



Villas-Bôas: Porque é necessário cancelar a Súmula 2 do Carf

29/04/2016

Publiquei recentemente aqui na ConJur um texto intitulado *Carf deve cancelar súmula que impede controle de constitucionalidade*. Um tema tão importante e controverso não podia ser analisado em breves linhas, motivo pelo qual é necessário desenvolvê-lo em artigos acessórios àquele primeiro. Este texto busca trazer premissas que suportam o argumento, assim como apresentar explicações mais detalhadas.

Sócrates costumava dizer que era importante seguir até mesmo as leis injustas para que as justas pudessem ser, também, seguidas, o que era, como natural dele, uma ideia avançada para a época. Ele via a necessidade de seguir toda e qualquer lei para que o descumprimento de algumas não terminasse levando a uma perda de legitimidade de todo o ordenamento.

Com a evolução do conhecimento humano e do direito, percebeu-se que as leis injustas não deveriam ser seguidas, pois elas poderiam ser confrontadas com base em leis justas que se sobrepusessem a elas. Surgiu, então, algo que hoje parece muito elementar, mas que à época foi um grande avanço: o controle de atos normativos inválidos (ou injustos) pelos órgãos de julgamento.

Na atualidade, é extremamente natural afastar um dever imposto por decreto, instrução normativa ou portaria tendo em vista sua afronta à lei. O direito começa com normas superiores mais genéricas e vai sendo concretizado por normas inferiores e, em regra, mais concretas. Normas inferiores não podem ser contrárias ao que impõem normas superiores ou corre-se o risco de se desfazer todo o sistema de definição de competências e, então, a sua organização.

O sistema jurídico é complexo e aberto, ao contrário do que se pensava. Ele não é facilmente racionalizável, é repleto de contradições de normas e conflitos de valores/interesses a serem operados em cada caso, mas requer um mínimo de organização, garantida por um conjunto de normas superiores regentes das demais.

O sistema não é exatamente uma pirâmide linear, mas há uma organização que o mantém ordenado, que o faz compreensível pelo homem, que o mantém complexo, porém, ainda assim, um sistema, um conjunto de elementos minimamente organizado.

A questão do controle de leis inválidas está intrinsecamente vinculada a uma visão mais avançada sobre o direito e a atividade interpretativa que lhe pressupõe. Apenas com a evolução dessas noções é que se pode chegar à ideia de controle de constitucionalidade.

Daí porque é quase sempre fundamental entender a história de instituições e institutos que se estuda para tornar possível sua apreensão de uma forma mais ampla, complexa, permitindo entender qual a sua origem, para que serviu, serve e, principalmente, como pode servir melhor aos seres humanos no futuro.

Apesar de o controle de constitucionalidade ser algo amplamente conhecido nos dias de hoje, ele não é tão antigo. A sua aceitação e regulação nos mais diversos países foi acontecendo lentamente. O caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803, foi um marco nos Estados Unidos e permitiu um desenvolvimento mais rápido naquele país, porém na Europa, por exemplo, o controle de constitucionalidade apenas veio a se concretizar em meados do século XX, e de forma distinta.

O controle era visto exclusivamente pelo ângulo da separação dos poderes e dos freios e contra pesos entre eles, motivo pelo qual esse termo “controle” foi empregado para expressar uma ideia de mecanismo de “revisão” da atividade do Poder Legislativo, ou seja, um controle de leis injustas por um órgão definido pelo sistema.

Não se compreendia ainda, e muitos não compreendem até hoje, que todas as leis (constitucionais ou não) são publicadas e ingressam no âmbito interpretativo-comunicacional da sociedade. Além de a legislação estar sujeita às diversas interpretações e poder suscitar sentidos que sequer haviam sido imaginados pelos legisladores, os fatos vão mudando ao longo da história. Com alguns anos, fatos que suscitaram a criação de uma lei podem ter mudado e, assim, podem requerer novas leis ou, se possível, novas interpretações das leis já existentes.

A atividade do Poder Judiciário é eminentemente interpretativa e, ao fim, aplicativa. O Judiciário é o poder que diz no Brasil, em última instância, qual o direito, quais as normas a serem interpretadas a partir da legislação constitucional e infraconstitucional que está posta e, dentro desse papel, cabe aos juízes definir quais normas são inválidas perante o sistema. Algumas delas serão inválidas apenas quando aplicadas a determinado conjunto de fatos, e só o intérprete poderá definir isso.

O Poder Legislativo cria as leis, o Judiciário lhes dá a interpretação final, mas o Executivo também as interpreta e aplica, inclusive em julgamentos acontecidos dentro dos seus órgãos. Ele deve escolher os caminhos que lhe parecerem mais adequados, pois nenhuma legislação vem pronta para aplicação, por mais que essa insegurança incomode as pessoas.

