

---

## Observatório Constitucional: Poder do legislador para sustar decisão do STF

Merecem ser encaradas com certa naturalidade as hoje rotineiras críticas dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, como decorrência da importância que a Corte tem adquirido na discussão dos grandes temas de interesse nacional. Aquilo que, entretanto, se limitava a expressar descontentamento de setores da sociedade e dos demais Poderes constituídos, como o Congresso Nacional, contra certas posições do Supremo tem evoluído para a formulação de iniciativas concretas voltadas a reduzir ou controlar o seu protagonismo político.

Com esse declarado objetivo, tramitam hoje na Câmara dos Deputados duas propostas de emenda à Constituição que buscam conferir ao Congresso Nacional o poder de sustar decisões do Poder Judiciário (ou, mais precisamente, do Supremo Tribunal Federal). Trata-se das Propostas de Emenda à Constituição 3 e 33, ambas de 2011 (a primeira delas já com parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e a segunda ainda aguardando votação do parecer).

Haverá aqueles que qualificarão tais iniciativas como frontalmente inconstitucionais, independentemente do formato jurídico que assuma a proposta, por considerarem que a mera proposição de alterações da espécie violaria a cláusula pétrea da separação dos Poderes (artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição).

Distanciando-nos desse entendimento, consideramos mais correto pensar que a Constituição não impede *a priori* a introdução de certas modificações institucionais no sistema de controle de constitucionalidade no concerto constitucional vigente.

É a conclusão a que se chega a partir do exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais, em várias situações, reconheceu a constitucionalidade de dispositivos contidos em Emendas Constitucionais e, até mesmo, em leis ordinárias que introduziram modificações substanciais no regime de controle de constitucionalidade (ampliando, nesses casos, os poderes do Supremo Tribunal Federal em detrimento do Congresso Nacional, da Administração Pública e, por que não dizer, dos demais órgãos do Poder Judiciário)[\[1\]](#). Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal assume que, em certa medida, o Constituinte derivado e o legislador nacional têm poderes para modificar o equilíbrio originalmente estabelecido para o exercício do controle de constitucionalidade.

Parece-nos evidente que não é legítimo pensar que apenas as normas ampliativas dos poderes do Supremo Tribunal Federal possam ser constitucionais, reputando-se inconstitucionais aquelas que sejam restritivas, sob a premissa de que o princípio da separação de poderes teria uma única direção, em que o fortalecimento das Cortes Constitucionais representaria uma espécie de *devir histórico*. Não obstante as Cortes Constitucionais exerçam uma função relevantíssima e, quem sabe, insubstituível nos Estados Constitucionais, disso não resulta a conclusão de que haja uma fórmula que disponha sobre o seu papel, seus poderes e a postura que devem adotar, na engenharia constitucional.

Muito pelo contrário, o tema é extremamente controvertido. Em tempos de ativismo judicial, é importante assinalar que há densa literatura que se propõe a demonstrar que a preservação de um Estado

---

Constitucional, com a proteção de todos os valores que hoje nos são caros (democracia e direitos fundamentais), não demanda necessariamente uma Corte Constitucional forte, que tenha a última e definitiva palavra sobre o conteúdo das normas constitucionais. Indo além, colhem-se evidências de que o ativismo judicial dos Tribunais Constitucionais pode representar, em certas ocasiões, uma iniciativa desastrosa para a estabilidade das instituições e, por conseguinte, para a tutela dos direitos, provocando o enfraquecimento do Estado Constitucional<sup>[2]</sup>.

Diante desse cenário, parece correto assumir que há espaço para o Constituinte derivado e, em certa medida, para o legislador fazerem ajustes no regime de controle de constitucionalidade, sem afronta ao princípio da separação de poderes. E, por isso mesmo, é oportuno e conveniente avançar na discussão sobre o mérito dessas propostas, sem a precipitação de rejeitá-las liminarmente.

As PECs em destaque buscam, segundo as justificativas apresentadas, valorizar o papel do Poder Legislativo no debate das questões políticas e constitucionais relevantes e induzir o diálogo institucional entre os Poderes.

A PEC 3, de 2011 (da Câmara dos Deputados), tem apenas uma proposição, de alterar a redação do inciso V do artigo 49, para que seja atribuída ao Congresso Nacional a competência de “*sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa*”, como a expressa intenção de fazer com que “*o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo*” (conforme Justificação apresentada pelo deputado Nazareno Fonteles).

A PEC 33, de 2011, também da Câmara dos Deputados (e proposta pelo mesmo Deputado), contém proposições engenhosas. Entre suas medidas mais provocativas, prevê uma espécie de veto do Congresso Nacional a determinadas deliberações do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade. Traz ainda outras proposições polêmicas, como a de aumentar o quórum de julgamento para a declaração de inconstitucionalidade: quatro quintos dos membros dos tribunais (ao invés da maioria absoluta hoje estabelecida no artigo 97 da Constituição) e nove ministros do Supremo Tribunal Federal (ao invés dos atuais seis).

