

PODE O STF LEGISLAR?

(O Estado de São Paulo - 10/11/2004)

Discute-se, na ADPF nº 54, em tramitação perante a Suprema Corte do país, se, à luz de uma técnica exegética retirada de países europeus de regimes parlamentaristas, poderia ou não o Poder Judiciário, no vácuo legislativo, fazer as vezes de Poder Legislativo e produzir direito novo.

Por esta denominada "interpretação conforme a Constituição"- adotada no direito alemão e raramente utilizada naquele país parlamentarista - poderiam os juízes, por variadas razões (lentidão na tramitação das leis no Congresso Nacional; ausência de texto legislativo promulgado; desinteresse do Legislativo de produzir norma a respeito de determinada matéria), à luz dos princípios constitucionais vigentes em nosso país, elaborar normas gerais e abstratas, que assim passariam a integrar o ordenamento, não por força da elaboração legislativa, mas sim da elaboração pretoriana.

Em outras palavras, a questão é a de saber se, sempre que provocado, o Poder Judiciário, à semelhança da Corte Constitucional na Alemanha, poderia suprir o Poder Legislativo, gerando a norma que o Poder Legislativo não produziu.

Na ADPF n. 54, o que seus autores pretendem é, rigorosamente, isto: que o Congresso Nacional seja substituído pelo Poder Judiciário, criando uma nova hipótese de permissão do aborto (o aborto eugênico) que seria acrescentada às duas outras hipóteses elididoras da punibilidade constantes do Código Penal, a saber: o aborto sentimental (estupro) e o aborto terapêutico (risco de vida da gestante).

Apesar de ter clara posição contrária ao aborto - não só por convicção, mas sob o aspecto jurídico, pois o Brasil assinou o Pacto de São José, que, no artigo 4º, declara que "a vida começa na concepção", passando esse tratado a integrar o nosso ordenamento para alguns, como lei ordinária, e, para outros, com "status" constitucional, por força do § 2º do art. 5º da CF - não pretendo discutir esse ponto, respeitando a opinião dos que pensam em contrário.

O que me parece extremamente perigoso, num país presidencialista, em que há nítida separação de poderes, é admitir que possa o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo, eleito pelo povo, produzindo as normas que o Congresso Nacional não tiver produzido.

Parece-me extremamente arriscado admitir que um poder NÃO ELEITO PELO POVO e que é, fundamentalmente, um poder técnico, possa fazer as vezes do poder político, que, bem ou mau, passa pelo teste eleitoral e que é escolhido pela sociedade.

Mais do que perigoso, vejo essa possibilidade como manifestamente inconstitucional.

Já há, na Constituição, instrumento para que o Poder Judiciário inste o Poder Legislativo a suprir a falta de lei, a saber, a "ação direta de inconstitucionalidade por omissão". Sempre que o Poder Legislativo deixar de cumprir sua função, não produzindo legislação infra-constitucional que a norma maior exigiria, pode, a sociedade, por meio de entidades públicas ou privadas elencadas no artigo 103 da lei suprema, pedir a declaração desta omissão ao Poder Judiciário.

Sabidamente, todavia, o constituinte impôs ao Judiciário apenas a declaração da omissão, com notificação ao Poder Legislativo para que providencie a elaboração da norma legislativa, SEM IMPOR PRAZOS PARA TAL ELABORAÇÃO, NEM SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO (art. 103, § 2º da C.F.).

Em palestra que os Ministros Sydney Sanches, Antonio da Pádua Ribeiro e eu proferíamos no Tribunal de Justiça de Belém do Pará, logo após a promulgação da Constituição, o primeiro, meu colega de turma, com muito humor, lembrou que fez bem, o constituinte, em não impor sanções, nem prazos,

porque não haveria como a Suprema Corte requisitar o uso de força e a prisão de 503 deputados e 81 senadores, por descumprimento de ordem judicial!

Ora, se o próprio constituinte, em veículo maior, que é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não permitiu ao STF legislar positivamente, como se poderá admitir que o possa fazer por um veículo menor, como é o caso da ação de descumprimento de preceito fundamental?

Posso falar dessa matéria com a autoridade de um dos 5 membros nomeados pelo Presidente da República Fernando Henrique para elaborar a lei 9882/99, ou seja, a lei que criou a ação de descumprimento de preceito fundamental. Os outros 4 membros foram os Ministros Gilmar Mendes e Oscar Correa e os Professores Celso Bastos e Arnaldo Wald. Jamais imaginamos que o veículo, criado para que o Poder Judiciário protegesse, como legislador negativo e não positivo, preceito fundamental violado, pudesse ser utilizado para criar nova hipótese legal, via Poder Judiciário e não Poder Legislativo.

Pode a Suprema Corte, como legislador negativo, NEGAR APLICAÇÃO À LEI INCONSTITUCIONAL, mas jamais criar direito novo, como legislador positivo, em países presidencialistas, à luz de interpretação raramente usada em países parlamentaristas, **onde não há nítida separação de poderes.**

Creio que, se a tese defendida pelos autores da ADPF n. 54 prosperar, toda a democracia brasileira correrá risco, visto que não serão os representantes do povo (deputados e senadores), mas apenas onze ilibados cidadãos e juristas renomados - mas que não são políticos e foram escolhidos por um homem só (Presidente da República) - que poderão ditar o direito a ser seguido pelos brasileiros.

Não se discute, na ADPF 54, apenas a questão se o anencéfalo poderia ser abortado, matéria, que, a meu ver, cabe ao Congresso definir.

O que se discute –e esta é a grande questão que me preocupa e à maioria dos operadores do Direito— é se pode ou não o Supremo Tribunal Federal legislar, substituindo o Congresso Nacional, sempre que se entender que este não esteja exercendo bem suas funções, estando os onze Ministros autorizados a produzir as leis que as duas Casas legislativas não produziram.

A pergunta que todo o brasileiro se faz, neste momento, é : se a Constituição conforma um regime de nítida separação de poderes, pode o STF legislar positivamente?

SP. 08/11/2004.