
Tiago Bitencourt: Real democracia precisa da jurisdição constitucional

Luciano Feldens[1] ao discorrer acerca do que denomina como “princípio da proteção deficiente” destaca duas funções, a) a da vedação de retrocesso ao tratamento dispensado a punição de determinadas condutas, ou seja, a impossibilidade de lei penal mais favorável tornar insuficiente o cuidado dispensado a determinado bem jurídico, e, b) a imposição de coerência do sistema jurídico. A primeira manifestação da norma consistiria na proibição de tutela penal que retire de forma desproporcional a proteção criminal existente sob determinado bem jurídico. De outra banda, a segunda prescrição se referiria a impossibilidade de apenar mais gravosamente bens jurídicos de menor relevância constitucional. Nas palavras do próprio doutrinador[2]:

Em consequência, no âmbito da jurisdição constitucional, a adoção da proibição de proteção deficiente autorizaria o afastamento, por invalidez, de normas que, por retirarem a proteção legal anteriormente conferida a um determinado direito fundamental, introduzam, nesse determinado ordenamento “posto”, uma situação de manifesta infraproteção. Infraproteção essa que poderá ser diagnosticada a partir de uma análise conglobada entre a faticidade e a normatividade. Na primeira hipótese, em face de dados empíricos não controvertidos, assim aquilatáveis a partir de um certo consenso intersubjetivo. No segundo caso, pela comparação do conjunto de sanções utilizadas pelo mesmo legislador para obter fins de proteção análogos (por exemplo, imagine-se a penalização do homicídio com sanções exclusivamente pecuniárias).

A primeira função atribuída pelo autor assemelha-se em larga medida à proibição de retrocesso social advogada em relação aos direitos sociais, tendo especial importância a colaboração de Ingo Wolfgang Sarlet[3] a respeito do tema. Também se tem visto tal postura na seara ambiental, sendo exemplar a obra de Carlos Alberto Molinaro[4] a respeito do assunto. No que tange aos direitos trabalhistas essa ideia também está presente[5].

A segunda função é (ainda) mais complexa, pois a solução de eventual incoerência necessariamente perpassa o exame das técnicas de decisão adotadas por aquilo de que se convencionou denominar jurisdição constitucional. Veja-se o porquê de tal observação a partir das seguintes sentenças:

a) a declaração de inconstitucionalidade de determinada pena prevista para determinado delito por força da proibição de proteção insuficiente implica, prima facie, na ausência de cominação de sanção para o tipo, de forma a abrir-se duas possibilidades, a saber: a.1) despenalização/descriminalização, ou, a.2) admissão, por analogia, de outra pena prevista para crime de similar potencial ofensivo ou até mesmo de pena estipulada para o tipo na legislação revogada, quando houver;

b) a despenalização/descriminalização é medida ainda mais insuficiente para a tutela penal do bem jurídico e, portanto, há de ser afastada por violar a proporcionalidade;

c) a cominação de pena por analogia, seja por comparação a tipo em vigor, seja em face de previsão revogada, revela-se como ofensa evidente ao princípio da legalidade, vez que se está a criar crime sem prévia disposição textual-normativa nesse sentido.

Assim, ambas as saídas para a situação caracterizam-se como insatisfatórias, pois em total desacordo com os ditames do sistema jurídico nacional. Entretanto, por concordar-se com a existência e a utilidade das funções anunciadas para a vedação de proteção insuficiente, esboça-se uma solução conforme os ditames atuais do momento vivido pelo constitucionalismo brasileiro.

II – A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Em face da inviabilidade prático-jurídica de admitir-se aquelas duas soluções anteriores, passa-se a discorrer acerca da possibilidade jurídica e da conveniência social da adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Então, primeiramente cumpre examinar em que consiste a referida técnica de decisão e tal análise inicia pelo estudo do artigo 27 da Lei Federal 9.868/98, cuja redação é a que segue:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha ser fixado.

Interessa no presente ensaio a parte final do dispositivo, ou seja, a possibilidade de que a decisão no sentido da inconstitucionalidade “só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. A possibilidade de reconhecimento da incompatibilidade do texto ou determinado sentido que lhe seja atribuído com a Constituição sem que cesse imediatamente a eficácia do mesmo se impõe por circunstâncias excepcionais onde a pura e simples declaração da nulidade acarretaria efeitos — sociais — ainda mais gravosos do que a continuidade da aplicação da norma inconstitucional, sendo que há quem[6] veja na decisão do STF na ADI 1.232 — que entendeu pela constitucionalidade do requisito da renda igual ou inferior a ¼ de salário mínimo para fins de percepção de Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC/LOAS) — uma postura desse jaez, pois reputando-se inconstitucional o critério objetivo de baixa renda ocorreria a ausência de aplicabilidade da previsão constitucional por falta de disciplina legal do tema. Novamente instado a apreciar a questão da conformidade do requisito objetivo para a obtenção, o STF na Reclamação 4.374 e nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 entendeu que o requisito revela-se inconstitucionalmente restritivo, tendo ocorrido aceso debate acerca da decisão resultar em um vácuo normativo que pudesse comprometer a continuidade da existência jurídica do benefício assistencial de prestação continuada. Afinal, como assevera Karl Larenz[7], não pode mais prosperar a ideia de que aplica-se o Direito mesmo que o mundo pereça. No entanto, também não se deve aceitar argumentos ad terrorem que buscam intimidar os oponentes pela menção a possíveis — ainda que improváveis — consequências da medida a ser tomada.

