



Vilian Bollmann: Características da Constituição podem gerar deturpações

Dois fatos recentes e aparentemente não relacionados revelam uma interessante relação entre o Jurídico e o Político, entre a técnica de solução de litígios e a esfera de discussão e decisão dos rumos da Sociedade. São eles: a discussão acerca da PEC 33 — que traria decisões do Supremo Tribunal Federal para o controle do Legislativo — e o rejuízo da (in)constitucionalidade do limite legal de renda per capita para concessão de benefícios assistenciais. Vistos sob a ótica do democrático controle do poder, estes temas levam a algumas reflexões sobre o conflito entre autocontenção e ativismo do STF e da necessidade de redimensionar a hipertrofia do controle concentrado de constitucionalidade.

Com relação ao primeiro item, muito já foi debatido nos meios de comunicação, como a abertura que se dá ao controle político de decisões jurídicas (sobre a tênue distinção entre estas esferas, confira-se <http://ajusticaodireitoalei.blogspot.com.br/2011/11/afinal-o-stf-e-um-tribunal-politico-ou.html>), ainda que sob o argumento retórico do julgamento popular no caso de discordância.

Em breve resumo, a PEC 33, de 2011, [i] impõe quóruns mais restritivos aos tribunais para declararem inconstitucionalidade de leis (quatro quintos, em geral, e três quintos, para o STF), [ii] veda concessão de medida cautelar para suspender a eficácia Emendas Constitucionais e [iii] cria uma etapa adicional tanto para as Súmulas Vinculantes quanto para decisões que declarem a inconstitucionalidade de Emendas Constitucionais (a ratificação pelo Congresso ou Plebiscito, no caso de negativa por aquele).

Se de um lado a exigência de um quórum qualificado implica uma maior valorização do princípio da presunção de constitucionalidade das leis que não é desarrazoada, de outro, o mecanismo de chamar a população a um “desempate” entre Judiciário e Legislativo — técnica que busca legitimação sob um signo aparentemente democrático — revela uma colisão frontal com duas cláusulas políticas e jurídicas relevantes que são, por essência, contramajoritárias: os direitos fundamentais e as cláusulas pétreas.

Isso porque a história demonstra o perigo de maiorias temporárias, especialmente quando conduzidas por discursos fundamentalistas, moralistas ou de medo. Veja-se os casos da Alemanha Nazista, a ditadura brasileira pós AI-5, e, mais recentemente, a Era Bush nos Estados Unidos, que, no auge, chegaram a renomear as batatas-fritas para trocar o "french fries" por "freedom fries", elegendando a tortura como meio de investigação (Para o tema: <http://direitosfundamentais.net/2008/01/24/democracia-e-clausulas-petreas-minha-opinioao/> e <http://direitosfundamentais.net/2010/10/26/do-consentimento-politico-ao-etico/>).

Porém, e aqui reside a questão fundamental, o parecer do relator da PEC 33/2011 na CCJ da Câmara foi expresso em dizer que as medidas nasciam como uma reação a um ativismo judicial da Suprema Corte, e, neste sentido, além de discutível constitucionalidade, talvez os instrumentos previstos na referida PEC não sejam os mais adequados para alcançar esta finalidade. Isso porque, salvo algum equívoco, os debates ocorridos na mídia e nos periódicos especializados não se atentaram a um fato interessante:



boa parte dos mecanismos usados pelo STF para ampliação de sua esfera de poder foram outorgados pelo Constituinte Derivado, e não pela Carta de 1988!

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Súmula Vinculante (SV) e a Repercussão Geral (RG) são instrumentos que nasceram por concessão de poder do Legislativo ao Judiciário no âmbito de várias Emendas Constitucionais (3, de 1993; 45, de 2004) ou leis regulamentadoras (9882, de 1999).

Logo, se concedidos foram, podem, em tese, ser suprimidos ou restringidos, uma vez que não se trata de emenda tendente a abolir a separação de poderes (cláusula pétrea, conforme artigo 60, parágrafo 4º, III, da Constituição), pois esta já decorria da própria configuração original da Constituição.

É interessante notar que a redação original da Constituição já previa que, no caso de inconstitucionalidade por omissão (inclusive do Congresso), o papel do Supremo Tribunal era o de apenas dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (artigo 103, parágrafo 2º).