No contexto de impor restrições aos efeitos das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, a PEC propõe, no que concerne à edição de Súmulas Vinculantes, que “[o] Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes”, sendo que o silêncio do Congresso Nacional, no prazo estabelecido, implicará sua aprovação tácita (artigo 2º da PEC 33/2011, que propõe o acréscimo dos parágrafos 4º e 5º ao artigo 103-A da Constituição).

No que se refere ao controle concentrado de constitucionalidade, prevê a PEC que “[a] s decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.” (artigo 3º, que acrescenta o parágrafo 2º-A ao artigo 102 da Constituição). O exercício do poder de veto (mitigado pela necessidade de validação da decisão à deliberação popular) do Congresso Nacional estaria submetido a quórum de três quintos de seus membros em deliberação que deveria ocorrer no prazo máximo de 90 dias, sob pena de aprovação tácita

---

da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos da PEC 33/2011, vê-se que o poder de controle do Congresso Nacional sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal estaria (i) limitado às hipóteses de edição de Súmula Vinculante ou de declaração de inconstitucionalidade material exercido sobre emenda constitucional, (ii) sujeito a prazo de 90 dias e (iii) submetido a quórum qualificado de três quintos do Congresso Nacional. No que se refere à fiscalização das decisões tomadas em controle concentrado de constitucionalidade que julguem inconstitucional Emenda Constitucional, prevê a PEC que, tendo o Congresso Nacional rejeitado a decisão do Supremo Tribunal Federal, seria ela submetida a consulta popular.

A mais delicada das propostas parece ser a que institui a possibilidade de controle sobre decisões do STF que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição. Ora, o Supremo Tribunal Federal apenas declara a inconstitucionalidade material de emenda constitucional com fundamento nas cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição). Na prática, portanto, a proposta em curso no Congresso Nacional visa a permitir que o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do conteúdo de uma cláusula pétrea possa ser superado pela visão do Congresso Nacional e pela decisão obtida em consulta popular. Não se pode ignorar que a proposta tem a sofisticação de remeter a consulta popular direta a apreciação final sobre o mérito da decisão do Supremo Tribunal Federal. Mas isso não atenua a percepção de que se está a provocar a modificação do equilíbrio de Poderes, em afronta ao artigo 2º da Constituição. Com esse entendimento, o deputado Esperidião Amin, relator da PEC 33/2011, opinou pela supressão desse dispositivo, no parecer que elaborou na Comissão de Constituição e Justiça (ainda não apreciado).

Os demais dispositivos destacados não possuem essa mesma controvérsia, pelo menos não na mesma intensidade.

A redação minimalista sugerida para o inciso V do artigo 49, que de resto pode ser lido como uma explicitação do inciso XI do mesmo artigo (o qual confere ao Congresso Nacional o poder de “*zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”) faz com que a maior preocupação se volte para eventual aplicação dessa prerrogativa pelo Congresso Nacional.

A tentativa de submeter ao crivo do Congresso Nacional as propostas de Súmula Vinculante incide, vale lembrar, sobre um instituto introduzido no ordenamento jurídico pelo Constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional 45, de 2004. Diante dessa especificidade, haveria argumento plausível para considerar descabida a iniciativa do Poder Constituinte derivado de reajustar o instituto? Parece-nos que não.

Ambos os projetos, no entanto, parecem ser ineficazes para os fins a que se propõem, de fortalecer o papel do Congresso Nacional, diminuir o protagonismo do Supremo Tribunal Federal e incitar o diálogo institucional, em vista do difícil procedimento a que se sujeita o exercício do cogitado poder de veto do Congresso Nacional, a demandar forte mobilização política e grande disposição para assumir os correspondentes custos políticos.

As propostas em análise podem ter o efeito contrário. O sentimento de que há uma rede de proteção para a vontade majoritária pode estimular a Corte Constitucional a tomar decisões arrojadas, na perspectiva

---

de que está disponível um processo político excepcional de controle de sua decisão. Em outras palavras, a instituição de controles sobre as suas decisões não conduz necessariamente ao incremento de responsabilidade dos agentes políticos, podendo ter o efeito inverso de provocar uma espécie de risco moral (*moral hazard*).

Talvez a configuração atual do sistema ofereça mecanismos mais efetivos, para o exercício do controle das decisões do Supremo Tribunal Federal. De fato, é preciso enfatizar que as decisões do Supremo Tribunal Federal não vinculam o Legislador, deixando em aberto a possibilidade de o Congresso Nacional superar as decisões do Supremo Tribunal Federal por meio do processo legislativo, com a edição de leis e, se necessário for, emendas constitucionais.