O direito não é seguro, pois é um fenômeno sujeito a processos comunicacionais, onde legisladores enviam mensagens para a sociedade, o que inclui o Estado e os seus três poderes, que irão recebê-las conforme suas convicções interpretativas.

O direito é um jogo social que acontece no desenrolar das relações. Não é um texto fixo de leis prontas para aplicação, de modo que a ideia de lei não controlável me parece, com todo o respeito, bastante equivocada.

Ainda que a inconstitucionalidade de uma lei possa ser vislumbrada em abstrato, é muitas vezes no caso concreto que ela é notada, não havendo que se falar em lei emanada dos representantes do povo e imune a controles. Esse tipo de visão “desenergiza” o progresso sob a pretensão de um falacioso respeito ao Poder Legislativo.

A noção de que uma lei com texto aparentemente expresso e claro deve ser cumprida podia ser defendida por Sócrates alguns séculos a.C., porém não é cabível após toda a evolução havida no conhecimento humano. Para uma lei com texto expresso pode existir um dispositivo

constitucional com texto expresso, ou até mesmo implícito, que aponta para um caminho contrário ao da lei.

Para que o texto constitucional, superior à lei, seja efetivado e afaste a sua aplicação, não é necessário um mecanismo específico de controle, pois é obrigação de cada cidadão, antes de seguir a qualquer lei, seguir a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade em abstrato é, de fato, um mecanismo para controle direto pelo órgão constitucional dos atos normativos publicados pelo Legislativo. Analisa-se a lei perante a Constituição sem qualquer caso concreto como base. Não se passa por todas as instâncias do Judiciário, levando-se, no caso do Brasil, a discussão diretamente ao STF.

Esse modelo de controle ficou conhecido após a Constituição Austríaca de 1920, que teve como um dos constituintes Hans Kelsen. Ele se tornou amplamente aplicado na Europa por um órgão político autônomo aos três poderes.

O Brasil adotou um modelo híbrido, que foi se desenvolvendo ao longo do tempo e se tornando interessante, pois conjuga o controle difuso americano com o controle concentrado europeu. No entanto, ele ainda pode ser aperfeiçoado para que promova uma maior efetivação das normas constitucionais. O objetivo do controle de constitucionalidade, que era apenas o de neutralizar leis contrárias à Constituição, deve ser o de neutralizá-las o quanto antes e o de dar máxima efetividade às normas constitucionais.

Roberto Mangabeira Unger critica frequentemente o fato de a CF/88, seguindo uma tradição weimariana tardia, ter encartado inúmeros direitos socioeconômicos importantes, porém não ter criado instituições e mecanismos para efetivar esses direitos na prática[1]. É por isso que, como já disse em outro texto publicado aqui na **ConJur**[2], vivemos um estado de constante inconstitucionalidade, pois muito do que está prescrito na CF/88 não se efetiva na prática brasileira.

Precisamos de novas normatizações que impulsionem novas relações a caminho dos fins prescritos na CF/88. Necessitamos, por exemplo, de um mercado mais democrático e cooperativo, de uma política mais democrática e participativa, e de uma sociedade mais capacitada em seu todo. Esses fins estão todos prescritos na CF/88, mas a sua realização ainda está longe de ser concebida.

Aperfeiçoar, então, os mecanismos de controle de constitucionalidade é tarefa essencial do jurista, para que se possa “barrar” normas inconstitucionais mais cedo e para que os ditames constitucionais possam, cada vez mais, transbordar do texto para a prática do dia a dia. Não se trata, portanto, apenas de a CF/88 funcionar como um conjunto de normas de bloqueio, mas como uma direção para onde todas as interpretações e relações devem se guiar.

Não é suficiente proporcionar a possibilidade de que a lei seja declarada inconstitucional em modelo concentrado ou difuso, mas é preciso também que a lei seja declarada inconstitucional o mais rápido possível, evitando a proliferação de lides, que causam prejuízos graves à sociedade por conta de gasto de tempo e dinheiro pelas partes, assim como pelo Poder Judiciário, que se torna lento e incapaz de entregar respostas em tempo hábil à mesma sociedade.

Para que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro se torne um dos melhores do mundo, ele precisa entregar resultados de forma ainda mais eficiente, o que requer maior difusão. Ao mesmo tempo, é necessário que o controle difuso possa se tornar concentrado por meio de um mecanismo que traria uma solução bem mais rápida não somente para a lide originadora da análise concentrada, porém para todas as demais semelhantes.

O primeiro passo é reconhecer que qualquer indivíduo interpreta todo o sistema jurídico de uma única vez, qualquer pessoa é uma intérprete das leis constitucionais e infraconstitucionais. Deste modo, não pode haver empecilhos para que qualquer um decida por seguir ou não uma lei caso entenda que ela é inconstitucional, porém ciente de que, caso não siga a lei, seja questionado e não obtenha uma decisão que lhe dê esse direito, poderá sofrer a respectiva sanção.

