

A PERÍCIA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

GUSTAVO TORRES SOARES

Advogado da União. Ex-professor de Direito Econômico da PUC-MG

Mestrando em Direito Processual pela PUC-MG

Sumário: 1. Introdução – 2. A diferenciação entre as atividades de justificação e aplicação do Direito – 3. O aspecto modal dos controles difuso e concentrado. A diferenciação, dentro do critério concentrado, entre o controle da constitucionalidade formal e o controle da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público – 4. A inserção do controle concentrado da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público, bem como do controle formal fundado no § 4º do at. 60 da Constituição da República, entre as atividades de criação do Direito (legislação negativa) – 5. A diferenciação entre a prova pericial, disciplinada pelos arts. 420 a 439 do Código de Processo Civil, e a perícia estabelecida nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99 – 6. A adequação da perícia estabelecida no CPC a juízos de aplicação do Direito e a adequação da perícia prescrita nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 a juízos de justificação do Direito – 7. Um alerta final, à guisa de conclusão

1. Introdução

O presente estudo tem por objeto a análise crítica de uma inovação trazida pelas Leis Federais n. 9868, de 10/11/1999, e n. 9882, de 03/12/1999, ambas tratando do controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos brasileiros.

Dispõe a Lei 9.868/99, em seus arts. 9º, § 1º (ação direta de inconstitucionalidade – ADIn), e 20, § 1º (ação declaratória de constitucionalidade – ADC), ambos com redação idêntica:

“Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações

existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, *designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão*, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (*grifou-se*).”

Por seu turno, a Lei 9882/99, art. 6º, § 1º, tem a seguinte dicção:

“Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a arguição, requisitar informações adicionais, *designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão*, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (*grifou-se*).”

Ora, tanto a ADIn e a ADC (Lei 9.868/99) quanto a arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9.882/99) são expressões brasileiras do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público.

O controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido no mundo jurídico pela Constituição Austríaca, de 1º de outubro de 1920, idealizada por Hans Kelsen¹.

Apesar do sucesso da tradição norte-americana de controle difuso, ou seja, atribuído a todos os juízes², Kelsen optou por um mecanismo de controle que conferisse a apenas um órgão especial, uma Corte Constitucional, a tarefa de julgar a conformidade das leis e atos normativos do Poder Público com a Constituição. Fundava-se o mestre de Viena em três principais argumentos: a) a atribuição de exercício do *judicial review* a todos os órgãos do Judiciário de um Estado representaria uma debilitação da autoridade do Executivo e, sobretudo, do Legislativo³; b) a hermenêutica constitucional teria especificidades em relação à interpretação das leis e

regulamentos que os magistrados *de carreira* europeus até então estavam habituados, exigindo um tom de *policy-making* ao qual os juízes *de carreira*, na Europa continental, não estariam habituados (e com o qual poderiam, muitas vezes, escandalizar-se)⁴; c) a ausência, na Europa continental, do princípio do *stare decisis et quia non movere* causaria uma grande insegurança jurídica, eis que poderiam existir divergências entre as decisões de juízes e tribunais quanto à constitucionalidade das várias leis e atos normativos⁵.

Para Kelsen, a segurança jurídica impunha que um órgão judiciário, especialmente constituído, cuidasse da difícil tarefa de julgar a validade das normas infraconstitucionais, julgamento esse que analisaria *in abstracto* a conformidade das normas impugnadas com a Constituição, raciocinando em termos universais, já que não se cuidaria da aplicação da norma combatida em nenhum caso concreto específico, mas sua constitucionalidade em tese, exercendo a Corte Constitucional uma tarefa de *legislador negativo*⁶, cujas decisões vinculariam toda a jurisprudência de

¹ Cf. KELSEN, 1965, p. 109 e ss.. CAPPELLETTI, 1984, p. 82 e ss..

² Para um maior conhecimento do controle difuso de constitucionalidade, cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 65 e ss.. BITTENCOURT, 1997, p. 42 e ss.. VELOSO, 2000, p. 37 e ss..

³ Cf. KELSEN, 1965, p. 126.

⁴ Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 85-94.

⁵ Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 78.

⁶ Cf. MARTINS, MENDES, 2001, p. 12.

todos os órgãos jurisdicionais do Estado.

Em muito apertada síntese, essa é a doutrina que, com várias modificações e peculiaridades, influenciou o ordenamento constitucional de países como Itália, Alemanha, Espanha e Portugal, entre outros.

A Constituição da República Brasileira, de 1988, após as experiências constitucionais anteriores, institucionalizou um controle bastante peculiar, em que convivem os critérios *difuso* (arts. 1º, *caput*, 5º, XXXV e LIV, 97 e 102, III) e *concentrado* (art. 102, I, a, e §§ 1º e 2º, e art. 103), sendo aquele de uso amplo e este de uso restrito.

