

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PREVENTIVO ABSTRATO: AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Herta Rani Teles Santos¹

Resumo: Discute-se a implementação do denominado controle judicial preventivo abstrato de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de sustar o grande número de ações difusas de inconstitucionalidade atualmente em trâmite e de evitar o aumento dessa demanda. Para tanto, parte-se das hipóteses de controle preventivo atualmente permitidas pelas disposições normativas e jurisprudência dos tribunais brasileiros, analisando-se, em seguida, exemplos de modelo de controle prévio bem sucedidos em outros países. Analisa-se, então, a possibilidade de o Poder Judiciário efetuar o controle prévio de constitucionalidade no Brasil para os projetos de lei aprovados e ainda pendentes de sanção presidencial, haja vista sua maior imparcialidade em relação ao Poder Legislativo, conforme proposta suscitada, em março de 2011, pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, observando-se, inclusive, suas consequências para o aumento da segurança jurídica.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade prévio e abstrato, exemplos europeus, segurança jurídica, participação popular.

Abstract: This paper discusses the implementation of the preventative abstract constitutional judicial control in the Brazilian's legal system as a way to stop the large number of diffuse unconstitutional actions currently in process and to avoid the increased demand. For this, it starts from the hypotheses of preventive control currently permitted by the regulatory provisions and case law of the Brazilian courts, analyzing, furthermore, control model examples of previous successful in other countries. It is analyzed also the possibility of making the judiciary branch previous control of constitutionality in Brazil of the bills passed and still awaiting presidential approval, given their greater impartiality in relation to the legislative branch, as propose raised in March 2011, by the President of the Supreme Court, Minister Cezar Peluso, observing even its consequences for the increase of legal certainty.

Key-words: preventative abstract constitutional judicial control, european examples, legal certainty, popular participation.

¹ Procuradora da Fazenda Nacional, pós-graduada em Direito do Estado.

Introdução

A implementação do denominado controle judicial preventivo de constitucionalidade vem sendo debatida há alguns anos no Brasil e tem conquistado cada vez mais adeptos. Esses defendem que a constitucionalidade de determinadas leis poderia ser submetida à análise do Supremo Tribunal Federal antes mesmo da sanção pelo presidente da República. A propósito, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Celso de Mello é um dos defensores da ideia desde a década de 1990².

Em 1997, durante a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil sobre Direitos Humanos, o Ministro advogou a efetivação desse procedimento, entre as práticas constitucionais brasileiras, reiterando sua proposta, inclusive por meio de artigo publicado na Revista dos Advogados, em 2004. Nessa oportunidade, o integrante da Corte Constitucional novamente defendeu o controle prévio de constitucionalidade direcionado aos atos normativos de caráter infralegal, como portarias normativas, instruções gerais e regulamentos editados pela Administração Pública. A medida, segundo escreveu, permite que o Tribunal Constitucional Brasileiro, “em decisão revestida de força obrigatória geral, possa neutralizar desvios no exercício inadequado do poder regulamentar”³.

A concretização da ideia, todavia, encontra obstáculos na prática. A jurisprudência do STF vem se manifestando em sentido contrário. A [Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 466, por exemplo](#), pela qual o Partido Socialista Brasileiro tentou arguir a inconstitucionalidade de uma proposta de emenda à Constituição que ampliava as hipóteses de pena de morte no Brasil, restou não conhecida, sob o fundamento de que o direito constitucional positivo brasileiro não admite, nem jamais autorizou, ao longo de sua evolução histórica, o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em abstrato.

Em tal contexto, indaga-se se acaso não mereceriam maior atenção os defensores da possibilidade de fazer-se controle jurisdicional preventivo da lei. A afronta do projeto de lei ou de emenda constitucional à Carta Maior não poderia autorizar o ingresso no Judiciário de ação para questionar, desde logo, sua constitucionalidade?

² [Marília Scriboni, Cresce debate sobre controle prévio de leis](http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>, acesso em 24 de junho de 2011.

³ *Ibidem*.

Não seria esse um meio de resguardar a segurança jurídica? Tal medida, apesar de não se incluir no sistema atualmente aceito e adotado no Brasil, sempre provocou palpitantes discussões.

1. Modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

Bastante conhecido o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis: jurisdicional sucessivo misto, incluindo os métodos difuso e concentrado. O sistema pátrio protege apenas leis vigentes no ordenamento jurídico e encontra-se aliçado na jurisdição, no Poder Judiciário. Disso resulta a expressão *jurisdição constitucional*. Essa regra de controle *a posteriori*, pelo Poder Judiciário é, todavia, ressalvada, no caso de controle político preventivo efetuado pelo Presidente da República (artigo 66, parágrafo 1º da Constituição de 1988) ou, ainda, na hipótese, construída jurisprudencialmente, de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar para resguardar o rito constitucional, e não regimental, de edição de leis.

O controle de constitucionalidade ao longo do processo legislativo inclui, ainda, a manifestação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) da respectiva casa do Congresso Nacional iniciadora do processo legislativo a respeito dos aspectos constitucionais, legais e jurídicos do projeto a seu crivo submetido. Parecer contrário à aprovação exarado pela Comissão gera discussão e votação no plenário, que poderá arquivá-lo.

Inexiste, desse modo, no ordenamento pátrio, o controle jurídico do projeto de lei pelo cidadão comum, não sendo permitido ao Judiciário, com exceção de raros casos, imiscuir-se nos atos legislativos durante o processo de aprovação de norma.

O controle judicial sucessivo, por seu turno, divide-se em formal, cujo objeto é o rito de elaboração da lei, e material, cujo intuito é questionar-se o mérito da norma, seu conteúdo em face da Constituição. No Brasil, o controle material poderá ser difuso (modelo norte-americano) ou concentrado (molde austríaco). A principal característica do modelo concentrado é a tutela da ordem constitucional objetiva, independentemente de suporte fático ou interesse subjetivo. Já o controle difuso realiza-se a partir de um caso concreto, de um conflito entre os interesses das partes, tendo como objeto inclusive as leis revogadas ou com efeitos exauridos.

O controle concentrado, via de regra, tem efeito retroativo (*ex tunc*), podendo o tribunal, por maioria de dois terços de seus integrantes, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*) ou de um momento futuro fixado (efeitos *pro futuro*), o mesmo ocorrendo com a decisão de inconstitucionalidade no controle difuso, que possuirá eficácia *ex tunc*, podendo excepcionalmente, em razão de interesse social, gerar efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. O primeiro tipo de controle gera efeitos *erga omnes* e vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, enquanto o segundo apenas limita-se a causar efeitos para os litigantes na demanda específica.

Nesse diapasão, importante ressaltar que, conforme entendimento fixado pelo plenário do STF na Ação Direta de Constitucionalidade nº 18, há uma precedência da apreciação do controle concentrado sobre o controle difuso de constitucionalidade, ainda que a ação incidental tenha sido ajuizada anteriormente.

Diante do atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro e de suas peculiaridades, pergunta-se: se órgão legislativo envia para sanção presidencial proposta cuja constitucionalidade face à Carta Federal, previamente duvidosa, será certamente indagada no Poder Judiciário após a sua aprovação e a consequente produção de efeitos da lei, porque não se questionar desde logo a sua constitucionalidade perante o órgão jurisdicional?

2. Proposta de controle prévio abstrato de constitucionalidade pelo Poder Judiciário

Em 25 de março de 2011, o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, anunciou que apresentaria à presidente Dilma Rousseff proposta consistente no controle prévio de constitucionalidade para os projetos aprovados pelo Congresso e ainda pendentes de sanção presidencial. O objetivo da sugestão seria sustar o grande número de ações difusas de inconstitucionalidade, evitando, desse modo, que o

Supremo Tribunal Federal fosse instado a averiguar a constitucionalidade de leis ainda recentes no ordenamento jurídico, como foi o caso da Lei da “Ficha Limpa”⁴.

De fato, a norma conhecida como “Ficha Limpa”, a Lei Complementar nº 135/2010, foi sancionada pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, no dia 4 de junho de 2010 e publicada no Diário Oficial da União do dia 7 de junho de 2010. Seis meses após a sua vigência, foi autuado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 633.703, cujo objeto era a constitucionalidade da lei em apreço e sua aplicação nas eleições de 2010.

