

**A AGONIA POR DETRÁS DA SEÇÃO 33 E DA PEC 03/2011: A
CONVERSA DOS (TRÊS) PODERES EM MEIO A SOCOS, GRITOS E
PONTAPÉS ¹**

**THE STRUGGLE BEHIND THE SECTION 33 AND THE
CONSTITUTIONAL AMENDMENT 03/2011: THE (THREE) BRANCHES
DIALOGUE BETWEEN PUNCHES, SCREAMS AND KICKS**

Matheus Henrique dos Santos da Escossia ²

RESUMO

O presente trabalho visa abordar qual a interpretação viável para a Proposta de Emenda Constitucional n.º 03/2011, de autoria do deputado Nazareno Fonteles. Para tanto, principia-se com uma comparação da PEC 03/2011 com a *section 33* da *Charter* canadense, essa como principal exemplo de supremacia legislativa. Com efeito, faz-se uma incursão sobre os mecanismos de interação entre o Poder Legislativo e Judiciário, em especial o poder de reforma investido ao Congresso, a inconstitucionalidade progressiva e o apelo ao legislador. Por último, imerso em uma nova dinâmica de separação de poderes, propõe-se qual seria a interpretação viável da PEC 03/2011.

PALAVRAS-CHAVES: EMENDA CONSTITUCIONAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; CONGRESSO NACIONAL; INTERPRETAÇÃO; SEPARAÇÃO DE PODERES

¹ Esse trabalho é fruto das discussões do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), coordenado pelo Prof. Doutor Nelson Camatta Moreira.

² Graduando da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), membro do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), coordenado pelo Prof. Doutor Nelson Camatta Moreira.

ABSTRACT

The following article aims to approach which is the viable interpretation for the Constitutional Amendment Purpose n. ° 03 from 2011, written by the congressman Nazareno Fonteles. In order to obtain it, we will begin by comparing the Amendment with the section 33 from the Canadian Charter, considering the section the main example of legislative supremacy. Therefore, we will analyze how the Legislative and Judiciary branches interact, specially the revision power conceded to the Congress, the progressive unconstitutionality and the “legislator appeal”. After all, by emerging from the new separation of powers dynamics, we will propose what is the viable interpretation for the Amendement.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL AMENDEMENT; JUDICIAL REVIEW; CONGRESS; CONSTITUTIONAL INTERPRETATION; SEPARATION OF POWERS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Proposta de Emenda Constitucional 03/2011, de autoria do deputado federal Nazareno Fonteles, tem sido amplamente anunciada como a “possibilidade de o Congresso Nacional sustar os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal”³. Essa PEC alteraria o art. 49, V, da Constituição Federal, ao inserir o termo “outros poderes” no lugar do “Poder Executivo”⁴. Dessa forma, o Poder Judiciário também estaria inserido no controle do poder regulamentar por parte do Legislativo.

A justificação da emenda trazida pelo deputado é calcada, basicamente, em três argumentos: *i)* o art. 49, XI⁵, prevê um mandamento constitucional para a preservação da competência legislativa do Congresso; *ii)* existe uma lacuna da possibilidade do Poder Legislativo sustar os atos do Poder Judiciário, para o cumprimento do referido mandamento; *iii)* a emenda garantiria a independência e harmonia dos Poderes⁶.

Apesar de toda agonia por detrás da PEC 03/2011, que supostamente surge como um assombro para aqueles que veem um retrocesso no tocante à revisão judicial⁷, a interpretação de que as decisões jurisdicionais estariam submetidas ao crivo do Congresso não merece prosperar. Por razões mais bem delineadas no capítulo 3, caso a emenda autorizasse a submissão, inevitavelmente ela seria reputada inconstitucional pelo STF. E ainda que não padecesse do vício, geraria sérios problemas institucionais, especialmente com o iminente “derruba-restaura”, uma vez que a Corte declararia a inconstitucionalidade e o Congresso negá-la-ia num ciclo infinito.

³ “PEC autoriza Congresso a sustar atos do Judiciário”, CONJUR, 1º mar 2011. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-mar-01/pec-permite-congresso-suspenda-decisoes-judiciario>>. Acesso em: 19 ago 2012.

⁴ A atual redação do art. 49, V é a seguinte: “art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V- sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.”

⁵ Art.49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.

⁶ Proposta de Emenda à Constituição 03/2011, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 19 ago 2012.