O controle concentrado no Brasil, exercido pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, da ADIn e da ADC, é, com certas singularidades, um produto da evolução da teoria kelseniana. De acordo com com a doutrina tradicional, o Supremo Tribunal Federal, quando validamente provocado por pessoa detentora de legitimação (art. 103, *caput*, e § 4º da CR/88 e art. 2º da Lei 9.882/99), deve apreciar, sempre *in abstracto*, a conformidade das normas impugnadas com a Consti-

tuição da República. O objeto do juízo seria sempre a conformidade de um dispositivo de lei ou ato normativo com a Constituição, sem que se discuta a aplicação daquelas normas a um caso a ser decidido⁷ – ainda que se trate de impugnação a norma aplicável a uma questão concreta de grande repercussão nacional, não seria tecnicamente correto o Supremo Tribunal Federal fundamentar sua decisão fazendo referência àquelas circunstâncias específicas: seu *decisum* deve ser fundado num raciocínio geral e abstrato, típico dos discursos de justificação do Direito, ou seja, dos discursos legislativos⁸, exercendo uma tarefa de *legislador negativo*⁹, cujas decisões têm efeito *erga omnes* e vinculam os órgãos do Judiciário e do Poder Público em geral (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, e art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99).

Ora, se a doutrina tradicional ensina que tal controle deve ser sempre exercido *in abstracto*, ou seja, sem vínculo a qualquer litúgio concreto, é, em princípio, justificável uma interrogação: *que controle abstrato é esse, que prevê possibilidade de realização de*

⁷ Cf. CAPPELLETTI, 1984, p. 104 e ss.. VELOSO, 2001, p. 109 e ss..

⁸ Cf. CARVALHO NETTO, 1999, p. 483.

⁹ Cf. MARTINS, MENDES, 2001, p. 12.

perícia sobre a questão a ser julgada?

A resposta a tal indagação, apta a demonstrar a compatibilidade da realização de perícia com o controle abstrato de constitucionalidade, pressupõe alguns esclarecimentos, aos quais serão dedicados os próximos itens: a) a diferenciação entre as atividades de justificação e aplicação do Direito; b) o aspecto modal dos controles difuso e concentrado e a diferenciação, dentro do critério concentrado, entre o controle da constitucionalidade formal e o controle da constitucionalidade material das leis; c) a inserção do controle concentrado da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público, bem como do controle formal fundado no § 4.º do at. 60 da Constituição da República, entre as atividades de criação do Direito (legislação negativa); d) a diferenciação entre a prova pericial, disciplinada pelos arts. 420 a 439 do Código de Processo Civil, e a perícia estabelecida nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99; e) a adequação da perícia estabelecida no CPC a juízos de aplicação do Direito e a adequação da perícia prescrita nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 a juízos de justificação do Direito.

2. A diferenciação entre as atividades de justificação e aplicação do Direito

Com a evolução dos estudos sobre as atividades estatais, os teóricos contemporâneos puderam estabelecer e caracterizar uma dualidade de atividades, cuja compreensão é fundamental no paradigma do Estado Democrático de Direito: tem-se uma atividade de *criação* do Direito e uma atividade de *aplicação* do Direito. A primeira, também denominada legislativa, é a atividade de criação de normas jurídicas gerais, abstratas, obrigatórias e inovadoras do ordenamento. A segunda é a atividade de, uma vez criadas tais normas, torná-las efetivas, conferindo-lhes individualidade e concretude nas relações sociais cotidianas, seja através da provocação de um processo jurisdicional para uma decisão definitiva sobre um litígio (função jurisdicional), seja executando a lei de ofício, criando ou modificando situações jurídicas dos cidadãos e praticando atos materiais (função administrativa)¹⁰.

À referida dualidade de atividades, correspondem dois diferentes discursos, cuja configuração se dá em razão do objeto de tais funções: *à atividade legislativa, um discurso de justificação do Direito;*

¹⁰ Cf. SEABRA FAGUNDES, 1984, pp. 5-18.

às atividades jurisdicional e administrativa, um discurso próprio à aplicação do Direito.

Os discursos de justificação do Direito¹¹ são aqueles que buscam demonstrar a validade universal de normas jurídicas a serem criadas, cujo valor seria perceptível através de um juízo geral e abstrato – a argumentação de tais discursos é sempre voltada para o convencimento de que determinada norma jurídica, geral e abstratamente considerada, é intrinsecamente boa.

A atividade legislativa, sobretudo nos tempos contemporâneos, deve dar conta de uma difícil questão, muito bem captada por OLIVEIRA (1999, p. 168): o pluralismo, ou seja, as variadas noções que cada membro da coletividade tem acerca do que seja, por exemplo, *justiça, felicidade, sucesso* ou *prosperidade*, constitui-se num desafio à integração social em sociedades complexas, diferenciadas, descentradas, autonomizadas e em crescente processo de globalização, como as sociedades dos nossos dias. Indaga OLIVEIRA (1999, p. 168): *Como pode dar-se essa integração em sociedades modernas que se pretendem democráticas?*

Tal indagação leva-nos a perceber a importância central da atividade de criação do Direito nos tempos

contemporâneos, pois, *consoante a 'forma jurídica moderna', faz-se do Direito um referencial normativo padrão, operacional para a sociedade, que tem por função realizar, com caráter coercitivo, a coordenação dos diversos planos de ação dos vários atores na sociedade, por via da estabilização de expectativas de comportamento temporal e social, formal e materialmente generalizados* (OLIVEIRA, 1999, p. 168).