Em 24 de março de 2011, menos de um ano após a sanção presidencial do texto da lei, foi reconhecida a *repercussão geral* da controvérsia e dado provimento por maioria ao aludido recurso, o que certamente poderia ser evitado caso fosse institucionalizado no ordenamento jurídico brasileiro um controle prévio e abstrato de constitucionalidade das leis.

Foi utilizando esse exemplo que o presidente do Supremo Tribunal Federal defendeu a inserção dessa proposta no *Terceiro Pacto Republicano* – conjunto de medidas adotadas entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para aprovação rápida de mudanças na legislação – defendendo que, “eventualmente, o presidente da República poderia submeter a questão da constitucionalidade da lei para o Supremo dizer se ela é ou não constitucional”⁵. Segundo o Ministro Cezar Peluso, o Presidente da República poderia solicitar um parecer técnico do STF antes de sancionar projetos de lei controversos.

Citando os modelos de países europeus, como França e Portugal, onde esse mecanismo tem sido empregado numa média de dez vezes por ano, o Presidente da Suprema Corte Nacional asseverou que referido procedimento evitaria que entrassem em vigor leis inconstitucionais, além do que, contribuiria para a diminuição da quantidade de ações encaminhadas ao STF e resguardaria a segurança jurídica dos destinatários da norma.

⁴ CARDOSO, Daiene, *Peluso propõe a Dilma controle prévio de constitucionalidade de projetos do Congresso*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,peluso-propoe-a-dilma-controle-previo-de-constitucionalidade-de-projetos-do-congresso,697324,0.htm>, acesso em 24 de junho de 2011.

⁵ *Ibidem*.

Semelhante entendimento já foi esboçado pelo Ministro Dias Toffoli, em fevereiro desse ano, ao manifestar-se sobre entrevista concedida pelo presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, Rui Manuel Gens de Moura Ramos. O Ministro brasileiro defende a aplicação desse tipo de controle para os casos de normas tributárias e de remuneração de servidores, isto porque, segundo afirma "estas duas espécies de leis, editadas em todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), são as mais questionadas quanto à constitucionalidade. Evitaríamos inúmeras ações se o STF já pudesse definir sua validade"⁶.

A sugestão do presidente do STF para o *Terceiro Pacto Republicano* sofreu, contudo, como já vinha ocorrendo ao longo do debate histórico sobre essa proposta, forte rechaço por parte do Congresso e de vários integrantes do Governo. Posteriormente, o Ministro Cezar Peluso terminou por retirar a sua ideia da pauta de sugestões para o *Terceiro Pacto Republicano*.⁷

Uma das principais críticas a esse projeto seria a de que nesse modelo o tribunal constitucional imiscuir-se-ia indevidamente em assuntos e prerrogativas dos outros poderes. Argumenta-se que o próprio Poder Legislativo já teria essa prerrogativa, realizando o controle prévio de constitucionalidade mediante a análise das Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, assim como o Executivo o faria por meio da Advocacia-Geral da União, responsável pela análise da constitucionalidade do projeto legislativo antes de recomendar a sua sanção ou eventuais vetos à Presidência da República.

2.1. Exemplos europeus

O modelo de outros países, como França e Portugal, sempre é citado por aqueles que pugnam pela adoção, no Brasil, do controle judicial prévio abstrato de constitucionalidade. Qualificado como político, o controle de constitucionalidade francês, que é realizado de maneira preventiva por um órgão especial denominado Conselho

⁶ SCRIBONI, Marília, *Cresce debate sobre controle prévio de leis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>. Acesso em 24 de junho de 2011.

⁷ RECONDO, Felipe, *Peluso desiste de controle prévio de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,peluso-desiste-de-controle-previo-de-constitucionalidade,700072,0.htm>. Acesso em 01 de julho de 2011.

Constitucional, composto pelos antigos presidentes da República e por nove membros nomeados pelo Presidente da República, pelo presidente da Assembleia Nacional e pelo presidente do Senado (art. 56 da Constituição de 1958), revela-se bastante elucidativo.

O modelo português, por seu turno, é constituído pela fiscalização preventiva, concreta e abstrata da constitucionalidade e pela análise da inconstitucionalidade por omissão. São legitimados para propor o controle preventivo o presidente da República, Ministros da República, Primeiro Ministro e 1/5 dos deputados da Assembleia da República.