É essa a percepção de Mark Tushnet<sup>[3]</sup>, ao examinar a utilização de dispositivo semelhante àquele proposto na PEC existente na Constituição do Canadá (precisamente, em sua “Carta de Direitos e Liberdades”, integrante do *Constitution Act, 1982*). Pelo dispositivo constitucional canadense (seção 33, apelidada de “*notwithstanding clause*”) é possível ao Parlamento de uma Província afastar expressamente a leitura feita pela Suprema Corte a respeito de um direito fundamental. Essa cláusula, relata Tushnet, foi pouco utilizada na história constitucional do Canadá porque, no seu entender, o custo político para o Parlamento superar expressamente uma decisão da Suprema Corte é muito maior do que simplesmente promulgar outra lei substantivamente semelhante àquela declarada inconstitucional.

Essa percepção nos parece correta: para promover o diálogo institucional entre os Poderes instituídos pode ser mais promissor que a Legislatura exerça sua prerrogativa de promulgar novas leis, ao invés de investir na criação de um novo processo decisório de rejeição expressa das decisões do Supremo Tribunal Federal que exija enorme engajamento do Congresso Nacional num curto espaço de tempo.

No Brasil, temos alguns bons exemplos desse diálogo institucional (que podem ser objeto de exame em outra oportunidade<sup>[4]</sup>), evidência de que, para promover uma efetiva interação entre o Tribunal Constitucional e a Legislatura, pode ser suficiente que o Congresso Nacional invista no exercício de sua função de legislar. Essa é uma prática corriqueira em outras importantes democracias, como a norte-americana, repleta de episódios em que o Congresso reformulou decisões da Suprema Corte pela via legislativa.

Por ora, consideramos apropriado afirmar apenas que, independentemente do juízo que se faça sobre seu mérito, o exame crítico das PECs ora em tramitação deve ser inserido num debate mais amplo que focalize o papel do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional na especificação do conteúdo das normas constitucionais e a necessidade e os meios de aprimorar o diálogo institucional entre os Poderes.

*Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC ([www.idp.edu.br/observatorio](http://www.idp.edu.br/observatorio)).*

---

<sup>[1]</sup>A respeito da declaração de constitucionalidade da EC 3/93, vide ADC nº 1 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1993, DJ 16/6/1995. A respeito da constitucionalidade da Lei nº 9.868, vide ADI 2154 (ainda em julgamento); ADI 2258 (ainda em julgamento); e Rcl 1880 AgR,

---

Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 7/11/2002, DJ 19/3/2004.

[2] Para uma visão abrangente dessa crítica, confira-se TUSHNET, Mark. Weak Courts, Strong Rights. New Jersey: Princeton University Press, 2008. Em diferentes perspectivas, vide ainda importantes considerações feitas por MENDES, Conrado Hübner. Controle de Constitucionalidade e Democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2008; e NINO, Carlos Santiago. Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2005.

[3] Op.Cit. Chapter 3. Para uma visão sobre o assunto, sugere-se a leitura de artigo elaborado por Marcelo Casseb Continentino no Observatório da Jurisdição Constitucional, intitulado “A *Notwithstanding Clause* e a Constituição do Canadá”, disponível no seguinte endereço eletrônico <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/484/310>

[4] Apenas para ilustrar os contornos de algumas situações em que se identificou um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, cabe mencionar a recente promulgação da lei a respeito do aviso prévio proporcional (Lei nº 12.206, de 2011), que foi uma clara resposta do Congresso Nacional ao fato de o STF estar na iminência de declarar a inconstitucionalidade por omissão do Congresso Nacional em face do disposto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição (anunciando, no julgamento, a possibilidade de dispor sobre uma regulação provisória do tema). Pode-se citar, ainda, o caso relacionado ao número de vereadores nos Municípios: com o objetivo de superar o entendimento do STF manifestado nos autos do RE nº 197.917 (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7/5/2004) – em que foi reconhecida, com fundamento no inciso IV do art. 29 da Constituição, a necessidade de observância da proporção entre o número de vereadores e a população dos Municípios para a composição de suas respectivas Câmaras –, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 58, de 2009. Examinando a nova norma, nos autos da ADI 4.307-MC, o STF apenas limitou a eficácia da referida Emenda Constitucional, para que fosse observado o princípio da anterioridade eleitoral estabelecida no art. 16 da Constituição. Outra situação que serve de exemplo de tentativa de diálogo institucional é retratada nos autos da ADI 2.797: ante o entendimento manifestado pelo STF com a edição da Súmula nº 394/STF, a respeito da prerrogativa de foro, o legislador ordinário houve por bem introduzir o § 1º ao art. 84 do Código de Processo Penal, para o fim de, superando o entendimento da Súmula, fixar a competência especial por prerrogativa de função ainda que o inquérito ou a ação penal tivessem início após a cessão do exercício da função pública (Lei nº 10.628, de 2002). No julgamento da referida ADI, o STF, por maioria, considerou esse dispositivo legal inconstitucional.

#### **Date Created**

08/09/2012