Ora, qual é a legitimidade de um referencial normativo padrão numa sociedade que, como a brasileira, tem o pluralismo como princípio fundamental (Constituição da República, art. Art. 1º, V)? O processo legislativo democrático tem a pretensão de ser o fundamento dessa legitimidade, ao buscar a máxima institucionalização das vias de participação da sociedade civil na criação do Direito, fazendo, com isso, que os membros da coletividade se sintam co-autores do Direito criado, por causa da garantia de participação, em si, e pela possibilidade de convencer e/ou ser convencido, através dos discursos de justificação seus e dos outros participantes do debate público.

Tal processo, que deve se dar sob a garantia de simétrica oportunidade de participação dos que serão afetados pelo provimento final¹²

¹¹ Cf. GÜNTHER, 1993, pp. 5, 9, 25-27, 122 e 149. CARVALHO NETTO, 1999, p. 483. OLIVEIRA, 170.

¹² Cf. Gonçalves, 1992.

(uma vez que devem se sentir co-autores do mesmo), é, pois, o ambiente privilegiado dos *discursos de justificação*, podendo-se dizer que a argumentação constituinte de tais discursos é a matéria-prima do Direito criado através de um processo legislativo, sobretudo o democrático.

Em síntese: os discursos de justificação do Direito contém pretensões de validade, fundadas na alegação de que certa(s) norma(s) jurídica(s) que se propõe é (são) universalmente válida(s). As normas resultantes dos processos legislativos podem, desse modo, ser consideradas imparciais, uma vez que não têm em vista uma (ou algumas) situação(ões) de aplicação determinada(s), mas, ao contrário, sustentam a validade *a priori* de certa(s) proposição(ões), como, por exemplo, a criminalização do homicídio, a responsabilização civil objetiva do Estado, a instrumentalização processual das entidades da sociedade civil organizada etc. Os discursos de justificação e as normas construídas por eles são fun-

dados na generalidade e na abstração e, portanto, *têm os olhos vendados, como Palas Atena, a qualquer situação de aplicação específica, cegueira essa que lhes garante a imparcialidade.*

Os *discursos de aplicação do Direito*, por seu turno, são aqueles que buscam demonstrar a validade jurídica de uma específica tomada de decisão. Restringindo-nos à esfera estatal¹³, são discursos que, típicos das funções jurisdicional e administrativa, têm por escopo a fundamentação de um provimento estatal voltado a uma situação concreta e específica, que, como todo evento histórico, é único e irrepetível e, portanto, reclama uma solução igualmente única e irrepetível¹⁴.

Assim, enquanto os discursos de justificação do Direito buscam sua imparcialidade e validade na generalidade e abstração, sem vinculação a qualquer situação específica, os discursos de aplicação do Direito só demonstram imparcialidade e validade quando fundam-se na máxima atenção e

¹³ Num Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos devem ser considerados intérpretes e aplicadores do Direito (HÄBERLE, 1997). Assim, tanto os órgãos estatais, exercendo as funções jurisdicional e administrativa, quanto qualquer cidadão em seu cotidiano, utilizam-se de discursos de aplicação do Direito, apesar de ser diferente o grau de definitividade de uma decisão jurídica de um cidadão, de um órgão administrativo e de um órgão jurisdicional. Todavia, com vistas no objeto deste estudo, quando se disser *discurso de aplicação do Direito*, deve ser limitado tal discurso à aplicação do Direito por órgãos estatais.

¹⁴ Cf. DWORKIN, 1978, p. 81 e ss., e 1985, p. 119 e ss..

*percepção das correspondentes situações de aplicação*¹⁵.

Os participantes do processo de discussão e deliberação de uma lei devem fundamentar seu posicionamento na validade ou invalidade *intrínseca* de certa(s) proposição(ões). Por outro lado, um juiz ou administrador público que aplica o Direito a um caso concreto (uma sentença criminal ou a construção de uma escola, por exemplo), sem levar em consideração todas as questões fáticas relevantes, acaba por, inevitavelmente, tomar uma decisão que, na melhor das hipóteses, demonstrar-se-á inadequada.

Outra não é a lição de Carvalho Netto:

“A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substra-

to do que das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *senso de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões.”

3. O aspecto modal dos controles difuso e concentrado. A diferenciação, dentro do critério concentrado, entre o controle da constitucionalidade formal e o controle da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público

Os controles difuso e concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público diferenciam-se, entre outros aspectos, pelo caráter incidental do primeiro e o cunho de “via direta” do segundo¹⁶.

O controle difuso, atribuído a todos os órgãos judiciários, ocorre quando da decisão de uma questão concreta levada ao Judiciário. O objeto da ação não é a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma infraconstitucional, mas a cobrança ou exoneração de um tributo, a

¹⁵ Cf. Günther, 1993, p. 274.