⁷ Aqui compartilhamos com a ideia de Conrado Hübner Mendes, em utilizar a expressão revisão judicial (*judicial review*) como sinônima de controle de constitucionalidade, Cf. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.10. Essa escolha se deve a concepção de que a revisão judicial é um termo mais abrangente e sobremodo mais preciso do que o controle de constitucionalidade, o qual recairia na ultrapassada concepção de concentrado versus difuso.

A PEC 03/2011, desse modo, pouco se assemelharia com a *section 33* da *Charter* canadense. A *section 33* ilustra a possibilidade de as decisões jurisdicionais da Suprema Corte canadense serem revertidas pelo Parlamento ou as legislaturas das províncias⁸. O chamado *legislative override* tem espaço nas questões que envolvam liberdades e direitos fundamentais. No Canadá, ao contrário do Brasil, existe expressamente um instrumento que permite submeter decisões do Judiciário ao crivo do Poder Legislativo.

Todavia, o alto custo político e outras formas mais suaves (ou menos adversariais) de interação tornaram a *section 33* um mecanismo pouco recorrente no cotidiano canadense. O alto custo político reside justamente na crise institucional que invariavelmente surgiria com decisões antagônicas dos Poderes. Com relação às outras formas de interação, a *section 1* é outro meio pelo qual o legislador é capaz de restringir direitos e liberdades “apenas observando limites razoáveis prescritos em lei que podem ser justificados numa sociedade democrática e livre”⁹.

A PEC 03/2011, por óbvio, não seria a transposição da *section 33*, ou qualquer outro elemento de supremacia legislativa, como teme larga parte da opinião pública e da doutrina. Ao contrário, a esfera de aplicação da futura emenda é de sobremodo restrita, visto que não alcança as decisões jurisdicionais do STF.

Além dos limites que o “novo” artigo 49, V, deve observar, vale salientar que já existem outros meios de interação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário brasileiro, em especial a investidura do poder de reforma ao Congresso Nacional, a inconstitucionalidade progressiva e o apelo ao legislador. Dessa forma, por mais que se fizesse um esforço para inserir determinadas decisões do STF em “atos normativos”, a emenda quedaria por ser vã.¹⁰

⁸ O texto da *section 33* é o seguinte: “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of the Charter. (2) An act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may reenact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) Applies in respect of a reenactment made under subsection (4)”

⁹ A *section 1*, por sua vez, contém a seguinte redação: “The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free democratic society.”

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 4-30.

2 ASPECTOS DA *SECTION 33* DA *CHARTER* CANADENSE

A *section 33* possivelmente representa o mecanismo de mais profunda interação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo que se observa no constitucionalismo ocidental moderno. Isso se deve pela expressa previsão constitucional de que o Parlamento ou as legislaturas provincianas podem rejeitar dada decisão jurisdicional da Suprema Corte canadense.

Conrado Hübner Mendes indica que “[a] Seção 33 deu ao parlamento o poder de recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial”¹¹. Dessa forma, não é um exagero afirmar que a *Charter* canadense fez uma expressa escolha de supremacia legislativa, como forma de contrabalancear os “anseios contramajoritários”¹². Assim, o *legislative override* seria uma forma de o Parlamento indicar que a decisão proferida pela Suprema Corte está em desconformidade à Constituição ou seria inaceitável para a maioria¹³.

O funcionamento desse dispositivo, tal como visto na introdução, permite que tanto o Parlamento quanto as legislaturas das províncias (equivalentes às Assembleias Legislativas no Brasil) possam deliberar de modo a preservar a lei atacada pela revisão judicial, num prazo (renovável) de cinco anos. Entretanto, o *override* seria restrito às leis que versassem sobre direitos e liberdades fundamentais.

Esse instituto foi supostamente criado como forma de aperfeiçoar a interação entre o Poder Legislativo e Judiciário do Canadá. O diálogo instaurado entre esses *branches* teria o escopo de concretizar a democracia e os direitos fundamentais. Todavia, uma série de críticas cerca esse instituto.

A primeira crítica diz respeito ao alto custo político por detrás da *section 33*, tal como leciona Rodrigo Brandão, “a má redação da *override clause* e o seu péssimo uso tornam-na uma

¹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

¹² Anseios contramajoritários é a expressão de que as Cortes estão incumbidas de defender primordialmente as minorias (argumentos de princípio), ao passo que as Legislaturas estariam inclinadas às maiorias (argumentos de política), tal como preconizado por Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 141.

