

PRESERVAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

*Ives Gandra da Silva Martins**

Questão relevante que se coloca para os intérpretes da Constituição é o que diz respeito às competências do legislador positivo do Congresso Nacional e do legislador negativo do Poder Judiciário.

O artigo 49, inciso XI, da Constituição Federal determina que cabe ao Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Interpreto tal comando superior como uma determinação imposta pelo constituinte (poder-dever) ao Legislativo de não permitir que outros Poderes (Executivo e Judiciário) legislem em seu lugar.

Muito embora Celso Bastos vincule-o mais ao inciso V – sem excluir sua autonomia intrínseca – à evidência, o constituinte cuidou da invasão perpetrada por qualquer um dos outros Poderes¹.

De rigor, se o art. 2º do mesmo texto constitucional declara que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, cabe a cada um deles exercer as atribuições que lhe foram prioritariamente outorgadas pela Constituição, e apenas a eles².

*Professor Emérito das Universidades Mackenzie e UNIFMU e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército. Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, da Academia Paulista de Letras e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

¹ Celso Ribeiro Bastos assim o comenta: “Esse preceito é um tanto enigmático. Embora encerre princípio perfeitamente recomendável, que haja zelo, proteção, cautela, com relação à preservação da faculdade legislativa, seria importante que enunciasse quais são os meios de que se pode valer o Poder Legislativo para proceder a essa preservação. Trata-se, na verdade, de preceito tautológico, repetitivo e já constante na Constituição em outro passo.

Quer-nos parecer que o que de mais próximo existe, como medi da ao alcance legislativo para preservar a sua competência legislativa, seria o inc. V desse mesmo artigo que lhe permite sustar os atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Entendemos que em ambos os casos, isto é, tanto na extravasão da lei pelo regulamento quanto na extravasão na delegação legislativa, por envolver uma ofensa à competência normativa do Poder Legislativo, a faculdade a ser exercida seria a de sustar o ato do Poder Executivo. Sobre essa atividade já tivemos oportunidade de bordar os comentários que se nos afiguraram cabíveis no momento próprio: inc. V do art.49 (*Comentários à Constituição do Brasil*, Ed. Saraiva, 2002, p. 135).

² Em aula para o programa “Conheça a Constituição”, disse sobre o artigo 2º: “O Artigo 2º diz que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E é bom esclarecer, de início, que dois desses três poderes são políticos e um é técnico.

O Executivo e o Legislativo são, na verdade, poderes políticos. O Legislativo é eleito pelo povo. Por essa razão é que o Parágrafo Único diz que “todo poder emana do povo”. Sendo seus integrantes eleitos pelo povo, são poderes políticos. De tempos em tempos eles passam pelo teste das urnas. Se o governante ou o parlamentar é bom, normalmente ele é reconduzido; se for mau, não será reconduzido.

Mas o terceiro poder, o Judiciário, é técnico. No Brasil, há um concurso para se entrar no poder Judiciário, e, nos tribunais, pela necessidade da presença de pessoas com experiência no exercício de outras funções essenciais à administração da justiça – o Minis-

Ora, no dia 27 de abril o Supremo Tribunal Federal decidiu que tem poder de legislar, ao declarar que cabe a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para instituir nova hipótese de aborto – ou seja, o aborto eugênico – do anencéfalo, em caso concreto.

Não quero entrar, neste artigo, a discutir, se é o caso de adotar ou não o aborto generalizado, ou acrescentar somente o aborto eugênico ao rol das hipóteses permitidas pela lei para antecipação da morte do nascituro, pois sobre a matéria já escrevi inúmeras vezes³.

Aquilo que me parece, entretanto, gravíssimo é a invasão declarada pelo Supremo Tribunal Federal da competência legislativa do Congresso Nacional.

Quatro dos Ministros daquela Corte votaram não admitindo a invasão (Carlos Mário Velloso, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau)⁴.

O Ministro Carlos Mário Velloso assim se manifestou:

“Assim posta a questão, admitir uma exclusão do crime de aborto, sem as cautelas de uma regulamentação séria, como, por exemplo, a que é adotada na França, seria temerário, mesmo porque não se pode descartar a possibilidade de clínicas de aborto criminosos se utilizarem da medida. Um dado importante: a regulamentação deveria exigir a necropsia do feto, a fim de se verificar se foi acertado o diagnóstico.

Ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional” (grifos meus)⁵.

A ministra Ellen, inclusive, lembrou que há sete projetos de lei no Congresso sobre o homicídio uterino – não se utilizou desta expressão que é de minha responsabilidade –, inclusive sobre o aborto do anencéfalo, e que a definição sobre se se deve ou não adotar essa nova forma de antecipação da morte do nascituro mal formado, é, típica e exclusiva, função do Congresso Nacional⁶.

tério Público e a Advocacia –, há um quinto constitucional, isto é 1/5 dos cargos dos Tribunais é preenchido por advogados e membros do Ministério Público” (*Conheça a Constituição – Comentários à Constituição Brasileira*, vol. 1, Ed. Manole, 2005, p. 23).

³ Em meu livro *Na imprensa* (Ed. Brasil, 2005), organizado por meu filho Rogério Gandra Martins, há diversos artigos meus sobre a impossibilidade de qualquer forma de aborto, no direito brasileiro após a Constituição de 1988.

⁴ O Informativo do STF assim resumiu os votos vencidos: “Vencidos os Ministros Eros Grau, Cesar Peluso e Ellen Gracie que não conheciam da ação por considerar, em síntese, que o pedido de interpretação conforme dos artigos implicaria ofensa ao princípio da reserva legal, criando mais uma hipótese de excludente de punibilidade. Vencido, da mesma forma, o Min. Carlos Velloso que julgava incabível a arguição, em razão de a pretensão da argüente equivaler, em última análise, a uma declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de disposições legais pré-constitucionais. Determinou-se, por fim, o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do art. 6º, § 1º da Lei n. 9882/99. ADPF 54 QO/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 27/4/2005” (*Informativo STF*, Brasília 25 a 29/4/2005, n. 385).

⁵ Notas taquigráficas, que me foram enviadas a pedido, pelo Ministro Carlos Mário Velloso de seu voto na ADPF 54-8-DF.

⁶ No livro *Direito à Privacidade* (ed. Ideias e Letras/CEU, 2005, coordenado por mim e por Antonio Jorge Ferreira e escrito por Adalberto Simão Filho, André Ramos Tavares, Antonio Jorge Pereira Jr., Carlos Aurélio Mota de Souza, Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Domingos Franciulli Neto, Felix Ruiz Alonso, Gilberto Haddad Jabur, Ives Gandra da Silva Martins, Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli, Maria Helena Diniz, Miguel Reale, Paulo Restiffo Neto, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Ricardo de Paula Alves, Thiago Luís Santos Sombra, Victor Gabriel de Oliveira Rodriguez), diversos autores sustentam a exegese de que não há mais o direito de produção de lixo hospitalar humano, no direito brasileiro.

A tese, todavia, de que, no moderno direito constitucional, os “vácuos” legislativos podem ser supridos pelo Poder Judiciário, terminou prevalecendo, entendendo 7 dos 11 ministros, que não precisavam esperar a discussão dos 7 projetos de leis, e que poderiam suprir a discussão legislativa, admitindo terem competência para instituir nova hipótese de eliminação do nascituro, à luz de um até agora indefinido “preceito fundamental descumprido” sobre a dignidade da mulher, sem considerar a dignidade da criança uterina desprovida do tubo neural, mas provida de todas as características pertinentes ao ser humano. Tanto é assim que, se nascer, terá que ser enterrada com um nome e se falecer no ventre materno com mais de 500 gramas, também deverá ser enterrada com respeito, pois se trata de um ser humano e não de um animal.

Data maxima venia aos Ministros que se revestiram de funções legislativas e eliminaram o direito dos parlamentares de discutir os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, parece-me que sua decisão esbarra com o disposto no art. 49, inciso XI da Constituição, que declara caber ao Poder Legislativo zelar pela preservação de sua competência legislativa em face dos outros Poderes, ou seja, dos Poderes Judiciário e Legislativo⁷.

