

O PROBLEMA DA IGUALDADE REAL: COMENTÁRIO DE ALGUMAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Walter Claudius Rothenburg

REAL EQUALITY IN BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS

RESUMO

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE É FORMULADO COM IMPRECIÇÃO; SOMENTE SUA APLICAÇÃO PRÁTICA REVELA SEU CONTEÚDO ESPECÍFICO E UTILIDADE. ASSIM, É PRECISO CONSIDERAR AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS. PRETENDE-SE EXAMINAR CRITICAMENTE ALGUMAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RELACIONADAS À IGUALDADE E DESTACAR A ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA EMPREENHIDA. AO INVÉS DE UMA ABORDAGEM CONCEITUAL, OPTOU-SE POR UMA MAIS CASUÍSTA, A PARTIR DE DUAS DECISÕES SELECIONADAS EM RAZÃO DO CONTEÚDO (BENEFÍCIOS E SUA REPERCUSSÃO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS POBRES) E DO ENFOQUE (AVALIAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS). OS JULGAMENTOS FORAM SUBMETIDOS A UMA AVALIAÇÃO CRÍTICA. VERIFICOU-SE COMO O PRINCÍPIO DA IGUALDADE É EFETIVAMENTE APLICADO PELA JURISPRUDÊNCIA E COMO AS CONSEQUÊNCIAS SOCIOECONÔMICAS DAS POSSÍVEIS RESPOSTAS FORAM CONSIDERADAS. O STF, AO INTERPRETAR A IGUALDADE E PREOCUPAR-SE COM AS CONSEQUÊNCIAS DAS DECISÕES, REALIZA A JUSTIÇA SOCIAL APENAS QUANDO CONTEMPLA UMA DISTRIBUIÇÃO DE DIREITOS MAIS AMPLA E VOLTADA AOS MAIS CARENTES.

PALAVRAS-CHAVE

IGUALDADE; JURISPRUDÊNCIA; CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

THE EQUALITY PRINCIPLE IS NOT PRECISE ENOUGH; ONLY PRACTICAL APPLICATION SHOWS ITS SPECIFIC CONTENT AND UTILITY. THUS, THE SOCIAL CONSEQUENCES MUST BE CONSIDERED. WE INTEND TO EXAMINE CRITICALLY CERTAIN DECISIONS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT RELATING TO EQUALITY AND TO HIGHLIGHT THE CONSEQUENTIAL ANALYSIS UNDERTAKEN. A MORE PARTICULAR APPROACH WAS CHOSEN INSTEAD OF A CONCEPTUAL ONE, AND TWO DECISIONS WERE SELECTED ON THE BASIS OF CONTENT (BENEFITS AND ITS IMPACT ON POOR PEOPLE) AND FOCUS (EVALUATION OF ECONOMIC CONSEQUENCES). BOTH DECISIONS WERE SUBMITTED TO A CRITICAL EVALUATION. WE VERIFIED HOW THE PRINCIPLE OF EQUALITY IS EFFECTIVELY APPLIED BY THE COURT AND HOW THE SOCIOECONOMIC CONSEQUENCES OF THE POSSIBLE ANSWERS WERE CONSIDERED. WHILE INTERPRETING EQUALITY AND WORRYING ABOUT THE CONSEQUENCES OF DECISIONS, THE BRAZILIAN SUPREME COURT MAKES SOCIAL JUSTICE ONLY WHEN IT HOLDS A WIDER DISTRIBUTION OF RIGHTS AND TURNS TO THE MOST NEEDY.

KEYWORDS

EQUALITY; CASE LAW; SOCIAL CONSEQUENCES; BRAZILIAN SUPREME COURT.

INTRODUÇÃO

Por mais que se desenvolva a especulação teórica a respeito da igualdade, provavelmente, não se conseguirá prever de antemão o resultado de sua aplicação na prática. Uma dimensão importante da igualdade somente saberá ser revelada em concreto em sintonia com as particularidades de cada situação. Ademais, a concretização de

um conceito altamente valorativo como o de igualdade implica necessariamente uma tomada de posição política, ideológica (ALEXY, 1993, p. 395). Daí o interesse em se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre igualdade.

Em Direito, quanto mais especulativo o tema, mais importante deve ser a preocupação com sua aplicação. O Direito não perde, assim, sua vocação prática, como técnica de enfrentamento e solução de problemas; o Direito não se perde, assim, em completa e abstrata filosofia.

Essa proposta de abordagem oferece ocasião para empreender-se uma análise (crítica) de decisões do Supremo Tribunal Federal, conforme a proposta lançada pela *Revista DIREITO GV*. Apesar de ser bastante comum nos círculos acadêmicos brasileiros a opinião de que não se comentam as decisões judiciais nem com a frequência desejável, nem com a profundidade recomendável, ao contrário do que se faz com proveito em outras regiões (onde a análise da jurisprudência ocupa um espaço destacado), continuamos, ainda, avessos aos comentários jurisprudenciais e é mais do que hora de realizar esse exercício. Constituem honrosas exceções, por exemplo: Vieira (2002) e Costa (2001) – obras de caráter mais histórico; Mendes (1996) e Tavares (2005) – obras de cunho mais teórico, sem enfoque específico na jurisprudência; Buck (2006, p. 213-244) – com comentários aos votos do ministro Marco Aurélio em acórdãos do STF.

