

Com quantos votos se faz uma lei inconstitucional?



A conclusão do resultado do julgamento da ADI 4.066, de relatoria da

ministra Rosa Weber, em que se discutia a constitucionalidade da permissão para extração e uso de uma das variedades de amianto no Brasil – a crisotila ou asbesto branco – trouxe novamente ao Plenário do Supremo Tribunal Federal uma questão importante: com quantos votos se declara uma lei inconstitucional e que fazer quando esse quórum não é atingido?

O quórum de votação é um tema relevante para o funcionamento de qualquer órgão colegiado. No Brasil, como se sabe, a matéria tem estatura constitucional. O artigo 97 da Constituição de 1988 determina que “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Trata-se da chamada “cláusula de reserva de plenário”, que elege este órgão como única instância encarregada de deliberações constitucionais nos tribunais e especifica a maioria absoluta como quórum de julgamento. A exigência aplica-se a qualquer tribunal do país e já constava de longa data no ordenamento constitucional brasileiro, nas Cartas de 1934 (art.179), 1937 (art. 96), 1946 (art. 200), 1967 (art. 111) e 1969 (art. 116).

No Supremo, exigir maioria absoluta significa dizer que são necessários votos de seis dos onze ministros que compõem a Corte. Não importa quantos ministros estejam efetivamente presentes na sessão nem os eventuais impedimentos que possam existir no caso. São sempre necessários seis votos para a declaração de inconstitucionalidade, tanto em controle concreto, quanto pela via da ação direta.

Na verdade, há dois quóruns em questão. Um para instalação da sessão de julgamento, que é de oito ministros, e outro para julgamento, que é de 6 votos, em se tratando de matéria constitucional. O quórum de julgamento tem base constitucional: é preciso maioria absoluta dos membros para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (6 de 11). O quórum para instalação da sessão, não. Está

previsto no regimento interno do Tribunal e na legislação que trata das ações de controle de constitucionalidade.

O Regimento Interno no STF estabelece no art. 143 que o Plenário “se reúne com a presença mínima de seis ministros”. No parágrafo único do artigo está a exigência de quórum para votação de matéria constitucional: “O quórum para votação de matéria constitucional e para a eleição do presidente e do vice-presidente, dos membros do Conselho Nacional da Magistratura e do Tribunal Superior Eleitoral é de oito ministros”. Ou seja, o quórum para instalação da sessão em matéria constitucional é maior do que o que ordinariamente se exige para os julgamentos no tribunal.

Para a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a Lei 9.882/99, no art. 8º, determina que a decisão “somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros”. Na Lei 9.868/1999, que regula o processo o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a previsão consta no art. 22: “A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros”.

A diferença entre os dois quóruns tem evidente implicação prática. Faltando quórum para instalação, o julgamento é adiado. Não pode haver deliberação. Mas que fazer quando, atingido o quórum de julgamento e instalada a sessão, não houver seis votos nem pela constitucionalidade nem pela inconstitucionalidade do ato normativo em julgamento?

Foi o que ocorreu no recente julgamento da ADI 4.066, aqui já mencionada. Colhidos os votos, o placar indicava 5 a 4 pela procedência da ação e, por conseguinte, pela declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada. Não havia seis votos nem a favor nem contra a constitucionalidade da lei. E o resultado do julgamento acabou proclamado nos seguintes termos:

“O Tribunal, por maioria, conheceu da ação, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, o Tribunal computou cinco votos (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) pela procedência da ação, e quatro votos (dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) pela improcedência da ação, e, por não se ter atingido o quórum exigido pelo artigo 97 da Constituição, não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante.”

Diante do placar formado, havia, ao menos, duas alternativas de interpretação, em face da regra do art. 97 da Constituição Federal. A primeira seria proclamar o resultado da ação como improcedência, uma vez que não foi atingido o quórum de maioria absoluta – seis votos – exigido pelo texto constitucional. A segunda seria proclamar, como resultado, a procedência da ação, já que assim se posicionou a maioria dos ministros no julgamento (5 a 4), mas sem os efeitos vinculantes que são próprios desse tipo de julgamento (art. 103, §2º, da Constituição). Ou seja, embora a ação seja julgada procedente, a norma impugnada não é retirada do ordenamento jurídico, segue aplicável.

Prevaleceu, no julgamento, a proposta da Presidente, Ministra Cármen Lúcia, que optava pela segunda alternativa de interpretação, diante da necessidade de que a proclamação refletisse a maioria formada no

juízo. Afinal, se os votos da maioria foram pela procedência da ação direta, não se poderia proclamar o resultado oposto, fazendo prevalecer o voto da minoria.

Mas neste ponto também não houve unanimidade. O ministro Alexandre de Moraes pediu a palavra para sustentar a posição oposta, dizendo:

“Presidente, só uma questão que é interessante: o pedido principal da ação para a procedência é a declaração da inconstitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade só pode ocorrer por maioria absoluta, artigo 97. Consequentemente, não houve atendimento ao pedido principal. Então, não houve procedência, houve maioria num sentido. Mas a ação, na verdade, é improcedente, não é procedente.”