Para suprir eventual falta de norma regulamentadora, a Constituição previa, e ainda prevê, o mandado de injunção, mas apenas para certos direitos (“exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, artigo 5º, LXXI) e desde que não estivessem regulamentados; além disso, ele gera efeito apenas entre as partes, sendo, até hoje, bastante restritiva a sua interpretação para regulação de direitos coletivos. Aliás, o julgamento do mandado de injunção não era exclusivo do STF (artigo 101, I, q), mas também de outros Tribunais, como o STJ (artigo 105, I, h) — o que demonstra a intenção original da Constituição de evitar a concentração de poder. Em resumo: segundo o texto original da Constituição, as hipóteses admissíveis de atuação construtiva do STF eram mais restritas do que o atualmente exercido.

É inegável o fato de que, na última década, o STF mudou seu perfil de deferência às decisões políticas tomadas pelos demais poderes e passou a exercer um papel mais ativo. O paradigma da atuação apenas como “legislador negativo”, restringindo a sua atuação apenas para invalidar leis que violassem claramente a Constituição, foi superado por uma espécie de “legislador positivo”, atuando nas omissões para decidir e regular questões importantes para a sociedade, com decisões obrigatórias que passam além das partes envolvidas naquele processo.

Este movimento político do STF, porém, não é algo inédito no mundo. Examinando a história da Suprema Corte Norte-Americana é possível trazer algumas lições, pois foi recheada de idas e vindas de ativismo versus autocontenção ou deferência aos demais poderes. Uma delas foi a mudança de entendimento ocorrida nos anos 30, logo após a crise econômica de 1929, quando, então, várias leis editadas por Roosevelt no âmbito do “New Deal” foram invalidadas pela conservadora Suprema Corte por cinco votos contra quatro. Como reação, em 1937, propôs-se uma lei que ampliaria o número de ministros, mas, dois meses depois, antes que ela fosse votada, houve uma mudança de entendimento de um dos ministros, validando uma lei que previa um salário mínimo no estado de Washington.

O episódio passou a ser conhecido como a “the switch in time that saved nine”. Encerrou-se, com isso, a chamada “Era Lochner”, na qual a Corte Suprema dos EUA realizava um ativismo judicial de cunho



conservador. Depois disso, seguiu-se um período de deferência até a chamada “Corte Warren” (1953 a 1969), na qual retornou o ativismo, agora de cunho mais proativo, gerando o fim da segregação racial, o avanço do poder federal e a expansão das liberdades civis, dentre outros. Além destes movimentos pendulares entre ativismo e autorrestrrição, o tribunal norte-americano construiu uma doutrina relacionada às questões políticas que, por envolverem o exercício de poder discricionário do Executivo ou do Legislativo, não são consideradas pela corte, tais como a rescisão unilateral de tratados e a impossibilidade de rever decisões do Congresso acerca de Impeachment do Presidente.

A experiência no mundo demonstra que a previsão teórica de convivência harmônica dos poderes entre si é, na prática, um constante e saudável choque de vontades, previsto pela própria Constituição, seja o Executivo vetando ou o Judiciário invalidando leis aprovadas pelo Legislativo, seja pela edição de normas por este para regular a atuação daqueles. Isso, porém, não é ruim; ao contrário, é da dinâmica destes embates que resulta um sistema real de freios e contrapesos que concretizam a finalidade principal da democracia e da República: evitar poderes absolutos e incontroláveis.

Porém, é possível dizer que o mecanismo de concentração de poder no âmbito do STF está ligado à valorização crescente do controle concentrado de constitucionalidade, em detrimento do controle incidental. Em linhas gerais, sabe-se que o controle de constitucionalidade pode ser de duas espécies: [1] difuso ou concreto, em que qualquer juiz pode decretar a

inconstitucionalidade e tem efeito entre as partes do processo (modelo inspirado no sistema norte-americano); ou [2] concentrado ou abstrato, quando apenas um órgão adota o julgamento, que tem efeito geral e obrigatório para todos (modelo europeu).

O Brasil tem adotado o sistema misto, no qual tanto os juízes e tribunais de apelação podem declarar a inconstitucionalidade de leis para resolver um caso entre as partes quanto o STF pode fazê-lo para gerar uma regra obrigatória para todos.