A escolha das decisões não obedeceu o devido rigor. Foram decisões eleitas mais ou menos arbitrariamente, para ilustrar exposições e debates anteriores acerca da igualdade e da discriminação. Não há, portanto, um recorte em relação a um conteúdo mais específico, ao período de tempo ou linha de opinião no Supremo Tribunal Federal. Contudo, essas decisões prestam-se bem à perspectiva da análise: avaliar as consequências dos julgamentos no contexto da realidade brasileira, embora muito desse contexto seja pressuposto e não venha acompanhado, por exemplo, de levantamentos estatísticos. Perspectivas consequencialistas são contempladas pela doutrina (BINENBOJM; CYRINO, 2009, p. 739-760; SUNSTEIN, 2009, p. 199-200; DWORKIN, 1999) e adotadas na prática das decisões judiciais e na aplicação do Direito em geral.

São comentadas as seguintes decisões: declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que oferecia uma pensão mensal às mães que optassem por dar à luz crianças originadas de estupro (agosto de 2001) e afirmação da constitucionalidade da lei federal que estabelece a gratuidade do registro e da certidão de nascimento e de óbito (junho de 2007).

I INCONSTITUCIONALIDADE DA PENSÃO MENSAL PARA CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE ESTUPRO

1.1 A LEGISLAÇÃO

A Lei estadual 1.949, de 22.01.1999, de Mato Grosso do Sul, instituía um progra-

ma estadual de concessão de um salário mínimo mensal como pensão para crianças geradas “a partir” de estupro. Para a percepção do benefício, a mãe deveria “assumir a criança e registrá-la como sua” (art. 2º). A pensão seria devida até que o beneficiário completasse vinte e um anos (art. 1º).

1.2 A POLÊMICA

O governador do Mato Grosso do Sul propôs a Ação Dieta de Inconstitucionalidade 2.019-6/MS, por entender que referida lei violava o princípio da igualdade, medido pelo “princípio da razoabilidade”, pois o benefício estabelecido (um valor mensal em dinheiro) não mantinha relação lógica necessária com o motivo da percepção (gravidez oriunda de estupro), já que aquele poderia contemplar pessoas abonadas.

1.3 A DECISÃO

Em 01.07.1999, o Supremo Tribunal Federal apreciou a liminar requerida na ADI 2.019-6/MS e, por votação unânime, deferiu-a, nestes termos:

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LEI N. 1.949, DE 22.01.1999.
PROGRAMA DE PENSÃO MENSAL A CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE
ESTUPRO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 167, I; 165, I; 203 E 5º, *CAPUT*,
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR.

Ausência de plausibilidade dos fundamentos expostos. Relevância, todavia, da tese da inconstitucionalidade da lei, em face da norma do art. 5º, LIV, da Carta Magna, posto patente a ausência de razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei em tela, ao erigir para pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas as circunstâncias em que foram eles gerados.

1.3.1 CAUTELAR DEFERIDA

O relator, ministro Ilmar Galvão, rejeitou de plano as alegadas violações de natureza orçamentária (Constituição da República, art. 167, I, e art. 165, I) e relativas à assistência social (art. 203). Surpreendentemente, ele rejeitou também a alegada “afrenta ao princípio da isonomia, sob pena de ter o STF de agir como legislador positivo, estendendo o benefício assistencial em foco às demais espécies de necessitados”. A inconstitucionalidade Sua Excelência encontrou na violação ao princípio do devido processo legal em sentido material, que – para uma corrente doutrinária – seria a matriz do “princípio da razoabilidade” (ROTHENBURG, 2008, p. 283-319):

[...] por ofensa à norma do art. 5º, LIV, da Carta Magna, posto patente a ausência de qualquer razoabilidade na discriminação estabelecida pela lei impugnada, ao tomar para pressuposto da concessão de benefício assistencial

pelo Poder Público as circunstâncias em que foram eles gerados e não o estado de necessidade dos beneficiários, o que, indubitavelmente, não faz sentido.

Em 02.08.2001, deu-se o julgamento final, em que o STF considerou procedente o pleito e declarou a inconstitucionalidade da Lei 1.949/1999, agora por maioria de votos (a manifestação contrária foi do ministro Marco Aurélio, que não esteve presente no julgamento da liminar). Eis a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 1.949, DE 22.01.1999, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. PENSÃO MENSAL PARA CRIANÇAS GERADAS A PARTIR DE ESTUPRO. CONTRARIEDADE AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Ato normativo que, ao erigir em pressuposto de benefício assistencial não o estado de necessidade dos beneficiários, mas, sim, as circunstâncias em que foram eles gerados, contraria o princípio da razoabilidade, consagrado no mencionado dispositivo constitucional.

Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei sob enfoque.

