

7. NOTAS E INFORMAÇÕES

DEZ ANOS DA CONSTITUIÇÃO
Debate *Folha de S. Paulo* - NEPS, 28.05.1998

ROGÉRIO BASTOS ARANTES

Ao completar dez anos, podemos dizer que a nossa Constituição cumpriu um dos papéis mais importantes que caracterizam as constituições modernas: tornou-se referência máxima, indicou regras básicas para relações na esfera privada, na esfera pública, no processo político e no jogo entre os Poderes; tornou-se norma cotidiana, suspensa sobre a cabeça dos administradores, fonte de princípios a orientar legisladores, texto mais importante na aplicação do direito por juízes e tribunais.

Talvez pelo sucesso nesse aspecto é que a Constituição tem sido tão invocada, tão utilizada, mas também tão disputada e reformada. Como ocultá-la é impossível, os desrespeitos, quando ocorrem, põem em marcha mecanismos institucionais de reparo dos atos normativos e leis inconstitucionais.

Observando a relação entre os poderes, por exemplo, em vários momentos nos últimos dez anos o conflito entre eles atingiu níveis de intensidade quase insuportáveis. Um breve retrospecto nos permite concluir que todos os recursos disponibilizados pela Constituição a esses poderes foram utilizados exaustivamente. Temos experimentado a máxima da separação com controles mútuos entre os Poderes de forma talvez sem paralelo em nossa história política e constitucional. Congresso, Poder Executivo e Judiciário já travaram grandes

comenta, se cumpre". Tudo isso me parece sinais de tempos democráticos, perigosos é verdade, mas democráticos, apesar dessa sensação de que nossa Constituição repousa sobre um vulcão e talvez não tenha condições de interromper sua erupção.

Na verdade, uma certa indignação e pessimismo tem marcado o aniversário de dez anos da Constituição. Alguns críticos dizem que a íntegra do texto constitucional ainda não passou a vigorar plenamente, seja porque seus princípios são muito gerais e carecem de regulamentação legislativa complementar - que não tem sido feita pelo Congresso em ritmo desejado -, seja porque os governos que a sucederam, sem exceção, desrespeitaram-na continuamente. "Não sejamos ridículos. A Constituição não está mais em vigor", disse recentemente em artigo inflamado o Prof. Fábio Comparato, que arrematou suas críticas ao autoritarismo do Poder Executivo Federal com outra frase de impacto sobre a Constituição: "É triste morrer tão moço, sem chegar nem mesmo à adolescência".

A efetividade da Constituição é um grande problema, não só da nossa, mas de qualquer constituição moderna. Gostaria de contribuir para o diagnóstico desse problema e apoiar algumas medidas que têm sido propostas para evitar essa morte súbita.

Dentre os vários aspectos que a questão da efetividade da Constituição suscita, gostaria de trabalhar com aquele que considero o mais elementar: o próprio sistema que construímos para preservar a Constituição ou, em outras palavras, os mecanismos disponíveis para o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido, não estou interessado em discutir os motivos que levam o administrador ou o legislador a

desrespeitar a Constituição, mas verificar os modos pelos quais a Constituição pode ser reposta ou preservada frente a esses atos. *Ao final, pretendo demonstrar que o argumento contrário à concentração dessa competência de controle constitucional no STF, através da atribuição de efeito vinculante às suas decisões, está mal colocado. Na verdade, quero demonstrar que essa eventual mudança não é antidemocrática como dizem os opositores do efeito vinculante.*

Meu primeiro argumento é o seguinte: Vamos nos esclarecer sobre os termos do debate. Não é a concentração do controle constitucional no Supremo que é antidemocrática, mas o próprio princípio de controle constitucional das leis que é antidemocrático na sua origem. Refiro-me ao fato de que esse mecanismo foi uma invenção do liberalismo, não do pensamento democrático.

Como sabemos, nos tempos modernos, o liberalismo veio antes da democracia. No início eram até antagonísticos. Quem consolidou a idéia de superioridade da Constituição e introduziu uma nova engenharia institucional com vistas a garantir esse princípio foi o pensamento liberal do século XVIII, preocupado que estava em remover o entulho absolutista e constitucionalizar o Estado.

Sem dúvida, o melhor exemplo de aplicação dos novos princípios liberais é a Constituição americana de 1787. Montesquieu esteve presente em espírito e influenciou os autores da Constituição no desenvolvimento de uma engenharia institucional de equilíbrio entre poderes. Entretanto, do autor de *O espírito das leis* os americanos buscaram mais os mecanismos de controle do que independência entre poderes. Por quê? Porque a reconstrução institucional do país tinha um problema mais sério a considerar do que a remoção de qualquer entulho abso-