¹⁶ Cf. Cappelletti, 1984, p. 101 e ss..

condenação ou absolvição criminal de um acusado, a garantia de participação num concurso público, ou qualquer outra pretensão que necessite de decisão judicial. Contudo, se o órgão julgador (*ex officio* ou provocado) entender que há um conflito real ou aparente entre uma norma infraconstitucional aplicável ao caso e uma norma da Lei Maior, tal conflito caracteriza-se como uma *questão prévia, do tipo prejudicial*¹⁷, em relação ao mérito, devendo haver um pronunciamento sobre a constitucionalidade da norma infraconstitucional: se a norma for julgada constitucional, será aplicada; se for considerada inconstitucional, terá sua aplicação afastada.

Como já se pode perceber, *toda decisão em sede de controle difuso abriga um típico discurso de aplicação do Direito*. Ao julgar a questão prejudicial de constitucionalidade de uma norma, o órgão judiciário deve ter a máxima atenção e percepção das características

fáticas do caso em tela. É só com a total captação das especificidades de um caso que o julgador vai poder nele reconstruir concretamente um ou mais princípios e regras constitucionais. *Só o adequado conhecimento da situação de aplicação, aliado ao que GÜNTHER denomina senso de adequabilidade*¹⁸, possibilita a correta teorização do que seja igualdade, liberdade, dignidade, intimidade etc., num caso concreto, determinando, conseqüentemente, a constitucionalidade ou não de certa norma aplicável à hipótese.

No controle concentrado, em contraposição ao difuso, o juízo sobre a constitucionalidade de uma norma é o próprio objeto da ação. Ataca-se, por via direta, uma norma ou ato normativo (é o caso da ADIn e da argüição de descumprimento de preceito fundamental) ou pede-se, de modo igualmente direto, a declaração da constitucionalidade de

¹⁷ A doutrina denomina *questões prévias* aquelas que, por motivo lógico, devem ser decididas anteriormente ao mérito do litúgio. Podem ser *preliminares*, quando o seu julgamento condiciona a possibilidade de conhecimento do mérito pelo órgão julgador (*v.g.*, o juízo sobre a competência ou sobre os pressupostos de admissibilidade de um recurso), ou *prejudiciais*, quando o seu julgamento, apesar de nunca impedir o julgamento do mérito, condiciona-lo-á (*v.g.*, a decisão sobre a paternidade é prejudicial em relação ao pedido de condenação em alimentos, na ação investigatória cumulada com a de alimentos). Nesse sentido, o juízo sobre a constitucionalidade de uma norma aplicável a um caso concreto é *prejudicial* em relação ao mérito, pois condiciona-o: se a norma for constitucional, será aplicada; se for inconstitucional, terá sua aplicação afastada. Cf. MOREIRA, 1998, p. 127, 128, 232, 262, 300, 354, 585, 652 e 654.

¹⁸ GÜNTHER, 1993, p. 67, 162, 163, 193, 203, 214, 242 e 256.

uma norma ou ato (é o caso da ADC¹⁹).

Deve, contudo, ser feita uma diferenciação relevante, cujas consequências ainda não foram totalmente exploradas pela doutrina tradicional. O controle concentrado pode ser exercido sobre duas modalidades de inconstitucionalidade: a *formal* e a *material*.

A *inconstitucionalidade formal* é aquela que viola as normas constitucionais referentes ao processo legislativo ou, no caso de atos normativos, referentes ao processo de emissão válida e aquisição de eficácia de tais atos. A inconstitucionalidade formal é, por exemplo, a que desobedece normas estabelecidas de iniciativa legislativa, competência, quoruns, maiorias parlamentares exigidas para determinadas deliberações, etc.

A *inconstitucionalidade material* é aquela que afronta o conteúdo de comandos constitucionais. É materialmente inconstitucional a norma ou ato que, *v.g.*, viole a dignidade humana ou a moralidade administrativa (arts. 1º, III, e 37, *caput*, da Constituição da República).

Justifica-se a explicitação dessa dualidade. O juízo do controle

concentrado, ao apreciar uma constitucionalidade formal de norma ou ato, tem duas particularidades que o diferenciam do juízo sobre uma constitucionalidade material, sendo a primeira de menor importância, por ser só uma tendência, baseada numa constatação empírica, e a segunda bastante relevante, por sua abrangência e por fundamentar a argumentação e as conclusões subseqüentes.

A primeira particularidade é referente à estrutura das normas constitucionais aplicáveis ao juízo de constitucionalidade formal ou material.

A doutrina contemporânea divide as normas jurídicas em princípios e regras²⁰. Os princípios são normas garantidoras da integridade do ordenamento, que, por seu grau de generalidade, só adquirem concreitude diante de uma situação de aplicação (longe de qualquer situação de aplicação, os princípios não têm sentido concreto, alguns parecem até se contrapor a outros). As regras são normas cuja estrutura lhes permite regular as próprias condições de aplicação – *se A, deve ser B*, segundo a conhecida fórmula kelseniana; são normas aplicáveis à maneira do *tudo ou nada*, no dizer de DWORKIN.