O relator reproduziu seu voto quando do julgamento da liminar e trouxe à colação a manifestação do procurador geral da República, também pela inconstitucionalidade, de onde se extrai:

De fato, a norma questionada elege como fator de diferenciação para o deferimento do benefício a maneira como se dá a concepção da criança e não o estado de real necessidade em que se encontra o beneficiário. Tal situação levaria à incongruência de uma mãe com posses vir a receber um salário mínimo sem dele necessitar. Poder-se-ia inferir que a norma visa a incentivar as mães vítimas de estupro a assumirem os seus filhos, entretanto, a norma não geraria o efeito desejado quando a mãe não precisasse do benefício.

Justificaram seus votos apenas o ministro Moreira Alves (que aduziu uma razão formal: a falta de competência do Estado para legislar sobre o assunto) e, em sentido contrário, o ministro Marco Aurélio.

Este divergiu da maioria sob um fundamento interessante: invocou o art. 24, XV, da Constituição, que, na distribuição de competências legislativas na federação, estabelece competir concorrentemente à União e aos Estados editar leis sobre “proteção à infância e à juventude”. Esse dispositivo não apenas justificaria a competência do Estado-membro (o que não foi explicitado pelo ministro Marco Aurélio), como determinaria um dever de atuação estatal, segundo o ministro: “Dou a essa cláusula

alcance integrativo, a ponto, portanto, de gerar a obrigatoriedade de proporcionar-se ao menor [...] a própria subsistência, até completar vinte e um anos de idade”. Concluiu que a lei revelaria “avanço no campo da responsabilidade do Estado, relativamente à segurança pública que deve assegurar.

1.4 OUTRAS DECISÕES SEMELHANTES

O Supremo Tribunal Federal tem pelo menos duas outras decisões que envolvem a condição das mulheres. No Recurso Extraordinário 197.807/RS (relator ministro Octavio Gallotti, julgamento em 30.05.2000), discutiu-se se a mãe adotiva tinha direito à licença-maternidade (sintomaticamente designada “licença à gestante” no art. 7º, XVIII, da Constituição). O STF entendeu que: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença, instituído em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º, da Constituição Federal, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria”. Preferiu-se comparar as mães (a adotiva e a biológica), para concluir-se que não haveria razão para equiparar a gestação (expressamente prevista como causa de licença) à adoção. Penso que a comparação das crianças (filho adotivo e biológico) era mais pertinente, com a conclusão pela equiparação de tratamento (Constituição, art. 227, § 6º). Com efeito, o Congresso Nacional viria aprovar a Lei 10.421/2002, para estender à mãe adotiva o direito à licença-maternidade.

Em outra decisão anterior (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.946-5/DF) relator ministro Sydney Sanches, julgamento definitivo em 03.04.2003; decisão referida em Rothenburg (2007, p. 429-440), discutiu-se se o valor máximo previsto para os benefícios do regime geral de previdência social, pela Emenda Constitucional 20/1998, era extensível ao salário-maternidade. Julgou o STF que a aplicação indistinta daquele teto “implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado”, e que “ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção [do empregador] pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora”:

Estará, então, propiciada a *discriminação* que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, *por motivo de sexo* (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a [o valor do teto então fixado], para não ter de responder pela diferença.

Ao invés de equiparar as mães aos demais beneficiários da previdência social, o STF reconheceu a especificidade dessa situação feminina. Ao decidir pela não aplicação

do limite de valor dos benefícios previdenciários em geral ao salário-maternidade, a Corte levou em conta as consequências sociais em relação ao mercado de trabalho e à discriminação de gênero.

1.5 A CRÍTICA

1.5.1 DIREITO E MORAL, DIREITO E RELIGIÃO

Ao estimular a manutenção da gravidez em caso de estupro, a lei em comento provavelmente encampou determinado entendimento moral, segundo o qual seria nobre de sentimento a mãe que superasse a infâmia do estupro e abrisse mão da possibilidade legal de, egoisticamente, interromper a gravidez (com efeito, trata-se de hipótese de aborto legal, em que o próprio Código Penal exclui a ilicitude: “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: [...] II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”), em prol da criança, cuja dignidade não poderia ver-se afetada pela abjeta situação da concepção.¹

Mais certamente, a lei consagrava a visão religiosa predominante de que a interrupção da gravidez seria pecado quase sempre.

O Estado democrático é, em princípio, avesso à imposição jurídica de determinados entendimentos morais (DIMOULIS, 2006, p. 167-208). O Estado laico (um dos desdobramentos do Estado democrático), com a separação dos domínios temporal e espiritual, não permite a imposição jurídica de preceitos religiosos (Constituição, art. 5º, VI e VIII; art. 19, I). Moral e religião são vistas, assim, com desconfiança pelo Direito.

Quando preceitos morais ou religiosos inspiram o conteúdo do Direito, o que é comum e costuma situar-se no momento legislativo de criação das normas, é preciso verificar se o princípio democrático não foi violado. E parece que não o teria sido pela Lei 1.949/1999, do Mato Grosso do Sul. Sobretudo, por não se tratar de imposição, mas de faculdade: as mulheres grávidas por causa de estupro poderiam, mas não seriam obrigadas, a manter a gestação. Pensassem elas em, altruisticamente, ficar com o bebê, ou em, egoisticamente, abortar; ou talvez não formulassem a questão de modo tão forçadamente maniqueísta; ou sequer refletissem mais detidamente, o fato é que a lei permitia acomodar as diversas perspectivas morais.