Não obstante, desde a Carta de 1988, houve uma progressiva “objetivação” e “concentração” do controle de constitucionalidade, com os novos instrumentos já citados (ADC, ADPF, entre outros.), acompanhada de técnicas de decisão, como sentenças aditivas, e mudança do paradigma de “legislador negativo”. Foi o caso, por exemplo, da EC 3, de 1993, que criou um mecanismo de imposição da interpretação dita correta pelo STF para todos os juízes: a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Não é obra do acaso que um dos primeiros processos a declarar a constitucionalidade de uma lei foi a ADC 4, que amordaçou os juízes na concessão de liminares contra o poder público, vindo a repetir aquilo que já havia insinuado na medida provisória 173, de 1990, na qual se tentou tirar dos juízes a possibilidade de apreciar as medidas do chamado “Plano Collor”, dentre elas o confisco da poupança.

A defesa retórica desta concentração de poder político-jurídico no STF é fundada na igualdade perante a aplicação da lei, dizendo-se que a concentração de decisão no STF privilegia a isonomia ao evitar decisões contraditórias entre juízes de primeiro grau.

O problema é que tal raciocínio simplista esquece que o princípio da igualdade não é tratar a todos de forma totalmente igual, mas sim tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Como já dizia Rui Barbosa, em sua Oração aos Moços: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar



desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

Em outras palavras, se há uma razão importante para uma desigualdade, o tratamento deverá ser desigual, por exemplo, para proteger a parte mais fraca em uma relação econômica, tal como ocorre no Código de Defesa do Consumidor; ao trabalhador, na CLT; ao segurado, na Previdência Social, entre outros. O fundamental é que a haja uma relação razoável entre o fator usado para a distinção e a discriminação legal decidida em função dele (Sobre o tema, confira-se já clássica obra: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade).

Isso gera um paradoxo: a mesma Constituição que exalta o princípio federativo (artigo 18 e artigo 60, parágrafo 4º, I) e reconhece as desigualdades regionais que precisam ser reduzidas (artigo 3º, III), prevê um Tribunal Superior para manter uma uniformização da interpretação do direito federal — STJ — e um mecanismo para cassar decisões que tenham aplicado a lei de forma diferente — Recurso Especial (artigo 105, III, c).

Contudo, como imaginar uma aplicação totalmente igual para a regra de que o tempo de serviço exige prova material (artigo 55, parágrafo 3º, Lei 8213/1991) na região metropolitana de São Paulo e para as populações ribeirinhas do Amazonas, que sequer têm certidões de nascimento? Como pressupor que uma linha de pobreza imaginária de renda per capita seja a mesma para Brasília e para o interior mineiro de Itinga, no coração do Vale do Jequitinhonha, com uma das menores rendas do país? Os crimes de proteção dos costumes, o reconhecimento de “contratos verbais” e outros fatos sociais devem ter a mesma interpretação em cidades de dez mil habitantes, no interior do país, que é dada nas capitais? A aplicação da lei deve desconhecer que vivemos num país com tantas desigualdades econômicas, sociais, educacionais e de oportunidades?

Neste ponto vale voltar ao início do texto e lembrar da importância do julgamento do ocorrido no dia 18 de abril de 2013 (para maiores detalhes:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>), em que, no âmbito da Reclamação 4374, o STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo.

Da mesma forma ocorrida em outros temas, tal como a progressão de regimes nos crimes hediondos (que depois de vários anos declarada constitucional, foi revertido o entendimento do STF em 2006 no HC 82.959/SP), houve uma profunda alteração da jurisprudência.

Porém, neste caso, a modificação é muito relevante, já que a norma havia sido declarada constitucional em se de controle concentrado, e, apesar disso, juízes federais de primeiro e segundo grau mantinham o entendimento de que a limitação legal ofendia vários princípios e gerava inúmeras injustiças, como prejudicar as famílias que tinham renda pouco acima do limite legal e gastavam boa parte dela justamente com medicamentos para a pessoa que tinha necessidades especiais.

De fato, inicialmente, o STF julgou constitucional a limitação, declarando que “[i]nexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia



de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial pelo Estado. Ação julgada improcedente.” (ADI 1.232-1, DJU, 01/06/2001), entendimento mantido por vários anos depois. Apesar disso, os juízes federais, à luz de situações concretas e não previstas pelo legislador, continuavam a compreender como inconstitucional e injusta a limitação, tendo reformadas suas decisões pelo STF em Recursos Extraordinários interpostos em face de decisões dos Juizados Especiais Federais (confira-se, dentre outros, RE 413743-7/SC, j. 04/02/2004, Rel. Min. Gilmar Mendes; RE 414.947-8/SC, j. 13/02/2004, Rel. Min. Nelson Jobim).

