mesmo apenas as lições de riquíssimos manuais como o do ministro L. R. Barroso [6], que o primeiro voto pronunciado na ADPF 572, na sessão plenária do dia 10 de junho, tenha nos brindado a todos, na matéria, com um raciocínio que, a toda evidência, no particular, peca pela base;



VI) Ademais, são conhecidos os casos, na Corte Egrégia, em que o processo poderia ter expedito desfecho, sem que se enfrentasse questão de tal natureza, mas a corte o fez para firmar entendimento em tema de magna importância [7]. A corte, então, se movia no terreno da discricção [8];

VII) Diversa, contudo, é a hipótese quando, como na ADPF 572, a questão não somente insinua longínqua pertinência com o cerne da discussão, mas se mostra, às inteiras, como elemento integrante do "centro nervoso" do pronunciamento: aí, sem discricção, a Corte se dá ao desfecho da prejudicial [9];

VIII) Revela-se, pois, de todo em todo descabido que diga a Egrégia Suprema Corte, que não é senhora da Constituição, mas tampouco dos institutos do direito processual [10], notadamente quando se silencia sobre a luminosa doutrina de seus precedentes arestos, que a petição inicial impugna a invalidade do Inquérito 4781, mas não postula, nos pedidos nela veiculados, a declaração de inconstitucionalidade ou não-recepção do artigo 43 de seu regimento interno;

IX) Trata-se, com efeito, no caso da ADPF 572, de *arguição autônoma*, e a invalidade do inquérito tem como pressuposto, que claramente se extrai da exordial, que a invocada norma do artigo 43 do Regimento Interno do Egrégio Supremo Tribunal Federal não dá suporte à instauração do Inquérito 4781, eis que, sendo contrária à vigente Constituição da República, colidiria, a mais não poder, com um dos aspectos mais salientes do princípio acusatório, já afirmado pela jurisprudência da própria corte [11], vale dizer, o de que não se concebe, no modelo da *persecutio criminis* constitucionalmente delineado, qualquer espécie de investigação dirigida por juiz ou tribunal [12];

X) Posta, assim, a questão, que é questão de direito, pouco ou nada releva que não se tenha pleiteado na petição inicial de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental *autônoma*, a declaração de não recepção — ou, para quem o prefere — de inconstitucionalidade superveniente da norma do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;

XI) Acresça-se que, como se observou na sessão da tarde do dia 10 de junho, o voto do relator da ADPF 572 já propôs o seu julgamento de mérito, saltando, pois, aos olhos, por mais forte razão, que, conforme lido por Sua Excelência, e proclamado parcialmente pela elevada presidência da corte, se tenha dito que se " *julgava improcedente o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP nº 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF*";

XII) Que se examine, como a lógica do sistema processual constitucional o impõe, se o preceito citado é ou não discrepante da vigente Constituição, mas não se enfrente o mérito da ADPF 572, dizendo-se e redizendo-se que, se a parte não pediu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 43 do regimento interno da corte, esta não pode examinar e dar solução a uma questão que se patenteia, logicamente, incontornável;



XIII) Causa espécie, em se cuidando de uma *arguição autônoma*, ou seja, da ADPF 572, que, não obstante esteja evidentemente posta, como questão subjacente ao seu objeto formal — invalidade do Inquérito 4781, vulgarmente conhecido como o inquérito das fake news ou do "fim do mundo" —, a constitucionalidade ou não de preceito regimental, a corte contorne o problema, sem enfrentá-lo, com o paralogismo insculpido na expressão "*enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF*";

XIV) Em uma ADPF autônoma, como o é a ADPF 572, quando se tem por objeto ato do poder público que não se substancia em lei ou outro ato normativo primário, nada impede que, a motivar e conformar a causa de pedir seja a invocada discrepância de preceito lei ou ato normativo primário com a Constituição, discrepância que, se reconhecida, levaria à invalidação do ato ou procedimento jurisdicional ou administrativo que tenha à base de sua emanção e prossecução, como a dar-lhe fundamento, o preceito inconstitucional. Tal é a hipótese da ADPF 572, como resulta da exordial: o Inquérito 4781 tem como base normativa subjacente preceito regimental, com força de lei, que não se agasalha no quadro constitucional em vigor;

XV) A questão, toda ela, é de direito e está submetida ao Supremo Tribunal Federal, podendo e devendo, portanto, ser enfrentada, *incidenter tantum*, observada a ortodoxia do processo constitucional, no que também seriam honradas as melhores tradições da Corte Egrégia.

[1] Cabe, desde já, a advertência precisa, proveniente de insuspeita autoridade, de que a menção a "processo constitucional" não significa que se alude a "um objeto unitário", já que cada uma das competências da Corte Constitucional "se desenvolve segundo próprias formas procedimentais que não se prestam a ser reconduzidas à unidade, sob princípios comuns", sendo mais exato falar, no plano da jurisdição constitucional, em "processos constitucionais" (ZAGREBELSKY, *Gustavo*, *Processo Costituzionale*, Enciclopedia del Diritto, Milano: Giuffrè, 1987, XXXVI/522, v. g.).

[2] Mas de conformação tecnicamente *prejudicial*, tendo em conta os efeitos lógicos e processuais a que se predispõe a sua solução concreta.

[3] A expressão é, como cediço, extraída da inspiração do grande *Ministro Nelson Hungria*, quando dizia, em julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal, que "não é mais possível estar-se a revolver debates de um passado longínquo, do tempo em que Rui Barbosa ensinava o ABC do Direito constitucional no Brasil" (FUCK, *Luciano Felício*, *Memória Jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria*, Brasília: STF, 2012, p. 90).

