

Observatório Constitucional: O Supremo Tribunal Federal, o bêbado e o equilibrista

Spacca

O Direito e o tempo se relacionam intimamente[1]. A Constituição, também. Para alguns, a norma jurídica e, em especial, a norma fundamental fixariam as condições de possibilidade para realização de um diálogo diferido no tempo, no qual os autores da lei transmitem à geração futura os critérios normativos para a solução dos problemas vindouros. O Direito e a Constituição, pois, possuem intrínseca historicidade, já que o transcurso do tempo oportuniza a formação de um patrimônio jurídico e cultural (não necessariamente homogêneo) sobre as formas e os critérios de decisão de uma comunidade, formando seu paradigma de justiça. Por isso, é inevitável reconhecermos que, hoje, temos “mais Constituição” do que em 1988[2], não somente porque novos dispositivos a ela foram acrescentados por inúmeras emendas constitucionais, mas sobretudo porque as decisões judiciais integram a Constituição e especificam seu conteúdo, ampliando-o e formando (ou devendo formar) um *corpus iuris constitucional*.



Isso quer dizer que o modo como cada comunidade percebe o direito, o Estado e suas instituições políticas não é estático, mas mutável e cambiante de acordo com as circunstâncias políticas, jurídicas e sociais. Uma lei que o Poder Legislativo edite, um ato que o Executivo adote ou uma decisão que o Judiciário tome terá impacto social e na percepção com que a sociedade compreende suas próprias instituições; o grau de repercussão, entretanto, depende da natureza da decisão, da sua “transcendência” (leia-se: efeitos jurídicos, sociais, econômicos e/ou políticos), da capacidade de crítica da sociedade e assim por diante. Desnecessário dizer, por conseguinte, que — após as condenações nos casos Donadon e mensalão — a credibilidade institucional do Supremo Tribunal Federal junto à sociedade talvez tenha atingido seu índice mais alto.

No entanto, a percepção social ou imagem que a sociedade constrói sobre suas próprias instituições paulatinamente se fragmenta ou consolida-se, de acordo com as sucessivas decisões caso elas se conformem ou não com os parâmetros de justiça anteriormente definidos nas decisões passadas, formando uma tradição constitucional específica. O tempo, portanto, é um poderoso elemento na configuração da compreensão social do Estado e dos poderes políticos.

Nesse contexto, o próprio Supremo parece cambalear entre uma corte austera e vigilante na guarda da Constituição e um centro desgovernado de irradiação de decisões profusas em última instância. A crítica que a doutrina lhe tem dirigido nos últimos tempos não é desprezível (para resumir, basta lembrarmos a expressiva crítica de autores brasileiros à noção de “neoconstitucionalismo”), principalmente porque, com alguma frequência, os ministros têm pretendido vestir certos votos com a roupagem da racionalidade, da tecnicidade e da erudição a fim de legitimar suas decisões, ignorando, por assim dizer, nosso *corpus iuris constitucional*[3].

O caso do “mensalão” oferece-nos um bom exemplo, pois, a um só tempo, representaria a salvação e a perdição do Supremo. Conforme recentemente apontou Lenio Streck[4], a única coisa que justificaria a



absolvição de alguns condenados no crime de formação de quadrilha, ocorrida em segundo julgamento no âmbito da apreciação dos embargos infringentes, teria sido a alteração na composição da corte: saíram Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto, entraram Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso. Em outras palavras, haveria muita subjetividade em detrimento da pouca intersubjetividade nos julgamentos da corte; logo, há muito voluntarismo e discricionariedade em detrimento da normatividade e previsibilidade nas decisões judiciais.

Decisões em casos de ampla repercussão social (v.g.: mensalão, “aborto de anencéfalo”, ficha limpa, financiamento de campanhas etc.) provocam a imediata reação crítica da comunidade em geral. Claro, alguém dirá, o Supremo é um órgão contramajoritário que não deve levar em consideração o que a sociedade pensa tampouco ceder à pressão social, devendo julgar estritamente conforme a Constituição ainda que contrariamente à sociedade. Se isso é verdade por um lado, não podemos ignorar, por outro lado, que, em muitos casos, especialmente nos célebres “casos difíceis”, para os quais a Constituição em princípio contempla mais de uma possibilidade interpretativa, a decisão do Supremo poderia redundar uma verdadeira contrariedade à vontade democrática devidamente manifestada nos termos da Constituição, formal e materialmente.

Nesse contexto, uma decisão do Supremo que vá contra as expectativas da sociedade ou de um segmento da sociedade estaria dentro das regras do jogo. Porém, seguidas decisões do Supremo nos casos difíceis, para os quais a Constituição oferece mais de uma solução jurídica viável, poriam em xeque sua credibilidade institucional e a legitimidade de sua atuação em geral^[5]. Não por outra razão, Peter Häberle tem defendido na Alemanha que o Tribunal Constitucional leve em conta “a especial legitimação democrática” das leis submetidas ao processo de interpretação constitucional^[6]. Isto é, quando a lei for aprovada por meio de um rígido controle social e de expressiva participação da opinião pública, haveria um fator decisivo a ser considerado pela corte que provavelmente conduziria ao reconhecimento de sua validade e de sua legitimidade constitucional. Afinal, sabemos nós, a construção histórica do Estado Democrático de Direito não se operou somente sobre o pilar da Constituição mas pressupôs (e ainda pressupõe) outro de igual estatura, que é o da democracia.