Deste modo, membros da Administração Pública deveriam ser reconhecidos como competentes para avaliar qualquer tipo de matéria constitucional, fazendo uma interpretação realmente sistemática do ordenamento e afastando leis quando entendam que elas afrontem a CF/88.

Para evitar abusos, deve haver a possibilidade de um questionamento do ato administrativo perante o Judiciário e regras específicas para que se possa obter respostas mais eficientes do STF quando preciso. Nesse sentido, o Brasil deveria adotar mecanismo semelhante à *Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC)* da França.

Até recentemente, o controle na França era realizado apenas de forma concentrada e preventiva, ou seja, após publicada a lei, não cabia mais questionar inconstitucionalidade da lei nem mesmo no Poder Judiciário. Em se tratando de controle em abstrato, havia apenas aquele preventivo, realizado pelo *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional).

Percebeu-se os inúmeros problemas que isso causava devido às questões levantadas anteriormente. As inconstitucionalidades não surgem apenas quando uma determinada maioria se forma para aprovar lei contrária à Constituição e ela passa pelo controle preventivo de constitucionalidade.

Há inconstitucionalidades percebidas apenas quando entram em contato com a prática. A legislação é interpretada por toda a sociedade, intérpretes autênticos ou não, antes de ser aplicada, e a interpretação é um processo de enorme complexidade, que pode suscitar duas ou mais visões bastante opostas sobre determinado assunto. A constitucionalidade ou não de uma lei pode se tornar, portanto, uma decisão muito difícil, havendo, inclusive, decisão do mesmo agente ou órgão competente pela constitucionalidade em um momento e pela inconstitucionalidade em um momento posterior não muito distante do primeiro.

A QPC francesa é um mecanismo para que qualquer parte em processo administrativo ou judicial possa levar a questão constitucional diretamente ao órgão competente, abreviando, assim, a dúvida sobre a constitucionalidade da lei e possibilitando que a solução dada a ela seja aplicada a todos os casos semelhantes.

A QPC começou a vigor em 1º de março de 2010 e é amplamente reconhecida como um sucesso na França. Nesse curto período de tempo, inúmeros textos de lei foram declarados

inconstitucionais, reduzindo o contencioso e dando maior eficácia à Constituição Francesa.

É claro que, como na França não há controle difuso, o que me parece um erro grave, os benefícios trazidos pela QPC foram ainda muito maiores do que os efeitos extremamente positivos que poderiam ser produzidos no Brasil.

Há aqui um mecanismo mais ou menos semelhante à QPC, a ainda pouco conhecida Reclamação Constitucional, basicamente desenvolvida pela jurisprudência do STF. Uma opção para um novo mecanismo semelhante à QPC seria um desenvolvimento da Reclamação por meio de Emenda Constitucional ou seria uma provocação e, então, um entendimento do STF no sentido de que a Reclamação já pode, desde logo, ser empregada em qualquer caso no qual se tenha uma inconstitucionalidade de lei em jogo, e não apenas para garantir a competência do STF em relação a decisões já proferidas ou quanto a decisão que cabem exclusivamente à Corte Suprema.

Isso permitiria levar ao STF a discussão sobre inconstitucionalidade no momento imediato em que uma parte a propusesse, evitando que fosse necessário, como acontece hoje, esperar a lide atravessar toda a *via crucis* do processo administrativo, quando for o caso, e do processo judicial, o que, às vezes, leva mais de dez ou vinte anos.

No sistema atual, nesse meio tempo entre o início de vigência da lei e sua declaração de inconstitucionalidade, inúmeros prejuízos são causados à sociedade. O controle concentrado brasileiro tem seus pontos positivos, mas o rol limitado de legitimados e outros aspectos impedem que ele tenha melhores efeitos práticos.

Se o Brasil quer ver a CF/88 sendo, de fato, efetivada, é preciso começar a imaginar os caminhos para isso. O conservadorismo jurídico não ajudará o país a resolver seus graves problemas, como o do Judiciário ineficaz e atolado de processos. Somente pelo trabalho imaginativo, inovador e transformador dos juristas será possível fazer um país melhor, pois a cruz das nossas instituições é o próprio direito.

¹ Ver, por exemplo: “E qual é o problema suscitado pelas listas de promessas que encontramos nas constituições contemporâneas? Não é apenas que lhes costumam faltar instrumentos processuais de execução — estes até podem ser inventados. O problema é que falta um modelo de organização econômica e social subjacente que possa, de fato, assegurar a realização daqueles objetivos” (*A Constituição do experimentalismo democrático*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584>).

² <http://www.conjur.com.br/2016-jan-31/villas-boas-fisco-principal-agente-destruicao-economia>

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-abr-29/villas-boas-porque-necessario-cancelar-sumula-carf/>