lutista. Os americanos estavam diante do risco mais indesejável de um Estado constitucional e relativamente aberto à participação do povo: a tirania da maioria sobre a minoria. Nos clássicos artigos federalistas, elaborados por três defensores do novo texto constitucional, é forte a idéia de que a independência entre os poderes só é viável se se desenvolverem mecanismos de controle entre eles. E os americanos deram um show nesse sentido. O medo da tirania da maioria tinha base real na experiência recente de caos econômico e financeiro que afligia o país. O ponto máximo parece ter sido quando os Legislativos estaduais passaram a decretar perdão para dívidas de agricultores falidos, muitas vezes contra decisões judiciais favoráveis aos credores. A democracia política podia produzir situações desse tipo onde maiorias eleitas pelo voto ameaçam o *direito de propriedade* de outros através do poder legislativo. A questão, portanto, não era evitar a tirania de um, a absolutista, mas a tirania de muitos, a democrática. Toda a atenção dos constituintes americanos vai se voltar então para o controle do parlamento e a necessidade de limitar sua voracidade legislativa, oferecendo a Constituição como parâmetro. Como eles perceberam como poucos que a presença de homens ilustrados e talhados no respeito à Constituição deve ser considerada uma contingência do processo político — particularmente em governos populares —, trataram de garantir a superioridade da Constituição através da atribuição do controle da constitucionalidade das leis ao Poder Judiciário.¹

(1) Como diz Hamilton: "A completa independência dos tribunais de justiça é peculiarmente essencial numa Constituição limitada. Por Constituição limitada, entendo uma que contenha certas exceções especificadas ao poder legislativo, como, por exemplo,

É necessário reconhecer, portanto, que o controle constitucional é uma solução liberal para problemas democráticos.

O princípio do controle constitucional sobreviveu, apesar da democratização dos estados liberais do século XIX, e várias constituições contemporâneas o adotaram. Mas não todas. Democracias como Inglaterra e França não admitem intervenção judicial no processo político. Decisões políticas majoritárias que tomam forma de lei raramente são reformadas ou suspensas nesses países, a não ser pelo próprio Parlamento. Intervenções judiciais são consideradas ilegítimas justamente porque são antidemocráticas, porque podem ir contra a manifestação da vontade popular e dos seus órgãos representativos, ao passo que os órgãos judiciais não são expressão dessa vontade nem são passíveis de controle pelo povo.

Já nos países onde o controle constitucional é adotado, dois modelos básicos têm sido utilizados. De um lado, com destaque para o caso americano, existe o chamado sistema difuso. Nesse sistema, todos os juízes que integram o Poder Judiciário têm capacidade para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, no julgamento de *casos judiciais concretos*.

O principal risco desse modelo difuso é a ocorrência de tantas diferentes decisões quanto forem os órgãos judiciais acionados, para casos semelhantes, gerando insegurança jurídica. Nos Estados Unidos, graças à tradição jurídica, esse

a de que ele não aprovará decretos de perda de direitos civis, leis *ex post facto*, ou coisas semelhantes. Na prática, limitações desse tipo só podem ser preservadas senão por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição".

problema é compensado pela força vinculante das decisões dos tribunais superiores sobre os juízos inferiores. Dá a importância da interpretação da Constituição realizada pela Suprema Corte.

De outro lado, em países como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha, encontramos um sistema concentrado. Nesses casos o controle constitucional é *monopolio* de um tribunal especial, mais conhecido como Corte Constitucional, que pode ser acionado por agentes especiais através de algum tipo de *ação direta de inconstitucionalidade*. Não há possibilidade de outros órgãos judiciais realizarem o controle constitucional.

Meu segundo argumento favorável ao efeito vinculante no Brasil é o seguinte: Curiosamente, entre nós, a partir da primeira Constituição republicana (1891) que copiou o modelo difuso puro, várias mudanças inspiradas no sistema concentrado europeu foram feitas pelas constituições posteriores, a ponto de transformar nosso sistema de controle constitucional num sistema *híbrido*, talvez sem similar no mundo contemporâneo.

Hoje, devido à Constituição de 88, nosso sistema não é difuso porque contamos com o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade, patrocinada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Desse ponto de vista, o STF é quase uma Corte Constitucional. De outro lado, o sistema não é concentrado porque o STF não detém o monopólio da declaração de (in)constitucionalidade, dividindo essa competência com os juízes e tribunais inferiores de todo o país. Desse ponto de vista, quando o STF recebe recurso das instâncias inferiores em questões constitucionais ele estará se manifestando apenas órgão de cúpula do Judiciário. Para completar o híbrido desse sistema, entre nós, *as decisões do STF não vinculam decisões dos órgãos*

judiciários inferiores, como ocorre nos Estados Unidos.

Ou seja, temos um sistema que sofre de dupla personalidade e, o que é pior, elas nunca se encontram. A introdução do efeito vinculante, portanto, não removeria essa dupla personalidade mas pelo menos daria maior coordenação às suas ações. Arrisco-me a dizer que se a efetividade da Constituição brasileira é um problema grave, isso não ocorre somente porque nossos administradores e legisladores não a respeitam devidamente, mas porque nosso sistema de controle constitucional combina de modo precário dois modelos opostos e por essa razão não tem conseguido cumprir suas funções de guarda da Constituição e responsável pela produção da segurança jurídica.