¹³ “It allows legislature to reverse a Court decision with an ‘in-your-face’ reply that suggest that the Court wrongly interpreted the constitution or its decision was simply unacceptable to the majority.” ROACH, Kent. **The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue**. Toronto: Irvin Law, 2001, p. 265.

piscina suja, ou seja, um dispositivo constitucional que caiu em desuso, diante do altíssimo custo político do seu emprego.”¹⁴ É forçoso admitir que tal como indicado na introdução, esse custo político inevitavelmente levaria a uma crise institucional, uma vez que cada Poder buscaria prevalecer sua concepção ao invés da do outro.

A segunda crítica, conforme Kent Roach, diz respeito à suposta “tirania legislativa”¹⁵, a qual daria lugar às legislaturas, tanto nacionais quanto provincianas, a delinear os contornos dos direitos fundamentais. “Com efeito, a circunstância de a cláusula aludir à superação de direitos fundamentais por maiorias legislativas ordinárias, [...] revela claramente que seu objetivo [...] era preservar a supremacia parlamentar.”¹⁶ Assim, seria um tanto quanto questionável que o mesmo Poder que “cria” os direitos fundamentais ser ele o responsável por indicar qual a sua interpretação cabível.

As duas críticas desenham o porquê da *section 33* não fazer parte da rotina jurídica canadense nesses 30 anos de *Charter*. Tanto o simbólico custo político quanto a iminência de uma tirania legislativa dotaram esse instrumento de pouca efetividade. Janet Hiebert indica que a *override clause* somente seria um instrumento útil, caso o Parlamento revisse a legislação levando em conta as preocupações judiciais sem comprometer a efetividade dos objetivos legislativos¹⁷. Diante dessa dificuldade, surgem outros meios de interação entre Legislativo e Judiciário, em especial a *limitation clause* da *section 1*, que igualmente cumpre o papel de dinamizar a democracia e os direitos fundamentais.

Conforme todo o exposto, a PEC 03/2011 em pouco se assemelha a *section 33*, meio mais contundente que se tem conhecimento no constitucionalismo moderno de reversões judicial. A simples leitura da proposta de alteração já permite aduzir que o poder regulamentar ou a delegação legislativa não se confundem com decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais não serão submetidas ao crivo do Congresso Nacional.

¹⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 242.

¹⁵ “[t]he override can result in legislative tyranny, but it is a tyranny that is explicit for all the world to see and that must be revise when the override expires.” ROACH, Kent. **Op. Cit.**, p. 265.

¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Op. Cit.**, p. 242.

¹⁷ “Before considering use of the override, Parliament should give serious consideration to whether it can revise legislation in a manner that satisfies judicial concerns, without seriously compromising the integrity or effectiveness of the legislative objective.” HIEBERT, Janet L., **Charter Conflicts: what is the Parliament role?** Montreal & Kingston: McFrill- Queen’s University Press, 2002, p. 63.

3 (RELEVANTES) MEIOS DE INTERAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO E O LEGISLATIVO

Tal como visto no capítulo anterior, a PEC 03/2011 não se presta a reproduzir um mecanismo de reversão legislativa tal como a *section 33* da *Charter* canadense. Porém, por mais que se fizesse um esforço hermenêutico para estender a norma constitucional às decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, essa norma inevitavelmente quedaria por ser vã.

A razão por detrás da “desnecessidade” da norma reside na existência de outros mecanismos que dão ensejo à interação entre o Judiciário e o Legislativo. Além disso, os meios já disponíveis são menos tormentosos do ponto de vista político, uma vez que não se trata de réplicas do tipo “tapa na cara”¹⁸, mas sim meios de interação mais sutis.

Dentre os meios que já desenham a interação entre os referidos Poderes, inclusive com o alcance de rever decisões jurisdicionais, estão: a) o poder de reforma investido ao Congresso Nacional; b) as decisões do Supremo Tribunal Federal que invocam o apelo ao legislador e a inconstitucionalidade progressiva.