¹⁹ Deixo registrado, desde já, o meu repúdio à ADC, fundada numa Emenda Constitucional (de n. 3) inconstitucionalíssima, violadora dos arts. 1º, 2º, 5º, XXXV e LIV, e 60, § 4º, entre outros. Cf. FIGUEIREDO, 1996, p. 155-181, e o, como de costume, lúcido e independente voto do Min. Marco Aurélio Mello, na ADC n. 1, *in* MARTINS, MENDES, 1996, p. 211-218.

²⁰ Cf. DWORKIN, 1978, p. 81 e ss.

Apesar de a doutrina contemporânea alertar que só o caso concreto se pode autorizar a interpretação de uma norma como princípio ou como regra, arriscaríamos dizer que, por constatação empírica, *a maioria das normas brasileiras referentes à constitucionalidade formal de uma lei ou ato tende a ser aplicável como regra: é o caso, por exemplo, dos quóruns e maiorias parlamentares exigidas para a votação e aprovação de certas normas.*

Não se desconhece que há questões referentes à constitucionalidade formal que impõem o tratamento principiológico²¹. *Todavia, tais questões* (um vício de iniciativa, por exemplo), *ao serem levadas ao Judiciário* (ao Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro), *devem, pela possibilidade de reconstrução fática que sempre ofertam*²², *ser tratadas como casos concretos* (ou seja, com a máxima atenção e percepção da situação de aplicação das normas constitucionais reguladoras do processo legislativo) *e não como questões abstratas* – com uma única exceção na Constituição Brasileira: o § 4º do art. 60, que,

por impor ao Supremo Tribunal Federal, na via do controle concentrado, um juízo geral e abstrato sobre a tendência de certas normas à abolição de princípios constituintes do cerne sensível da Lei Maior (cláusulas pétreas, para alguns), implica um juízo abstrato do Pretório Excelso. *Esta é a segunda particularidade do juízo do controle concentrado de uma constitucionalidade formal, que o diferencia do juízo sobre uma constitucionalidade material: o julgamento de uma constitucionalidade ou inconstitucionalidade formal, ainda que sob a via do controle concentrado, não pode desconhecer a situação de aplicação do caso em tela, tampouco prescindir do senso de adequabilidade retrocitado* (a não ser na citada hipótese do § 4º do art. 60, que impõe ao Supremo Tribunal Federal, na via do controle concentrado, um juízo abstrato); *já o julgamento, pela via do controle concentrado, de uma constitucionalidade ou inconstitucionalidade material, deverá ser in abstracto, apreciando a conformidade em*

²¹ É o caso do *vício de iniciativa*, que, como demonstra CARVALHO NETTO (1992, p. 264 e ss.), deve, em muitas situações de aplicação, ser sanado pelos princípios de unicidade e economia processual. É também o caso do juízo sobre a vedação constante do § 4º do art. 60 da Constituição da República.

²² Não é possível imaginar, em abstrato, todas as hipóteses fáticas de um conflito entre, por exemplo, os princípios de liberdade e intangibilidade do próprio corpo e uma lei obrigando os cidadãos a serem vacinados contra as doenças que o Ministério da Saúde considerar epidêmicas (inconstitucionalidade material). É, entretanto, plenamente possível a reconstrução dos fatos referentes, por exemplo, a um vício de iniciativa que se alega posteriormente sanado (Cf. CARVALHO NETTO, 1992, p. 264 e ss.).

tese de certa(s) norma(s) ou ato(s), sem preocupação com qualquer caso específico.

Sejam estabelecidas, para que avancemos ao próximo tópico, essas premissas (sendo a primeira de menor importância e a segunda bastante relevante, pelos motivos retromencionados):

1) Na Constituição Brasileira, a maioria das normas referentes à constitucionalidade formal de uma lei ou ato tende a ser aplicável como regra;

2) Enquanto o julgamento de uma constitucionalidade ou inconstitucionalidade formal, ainda que sob a via do controle concentrado, não pode desconhecer a situação de aplicação do caso em tela, tampouco prescindir de um acurado senso de adequabilidade (a não ser na hipótese do § 4º do art. 60, retroreferida), o julgamento, pela via do controle concentrado, de uma constitucionalidade ou inconstitucionalidade material, deverá ser *in abstracto*, apreciando a conformidade em tese de certa(s) norma(s) ou ato(s), sem preocupação com qualquer caso específico. Vale dizer: *ao contrário do que a doutrina tradicional tem pregado, nem todo exercício de controle concentrado de constitucionalidade é abstrato, mas somente o controle da constitucionalidade material e uma única hipótese do controle formal (art. 60, § 4º, da Constituição da República).*

4. A inserção do controle concentrado da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público, bem como do controle formal fundado no § 4º do at. 60 da Constituição da República, entre as atividades de criação do Direito (*legislação negativa*)

Explicitou-se a diferença entre o controle da constitucionalidade formal e o controle da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público, e foi fundamentada a idéia de que, no primeiro, a apreciação de constitucionalidade deve ser tratada como um caso concreto (a não ser na hipótese do § 4º do art. 60), enquanto no segundo tal apreciação deverá ser *in abstracto*, sem se cogitar de um ou outro caso específico.