O mesmo se diga da religião. Crente ou não, de crença favorável ao aborto ou não, qualquer mulher grávida de estupro poderia postular o benefício instituído pela lei, sem que sua convicção a respeito de religião tivesse de ser revelada ou interferisse para efeitos legais.

Claro que a lei, ao consagrar uma perspectiva moral ou religiosa, tende a beneficiar especialmente os adeptos de tais perspectivas, os quais, se já tomariam a atitude conforme suas convicções de moral ou religião independentemente da lei,

teriam ainda maior facilidade e estímulo para adotar o comportamento legalmente previsto, em relação aos demais. É preciso então proceder a uma avaliação de grau, para verificar se o benefício proposto não prestigia exageradamente determinado segmento. Será um juízo estimativo, de valor. A causa (a situação dramática de gravidez oriunda de estupro) e a espécie de benefício (pensão mensal de um salário mínimo apenas), aliada às exigências formais (comprovação do estupro e requerimento administrativo), parecem satisfazer a razoabilidade.

1.5.2 FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

No quadro do Estado Social e no contexto brasileiro de fragilidade econômica e desigualdades, pode o Direito, com utilidade – portanto, cumprindo um papel sistêmico e funcional –, intervir não apenas com sua virtude repressora (e o faz, no caso, ao criminalizar o aborto, porém excetuar as hipóteses em que “não há outro meio de salvar a vida da gestante” e em que “a gravidez resulta de estupro”), mas também com uma técnica de encorajamento, por meio da qual promove determinados comportamentos considerados desejáveis (BOBBIO, 2007, p. 1-32). Lembre-se de que a orientação social não é uma faculdade, mas um imperativo da República Federativa do Brasil, conforme os objetivos fundamentais fixados no art. 3º da Constituição; como afirma Bercovici (2005, p. 106): “Na questão dos fins do Estado, o conceito-chave do Estado Social é a distribuição”.

É o quanto ocorria com a lei sul-matogrossense, que oferecia um estímulo econômico à manutenção da gestação originada de estupro: intervinha na esfera de livre deliberação da mulher, para, sem constrangê-la, oferecer-lhe o benefício da pensão mensal, desde que ela recusasse a opção do aborto. Se cogitarmos da situação em que comumente se encontram as mulheres vítimas de estupro, que são, muitas vezes, de condição socioeconômica fragilizada, em cujo ambiente a violência é mais sentida e a proteção, menos; mulheres física e psicologicamente agredidas; perceberemos o potencial sugestivo do oferecimento de uma vantagem em dinheiro.

1.5.3 IGUALDADE E RAZOABILIDADE

O raciocínio prevalecente na decisão do caso, pela inconstitucionalidade da lei, orientou-se precipuamente pela consideração das eventuais particularidades dos beneficiários. Como poderia haver mulheres abonadas e, portanto, crianças que nascessem sob uma condição econômica mais confortável, a generalização do benefício não faria sentido.

A violação à razoabilidade estaria nesta eventualidade: se a pensão contemplasse pessoas que não fossem pobres, não haveria nexos lógico entre a causa (crianças geradas “a partir” de estupro) e o efeito (percepção de uma renda mensal). Nisso residiria a falta de isonomia: tanto crianças pobres quanto crianças abastadas fariam jus ao mesmo benefício mensal de um salário mínimo. A potencial equiparação de desiguais

seria ainda mais insustentável em um país economicamente frágil, com escassos recursos e gritantes desigualdades sociais.

O correto seria, todavia, levar em consideração, não a eventualidade, mas o que provavelmente ocorreria de ordinário, na grande maioria das situações. Seria oportuno um levantamento estatístico, mas, à falta, podemos imaginar que os legisladores do Mato Grosso do Sul supuseram, razoavelmente, que a maioria das mulheres vítimas de estupro – e seguramente a maioria das que se habilitariam ao benefício – era de economicamente necessitadas. É pouco crível que uma mulher abonada se dispusesse a percorrer o tormentoso caminho burocrático do registro policial da ocorrência do estupro e, depois, do requerimento administrativo – etapas difíceis na superação do trauma da violência sexual –, tudo isso para receber do Estado, a cada mês, não mais que um salário mínimo. Contudo, ainda que o fizesse, seria em números e montantes não expressivos a ponto de inviabilizar uma política pública voltada, precipuamente, às mulheres carentes. Portanto, foi equivocada a análise feita no julgamento do STF, das consequências da aplicação da Lei 1.949/1999, do Mato Grosso do Sul.

Por ter levado em conta os eventuais e poucos beneficiários abonados, quando os principais destinatários do benefício seriam os pobres, a decisão do STF na verdade deixou de aplicar o princípio da igualdade.

2 CONSTITUCIONALIDADE DA GRATUIDADE DO REGISTRO E DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO E DE ÓBITO

2.1 A LEGISLAÇÃO

A Lei 9.534, de 10.12.1997, estabelece a seguinte gratuidade: “Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva”.² Promoveu-se a alteração de três leis: a) a Lei de Registros Públicos (a Lei 6.015/1973); b) a lei sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania (Lei 9.265/1996, que regulamenta o art. 5º, LXXVII, da Constituição da República); e c) a Lei dos Cartórios (Lei 8.935/1994, sobre serviços notariais e de registro, que regulamenta o art. 236 da Constituição).