3.1 O PODER DE REFORMA COMO INSTRUMENTO DE REVERSÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

Os adeptos das teorias do ativismo judicial têm como fundamento basilar a (in) capacidade do Poder Legislativo no exercício de suas funções. Omissões legislativas, crises na democracia representativa¹⁹, fisiologismo partidário são típicas causas justificadoras de uma proeminência do Poder Judiciário. “Suas (legisladores) motivações se reduzem a uma variável simples: escolherão tudo aquilo que aumentar as chances de reeleição e de ampliar o poder individual. São, nesse sentido, agentes políticos autointeressados.”²⁰

¹⁸ A respeito da *section 33*, Kent Roach indica que se trata de um “*in-your-face reply*”, uma vez que o Parlamento pode inequivocamente dizer que a Corte julgou de maneira errada. ROACH, Kent. **Op. Cit.** p. 265.

¹⁹ Nelson Camatta Moreira traz a ideia de “fantocheização” da democracia, em razão da apatia política na escolha dos representantes, bem como o rearranjo de aspectos da democracia direta com a indireta. MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 57-58.

²⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Op. Cit.**, p. 84.

Diante do insucesso do Legislativo, surgiria como inevitável a ascensão do Poder Judiciário²¹, como o agente mais capacitado para exercer a interpretação e, por conseguinte, a concretização de direitos fundamentais. Em virtude dessas razões, Martônio Mont'Alverne salienta:

O descredenciamento dos parlamentares, em especial daqueles que governam, ou seja, os do sistema parlamentarista, cresce cotidianamente, encontrando adeptos, principalmente, nos juristas defensores da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade.²²

Os mais ardorosos defensores da ampliação da revisão judicial, no entanto, não tratam de uma característica essencial na interação entre o Judiciário e o Legislativo – a investidura do poder de reforma a esse último poder (Congresso Nacional, no caso brasileiro)²³. Por mais que haja (pertinentes) críticas à atuação do Legislativo brasileiro, é indubitável a relevância que as emendas constitucionais desempenham no balanceamento dos poderes.

A forma mais idônea de superação das decisões jurisdicionais está nas emendas constitucionais, por duas razões simbólicas. A primeira delas é a outorga do poder de reforma à legislatura ordinária²⁴ por parte do Poder Constituinte, como ferramenta de atualização da Constituição. A segunda delas é o processo legislativo das emendas, que possui um caminho mais tormentoso do que as demais espécies normativas.

Muito embora o Judiciário seja intérprete da Constituição e, por óbvio, também desempenhe o nobre papel de adequação da Constituição às exigências atuais, sua atuação deve ser condizente com as normas constitucionais. Por isso, ao emendar determinado enunciado normativo constitucional, inevitavelmente o STF deverá atualizar o seu posicionamento que se fundava no enunciado anterior.

²¹ Dois dentre os vários argumentos da ascensão do Judiciário que se destacam são: i) as Cortes seriam “politicamente insuladas”, ou seja, estariam à margem das pressões políticas. Cf. ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980. ii) As Cortes possuiriam melhores condições para a “leitura moral da Constituição”. Cf. DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 2-4.

²² LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3, ano 2003, p. 561.

²³ “Quando da eleição dos congressistas para exercerem o poder legislativo, a Constituição também confere a estes parlamentares o exercício do poder reformador, ambos poderes constituídos.” PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A Constituição Viva: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 81.

²⁴ Rechaçamos os termos Poder Constituído e Poder Constituinte Derivado, por acreditar que o Poder Constituinte é uno e se exaure na promulgação da Constituição. Assim, mais coerente com essa ideia está o termo poder de reforma.

Esse tipo de interação é comum no cenário jurídico brasileiro. O primeiro exemplo diz respeito ao teto administrativo dos servidores públicos, previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal. O STF por diversas ocasiões indicou que ao teto remuneratório dos servidores públicos não se aplicaria as vantagens obtidas pelos agentes. Com a emenda constitucional 41/2003, o Congresso pacificou o tema e expressamente previu que as vantagens estão incluídas no cômputo do subsídio mensal.

Outro exemplo diz respeito ao custeio de serviço da iluminação pública, que se encontra autorizado no art. 149-A, da Carta Maior. Em diversas oportunidades, o STF reputou como inconstitucionais leis municipais que taxavam esse serviço. A emenda 39/2002 sedimentou o tema e previu em sede constitucional a possibilidade dos municípios cobrarem o custeio.

Os dois exemplos delineiam como as decisões do STF nem sempre são a última palavra sobre dado tema. Pelo contrário, as decisões da Corte operam como o início de uma deliberação a ser realizada por um processo decisório que envolve outros agentes políticos, em especial o Legislativo e seu poder de reforma. As decisões jurisdicionais, por consequência, inevitavelmente são superadas.