Aceitas tais premissas, não há muita dificuldade em se compreender que as decisões em sede de controle concentrado da constitucionalidade material das leis e atos normativos do Poder Público, assim como as do controle formal fundado no § 4º do at. 60 da Constituição da República, abrigam um típico discurso de justificação do Direito.

Voltemos a um exemplo utilizado *supra*. Imagine-se, *ad absurdum*, que seja promulgada uma Emenda

Constitucional, acrescentando um parágrafo único ao art. 197 da Constituição da República, obrigando os cidadãos a serem vacinados contra as doenças que o Ministério da Saúde, manifestando-se através de portaria, considerar epidêmicas. Contra tal Emenda propõe-se ADIn por vício formal, alegando-se que a deliberação sobre a proposta que resultou na Emenda estava vedada pelo art. 60, § 4º, IV, eis que haveria tendência da norma impugnada à abolição dos direitos fundamentais de liberdade e integridade física (art. 5º, *caput*, e XLIX). Suponha-se que o Advogado-Geral da União sustente a constitucionalidade da Emenda, eis que ela, em seu entendimento, visaria à garantia do direito à vida saudável e à segurança de toda a coletividade (art. 5º, *caput*).

Sem sairmos do exemplo, imagine-se que, em vez de Emenda Constitucional, entre em vigor uma Lei Federal com idêntico conteúdo da Emenda imaginada *supra*. Contra tal Lei Federal é proposta ADIn, alegando-se afronta aos direitos fundamentais de liberdade e integridade física (art. 5º, *caput*, e XLIX). Suponha-se que o Advogado-Geral da União sustente a constitucionalidade do diploma, pelos mesmos fundamentos do exemplo acima.

Tanto na ilustração referente ao controle concentrado formal fun-

dado no § 4º do art. 60, quanto no exemplo concernente ao controle concentrado material, têm-se hipóteses que é imposto ao Supremo Tribunal Federal um juízo abstrato, pois não é possível imaginar todas as hipóteses fáticas de conflito. Em casos concretos, seria possível, de acordo com as especificidades de cada situação de aplicação, entender correto o emprego dos princípios de liberdade e integridade física (declarando-se, portanto, a inconstitucionalidade da norma impugnada) ou o emprego dos princípios de vida saudável e segurança da coletividade (declarando-se, dessarte, a constitucionalidade da norma impugnada e sua conseqüente aplicabilidade). Nos exemplos citados, entretanto, o que se impõe ao Supremo Tribunal Federal é uma decisão muito mais ao estilo *policy-making* que uma típica decisão judicial, de aplicação do Direito posto.

É por isso que se pode denominar o tribunal responsável pelo controle concentrado material (e, excepcionalmente, o formal, quando fundado no art. 60, § 4º), de *legislador negativo* (*negativer Gesetzberger*, segundo os alemães²³): o Tribunal, nesses casos, tem a função de, fundado em um discurso de justificação negativa (ou de não-validade), fulminar as leis e atos normativos que se demonstram, em tese, contrários à Constituição, retirando-os do ordena-

²³ Cf. MARTINS, MENDES, 2001, p. 12.

mento, já que seu pronunciamento pela inconstitucionalidade, em ação direta, tem o mesmo efeito de uma revogação, embora com ela não se confunda.

5. A diferenciação entre a prova pericial, disciplinada pelos arts. 420 a 439 do Código de Processo Civil, e a perícia estabelecida nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99

Apresentados os tópicos de Teoria da Constituição que darão base às nossas conclusões, façamos agora uma singela reflexão de Teoria Geral do Processo, começando pela noção geral de prova.

Em sentido não técnico, prova é qualquer elemento utilizável para, racionalmente, convencer alguém da verdade respeitante a algo. Toda prova tem um *objeto* (a potência de uma alavanca, a ocorrência de um fato histórico), uma *finalidade* (a formação da convicção de alguém) e um *destinatário* (que pode ser um terceiro ou o próprio agente da demonstração), valendo-se de terminados *meios e métodos* que

variam conforme o objeto e a finalidade da prova²⁴.

Nesse sentido amplo, pode-se afirmar que a perícia estabelecida nos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99 é tão prova quanto a perícia disciplinada pelos arts. 420 a 439 do Código de Processo Civil.

Mas restrinjamos o conceito às *provas judiciais*: prova judiciária é qualquer elemento, cujo emprego seja jurídica e moralmente válido, utilizável para convencer racionalmente um juiz ou tribunal da verdade respeitante a um ou alguns *fatos determinados*, já ocorridos, em ocorrência ou na iminência de ocorrerem, relevantes para a decisão de uma questão levada a juízo (art. 332 do Código de Processo Civil).