Um terceiro e último aspecto que eu gostaria de salientar é que o sistema político brasileiro *strictu sensu* já tem suas próprias dificuldades quando tem que produzir decisões. Nosso sistema se caracteriza mais pela dispersão das fontes de poder e multiplicação das possibilidades institucionais de veto às decisões majoritárias do que o contrário. Refiro-me ao nosso Estado federalizado e descentralizado, nossa separação de poderes, nosso multipartidarismo e a possibilidade de acionar o STF contra os atos normativos e leis dos poderes políticos. Com essa engenharia institucional garantimos os direitos das minorias políticas mas com custos altos para a governabilidade.

Tais características foram certamente importantes no processo de transição democrática recente, mas talvez seja a hora de questionar seus resultados do ponto de vista da consolidação do novo regime.

O que ocorre com o Judiciário é sintomático desse ponto de vista: com as mudanças de 1988 ele foi redescoberto

e invadido por simples particulares de Constituição na mão contra medidas de governo que ameaçavam sua propriedade e direitos individuais. Isso foi motivo de alegria pois representou o sucesso da liberalização e da constitucionalização do novo regime. Hoje, o sistema judicial, por suas deficiências estruturais e essa má formação genética-institucional está à beira do colapso.

Penso que estamos em outra fase do processo político onde conservar passou a ser também um desafio, ou onde os benefícios desse sistema foram superados pelos custos que impõe. Isso implica repensar nosso sistema de controle constitucional, que por seu hibridismo, não tem conseguido preservar a Constituição nem produzir segurança jurídica.

Era mesmo de se esperar que um mecanismo originalmente pensado para a defesa dos direitos individuais, notadamente a propriedade privada, contra a tirania da maioria, produzisse uma certa desestabilização dos governos e suas maiorias políticas, mas penso que precisamos saber dosar melhor esse remédio liberal para males da democracia. A concentração da competência de controle constitucional no STF, através do efeito vinculante de suas decisões, poderia significar: 1. uma racionalização do sistema de controle constitucional, sem

perda de sua função liberal de proteção de direitos individuais como ocorre aliás em todas as experiências internacionais conhecidas; 2. uma valorização do jogo político e da democracia contra a tendência atual de judicialização dos conflitos políticos; 3. um novo balanceamento da relação entre os Poderes, hoje inclinado a favor das instâncias inferiores do Judiciário e, por último, uma valorização de seu órgão de cúpula, o que nos levaria conseqüentemente a repensar a forma de investidura no cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Finalizando, gostaria de lembrar que temos estado democrático no mundo sem constituição escrita, temos estados democráticos com constituição escrita sem que seja permitida a intervenção do Judiciário no processo político, temos estados com constituição escrita e mecanismos *razoáveis* de proteção dos direitos individuais fixados constitucionalmente. Só não tenho conhecimento de estados constitucionais exclusivamente liberais e que sejam reconhecidos como legítimos. Na verdade a legitimidade desse tipo de estado não sobreviveu ao século XIX, pois a democratização política solapou seus fundamentos, inclusive aqueles remédios exagerados que ele usava contra os riscos da tirania democrática da maioria.

7. NOTAS E INFORMAÇÕES

2.^a Reunião de Especialistas do Centro de Extensão Universitária

DEPÓSITO ADMINISTRATIVO E PRAZO PARA INGRESSO NO PODER JUDICIÁRIO

MARCELLO MARTINS MOTTA FILHO

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Histórico — 3. Medida Provisória 1.621-30 (arts. 32 e 33) — 4. Motivação do Governo Federal — 5. Normas violadas — 6. Conclusão.

1. Introdução

Vejam os citados dispositivos:

Até o advento da reforma administrativa, ocorrida na década de setenta, o processo administrativo era disciplinado por diferentes diplomas. Com o advento do Dec. 70.235/72, operou-se a uniformização do processo administrativo fiscal (federal).

No referido decreto não há dispositivo que determine o depósito prévio para garantia de instância, nem estabelecimento de prazo para o contribuinte ingressar com medida judicial perante o Poder Judiciário.

“Art. 19. As ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura das ações previstas neste artigo importa em renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Art. 93. O recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data da lavratura.

Parágrafo único. A autoridade que reduzir ou reaver multa recorrerá de ofício para autoridade hierarquicamente superior, na forma estabelecida em regulamento”.

Nos mencionados artigos, silenciam sobre como ocorrerá a devolução do

2. Histórico

A controvérsia envolvendo o depósito remonta há vários anos. Mas, com o advento da Medida Provisória 446/94, posteriormente convertida na Lei 8.870/94, que alterou os arts. 19 e 93 da Lei 8.212/91 (que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, instituindo o Plano de Custeio), determinando a necessidade do depósito administrativo em processos envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, essa medida trouxe inquietação aos meios forenses.

REVISTA DOS TRIBUNAIS

ANO 6 – N. 23 – ABRIL-JUNHO DE 1998

23

**CADERNOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
E FINANÇAS PÚBLICAS**