O controle prévio abstrato é exercido em momento específico anterior à assinatura, promulgação ou ratificação da lei. O Presidente da República pode, por exemplo, em momento pré-definido, requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização das normas contidas no ato ainda não apreciado. Admitido o pedido, o Presidente do Tribunal Constitucional notifica o órgão que tiver exarado a norma impugnada para, de forma facultativa, pronunciar-se no prazo de três dias. Transcorrido esse interregno, o órgão jurisdicional tem, em regra, vinte e cinco dias para averiguar a constitucionalidade da norma. Esse prazo, todavia, pode ser encurtado pelo Presidente da República por motivo de urgência. Uma vez tomada a decisão, essa é inapelável e vincula as autoridades administrativas e judiciárias.

O escopo desse modelo de controle é impedir que normas comprovadamente inconstitucionais entrem em vigor, sem vedar ulteriores apreciações de constitucionalidade da mesma lei caso essa venha a fazer parte do ordenamento jurídico. Cumpre ressaltar que o pronunciamento do Tribunal não se reveste no caráter de veto nem "numa anulação das normas, mas sim numa pronúncia sobre a inconstitucionalidade de decretos (normas imperfeitas) conducente, em termos mediatos, a uma proposta de veto ou de reabertura do processo legislativo"⁸.

Nas palavras de Jorge Miranda:

(...) no caso de quaisquer normas, excepto normas de tratados, se o Tribunal Constitucional se não pronunciar pela inconstitucionalidade, o Presidente da República ou o Representante da República deverão promulgar ou assinar o diploma, a não ser que exerçam de seguida, no prazo constitucional, o veto político. Já no caso da decisão pela não inconstitucionalidade de norma inserida em tratado, o Presidente da República não fica obrigado a ratificar o tratado, por-

⁸ CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 910.

quanto a ratificação – ao contrário da promulgação ou da assinatura – é livre, continua a ser, no Direito português (como em geral em Direito comparado) uma faculdade do Presidente da República, enquanto titular do *jus raepresentationis omnimodo* do Estado nas relações internacionais⁹.

Após o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o Presidente da República se o vetar, far-lo-á expressamente antes de enviá-lo para o órgão originário. A reapreciação do projeto, portanto, depende do veto, não sendo bastante tão somente a decisão do Tribunal Constitucional.¹⁰

Note-se que a pronúncia de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional nesta fase não impediria possível edição da norma, razão pela qual não há de se aventar eventual ingerência indevida do Tribunal Constitucional nas funções do Poder Legislativo. Ao contrário, o Tribunal Constitucional Português, por possuir em seus quadros representantes de diferentes forças sociais apresenta-se como intérprete maior da constituição e “presta inegável serviço à já consolidada democracia portuguesa, e o prestígio moral do órgão faz com que suas decisões sejam, de maneira geral (e numa observação pessoal, sem maiores rigores científicos), muito menos discutidas que as dos outros tribunais”¹¹.

3. Controle de constitucionalidade preventivo e segurança jurídica

Relevante ponto a favor do controle preventivo de constitucionalidade é o fato de que, a princípio, uma lei que vai de encontro à Constituição Federal produz efeitos enquanto não for retirada do ordenamento jurídico. A análise prévia de sua constitucionalidade destinar-se-ia a evitar consequências demasiadamente gravosas provenientes de uma declaração tardia. Seria uma forma de se assegurar a segurança jurídica por meio da efetividade do sistema de fiscalização.

O modelo de controle prévio abstrato teria como principal intuito, então, prevenir que um ato inconstitucional passasse a vigorar e surtir efeitos no mundo jurídico, pois nesse modelo o tribunal constitucional teria a possibilidade de propor, previa-

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI, p. 252-253

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., pág. 913.

¹¹ NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Necessidade de controle preventivo de constitucionalidade de leis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/111>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

mente à sanção presidencial, a supressão de inconstitucionalidades eventualmente encontradas.

Bem de ver, balanço decorrente do Anuário da Justiça 2010 revela que uma norma inconstitucional permanece vigente no ordenamento jurídico por sete anos, em média. Passados cinco anos de sua promulgação e publicação, a constitucionalidade da lei é questionada, mas o julgamento leva em torno de mais cinco anos para ser finalizado. Em 2009, das nove normas julgadas, na esfera federal, seis foram tidas como contrárias à Carta Magna¹².