Ora, de imediato já se pode perceber, a partir do que foi dito sobre o controle abstrato de constitucionalidade²⁵ e da exegese dos arts. 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99, que a perícia estabelecida em tais leis *não é prova em sentido técnico-processual, ou seja, não é prova judiciária, não podendo ser denominada prova pericial, pois tal designação, em sentido técnico, é exclusividade*

²⁴ Cf. SANTOS, 1998, p. 327.

²⁵ O controle abstrato de leis e atos é sempre ocorrente no controle concentrado da constitucionalidade material e somente ocorrente no controle concentrado da constitucionalidade formal quando este se funda no art. 60, § 4º, da Constituição da República.

da prova disciplinada pelos arts. 420 a 439 do CPC.

A prova pericial, como qualquer outra prova judiciária, visa à reconstrução, nos autos de um processo (de jurisdição contenciosa ou voluntária), de um ou mais *fatos determinados*, vale dizer, fatos específicos e concretos verificados por exame, vistoria ou avaliação, e detalhadamente descritos num *laudo pericial* (arts. 420, 421 e 433 do CPC). Ensina SANTOS:

“A perícia *do CPC* versa sobre fatos. Trate-se de examinar uma pessoa, animal ou coisa, de vistoriar um imóvel, de arbitrar quanto ao tempo ou à garantia a despender-se com dado serviço, ou de avaliar coisas, direitos ou obrigações; peça-se ao perito a verificação da existência ou inexistência de um fato ou de elementos que o constituem, ou peça-se seu parecer por forma a que se possa interpretar um fato ou seus elementos; ou, ainda, solicite-se do perito instrução quanto às causas ou conseqüências de um fato; a perícia *do CPC*, qualquer que seja, versará sobre fatos.”

De modo bastante diverso, a perícia do controle abstrato de constitucionalidade, manifestada por um *parecer*, não se refere a fatos específicos e concretos, mas a *constatações técnicas, artísticas ou científicas, feitas por notórios especialistas sobre questões gerais e abstratas, relevantes para deci-*

sões judiciais ao estilo policy-making, sem que se cogite da situação do cidadão X ou do cidadão Y (v.g., numa questão sobre a constitucionalidade de uma lei que diminua a duração do ensino público pré-escolar, poderiam ser requisitados pareceres de pedagogos, psicólogos e outros especialistas sobre a necessidade ou desnecessidade de a pré-escola ter a duração de X ou Y meses ou anos). *Essa perícia está muito mais próxima da figura do amicus curiae que da prova pericial do Código de Processo Civil.* Segundo MENDES (1999, p. 24), o *amicus curiae* é qualquer órgão ou entidade que, apesar de não der parte no processo, é admitido a participar do mesmo, através do oferecimento de memorial ou outra manifestação equivalente (cf. arts. 7º, § 2º, e 18, § 2º, da Lei 9.868/99).

Por fim, vale notar que as provas periciais, apesar da possibilidade jurídica de serem determinadas *ex officio* pelo juiz (art. 130 do CPC), são, na prática, quase sempre solicitadas pelas partes litigantes, não podendo a sua produção ser discricionariamente indeferida pelo juiz, pois trata-se de direito constitucional (art. 5º, LVI, da Constituição da República) e legal (art. 332 do CPC) da parte; no controle abstrato de constitucionalidade, ao contrário, as partes não têm qualquer direito à perícia ali prevista, caben-

do ao Ministro Relator determiná-la, na excepcional hipótese de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações constantes dos autos.

6. A adequação da perícia estabelecida no CPC a juízos de aplicação do Direito e a adequação da perícia prescrita nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 a juízos de justificação do Direito

Pelo exposto no item 5, *supra*, percebe-se que a prova pericial, assim como qualquer prova judiciária, é uma forma de reconstruir, nos autos de um processo, com o máximo detalhamento possível, a matéria de fato relevante para a decisão de uma questão levada ao Judiciário. Ora, como já se ressaltou, a função típica do Poder Judiciário é, exatamente, a de, quando provocado, compor definitivamente litígios concretos, através da emissão de um provimento imperativo, construído em um procedimento realizado em simétrica oportunidade de participação por aqueles que serão diretamente afetados pela decisão. O exercício da função jurisdicional, em sentido estrito, pressupõe, pois, uma situação real de conflito, que, conforme já foi dito, é, como todos os fatos históricos, única e irrepetível, recla-

mando a máxima captação do contexto fático pelo julgador – é essa a função das provas judiciárias: dar, ao juiz ou tribunal, o máximo de conhecimento possível de fatos jurídicos relevantes a questões às quais lhes compete aplicar, com caráter de definitividade, o Direito. Em síntese: *a função da prova pericial, assim como qualquer outra prova judiciária, é conferir fundamentação fática a um discurso de aplicação do Direito.*