[4] ADI 2/DF, *Rel. Min. Paulo Brossard*, Pleno, j. de 6.2.1992, RTJ 169, t. 3/763-825.



[5] Neste aspecto, aliás, a ADPF incidental, como se vê da redação da Lei n. 9.882/1999, artigo 1º, par. único, I, sequer exige que se tome em consideração, já que até mesmo o juízo sobre a recepção ou não é, rigorosamente considerado, de compatibilidade ou não com a Constituição posterior, reduzindo-se, para muitos, à temática da inconstitucionalidade superveniente. No caso da ADPF 572, que é uma arguição autônoma, muito menos tem relevo a questão.

[6] BARROSO, Luís Roberto, O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 114, onde se pontifica, invocando-se, a propósito, a imensa autoridade do pranteado Professor J. C. Barbosa Moreira, que a questão prejudicial de constitucionalidade, sendo questão de direito, é suscetível *ex officio* por qualquer juiz ou tribunal.

[7] Remete-se, *brevitatis causa*, à douta resenha que, da temática, elaborou, com a precisão de sempre, Sua Excelência o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, com citação de precedentes: SE-AgR 5.206 – Reino da Espanha, Pleno, j. 12.12.2001, RTJ 186, t. 3/924-926.

[8] A rigor, como demonstrado no histórico da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence na SE-AgR 5.206, para Sua Excelência o Senhor Ministro Moreira Alves, sequer haveria, no ponto, discricção, mas, até aqui, dever de se enfrentar, quando arguida, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade (RTJ 186, t. 3/924-925): ou, ressalte-se, por identidade fundamental de situação jurídica, a questão de direito alusiva à não-recepção de preceito anterior à Constituição.

[9] Recorde-se, por oportuno, que, no julgamento da primeira ação declaratória de constitucionalidade, ou seja, da ADC 1/DF, pôs-se, para exame da Corte, em questão de ordem suscitada por Sua Excelência o Sr. Min. Moreira Alves, a própria compatibilidade constitucional da Emenda Constitucional 3/1993, no ponto em que criada a própria ADC (ADC 1 QO, *Rel. Min. Moreira Alves*, Pleno, j. de 27.10.1993, RTJ 157, t. 2/371-411). No ponto, forçoso observar que não se punha prejudicial alusiva ao mérito da ADC, mas, então, ao próprio novo instrumento de processo constitucional, e a Corte examinou e equacionou a questão. No caso da ADPF 572, que é uma arguição autônoma, e cujo objeto pressupõe, por injunção de natureza lógica, que se examine, em precedência, antes de se dizer se o Inquérito 4781 é ou não inválido, se o artigo 43 do Regimento Interno do STF mostra-se conforme ou não à vigente ordem constitucional, não se pode a Corte furtar, como maior razão, ao exame *preliminar* da sobredita questão de direito.



[10] Certo que não se tenciona incorrer no rematado absurdo da simplificação grosseira do problema, a cujas presença e gravidade não é alheia a experiência comparada, da relação entre a atividade-fim da jurisdição constitucional e o vínculo, mais ou menos intenso, das regras atinentes ao processo constitucional, vale dizer, dos preceitos que presidem os instrumentos processuais da mencionada jurisdição e o procedimento que lhes é, em cada espécie, inerente. Cuida-se, apenas, de afirmar que, em geral, os órgãos da jurisdição constitucional se dão certa liberdade em relação às formas processuais quando nelas se constata, em concreto, óbice indevido à realização, não necessariamente expansiva, mas típica e natural, das funções que lhes são inerentes, e não, ressalte-se, o contrário. Conferir, no plano do direito comparado, sobre o problema da vinculatividade ou possibilidades de “adattamento procedurale” na jurisdição constitucional, as maduras reflexões de *Gustavo Zagrebelsky* e *Valéria Marcenò* (Giustizia Costituzionale, Bologna: Il Mulino, 2018, v. II/83-87, v. g.)

[11] ADI 5.104 MC, *Rel. Min. Roberto Barroso*, j. de 21.5.2014, Pleno, RTJ 230/304-375, v. g. , de onde se extrai, para fim ilustrativo, o seguinte e importante passo: “9. O traço mais marcante do sistema acusatório consiste no estabelecimento de uma separação rígida entre os momentos da acusação e do julgamento. Disso decorrem algumas consequências, sendo duas delas de especial significado constitucional. Em primeiro lugar, ao contrário do que se verifica no sistema inquisitorial, o juiz deixa de exercer um papel ativo na fase de investigação e de acusação. Isso preserva a neutralidade do Estado julgador para o eventual julgamento das imputações, evitando ou atenuando o risco de que se formem pré-compreensões em qualquer sentido. Uma das projeções mais intuitivas dessa exigência é o princípio da inércia jurisdicional, pelo qual se condiciona a atuação dos magistrados à provocação por um agente externo devidamente legitimado para atuar” (RTJ 230/314-315).

[12] Além de toda a petição inicial da ADPF 572 implicar necessariamente o tema, encontram-se nela passos como o seguinte, a tornar a questão estreme de dúvidas: “Assim, mesmo que o fundamento para a instauração do inquérito seja o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tem-se clara violação ao preceito do sistema constitucional acusatório” (página 11 da exordial).

#### **Date Created**

18/06/2020