Como a declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de retirar automaticamente a lei inconstitucional, mas tão somente de propiciar condições para a supressão dos atos dela provenientes e suscetíveis de revisão ou impugnação, inclusive mediante ação rescisória, o Supremo Tribunal Federal, em certos casos, deixa de atribuir efeitos retroativos à decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, em atenção à ponderação de outros valores e bens jurídicos, a exemplo da coisa julgada, da moralidade, da razoabilidade e da boa-fé.

Admita-se, assim, uma hipótese a título exemplificativo: uma lei em matéria tributária é votada e sancionada, e a cobrança de determinado tributo passa a ser realizada observando-se os novos critérios. A inconstitucionalidade do ato é arguida e, após a tramitação competente, é declarada. Seriam bastante expressivas as consequências práticas dessa declaração, que tem eficácia *ex tunc*.

O controle prévio da constitucionalidade de normas seria, então, de grande valia para o resguardo da segurança jurídica.

4. Controle judicial preventivo e democracia

[Lenio Luiz Streck e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima](#)¹³ manifestam-se contrariamente ao controle preventivo das leis, ao argumento de que, em realidade, o que estar-se-ia a buscar com esse procedimento seria um controle do incerto Poder Legislativo que, apesar de sofrer uma forte desconfiança por parte dos cidadãos, inclusive pela sua composição, os representa e reflete seus anseios.

¹² [Marília Scriboni](http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade), *Cresce debate sobre controle prévio de leis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>, acesso em 24 de junho de 2011.

¹³ Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 29 de janeiro de 2011.

Para esses autores, o controle preventivo almejado seria uma forma de impedir que os ‘incultos’ legisladores permitissem a promulgação de leis indevidas. Para eles, o controle preventivo, desse modo, seria uma afronta à essência do Poder Legislativo, à sua função de representar à população. Isso porque os cidadãos rejeitariam, por meio do controle prévio de constitucionalidade, decisões tomadas justamente por aqueles a quem conferiram o poder de representá-los no Congresso Nacional, os seus mandatários. Seria, ao ver dos citados estudiosos, uma forma indevida de deslegitimar tardiamente a decisão daqueles que foram eleitos para trabalhar em função e por delegação dos próprios cidadãos ¹⁴.

Pede-se vênia, todavia, para esclarecer que esse argumento não, necessariamente, deve ser utilizado como balizador da ideia de controle preventivo. Ao efetuar o controle preventivo de constitucionalidade, não estaria o Judiciário se imiscuindo na seara do Poder Legislativo, por desconfiança ou incerteza quanto ao seu desempenho, mas apenas atuaria como órgão fiscalizador da lei em abstrato, caso fosse suscitado para tanto. Estaria, ao revés, proporcionando mais um momento de discussão e análise da norma que se está a aprovar. Esse controle prévio representaria, na prática, mais uma oportunidade para que a sociedade participasse de discussão ampla e aberta para a aprovação da lei.

Aliás, medida salutar, diante da dificuldade prática encontrada pelo cidadão comum para ter voz ativa no jogo de forças presentes nas discussões parlamentares, diante do crescente distanciamento entre mandatários do Poder Legislativo e população (a ela não lhe restaria outra alternativa que não provocar o acessível Judiciário para tutelar a supremacia da Constituição e garantir a manutenção dos valores constitucionais).

Nas lições de Rodolfo Viana Pereira,

[a] razão mais provável desse fenômeno aponta para o fato de o Poder Judiciário ter representado a solução histórica acerca do impasse quanto ao melhor guardião da Constituição. Por ter assumido o protagonismo na proteção da supremacia da constitucionalidade, é natural que o desenho constitucional dos instrumentos de controle passe a incluir, cada vez mais, vias de apelo ao Judiciário¹⁵.

¹⁴ Streck, Lenio Luiz e Barreto Lima, Martonio Mont’alverne. *Constituição não prevê controle de constitucionalidade*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-29/nao-espaco-controle-preventivo-constitucionalidade-brasil>, acesso em 01 de julho de 2011.