A perícia prescrita nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, por outro lado, volta-se a constatações técnicas, artísticas ou científicas, feitas por notórios especialistas sobre questões gerais e abstratas, aptas a conferir ao julgador um *know-how* mínimo sobre aspectos técnicos, artísticos ou científicos, necessário à fundamentação de decisões que, apesar de serem *judiciais* (= emanadas de um juiz ou tribunal, o STF no caso brasileiro), refogem à atividade *jurisdicional típica* – são decisões ao estilo *policy-making*, atividades de *legislação negativa*, baseada em discursos muito mais próximos da justificação que da aplicação do Direito. Dessarte, pode-se dizer que *a perícia, no controle abstrato de constitucionalidade não é referente a fatos determinados (o que seria um contra-senso, a justificar a indagação feita na introdução deste trabalho); sua função é conferir fundamentação a decisões, típicas*

da atividade de justificação do Direito, que requeiram do julgador certos conhecimentos de ordem técnica, artística ou científica.

Lembre-se, por fim, que a utilização de pareceres de cientistas, artistas ou técnicos de reconhecida competência não é privilégio da função jurisdicional. Todos sabemos que a elaboração de leis e as atividades de administração pública e governo também se utilizam de ampla assessoria, seja ela científica, artística ou técnica, para que as normas elaboradas, as atividades administrativas executadas ou os planos de governo traçados tenham melhor aplicação.

7. Um alerta final, à guisa de conclusão

A comunidade jurídica brasileira tem acompanhado, com alguma indignação, um fenômeno que, inaugurado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 3 e revigorado com a vigência das Leis 9.868/99 e 9.882/99, já está causando graves efeitos e pode ser terrivelmente danoso à frágil democracia brasileira: em decorrência do exagerado fascínio de alguns prestigiosos juristas brasileiros pelo Direito Constitucional alemão, vai sendo, de modo inconstitucional, cada vez

mais enfraquecido, no Brasil, o controle difuso de constitucionalidade, para dar lugar à estreitíssima via do controle concentrado. Ou seja: estão sendo continuamente esvaziadas as possibilidades de os cidadãos discutirem jurisdicionalmente e de os magistrados de instâncias inferiores julgarem questões constitucionais, de modo que os eventuais ocupantes do Poder Executivo Federal, sob as bênçãos do Congresso Nacional e a covardia do Supremo Tribunal Federal, possam moldar o Estado e a sociedade brasileira da forma que suas mentes iluminadas crêem ser a melhor.

Ao final deste trabalho, após se discorrer sobre as questões técnicas sobre a perícia no controle abstrato de constitucionalidade, vale a pena chamar a atenção para o fato de que, enquanto a prova pericial, prevista no Código de Processo Civil, está muito mais perto do homem comum, do cidadão que precisa do Judiciário para a tutela de um direito violado, a perícia estabelecida nas Leis 9.868/99 e 9.882/99 é algo que se dá exclusivamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. E o STF, com seus mais de cem anos subserviência, apesar de estar distante dos homens e juízes comuns, tem poder²⁶ de vincular as decisões destes²⁷ e, portanto, a vida daqueles...

²⁶ Tal poder é de constitucionalidade bastante duvidosa, mas quem pode julgar, com definitividade, tal constitucionalidade é o próprio STF...

²⁷ Art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99 e art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99.

Bibliografia

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 213.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 408.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. 2ª ed. Atualizado por José de Aguiar Dias. Brasília: 1997, p. 164.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 580.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 12ª ed., 1996.
- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 143.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 309.
- _____. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas – ilícito do Estado – igualdade de todos diante dos encargos públicos – princípio da continuidade da empresa – Estado Democrático de Direito. Brasília. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. jul./dez, 1996. p. 123-152.
- _____. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado da Universidade Federal de Minas Gerais*. V. 3. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 473-486.
- DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985, p. 256.
- _____. *Is Law a system of rules?, in The Philosophy of Law*. DWORKIN, R. (editor). New York: Oxford University Press, 1977.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986, p. 369.

- _____. *Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978, p. 405.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1975, p. 438.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis 9.868, de 10 de novembro, e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 220, p. 1-17, abr-jun de 2000.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Ação declaratória de constitucionalidade – inovação infeliz e inconstitucional*. in Martins, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 235.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e Teoria Geral do Processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 210.
- GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness; application in morality and law*. Trad. de John Farrel. Albany, NY: State University of New York Press, 1988.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira MENDES. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 65.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms; contributions to a discursive theory of law and democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press. 1996, p. 580.
- KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Editorial Debate, 1965, p. 260.
- _____. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 260.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 235.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 357.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito*

- Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, n. 29, p. 24-36, out-dez de 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 717.
- OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni de. Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V. 2, n. 3 e 4. Belo Horizonte, 1999, p. 167-190.
- _____. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 196.
- RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis (1891-1898)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 189.
- _____. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa do federalismo (1899-1909)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969, p. 210.
- _____. *História do Supremo Tribunal Federal: doutrina brasileira do habeas corpus (1910-1926)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 450.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. V. 2. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 507.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. rev., p. 604. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 820.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 180.
- TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 510.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 413.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 152.