3.2 O APELO AO LEGISLADOR E A INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA COMO DECISÕES DEIXADAS EM ABERTO

A investidura do poder de reforma conferido ao Congresso Nacional não é o único meio pelo qual o STF tem suas decisões “avaliadas” por aquele Poder. O princípio do apelo ao legislador e a inconstitucionalidade progressiva são exemplos de como as decisões do STF ficam condicionadas à manifestação do Legislativo.

A “lei ainda inconstitucional” e o apelo ao legislador tecem pontos de contato, apesar de possuírem certas peculiaridades. Ambos consistem em situações jurídico-constitucionais imperfeitas, uma vez que dependem de providências ulteriores para que alcancem seu âmbito de aplicação com plenitude.

A inconstitucionalidade progressiva recai sobre determinada norma que, embora nitidamente inconstitucional, o contexto sugere que seja menos danoso preservá-la no sistema do que reputá-la inconstitucional. Gilmar Mendes, transpondo as lições do Tribunal Alemão para o Brasil, aduz que:

A Corte Constitucional reconhece a legitimidade da aplicação provisória da lei declarada inconstitucional se razões de índole constitucional, em particular, motivos de segurança jurídica, tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional de que a anteriormente existente.²⁵

A decisão do Judiciário que preserva a norma inconstitucional no sistema é um típico exemplo de como essa decisão deve passar pelo crivo do Legislativo, pois é o Poder responsável por contornar a situação jurídica imperfeita (muito embora em razoável parte das vezes tenha sido o Poder por dar ensejo a essa situação).

O *leading case*, no Brasil, da inconstitucionalidade progressiva trata-se do Recurso Extraordinário 135.328 – São Paulo, de relatoria do ministro Marco Aurélio. O objeto do Recurso era a legitimidade do Ministério Público em oferecer Ação Civil *Ex Delicto* nos casos do titular do direito ser pobre, conforme art. 68, do Código de Processo Penal, muito embora a Constituição tivesse atribuída à Defensoria Pública a defesa dos necessitados.

A sustentação da inconstitucionalidade progressiva, liderada pelo min. Sepúlveda Pertence e que foi acolhida por unanimidade, indica que

[...] a implementação de uma ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição [...] subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.²⁶

O eminente ministro prossegue e salienta que as atribuições constitucionais transferidas de uma instituição a outra, depende da legislação infraconstitucional, bem como de fatos materiais para que torne a transferência eficaz²⁷.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 228.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 135.328**. Disponível em : <[http:// redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207841](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207841)>. Acesso em: 29 ago 2012. p. 22.

²⁷ Idem, p. 23.

O apelo ao legislador, na esteira da inconstitucionalidade progressiva, também está imerso num cenário inconstitucional, porém, esse cenário advém da própria inatividade legislativa. “Não raro reconhece a Corte que a lei ou a situação jurídica não se tornou ‘ainda’ inconstitucional, conclamando o legislador a que se proceda à correção ou à adequação dessa ‘situação ainda constitucional’”²⁸.

Recorre-se ao apelo ao legislador em virtude de três possíveis situações, quais sejam: a) mudança nas relações fático-jurídicas, que carecem de regulação por parte do legislador; b) inadimplemento de dever constitucional de legislar; c) falta de evidência da ofensa constitucional²⁹.

O caso de grande repercussão desse princípio foi a ADI 3682 – MT, relatoria do ministro Gilmar Mendes. O objeto da controvérsia foi a não criação da Lei Complementar que regulasse o art.18, § 4º da Constituição Federal, o que inevitavelmente conduziu a uma situação de inconstitucionalidade. Em razão dessa omissão, o STF declarou procedente a ação para que o Congresso Nacional adotasse num prazo de 18 (dezoito) meses as providências necessárias. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, aduz que o apelo ao legislador se funda no inadimplemento do dever de legislar:

Essas peculiaridades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional [...]. Dessa forma, pode o Supremo Tribunal Federal reconhecer a mora do legislador em deliberar sobre a questão, declarando, assim, a inconstitucionalidade da omissão.³⁰

A inconstitucionalidade progressiva e o apelo ao legislador, ambos como lados de uma mesma moeda, são nítidos exemplos de como as decisões do STF não bastam por si (ou como dito no capítulo anterior, não são a última palavra). Em virtude de certas peculiaridades o Judiciário deve recorrer ao Legislativo para que atue de modo a fazer valer a decisão e, portanto, essa decisão queda por ser submetida ao crivo desse último Poder.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Op. Cit.**, p. 237.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Op. Cit.**, p. 239-246.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3.682. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 29 ago 2012.