Posta em xeque a credibilidade do Supremo, o que sucederia? As instituições reagem. A sociedade reage. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, diversas Propostas de Emendas Constitucionais (PECs) estão em tramitação: PEC 290/2008; PEC 3/2011; PEC 33/2011; PEC 45/2011; PEC 143/2012; PEC 161/2012; PEC 227/2012; PEC 275/2013; PEC 378/2014. De uma maneira ou de outra, essas propostas pretendem tolher a intervenção do Supremo Tribunal Federal no processo político diante do suposto ativismo judicial ou da alegada intervenção judicial na esfera de competência dos poderes Executivo e Legislativo, seja pelo condicionamento da eficácia de decisões judiciais, seja pela sustação de atos normativos do Judiciário, seja pela modificação da composição da corte e/ou da forma de nomeação dos ministros, seja pela extinção da vitaliciedade dos cargos de ministro.



E aí justamente reside o problema, pois, tendo em vista uma perspectiva temporal mais estendida, facilmente perceberíamos que as atuais atribuições de competência do Supremo decorrem de um gradual processo de aprendizado institucional no bojo do qual se reconheceu que ele seria o órgão mais adequado para desempenhar legitimamente as funções de guarda da Constituição. No entanto, nem sempre foi assim, nem nada se impõe para que continue sendo obrigatoriamente adotada essa mesma fórmula institucional. Nossa história constitucional o demonstra.

Com efeito, na vigência do sistema constitucional imperial, o controle da constitucionalidade das leis foi uma competência exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo. O que é preciso ter em mente, portanto, é que as decisões do Supremo são estrategicamente apropriadas pelos atores políticos para os mais diversos propósitos, inclusive o de seu enfraquecimento institucional, o que somente pode ser confrontado diante da atuação exemplar do próprio Supremo.

O problema é extremamente grave e delicado. Tomemos o caso da ADPF 54, em que se discutiu o aborto do anencéfalo. Logo após o final do julgamento, houve uma rápida mobilização de alguns parlamentares para agilizar o andamento da PEC 33/2011 em retaliação à decisão do Supremo; justamente a PEC 33, que objetiva sujeitar a eficácia de certas decisões da corte à aprovação do Congresso Nacional. Essa mesma PEC, após a decisão da AP 470, como sabemos, foi aprovada numa polêmica sessão da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJ).

Nesse conturbado contexto político e institucional, o que permite antever a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma PEC dessa natureza, ou sua legitimidade ou ilegitimidade, não é propriamente a Constituição, mas o *corpus iuris constitucional*. Ou seja, o critério elementar de avaliação crítica será como o Supremo Tribunal Federal vem se pautando na interpretação e na construção da Constituição ao longo do tempo. Se o desempenho de suas funções estiver em consonância com os paradigmas de justiça da Constituição e com os seus próprios precedentes a partir de uma atuação coerente e íntegra que nos autorizem ler a totalidade de sua obra como “digna de respeito”, dificilmente qualquer proposta de modificação legislativa terá legitimamente algum êxito. O atual sobrestamento da PEC 33/2011 constitui um bom exemplo. Nesse momento, considerado o contexto de sua reativação, tal PEC importaria um atentado contra a Constituição e contra o Supremo.

Entretanto, se o Supremo apresentar-se como instância voluntarista, infensa à crítica e pretensamente investida da autoridade de dizer o que bem entender da Constituição a despeito das interpretações firmadas e consolidadas por ele próprio e também por outras cortes e partícipes da interpretação constitucional, então, nessa hipótese, ele estará a semear uma possível crise institucional e de legitimidade cujo resultado seria difícil de prever.



Por conseguinte, lançando o olhar sobre os quase dois séculos de história constitucional brasileiro, imagino existir uma espécie de lógica pendular a influenciar a compreensão sobre a organização e a estrutura das instituições políticas. Isso implica dizer que nenhum órgão ou instituição está acima do bem e do mal ou, melhor dizendo, da Constituição. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, que, mais cedo ou mais tarde, terá de prestar contas à sociedade pelo exercício do poder que exerce. O Supremo, pois, tem o mesmo destino da “Esperança”, tão melodicamente cantada pelo poeta: “Dança na corda bamba de sombrinha/E em cada passo dessa linha/Pode se machucar”. Convém, pois, cultivar o *corpus iuris constitucional*.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

[1] Cf. BRETONE, Mario. *Il tempo e la norma*. In: **Diritto e Tempo nella Tradizione Europea**. Roma-Bari: Laterza, 2004, p. 33-60.

[2] Cf. ADEODATO, João Maurício. *Limites à jurisdição constitucional*. In: **A Retórica Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

[3] Já fiz crítica semelhante em texto anterior, aqui publicado. Cf. CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *O problema das excessivas citações doutrinárias no STF*. **Observatório Constitucional – CONJUR**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-15/observatorio-constitucional-problema-citacoes-doutrinarias-stf> [9 de março de 2014].

[4] Cf. STRECK, Lênio. *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*. **Senso Incomum – CONJUR**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo> [8 de abril de 2014].

[5] Como explica Frank Michelman em relação ao contexto norte-americano, as instituições são respeitadas mesmo quando há discordância com decisões individuais ou específicas sobre determinada matéria. A legitimidade constitucional dos poderes políticos, nesse caso, remete-se à noção mais geral de “*respect-worthy*”, isto é, porque em seu conjunto ou em sua visão global, o sistema e as instituições funcionam devida e constitucionalmente conforme com os parâmetros de justiça compartilhados pela comunidade, todos devem respeitar cada uma das decisões individualmente consideradas, inclusive aquelas que tragam prejuízos imediatos para certos grupos. Cf. MICHELMAN, Frank. *The integrity of law. Ida’s way: constructing the respect-worthy governmental system*. **Fordham Law Review**: Vol. 72, 2004, p. 345-365.

[6] Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 44 e ss.

Date Created

12/04/2014