2.2 A POLÊMICA

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil, Anoreg, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.800-1/DF, contra a Lei 9.534/1997, sob a alegação de que esta contrariava a restrição constitucional de gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito apenas aos “reconhecidamente pobres” (art. 5º, LXXVI), bem como contrariava a delegação constitucional dos serviços notariais e de registro aos particulares, com o respectivo direito de cobrar emolumentos (art. 236).

O procurador geral da República, ante a resistência de diversos cartórios em realizar gratuitamente os registros de nascimento e de óbito, bem como em fornecer as respectivas certidões (resistência amparada por diversas decisões judiciais, conforme exige o art. 21 da Lei 9.868/1999, sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal), foi provocado pelo ministro da Justiça e pelo Secretário Nacional de Direitos Humanos a propor a Ação Declaratória de Constitucionalidade 5-2/DF, com pedido de provimento liminar para que se suspendesse “a prolação de qualquer decisão em processos que digam respeito à legitimidade constitucional, eficácia e aplicação dos dispositivos” questionados da Lei 9.534/1997, bem como para que se suspendessem os efeitos de todas as decisões não transitadas em julgado e de todos os atos normativos que negassem “legitimidade constitucional, eficácia e aplicação” a tais dispositivos.

Aos críticos da ação declaratória de constitucionalidade e seus temores de que ela seria instrumentalizada pelo governo (MARTINS; MENDES, 1994; ROTHENBURG, 2001, p. 269-292), apresenta-se um exemplo de que é possível manejar essa ferramenta processual em prol dos direitos fundamentais dos desfavorecidos. A ampliação dos legitimados ativos para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade, trazida pela Emenda Constitucional 45/2004, contribui para essa feliz possibilidade.

Houve, portanto, duas ações de controle de constitucionalidade em abstrato, ambas com o mesmo objeto.

A discussão residia no seguinte ponto: a lei em questão determina a gratuidade dos registros de nascimento e de óbito, e das respectivas certidões, a todos, indistintamente. A Constituição da República, no art. 5º, LXXVI, estabelece a gratuidade, na forma da lei, do registro de nascimento e da certidão de óbito, porém limitada aos “reconhecidamente pobres”. Por outro lado, no inciso seguinte, a Constituição assegura amplamente a gratuidade, na forma da lei, dos “atos necessários ao exercício da cidadania”. Teria a Lei 9.534 estendido indevidamente a gratuidade, que, de acordo com a Constituição, seria garantida apenas aos reconhecidamente pobres, ou teria essa lei apenas disposto sobre atos necessários ao exercício da cidadania, os quais, segundo a Constituição, são gratuitos?

2.3 A DECISÃO

O Supremo Tribunal Federal não reconheceu, em princípio, inconstitucionalidade na Lei 9.534/1997. Em 06.04.1998, foi indeferida a liminar pedida na ADI 1.800-1/DF, por maioria (nove votos contra dois, dos ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio, que eram pela concessão), em decisão relatada pelo ministro Nelson Jobim e assim ementada:

CONSTITUCIONAL. ARGUIDA A INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTS.
DA LEI N. 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. GRATUIDADE PELO REGISTRO

CIVIL DE NASCIMENTO, ASSENTO DE ÓBITO, PELA PRIMEIRA CERTIDÃO DESSES ATOS E POR TODAS AS CERTIDÕES AOS “RECONHECIDAMENTE POBRES”. NÃO HÁ PLAUSIBILIDADE DO DIREITO ALEGADO. OS ATOS RELATIVOS AO NASCIMENTO E AO ÓBITO RELACIONAM-SE COM A CIDADANIA E COM SEU EXERCÍCIO E SÃO GRATUITOS NA FORMA DA LEI – ART. 5º, LXXVII. PORTANTO, NÃO HÁ DIREITO CONSTITUCIONAL À PERCEPÇÃO DE EMOLUMENTOS POR TODOS OS ATOS QUE DELEGADO DO PODER PÚBLICO PRÁTICA; NÃO HÁ OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE INSTITUIR EMOLUMENTOS PARA TODOS ESSES SERVIÇOS; OS SERVENTUÁRIOS TÊM DIREITO DE PERCEBER, DE FORMA INTEGRAL, A TOTALIDADE DOS EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PARA OS QUAIS TENHAM SIDO FIXADOS. AÇÃO CONHECIDA. LIMINAR INDEFERIDA.

A próxima decisão do STF foi relativa à liminar na ADC 5-2/DF, também da relatoria do ministro Jobim, e foi concedida (por sete votos a favor, três contrários – ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio e Carlos Velloso – e uma ausência) em 17.11.1999, para assegurar a aplicação da norma:

CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI N. 9534/97. REGISTROS PÚBLICOS. NASCIMENTO. ÓBITO. ASSENTO. CERTIDÕES. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. ARTS. 22, XXV E 236, § 2º, DIREITO INTRÍNSECO AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE A QUE O ESTADO PRESTE SERVIÇO PÚBLICO A TÍTULO GRATUITO. A ATIVIDADE QUE DESENVOLVEM OS TITULARES DAS SERVENTIAS, MEDIANTE DELEGAÇÃO, E A RELAÇÃO QUE ESTABELECEM COM O PARTICULAR SÃO DE ORDEM PÚBLICA. OS EMOLUMENTOS SÃO TAXAS REMUNERATÓRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. O DIREITO DO SERVENTUÁRIO É O DE PERCEBER, INTEGRALMENTE, OS EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PARA OS QUAIS TENHAM SIDO FIXADOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARTS. 1º, 3º E 5º DA LEI N. 9534/97. LIMINAR DEFERIDA.