¹⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p.236

E prossegue afirmando que da “prevalência do princípio de separação de poderes passou-se à primazia do princípio do acesso à justiça como versão preferida da arte constitucional do controle. Nem poderia ser diferente, dado o intenso fortalecimento do Poder Judiciário no seio do Estado democrático de direito”¹⁶.

Com efeito, se as críticas ao progressivo afastamento do Poder Legislativo das massas populares são contundentes, o Poder Judiciário movimenta-se na contramão, eis que amplia cada vez mais as formas de participação da comunidade nos processos de controle concentrado das leis. A uma, pela ampliação do rol de legitimados para propor as ações do controle concentrado, a duas, pelo aumento da participação aos “amigos da corte”, terceiros importantes para a construção do processo democrático de análise da constitucionalidade das leis.

A principal distinção, todavia, entre o Poder Legislativo e o Judiciário, e o que o fortalece como instituição acessível, é o fato de poder agir com a relativa independência funcional que o cargo não eletivo lhe proporciona, ao contrário dos membros do Poder Legislativo que, por ter o dever de representar os grupos, associações e comunidades aos quais estão vinculados, devem posicionar-se de acordo com esses interesses, podendo, para tanto, permanecer inertes por uma decisão política.

O Poder Judiciário diferencia-se ainda mais do Poder Legislativo por atuar por provocação. Cuida-se de um instituto independente, que se substitui aos demandantes e, de forma relativamente imparcial, compõe os conflitos, sendo obrigado a se manifestar justificadamente quando provocado por qualquer legitimado, ainda que não exista lei a respaldar o conflito (*non liquet*).

Essa crescente demanda ao Poder Judiciário também pode decorrer do fato de a experiência brasileira ter optado por tornar públicos seus julgamentos, transmitindo-os simultaneamente pela televisão para toda a comunidade, por meio da *TV Justiça*. Essa abertura dos julgamentos seria uma forma de facilitar o acesso à informação e, por conseguinte, aproximar o tribunal do cidadão. A sociedade tende a exigir mais transparência e maior responsabilidade das decisões jurídicas e políticas. A publicidade dos julgamentos no país serviria, então, como um fator facilitador da participação popular e como garantia à independência da corte e do juiz, ainda mais depois de o país ter vivido um longo período de sua história sem democracia plena.

¹⁶ *Ibidem* p.236.

O modelo de controle preventivo, então, impediria a aprovação de projetos de leis elaboradas no calor dos acontecimentos somente para acatar interesses políticos ou obedecer cegamente ao clamor popular, o que muitas vezes resulta em leis ineficazes ou inaplicáveis por força de dispositivos constitucionais. Seria um bloqueio à aprovação de projetos de lei meramente casuísticos, patentemente eivados de inconstitucionalidade, fruto de pressões junto ao Congresso Nacional.

Afinal, é presumível, nas palavras de John Hart Ely “que haja pressão política para encorajar os representantes a aprovar leis que tratem de determinada maneira a coalizão da maioria, de cujo apoio contínuo dependem, e de maneira menos favorável uma ou mais minorias, cujo apoio não lhes é necessário”¹⁷.

O excesso de recursos e demandas judiciais não pode servir para encobrir um drama estrutural ao qual se encontra subjugado o atual sistema de controle de constitucionalidade: a quantidade desarrazoada de violações ao texto constitucional. Se não houvesse exagero na produção de medidas inconstitucionais, não haveria excesso de demandas de jurisdição constitucional. A sobrecarga do Supremo Tribunal Federal é, portanto, em primeiro lugar, resultado direto da considerável quantidade de atos inconstitucionais oriundos dos Poderes Legislativos e Executivos estaduais e federais.¹⁸

Nesse passo, não se pode perder de foco que o bem que se busca proteger é a Carta Magna. Como bem afiançou o professor Gilmar Mendes “o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos”¹⁹.

O catedrático prossegue lecionando que a “autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário.”²⁰

¹⁷ ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, p.104.

¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, pp.218/219.

¹⁹ MENDES, Gilmar, op. cit. p.100.

²⁰ *Ibidem*, p.197.

Em última análise, é o povo o titular do Poder Constituinte, com seus valores éticos, religiosos e culturais, tendo a legitimidade para moldar e controlar a efetividade da Lei Fundamental. Não paira dúvida, então, de que no verdadeiro Estado Democrático de Direito a atividade de controlar a constitucionalidade reveste-se em poder-dever democrático.