O fundamento da posição divergente está mais próximo da textualidade do artigo 97 da Constituição. São necessários seis votos para que se declare a inconstitucionalidade da lei. Faltando um, a lei é constitucional. Não importa que se tenha formado maioria em sentido oposto. O texto constitucional exige maioria absoluta. Só poder haver declaração de inconstitucionalidade com esse quórum.

Mutatis mutandis, tem-se situação similar à que se observa, no âmbito do processo legislativo, na votação de propostas de emenda constitucional e de projetos de lei complementar. Não atingido o quórum constitucional, de três quintos para aquelas (art. 60, §2º) e maioria absoluta para estas (art. 69), está rejeitada a proposição, mesmo que a maioria (simples) fosse pela aprovação. A maioria, nesse caso, deve ser qualificada.

Argumentava o Ministro Alexandre de Moraes, a esse respeito: “Se a declaração de inconstitucionalidade exige seis, não se chegou à procedência. É um dos raros casos em que a minoria, na verdade, prevalece, porque não se atingiu o quórum constitucional. Não há mudança de resultados, dos efeitos, mas qual a única procedência? Declaro procedente para declarar inconstitucional; se não pode declarar inconstitucional, se nós fizermos o raciocínio ao contrário, se não há possibilidade constitucional de se declarar inconstitucional, é improcedente; mesmo por minoria, é improcedente. Essa ação foi improcedente. É estranho.”

Na prática, a decisão não afasta a controvérsia jurídica quanto à validade da autorização para o uso de crisotila no Brasil. O tema voltará a ser debatido no Plenário, quando forem a julgamento outras ações sobre esse tema, como as ADIs 3.470, 3.406 de relatoria da ministra Rosa Weber, e a ADPF 109 de relatoria do ministro Edson Fachin. Até lá, segue em vigor a disposição declarada inconstitucional pelo STF.

Não foi a primeira vez em que o STF adotou esse entendimento e julgou procedente uma ação direta sem efeitos vinculantes. A mesma diretriz foi adotada na ADI 4.167, de relatoria do ministro Joaquim Barbosa, em que se discutia a constitucionalidade da Lei 11.738/2008, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

A controvérsia quanto ao resultado dizia respeito especificamente ao disposto no § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008, norma que disciplinava a jornada de trabalho dos profissionais do magistério público da educação básica. A dúvida, dessa vez, surgiu porque participaram do julgamento apenas dez ministros da Corte. Estava impedido o Ministro Dias Toffoli, por ter atuado no feito ao tempo em que exercia o cargo

de Advogado-Geral da União. O placar do julgamento, quanto a essa disposição, acabou então empatado. Foram cinco votos pela constitucionalidade e o mesmo número pela inconstitucionalidade. O resultado, quanto ao ponto, foi proclamado nos seguintes termos:

“O Tribunal julgou a ação improcedente, por maioria. Quanto à eficácia erga omnes e ao efeito vinculante da decisão em relação ao § 4º do art. 2º da Lei nº 11.738/2008, o Tribunal decidiu que tais eficácias não se aplicam ao respectivo juízo de improcedência, contra os votos dos Senhores Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Ricardo Lewandowski. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 27.04.2011”.

Na prática, está em vigor a disposição legal questionada, como se o julgamento simplesmente não tivesse ocorrido. Nem está confirmada a presunção de validade da lei, tampouco ela foi declarada inconstitucional, com efeitos vinculante e contra todos, como manda o art. 103, §2º, da Constituição Federal. Permanece aberta a via do controle difuso para todos aqueles que pretendam discutir a validade da previsão legal do § 4º do art. 2º da Lei 11.738/2008.

Em 19 de agosto de 2017, o Tribunal decidiu voltar a discutir o tema, agora pela via do controle de concreto. Por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da controvérsia (tema 958), tomando como processo-paradigma o RE 936.790, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Em sua manifestação, o relator destacou:

“Cabe ao Tribunal definir, sob a óptica da repercussão geral, a validade do § 4º do artigo 2º da Lei 11.738/2008, em face da Constituição Federal, considerada a ausência de vinculação dos demais Tribunais ao que decidido no exame da ação direta nº 4.167, relator o ministro Joaquim Barbosa, acórdão publicado no Diário da Justiça de 24 de agosto de 2011.”

Ao escolher um paradigma para julgar novamente o tema, o Tribunal confessa que o resultado proclamado na ADI 4.167 equivale a um não julgamento, uma decisão sem eficácia jurídica. Dá-se o mesmo que se viu no caso do amianto. Deliberar sem efeitos vinculantes, em ADI, é não decidir e, na prática, postergar a decisão para outra oportunidade, aguardando um novo julgamento sobre o mesmo tema.

Até lá, a dúvida jurídica remanesce. De que vale uma decisão sem efeitos jurídicos?

Date Created

09/09/2017