Em 11.06.2007, houve o julgamento definitivo de ambas as ações. O ministro Ricardo Lewandowski assumiu a relatoria, por força da aposentadoria do ministro Jobim (Regimento Interno do STF, art. 38, IV, “b”). Veja-se a ementa da ADI 1.800-1/DF:

CONSTITUCIONAL. ATIVIDADE NOTARIAL. NATUREZA. LEI 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS AO EXERCÍCIO DA

CIDADANIA. GRATUIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO NÃO OBSERVADA. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

I – A atividade desenvolvida pelos titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, sujeita-se a um regime de direito público.

II – Não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os “reconhecidamente pobres” do pagamento dos emolumentos devidos pela expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

III – Precedentes.

IV – Ação julgada improcedente.

A decisão foi por maioria de votos. O ministro Marco Aurélio foi o voto dissonante, por julgar a ADI parcialmente procedente. Um ministro esteve impedido de votar e dois, ausentes.

A ementa da ADC 5-2/DF é praticamente idêntica, salvo quanto à procedência da ação.

O ministro Nelson Jobim, relator, trouxe, no início de seu voto, dados estatísticos colhidos pelo IBGE, de que um terço das crianças nascidas no Brasil (cerca de um milhão à época) não eram registradas, e 43,7% dos menores de um ano que morriam eram enterrados sem certidão de óbito. “Os estudos indicam” – segundo o ministro Jobim – “os custos e o sistemático descumprimento da gratuidade como causas, além de outras, da falta de registro.”

Citou, depois, o antropólogo Roberto DaMatta, que, no ensaio “A mão visível do Estado: Notas sobre o significado cultural dos documentos na sociedade brasileira”, de 1996, apontou quão valiosos são os documentos (particularmente a carteira de identidade) como “uma das mais importantes exigências da cidadania moderna”, sendo que a certidão de nascimento é requisito para a obtenção de diversos outros documentos.

É revelador o destaque concedido aos supostos efeitos reais da legislação relativa à gratuidade dos registros de nascimento e de óbito, bem como da primeira certidão respectiva, sobre a realidade brasileira.

O voto do relator fundamentou-se na determinação constitucional de gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, a ser disciplinada na forma da lei (art. 5º, LXXVII); na competência da União para legislar sobre registros públicos (art. 22, XXV, e art. 236, § 2º); na natureza de serviço público da atividade notarial e de registro; na natureza tributária (de taxa) dos emolumentos; na possibilidade de a lei estabelecer isenção de pagamento pela prestação de serviço público.

Quanto ao primeiro argumento, sustentou o relator que o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição (especificamente sobre a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos reconhecidamente pobres) deve ser lido em consonância com o inciso seguinte, que estabelece a gratuidade dos “atos necessários ao exercício da cidadania” indistintamente, sem limitá-la aos “reconhecidamente pobres”.

Embora o ministro Jobim tenha observado que não desconhecía “os problemas que a gratuidade causa e causará à prestação dos serviços” – com o que considerou as consequências práticas da decisão –, essa consideração não mereceu maior detalhamento: “[os] problemas deverão ser enfrentados e solucionados no local competente, que é outro”.

Com posicionamento contrário, o ministro Marco Aurélio entendeu que a gratuidade estabelecida não era “linear”, por não se estender “àqueles que têm condições de fazer o desembolso e, portanto, de recolher os emolumentos”. Invocou o ministro outros dispositivos contíguos da Constituição, que estipulam benefícios apenas aos necessitados (art. 5º, LXXIV – assistência judiciária integral e gratuita; art. 5º, LXXVI). Note-se que o ministro Marco Aurélio embasou seu raciocínio em uma aproximação do último inciso mencionado com o anterior, para concluir pela inconstitucionalidade da extensão da gratuidade. Já o ministro Jobim havia adotado a mesma forma de raciocínio, utilizando-se, porém, de outro parâmetro: a aproximação foi feita com um inciso posterior (LXXVII), que autorizaria a extensão.

Preocupado com a repercussão econômica da benesse, aduziu o ministro Marco Aurélio: “o serviço deve ser exercido e sabemos que existem despesas; sabemos que, no caso, os Cartórios devem contratar empregados, devem funcionar em um certo local e, portanto, têm despesas a serem executadas. Indispensável é que haja uma fonte de receita”.

Em relação à igualdade, o ministro Marco Aurélio invocou a “necessidade de tratarmos de forma diferenciada os desiguais, até mesmo para preservarmos o benefício em relação aos primeiros [os reconhecidamente pobres]”. Percebe-se a preocupação com as consequências da decisão: uma extensão exagerada da gratuidade poderia provocar o colapso da sustentabilidade do benefício e prejudicaria especialmente aqueles que dele verdadeiramente necessitam, na visão do ministro.