Entendo, pois, que se os presidentes da Câmara e do Senado decidirem anular a decisão do STF, existe fundamento jurídico para fazê-lo, visto que o constituinte outorgou poderes aos legislador para repelir a invasão de outros poderes na competência legislativa, que é peculiar ao Congresso Nacional. E, no caso, a invasão é nítida, pois que os 7 projetos em tramitação no Parlamento foram deletados pela decisão mencionada na ADPF n.54.

Creio que seja de fundamental importância que o Congresso preserve sua competência, anulando a decisão do STF, eis que apenas aos representantes do povo eleitos livremente, e não aos eminentes ministros do STF indicados por um homem só (o presidente da República), cabe decidir sobre matéria de tal relevância, a saber: o tratamento legislativo a ser dado ao direito do nascituro à vida⁸.

Preocupa-me sobremaneira – e tenho pelos 11 ministros do STF profundo respeito – o perigosíssimo precedente aberto, pois, a partir dele, através de qualquer ação por descumprimento

⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim comenta o dispositivo: “Zelar pela preservação de sua competência – Nada havia a este respeito no direito anterior. Todavia, era óbvio que todo titular de competência pode, e deve, zelar pela preservação de sua competência.

O texto em estudo tem o caráter de uma recomendação ao próprio Congresso Nacional, para que não tolere que outros Poderes, no fundo o Poder Executivo, usurpem a sua competência legislativa, de modo aberto ou disfarçado. Tem relação, portanto, com o previsto no inc. V deste mesmo artigo” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, p. 314).

⁸ É interessante notar que Gilmar Ferreira Mendes, um dos cinco membros da Comissão que elaborou o projeto de Lei n. 9882/99 admite que apenas se houver “violação da Constituição” é possível utilizar-se da ADPF: “A Constituição Federal de 1988 estabelece ser admissível recurso extraordinário quando a **decisão recorrida contrariar disposição desta Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face do texto constitucional.**

Assim, ao contrário do que se verifica em outras ordens constitucionais, que limitam, muitas vezes, o recurso constitucional aos casos de afronta aos direitos fundamentais, optou o constituinte brasileiro por admitir o cabimento do recurso extraordinário contra qualquer decisão que, em única ou última instância, contrariar a Constituição” (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99*, Jurídico Atlas, 2001, São Paulo, p. 132). Os outros incisos comentados foram por Celso Bastos (presidente), Arnoldo Wald, Oscar Corrêa e o autor deste artigo.

de preceito fundamental, poderá a Máxima Corte legislar, reduzindo-se, o Congresso Nacional, ao papel de mero acólito, no processo normativo. Em outras palavras, os Ministros do STF, que não são eleitos pelo povo, mas escolhidos por um homem só – o Presidente Lula indicará até o fim de seu mandato 5 dos 11 Ministros e já indicou 4 ! – poderão, evidentemente, mediante a ADPF, legislar em lugar do Parlamento Nacional, sempre que assim o desejarem⁹.

A matéria é de extrema importância para o futuro do Estado Democrático de Direito, não me parecendo justo – por mais competentes e preparados que sejam os juizes da Suprema Corte – que 11 magistrados possam substituir os 513 deputados e 81 Senadores eleitos por toda a nação¹⁰.

No Velho Testamento, lê-se que, no tempo em que os juizes governavam, o povo hebreu sofreu muito. Que não criemos um “Livro dos Juizes” no país, visto que cabe ao povo decidir, por seus representantes, aquilo que quer inserir no seu ordenamento positivo¹¹. E não, a um reduzidíssimo elenco de técnicos – por mais brilhantes e bem intencionados que sejam – faze-lo, com base em suas convicções pessoais.

Se o Congresso Nacional não exercer seu “poder-dever” de zelar por sua competência legislativa, temo pelo futuro da verdadeira representação popular no Brasil. A democracia estará, efetivamente, em perigo.

⁹ O artigo 101 da Constituição Federal está assim redigido: “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” (grifos meus).

¹⁰ Sobre a matéria escrevi artigo para o jornal *O Estado de São Paulo* intitulado “Pode o STF legislar?” (10/11/2004, p. A-2).

¹¹ O Livro dos Juizes encontra-se entre os livros históricos do Velho Testamento.