

Colegisladores

Conrado Hübner Mendes

O Estado de S.Paulo, 2.5.2012

Quando o STF invalida uma lei ou lhe dá nova interpretação, opositores ocasionais da decisão costumam alegar que o tribunal interferiu indevidamente na esfera legislativa. Não foi diferente no caso recente sobre antecipação do parto de fetos anencéfalos: ao reconhecer a constitucionalidade dessa prática, o STF teria invadido a prerrogativa do Congresso de elaborar normas jurídicas. O próprio ministro Lewandowski, em voto vencido, argumentou que "não é dado aos integrantes do Judiciário promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem".

Essa crítica se inspira numa leitura tradicional de dois princípios adotados pela Constituição brasileira: a separação de Poderes, arranjo pelo qual se busca prevenir o abuso de poder; e a democracia, ideal político que almeja institucionalizar um governo do povo. Cartilhas de Direito ensinam que a fusão dos dois princípios, na prática, confere ao Parlamento eleito, e só a ele, a função de legislar e aos outros dois Poderes, o papel subordinado de aplicar o Direito. Portanto, segundo essa sabedoria convencional, um tribunal que legisla romperia simultaneamente com esses dois princípios - primeiro, porque não lhe caberia legislar; segundo, porque não é eleito pelo povo.

O controle judicial de constitucionalidade, é bem verdade, complica um pouco essa fórmula simples e didática. Afinal, permite que juízes revoguem uma lei quando a julgam incompatível com o texto constitucional. Para nos tranquilizarem, aquelas cartilhas dizem que tal ato de insubordinação ao Parlamento é necessário em nome da supremacia da Constituição. Tal atividade de controle, defendem, não faria do tribunal um "legislador positivo", que cria normas, mas apenas um "legislador negativo", que se limita a vetar certas normas emanadas do Congresso. Estaria preservada, assim, a integridade da separação de Poderes e da democracia.

A má notícia é que essa equação, aparentemente tão bem ajustada na teoria, não funciona. Não por má-fé de juízes, mas por simples impossibilidade prática. E enquanto usarmos tal equação para observar o controle judicial de constitucionalidade, essa função continuará a ser uma das mais mal compreendidas das democracias contemporâneas.

O STF, no exercício dessa competência, legisla o tempo todo, com maior ou menor visibilidade e intensidade. Algo comum, diga-se, a toda Corte Constitucional no mundo. Seja quando revoga uma lei e explica seus parâmetros ao Congresso, quando estabelece a interpretação válida de uma lei e elimina outras interpretações plausíveis, ou quando diagnostica a omissão do Legislativo e ocupa o vazio normativo, está atribuindo significado à Constituição, uma atividade essencialmente construtiva. Sem eufemismos, cria normas jurídicas e regula os atos dos outros atores políticos. Não tem outra escolha: é isso que lhe pede a Constituição e é o que, bem ou mal, vem fazendo, tanto nos casos mais polêmicos, como o da anencefalia, quanto em outros de menor saliência.

A divisão de trabalho entre tribunal e Congresso não obedece a uma fórmula estanque, oscila conforme os movimentos da política. Esse é um fenômeno dinâmico observado em qualquer regime democrático que, como o brasileiro, reserva espaço relevante ao controle judicial de constitucionalidade. Portanto, à medida que o STF se expande na política brasileira, processo gradual e contínuo há pelo menos 15 anos, torna-se mais urgente perdermos a inocência sobre a natureza do seu papel.

Nossa Carta Magna e nossa prática institucional aboliram o monopólio da legislação. A função de criar normas é compartilhada, não exclusiva do Congresso. Não há que perguntar, pois, se o STF pode legislar. Ainda giramos em falso ao redor dessa pergunta e desperdiçamos muita energia crítica nesse custoso debate. Melhor começarmos a perguntar quando, como, quanto e por que o STF deve legislar. Obviamente, não deve legislar como se "parlamentares eleitos fossem", para usar as palavras de Lewandowski. Seu papel é fazê-lo a conta-gotas, de forma cirúrgica e oportuna, em face das ações e, sobretudo, das omissões injustificadas do Legislativo.

A superação do mito de que aplica passivamente a Constituição e o reconhecimento dessa forma especial de colegislar geram maior responsabilidade para o STF. Embutido em tal responsabilidade há um dever mais rigoroso de prestar contas e de construir uma jurisprudência transparente que forneça orientações normativas inteligíveis para os casos futuros. Essa é a maior dívida pública do tribunal, mas só poderemos cobrá-la adequadamente se evitarmos aquela confusão conceitual.

A constatação de que há um "STF legislador" ao lado do "STF juiz" dá outra magnitude à Corte. É nessa perspectiva que se podem entender os desafios da gestão do ministro Ayres Brito, que herda uma agenda explosiva ao tomar posse na presidência do STF. Entre suas várias atribuições, caberá a ele definir, em negociação com os outros ministros, os casos que entram na pauta de julgamento e os que devem esperar. Esse poder de agenda precisa ser exercido com coragem e sensibilidade para os prejuízos sociais oriundos da demora em cada caso.

Não fará bem à saúde política do STF, por certo, deixar que o mensalão prescreva. Apesar de não envolver complexidade jurídica extraordinária, as pressões externas o tornam o caso mais delicado na história recente do "STF juiz". Mas isso não pode ofuscar as responsabilidades do "STF legislador", que promove impactos mais profundos no ordenamento jurídico. Nessa pauta específica, grande quantidade de casos antigos continua à espera de solução - uma combinação eclética que reúne de grandes temas de direitos fundamentais a temas com amplas consequências na economia nacional. Embora lhe reste pouco tempo na presidência, já que se aposenta no final do ano, Ayres Britto tem a oportunidade de deixar uma marca histórica na jurisprudência da Corte. A aprovação unânime do programa de cotas nas universidades, na semana passada, deu uma amostra disso.

Doutor em Direito pela Universidade de Edimburgo e em Ciência Política pela USP.