Ao contrário do que o senso comum imagina, a edição de leis genéricas e abstratas não é atividade fácil, pois o legislador prevê algumas situações que podem ocorrer no futuro. Porém, o decorrer do tempo, os casos concretos, as circunstâncias não imagináveis e argumentos trazidos pelos advogados aos tribunais são fatores que mostram a necessidade de adaptar ou interpretar as normas em cada um dos processos. Isso não é invenção moderna, mas sim constatação que Aristóteles já fazia na Grécia Antiga, dizendo que a equidade era necessária como uma correção da lei para o caso concreto, já que toda lei expressa ordens genéricas e é impossível fazer uma afirmação universal que seja sempre correta para todos os casos particulares. Para ele, falha não está na lei e nem no legislador, mas sim em função da natureza do caso particular, pois se aparece um caso não previsto na sua aplicação, por omissão, falha ou simplificação do texto, é correto suprir esse erro.

Agora, depois de uma década, o STF aparentemente reconsiderou sua posição, mostrando [1] a importância da evolução da jurisprudência diante de novos argumentos; [2] a necessidade de tempo para que todas as faces e circunstâncias de um problema complexo apareçam em vários processos e decisões judiciais, e, [3] por consequência, a primazia que deve ser dada ao controle difuso, e não à velocidade da ADI, ADPF e ADC — que concentram demais o poder de decisão, cortando a participação democrática de todo o país, representada pelas várias ações judiciais que apresentam aspectos diferentes do mesmo problema; [4] a relevância do trabalho dos juízes de primeiro grau, que estão diariamente no contato com o povo e com os advogados que os representam; e [5] a temeridade que seria de manter algum tipo de mordaza aos juízes que “ousam” julgar diferente dos tribunais superiores, já que estes podem mudar sua interpretação, muitas vezes inclusive diante das visões trazidas pela base da magistratura.

Por fim, é importante anotar que algumas características do atual arranjo constitucional brasileiro podem gerar deturpações, que, se não são problemáticas agora, podem representar um problema no futuro. A primeira é o excesso de atribuições ao STF, que, além de Corte Constitucional, também é instância para processar e julgar autoridades com foro privilegiado.

Além do excesso de ações no STF, isso cria um poder adicional que é o de controlar os agentes dos demais poderes que deveriam fiscalizar aquele tribunal. A segunda é o caráter analítico da Constituição, que regula praticamente todos os aspectos da vida social e, por isso, permite que todo tipo de demanda vire questão constitucional, por mais insignificante que seja.

Evitar que o STF se transforme em um órgão centralizador dos três poderes implica modificar suas competências não-constitucionais, acabando, por exemplo, com a prerrogativa de foro para altas autoridades, atribuição que poderia ser transferida ao Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ou aos juízes de primeiro grau, pulverizando este poder de forma difusa. É fácil, neste segundo caso, resolver a objeção que normalmente se levanta de que isso implicaria várias ações simultâneas contra uma mesma



autoridade em diversos locais do país: basta prever que competência territorial será da vara(s) localizada(s) na sede de governo. Assim, crimes cometidos pelo Presidente da República, Senadores e outros, poderiam ser julgados em Brasília; pelo Governador, na capital do seu estado, entre outros.

De qualquer forma, à título de conclusão, sobrevoando o texto é possível afirmar que [a] o processo de hipertrofia de poder no STF, decorrente não só das técnicas outorgadas pelo Legislativo, como também de um certo ativismo derivado da superação da postura de “legislador positivo” [b] pode, técnica e constitucionalmente, ser objeto de uma certa restrição quanto àqueles, [c] retomando não só a tradição de que o controle de omissões se dá por vias excepcionais e particulares como também [d] a do controle de constitucionalidade na via incidental, feita pelos juízes e tribunais de segunda instância, [e] que tem a vantagem de permitir um maior debate sobre as questões que lhe são trazidas e [f] concretizam um verdadeiro federalismo fundado no princípio da igualdade material, e não formal.

Date Created

15/05/2013