Entretanto, a mera postergação da pronúncia de nulidade, ou seja, o adiamento do abandono da aplicação da norma, não pode se dar indefinidamente. Por isso, o legislador estabeleceu que se deve colocar um termo final para a produção de efeitos por parte da norma inconstitucional ou, ainda, da omissão eivada de inconstitucionalidade, cujo exemplo escandaloso consistente na ausência de exercício da competência tributária relativa a instituição de Imposto sobre Grandes Fortunas revela como a injunção é necessária não apenas para garantir-se individualmente o exercício da cidadania, mas também para fazê-la efetiva

em nível coletivo[8], inclusive sendo nesse mesmo sentido a prescrição emanada do artigo 11, caput, da Lei Complementar 101/2000 que institui o regime de responsabilidade fiscal. Tal medida foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso das emancipações irregulares[9] onde foi reconhecida a inconstitucionalidade da criação de novos municípios que já detinham uma organização político-administrativa que impossibilitava a imediata desconsideração da personalidade jurídica autônoma das cidades. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal teve por bem manter incólume o funcionamento do aparato-estatal criado em função da autonomia do ente federativo.

Porém, em caso de inércia na normatização da matéria, a penalização insuficiente acabaria por eternizar-se e a técnica aqui sugerida de nada valeria. Para que não perdure no tempo uma situação dessa gravidade faz-se indispensável a regulamentação pelo próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se passa a expor.

Em face da (de)mora injustificada da atuação do poder legiferante não resta outra alternativa senão o Judiciário decidir de forma injuntiva de modo a prescrever condutas e cominar sanções como se legislador fosse. Tal pensamento não se traduz em afronta ao princípio da separação dos poderes, mas, muito antes, em remédio necessário à harmonia da atuação dos mesmos, vez que a inércia de um não pode impedir a atuação do outro e, muito menos, impedir a fruição dos direitos fundamentais. Tal orientação vem sendo revelada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na medida em que precedentes como o do direito de greve do servidor público[10] mostram a disposição de superar a mentalidade outrora prevalecente de que a jurisdição constitucional limitar-se-ia a legislar negativamente.

Assim, a melhor solução parece ser aquela onde se reconhece a inconstitucionalidade, mas mantêm-se a aplicação da norma, permitindo-se que o legislador atue de forma a estabelecer a devida proteção ao bem jurídico, nem excessiva, nem insuficiente. Na omissão do Poder Legislativo em corrigir a inconstitucionalidade, mostra-se possível a via jurisdicional para sanar provisoriamente o problema por meio de atuação injuntiva, ou seja, ao mesmo tempo decisória e legiferante ou, ainda, podendo tal impasse ser definitivamente solvido mediante a submissão da questão ao povo que por meio de plebiscito ou referendo resolveria democraticamente o impasse, não podendo a nação ficar à mercê da insegurança pública decorrente de penas desproporcionais que firam a Constituição na medida em que não tutelem satisfatoriamente os bens jurídicos e nem sujeita à falta de recursos para provimento de serviços básicos e universais como a saúde quando há previsão constitucional de competência tributária que inconstitucionalmente não é exercida. Note-se o exemplo de tal espécie de solução adotada pelo STF ao decidir a ADI 4.650 quando entendeu ser possível a superação da inércia legislativa mediante a normatização pelo TSE. Assim, se realmente a cidadania vai além do voto e da representação, importa em reconhecer-se que há legítimas expectativas coletivas a demandar a intervenção injuntiva do Poder Judiciário e mesmo a intensificação da democracia direta.

[1] FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94. Veja-se, ainda, do mesmo autor: A Constituição Penal – A Dupla Face da Proporcionalidade em Matéria Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

[2] FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 94.

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 442 ss.

[4] MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental: proibição de retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[5] CAMINO, Carmen. Direito Individual do Trabalho. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 36 ss.

[6] MORO, Sergio Fernando. Comentário ao art. 203. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.962.

[7] LARENZ, Karl. Metodologia de la Ciencia de Derecho. Barcelona: Ariel, 2001, p. 504 e 505.

[8] No mesmo sentido, tem-se o posicionamento de Alexandre Rossato da Silva Ávila que, além de sustentar o caráter cogente do uso da competência tributária, inclusive cita o exemplo da inércia no caso do Imposto sobre Grandes Fortunas como exemplo de descumprimento da Constituição (Curso de Direito Tributário. 5ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 98. Em sentido diametralmente oposto, veja-se: CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 766-776.

[9] Ações diretas de inconstitucionalidade n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689, todas julgadas no ano de 2007. Os julgados têm diversas nuances que ainda serão passíveis de discussão, em especial o prazo de 24 meses para a regularização dos municípios que, a meu sentir, não podem ser contados da decisão, mas tão-somente a partir da vigência da Lei Complementar Federal que deveria regulamentar o art. 18, § 4º, da CF e cuja inércia parlamentar já deu ensejo à procedência do mandado de injunção n. 725 e cujo prazo de 18 meses não foi atendido pelo Congresso Nacional.

[10] Mandado de injunção n. 670, julgado em 25/10/2007.

Date Created

11/01/2014