Nesse ponto, oportuno ressaltar que os tribunais e cortes constitucionais são partes essenciais na concretização dos ideais do constitucionalismo democrático, na medida em que a eles se confere o encargo de velar pela aplicação das regras e limites estabelecidos pela Constituição aos sistemas democráticos.²¹

Acrescente-se que, nos sistemas políticos que adotam uma constituição rígida, como é o caso do Brasil:

“embora o modelo de decisão democrática seja prevalente, o papel do constitucionalismo é bastante mais relevante e, na prática, dificulta, ou simplesmente retarda, a alteração de certas decisões entendidas como fundamentais. Em consequência, a função entregue ao judiciário, ou a uma corte constitucional, também é mais relevante, pois aos tribunais se atribui o poder de resguardar valores constitucionais contra decisões deliberadas, inclusive, pela vontade da maioria.”²²

O que se objetiva com o controle preventivo de constitucionalidade, portanto, não é deslegitimar o Poder Legislativo, mas apenas facultar ao povo (soberano), mais um instrumento de controle de constitucionalidade, por meio do órgão judiciário. Se, no controle político pelos Poderes Legislativo ou Executivo, os cidadãos atuam indiretamente, por meio de seus representantes eleitos, no controle pelo órgão judiciário, o povo atuaria diretamente, como legitimado ou *amicus curiae*, funcionando a corte constitucional como substituto dos titulares para imparcialmente buscar, com justiça, a pacificação do conflito que os envolve²³. A Corte teria como função primordial conservar e resguardar a vontade popular tal como expressa pelo poder constituinte.²⁴

²¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, p.26.

²² *Ibidem*, p.30.

²³ ANTONIO Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p.129

²⁴ “A primeira decisão, característica do momento constitucional, configura a decisão do *povo* e é assimilada com o “poder constituinte”; a segunda, com a decisão do *governo*, acertadamente tida como “poder constituído. Nesse modelo de democracia, a atuação da Jurisdição Constitucional teria por escopo a preservação da vontade do povo no momento constituinte, em detrimento das opções tomadas durante o momento corrente, ou corriqueiro.” VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*, p.20.

Ressalte-se, por oportuno, que o controle da constitucionalidade da norma em momento anterior ao da promulgação da lei por intermédio de julgamento no Supremo Tribunal Federal seria uma forma de viabilizar, ou ao menos, facilitar, aos cidadãos oportunidades efetivas de influência em momentos nos quais as decisões ainda se mantêm abertas, com probabilidade de alteração, o que lhes proporcionaria possibilidades reais de participação ativa na determinação da conformidade do objeto visado²⁵.

Assim o Judiciário, alforriado da pressão do eleitorado diretamente interessado, poderia com independência funcional tutelar os direitos dos cidadãos, assegurando-lhes a manutenção de sua garantia constitucional ao devido processo legislativo. A um procedimento regular, em conformidade com os trâmites necessários e que resulte em lei em consonância com a Constituição, expressão do poder constituinte originário, o povo.

Nessa toada, reputa-se válido transcrever as lições de Rodolfo Viana Pereira:

“por um lado, cumpre garantir a *democratização dos instrumentos de controle*, ou seja, justificar a previsão de técnicas, mecanismos, institutos e processos que atribuam a função controladora à gestão participativa, arejando-a e fortalecendo-a com a agregação de novos agentes ao círculo tradicional e oficial a que estava acostumada. Por outro lado, importa ressaltar as potencialidades do *controle como vetor de democratização*, ou seja, as possibilidades dos institutos de controle constitucional servirem de estímulos ao fortalecimento da vivência democrática, por suscitarem maiores níveis de interesse e de participação nos assuntos públicos, ao promoverem a aproximação facilitada entre esses e o conjunto global de sujeitos constitucionais”²⁶.

Assevera-se, por fim, conforme leciona o mesmo autor que “não se pretende negar a perspectiva segundo a qual apenas a existência de diversos tipos de controle consegue forjar um sistema controlador efetivo à altura das pretensões normativas em tempos tão complexos como os atuais”²⁷.