4 A (ÚNICA) INTERPRETAÇÃO VIÁVEL PARA A PEC 03/2011

Tal como construído até então, a PEC 03/2011 pouco se assemelha à *section 33* da *Charter* canadense, que é o inequívoco meio de reversão das decisões jurisdicionais por parte do Legislativo. Além disso, por mais que se imaginasse a emenda com essa função, o sistema jurídico brasileiro já dispõe de outros meios mais sutis de interação (e reversão) dessas decisões.

Em virtude de tais circunstâncias, a futura norma constitucional está em plena consonância com o sistema constitucional remanescente. Porém, antes de vislumbra qual seria a interpretação viável da PEC 03/2011, cumpre tecer alguns esclarecimentos do cenário jurídico em que ela se acomoda.

O principal temor daqueles que creem na inconstitucionalidade da emenda está na iminente violação ao princípio de separação de poderes. Ocorre, contudo, que a atual dinâmica desse princípio não compactua com uma relação estaque entre os Poderes, os quais ficariam circunscritos apenas as suas funções atípicas.

Conforme sustentado em outro trabalho, é plenamente admissível auferir a existência de uma “separação de poderes à brasileira”³¹, com a exigência de uma releitura da dicotomia entre as funções típicas e atípicas desempenhadas por cada Poder. Essa releitura torna anacrônica a ideia de que legislar não faz parte da esfera do Poder Executivo³², uma vez que as medidas provisórias já ocupam papel indispensável de inovação da ordem jurídica³³. Nesse mesmo sentido, julgar também faz parte da esfera do Legislativo, basta rememorar a função desempenhada pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs).

³¹ ESCOSSIA, Matheus. A possibilidade de sobrestamento das medidas provisórias a partir da Teoria Estruturante de Friedrich Müller. In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Vitória. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2012. p. 10470.

³² Clémerson Clève aduz que “governar pode significar legislar”. CLÈVE, Clémerson. **Medidas Provisórias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19.

³³ Sobre esse papel indispensável, Marco Aurélio Sampaio salienta que “É certo que há interesse do Congresso em dialogar poderes relativos à medida provisória na exata linha em que há interesse em participar do governo, influenciar políticas, agenda e trazer benefícios a redutos eleitorais”. SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida Provisória, Diálogo Constitucional e a Falácia de Usurpação de Poderes Legislativos pelo Executivo. **Revista de Direito do Estado – RDE**. (ORG) BARROSO, Luís Roberto. Ano I, n.º 4, Rio de Janeiro: Renovar, out/dez 2006. p. 127.

Calcado numa Constituição inexaustivamente garantidora, resta insofismável que o princípio da separação de poderes deve ser avaliado no sentido de concretizar as “promessas constitucionais”³⁴. Pedro Abramovay, ciente dessa exigência, sugere que

A única maneira de atingir essa constituição democrática do Estado é a existência de um mecanismo de separação de Poderes, com um sistema de freios e contrapesos, que possibilite procedimentos públicos e claros de tomada de decisão, que permita a permanente aferição se as decisões são as de fato embasadas em argumentos que se vinculam de maneira direta, e não apenas simbólica, ao povo.³⁵

O Poder Judiciário, por conseguinte, também se encontra inserido nessa dinâmica de separação de poderes. As instruções normativas expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior Eleitoral, por exemplo, estão imersas naquela dinâmica e quedam como indispensáveis para o desenvolvimento do ordenamento jurídico. Supostamente “funções atípicas”, cumprem um irrepreensível papel de complementação da atividade legislativa.

Todo esse cenário dá indícios de como deve ser interpretada a PEC 03/2011. A reforma não teria o escopo de instaurar uma espécie de supremacia legislativa, pelo contrário, endossaria a atuação legislativa do Congresso Nacional. O deputado relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Nelson Marchezan Júnior, que sustentou a constitucionalidade da emenda, mencionou que

[o] melhor entendimento, portanto, é no sentido de que a PEC nº 3/2011 dará ao Congresso Nacional esse instrumento, qual seja, a possibilidade de sustação, mediante decreto legislativo, de atos normativos e decisões administrativas, emanados pelo Poder Executivo, Poder Judiciário, CNJ, CNMP, Ministério Público, Defensoria Pública ou Tribunal de Contas da União (TCU), desde que extrapolem os limites da delegação legislativa de que dispõem.³⁶

O Congresso Nacional, por meio dessa norma constitucional, possuiria um mecanismo para reger os atos normativos que exorbitem a competência dos outros Poderes³⁷. Não seria o caso de decisões jurisdicionais, mas sim competências originariamente legislativas inevitavelmente atribuídas a outros poderes, que seria o objeto da emenda.

³⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: **Revista do Direito do Estado - RDE**, n.º 16, Renovar, out/dez 2009.

³⁵ ABRAMOVAY, Pedro. **Separação de Poderes e Medidas Provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier – FGV, 2012, p. 37

³⁶ Parecer do Relator n. 1, da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 21 ago 2012.

³⁷ Note que o deputado relator colocou outras instituições, tais como Ministério Público e Tribunais de Contas, no mesmo patamar que os clássicos Poder Executivo e Judiciário, em nítida consonância com a nova ótica de separação de poderes que sustentamos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como delineado nos capítulos anteriores, a crença de que a PEC 03/2011 se prestaria por tornar o Poder Judiciário, em especial o STF, submisso ao Legislativo não há de prosperar, pelas seguintes razões: *i*) o objeto dessa reforma não é inserir um mecanismo de reversão judicial por parte do Congresso Nacional; *ii*) ainda que fosse, existem outros meios menos adversariais para tal ambição, tais como o poder de reforma, o princípio do apelo ao legislador e a inconstitucionalidade progressiva; *iii*) e se fosse essa a perspectiva, inevitavelmente essa emenda seria reputada inconstitucional, em clara violação ao princípio de separação de poderes.

Ao comparar a PEC 03/2011 com a *section 33* da *Charter* canadense, essa última instrumento com o escopo de permitir que a interpretação constitucional do Legislativo prevaleça sobre a do Judiciário, pode-se constatar que são instrumentos essencialmente diversos. A PEC 03/2011 não se estende às decisões jurisdicionais, de modo que o STF em sua atuação julgadora estaria imune a esse instituto.

Além disso, o cenário jurídico brasileiro já conta com mecanismos de reversão das decisões jurisdicionais da Corte. O poder de reforma é usualmente recorrido como meio de condicionar a atuação do STF, que passa a rever sua jurisprudência de modo a manter-se em conformidade com as inovações constitucionais. O apelo ao legislador e a inconstitucionalidade progressiva são outros meios de que as decisões emanadas da Corte não bastam por si, pois dependem de providências ulteriores do legislador.

Por fim, a dinâmica atual do princípio da separação de poderes leva a crer que a PEC 03/2011 teria seu âmbito de atuação ligado às atividades normativas (legislativas, de fato, nesse novo contexto) realizadas pelos outros poderes. Assim, a PEC 03/2011 nada mais reafirmaria o decreto legislativo como meio de reger as atuações normativas exorbitantes levadas a cabo por outros poderes. A agonia, por consequência, é em vão.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro. **Separação de Poderes e Medidas Provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier – FGV, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista do Direito do Estado - RDE**, n.º 16, Renovar, out/dez 2009.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição 03/2011, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 19 ago 2012.

_____. Parecer do Relator n. 1, da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 21 ago 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 3.682**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 29 ago 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 135.328**. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207841>>. Acesso em: 29 ago 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CLÈVE, Clèmerson. **Medidas Provisórias**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a moral reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. **Levando direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ESCOSSIA, Matheus. A possibilidade de sobrestamento das medidas provisórias a partir da Teoria Estruturante de Friedrich Müller. In: XX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 20, 2011, Vitória. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais/XXcongresso/Integra.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2012.

HIEBERT, Janet L., **Charter Conflicts: what is the Parliament role?** Montreal & Kingston: McFrill- Queen's University Press, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A Democratização das Indicações para o Supremo Tribunal Federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 3, ano 2003.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e Garantias Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. **A Constituição Viva**: Poder Constituinte Permanente e Cláusulas Pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on trial**: judicial activism or democratic dialogue. Toronto: Irvin Law, 2001.

SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida Provisória, Diálogo Constitucional e a Falácia de Usurpação de Poderes Legislativos pelo Executivo. **Revista de Direito do Estado – RDE**. (ORG) BARROSO, Luís Roberto. Ano I, n.º 4, Rio de Janeiro: Renovar, out/dez 2006.