O ministro Marco Aurélio aduziu outro importante argumento consequencialista: a gratuidade da expedição de registro civil de nascimento e de óbito, bem como da primeira certidão respectiva, oneraria um setor que, historicamente, ganhou muito dinheiro com a prestação, particular e muitas vezes deficiente, de um serviço público. “Por algumas distorções do passado – e também do presente, quanto àqueles cartórios que são rendosos –, confesso que não há uma simpatia maior pela atuação dos notários nas serventias não oficializadas”. Todavia, apesar de comungar dessa “antipatia” em relação aos cartórios, o ministro votou pela inconstitucionalidade da gratuidade.

Vale apontar um argumento utilizado pelo ministro Maurício Corrêa (um dos outros votos dissidentes no julgamento da liminar da ADC 5-2/DF), que se valeu de interpretação histórica (genética) da Lei 9.534/1997: resgatou o projeto legislativo de origem, ao qual se oferecera uma emenda que instituía um fundo para o pagamento das despesas resultantes da dispensa gratuita dos registros e certidões, as quais, assim, não precisariam ser suportadas pelos cartórios.

Também o ministro Corrêa preocupou-se com a realidade brasileira, sobretudo a do interior, onde “noventa por cento” dos serviços prestados pelos cartórios de registros civis de pessoas naturais “são de assentos relativos à certidão de óbito e ao registro de nascimento”. A declaração de inconstitucionalidade, segundo o ministro, imporá “severa pena a todos os pobres serventuários interioranos”, que seriam obrigados a expedir as certidões gratuitamente. A atenção esteve voltada às consequências da decisão, mas com um deslocamento do adjetivo: não apenas as pessoas “reconhecidamente pobres” (que pediriam os registros e certidões); também os serventuários “pobres” (que deveriam fornecê-las).

2.4 OUTRA DECISÃO SEMELHANTE

A Lei 8.009/1990 estabelece a impenhorabilidade do bem de família e prevê algumas exceções. A Lei 8.245/1991, sobre as locações dos imóveis urbanos, acrescentou mais uma: permitiu a penhora do imóvel do fiador do contrato de locação, provavelmente amparada na lógica de que, se o próprio contrato de locação (um dos modos de satisfazer o direito fundamental à moradia) não estivesse suficientemente garantido, mais difícil e oneroso seria realizá-lo. O Supremo Tribunal Federal, em decisão bastante comentada (Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, relator ministro Cezar Peluso, julgamento em 08.02.2006), rejeitou a inconstitucionalidade suscitada (sob o fundamento de que a Emenda Constitucional 26/2000, que acrescentou ao elenco de direitos sociais do art. 6º da Constituição o direito à moradia (Sarlet, 2008, p. 1019-1049), teria provocado a não recepção da exceção à impenhorabilidade prevista na Lei 8.245/1991), com o argumento de que, justamente, a exceção à impenhorabilidade, se compromete a moradia do fiador, é para garantir a moradia do locatário; vai daí que as consequências da declaração de inconstitucionalidade prejudicariam o mercado locatício:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/90, com a redação da Lei n. 8.245/9. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A impenhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei 8.009, de 23.03.1990, com a redação da Lei n. 8.245, de 15.11.1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Essa decisão importa mais pela análise consequencialista (Binenbojm; Cyrino, 2009, p. 739-760). Colhe-se do voto do relator que:

[...] o direito social de moradia [...] pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Existiu aqui – conforme a preocupação de Sunstein (2009, p. 200) – “um risco real de que um direito venha a prejudicar as próprias pessoas que as cortes tentam proteger”.

Cabível, ainda, uma observação a propósito da igualdade: ao direito de moradia do locatário, como objeto do contrato de locação, não foi atribuído o mesmo valor que ao direito de moradia do fiador, como garantia (portanto, acessório) daquele contrato. Para rejeitar a equiparação, pesou a consideração dos efeitos socioeconômicos da decisão.

2.5 A CRÍTICA

2.5.1 A ORDEM DAS PALAVRAS E A PALAVRA DE ORDEM

Assim como a interpretação histórica (genética) é uma modalidade importante, porém frequentemente insuficiente para a solução adequada de problemas jurídicos, também a interpretação literal (gramatical, textual) é indispensável, mas eventualmente não basta. É o caso da constitucionalidade da gratuidade generalizada dos registros de nascimento e de óbito, e das respectivas certidões.

Uma análise estritamente gramatical dos dispositivos constitucionais concernentes poderia conduzir à conclusão de que há previsão expressa para a gratuidade (art. 5º, LXXVI), mas então ela contempla especificamente o registro civil de nascimento e a certidão de óbito apenas. Especificando mais, o texto constitucional restringe literalmente essa gratuidade aos reconhecidamente pobres.