CONCLUSÃO

Como não há afronta à autonomia do Poder Legislativo e do Judiciário ou qualquer violação ao princípio da separação de poderes (inciso III do § 4º do art. 60),

²⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito Constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*, p.241.

²⁶ *Ibidem*, p.247.

²⁷ *Ibidem*, p.237.

não há óbice constitucional à instituição de um controle político prévio de constitucionalidade de atos normativos a cargo do Supremo Tribunal Federal. Futura alteração legislativa limitar-se-ia apenas à competência do tribunal constitucional, assim como a peculiaridades atinentes ao processo legislativo, incluindo a possibilidade de envio de questionamento sobre a constitucionalidade de projeto de lei ao STF.

Ademais, eventual sobrecarga de processos na Corte Suprema se equilibraria com um decréscimo das demandas, tanto em controle difuso ou em concentrado, posteriores à edição de lei.

Seria possível, assim, admitir a provocação do Supremo Tribunal Federal pelo chefe do Poder Executivo com o objetivo de obter a verificação da constitucionalidade da norma prestes a entrar em vigor, antes que seus efeitos resultassem em desequilíbrios ou maiores prejuízos para os diretamente atingidos pela lei questionada.

Como observado alhures, são fartos os argumentos utilizados contra o projeto de controle prévio das leis pelo Poder Judiciário, inclusive após a proposta ter sido apresentada pelo próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso. Não se pretende nesses primeiros estudos compor todas essas discussões, contudo, não se poderia furtar de ao menos citá-las, sob pena de se evitar debates necessários.

Não se pode perder de vista, entretanto, a importância, nesta lição, do caráter substitutivo da jurisdição, que lhe permitiria ser relativamente imparcial diante de eventual indagação surgida a respeito da constitucionalidade de uma lei.

Também não se pode olvidar que os debates a respeito da função política do Poder Judiciário e seu entrosamento com os demais poderes são salutares, de modo que não há porque serem evitados.

O que se busca com essa proposta primordialmente é resgatar a identidade entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. Se ao menos se ampliassem os debates para que os cidadãos pudessem participar ativamente do processo de elaboração das leis, essa ideia seria mais facilmente retomada.

O Poder Legislativo só manterá sua legitimidade se próximo estiver dos cidadãos, de acordo com o que a representatividade se presta a ser. Daí resulta a importância de se propiciar a discussão entre todos os atores do processo de formação da lei, em equilíbrio de forças, aumentando os mecanismos de participação da sociedade no controle de constitucionalidade das normas prestes a entrar em vigor.

Não é absurdo dizer que qualquer avanço no desempenho de um dos três poderes alavanca o aprimoramento dos demais, não traduzindo entrave para o desenvolvimento de toda a sociedade. Não se pretende permitir que a desconfiança generalizada do povo nos órgãos do Estado o impeça de exercer os mais basilares direitos consagrados numa democracia participativa, ao revés, busca-se exigir respostas verdadeiramente fundamentadas, com transparência e segurança, por meio de um controle judicial. Com a interferência da acessível máquina judiciária, poder-se-ia atingir o distante Poder Legislativo, estabelecendo-se mais um canal de comunicação, de intermediação entre os cidadãos e os órgãos de controle do poder estatal a fim de que a democracia se fortaleça e se aprimore.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, Coimbra, 1998.

CARDOSO, Daiene. *Peluso propõe a Dilma controle prévio de constitucionalidade de projetos do Congresso*. disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,peluso-propoe-a-dilma-controle-previo-de-constitucionalidade-de-projetos-do-congresso,697324,0.htm>. Acesso em: 24 de junho de 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12.ed. São Paulo:Malheiros, 1996.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Tomo VI. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Necessidade de controle preventivo de constitucionalidade de leis*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/111>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

RECONDO, Felipe. *Peluso desiste de controle prévio de constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,peluso-desiste-de-controle-previo-de-constitucionalidade,700072,0.htm>. Acesso em: 01 de julho de 2011.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. *Controle de constitucionalidade no direito comparado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7141>>. Acesso em: 1 jul. 2011.

SICRIBONI, Marília *Cresce debate sobre controle prévio de leis*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>. Acesso em 24 de junho de 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, Renato Stanzola. *Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Artigo recebido em 28 de outubro de 2011.

Artigo aceito para publicação em 24 de novembro de 2011.