Some-se a esse argumento a contribuição da interpretação sistemática, que se baseia na conexão lógica entre os diversos dispositivos normativos.³ No caso, o ponto de vista é reforçado pela topografia (contiguidade) dos dispositivos em comento: logo no inciso seguinte, a Constituição trata dos atos necessários ao exercício da cidadania, mas o faz em dispositivo à parte, como que a regular situação diferente. Uma argumentação alternativa, mas com mesmo resultado, seria compreender o inciso LXXVII como norma geral (a gratuidade irrestrita dos atos necessários ao exercício da cidadania) e o inciso anterior como exceção expressa (a gratuidade limitada do registro civil de nascimento e da certidão de óbito).

As palavras são fundamentais, mas nem sempre bastam. Na decisão quanto à constitucionalidade da Lei federal 9.534/1997, o STF entendeu – dentro de uma margem de compreensão razoável –, que, ao estabelecer claramente a gratuidade do

registro civil de nascimento e da certidão de óbito aos reconhecidamente pobres, a Constituição tirou da esfera de conformação dos legisladores a possibilidade de diminuir ou eliminar a isenção, mas não de estendê-la.

Sob o aspecto sistemático, o Supremo Tribunal Federal preferiu encontrar na comparação entre os incisos LXXVI e LXXVII do art. 5º da Constituição, não uma relação entre exceção e norma geral, mas uma relação de particular para geral: se a norma geral é a gratuidade dos atos necessários à cidadania, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito são, inegavelmente, atos necessários à cidadania; a gratuidade destes é determinada pela própria Constituição aos reconhecidamente pobres, mas não se exclui a possibilidade de extensão a outros, “na forma da lei”.

2.5.2 FAZER ESMOLA COM CHAPÉU ALHEIO

Ao lado da equiparação dos reconhecidamente pobres aos que têm meios financeiros para pagar pelos registros e certidões dos cartórios, para conceder a todos a gratuidade, a Lei 9.534 teria promovido ainda outra equiparação indevida: entre o Estado, responsável pela assistência social aos desvalidos, e os titulares das serventias extrajudiciais de registro civil, que são particulares a prestar, onerosamente, um serviço público.

O argumento merece refutação, pois – como sustentou a decisão do Supremo Tribunal Federal – a medida da remuneração pelo serviço público prestado, justamente porque serviço público, é dada pela lei. Dentro dos limites extremos de uma remuneração geral inafastável (art. 236, § 2º) e da gratuidade aos reconhecidamente pobres (art. 5º, LXXVI), a legislação pode mover-se. A privatização do serviço público de registro civil gera uma situação vantajosa de monopólio legal e permite à organização empresarial do cartório encontrar modos de se compensar daquela gratuidade. Enfim, entre onerar os cartórios e onerar os indivíduos – se o dilema se apresentasse assim crua e simplesmente –, não seria despropositado optar pela primeira alternativa.

2.5.3 IGUALDADE E CIDADANIA

A Lei 9.534/1999 seguiu o espírito republicano da Constituição, ao franquear o acesso aos “atos necessários ao exercício da cidadania”. Preferiu-se, no que diz com tais atos, desconsiderar a capacidade econômica dos indivíduos. É razoável supor que, para a maioria dos brasileiros, o custo dos registros de nascimento e de óbito, e das respectivas certidões (atos e documentos a cujo acesso muitos têm dificuldade), seja significativo. Tendo em consideração a remoção dos óbices para a maioria e, de toda forma, a facilitação generalizada dos atos necessários ao exercício da cidadania, tanto os legisladores quanto o Supremo Tribunal Federal acertaram na afirmação de um tratamento igualitário.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o princípio da igualdade e aplicá-lo às questões postas sob seu julgamento, preocupa-se com as consequências sociais das decisões. Todavia, a Corte somente realiza justiça social quando, na concretização do princípio da igualdade, consegue contemplar uma distribuição de direitos mais ampla e voltada aos mais carentes.

: ARTIGO APROVADO (29/05/2009) : RECEBIDO EM 30/03/2009

NOTAS

- 1 Sobre a discussão jurídica em torno do aborto, ver Sarmento, 2006, p. 95-137.
- 2 Redação dada ao artigo 30, *caput*, da Lei 6.015/1973.
- 3 Sobre os métodos de interpretação do Direito, ver Dimoulis, 2007, p. 175-187.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; _____. (coord.) *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 739-760.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.
- BUCK, Pedro. A intervenção do Estado na ordem econômica (comentários aos votos do ministro Marco Aurélio em acórdãos do STF). *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, n. 14, p. 213-244, abr./jun. 2006.
- COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: IEJE, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Positivismo jurídico*. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Coord. *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípio da proporcionalidade. In: OLIVEIRA Neto, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Org. *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.
- _____. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Coord. *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429-440.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Velhos e novos rumos das ações de controle abstrato de constitucionalidade à luz da Lei n. 9.868/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 269-292.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1.019-1.049.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

R. Euclides da Cunha, 233
Nova América – 13417-660
Piracicaba – SP – Brasil
walter.claudius@terra.com.br

Walter Claudius Rothenburg

MESTRE E DOUTOR EM DIREITO PELA UFPR
PÓS-GRADUADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
PELA UNIVERSIDADE DE PARIS II
PROFESSOR DE DOUTORADO E MESTRADO EM DIREITO
DA INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO (ITE)
DIRETOR DO INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
CONSTITUCIONAIS (IBEC)
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA