

# CLÁUSULA DO NÃO OBSTANTE: UMA ALTERNATIVA AO MODELO INSTITUCIONAL VIGENTE

Rodrigo Victor dos Santos\*

**Resumo:** O presente trabalho destina-se ao estudo da denominada “cláusula do não obstante”, ferramenta constitucional utilizada pelo Canadá, alternativa no conflito institucional vislumbrado entre o Legislativo e o Judiciário, e a sua aplicabilidade à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Palavras-Chave:** Artigo Científico. Conflito Institucional. Alternativa. Canadá. Carta Canadense de Direitos e Liberdades, Cláusula do não obstante. Aplicabilidade. Constituição da República Federativa do Brasil.

## 1. INTRODUÇÃO



om 23 anos, a Constituição da República Federativa do Brasil jamais esteve tão eminente como na atualidade. Nomeada constituição cidadã, provoca na sociedade atual profundas mudanças rompendo dogmas a muito repetidos e, de certa maneira, causando perplexidade por legitimar ou deslegitimar a conduta do Estado e do particular nos mais diversos ramos da sociedade e do direito.

Nessa perspectiva, uma das mais controversas questões emanadas por seu texto é a polarização entre a Corte Constitucional e a Casa Legislativa. Com efeito, se por um lado a Mag-

---

\* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito, do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB. Orientador: Saul Tourinho Leal.

na Carta garante a independência dos poderes da União, por outro, confere ao judiciário o direito e o dever de garanti-la relativizando, suprimindo e, por vezes, criando leis.

No mesmo diapasão, mas sobre outro enfoque, enquanto ao legislativo se confere a legitimação direta do Povo que o elege através do sufrágio universal, ao judiciário é dada a mesma legitimidade, entretanto, apenas indiretamente vez que não participa do processo democrático direto, mas é composto por indivíduos indicados pelo Presidente da República sabatinados pelo Congresso Nacional.

A controvérsia que se apresenta, sobrepuja os limites do texto constitucional, e coloca em posições antagônicas duas das principais manifestações do constitucionalismo brasileiro: processo democrático de direito e controle de constitucionalidade.

Neste cenário, surgiram proposições de alteração do sistema vigente, no intuito de encerrar a disputa que se estabeleceu entre o judiciário e o legislativo brasileiro sob o pretexto de concretização do texto constitucional.

Muito além do conflito político nacional, outros países já se debruçaram sobre a questão. No Canadá, foi criada interessante ferramenta de equalização das funções legislativa e judicial do Estado moderno: a denominada cláusula do não obstante.

Segundo tal ferramenta é possível que, respeitados uma série de procedimentos legais, o legislativo derogue decisão judicial desinteressante às pretensões populares.

No Brasil, tomando por modelo o sistema canadense, surgiu a proposta de Emenda a Constituição n. 33/2011 que propõe, dentre outras coisas, a inclusão do § 2º-A ao artigo 102 da Carta Magna, redigido nos seguintes termos: *“As 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 con-*

*tra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.*

Todavia, dada a incompatibilidade verificada entre a PEC 33/11 e o modelo constitucional brasileiro, o § 2º-A acabou por ser retirado da proposta.

Não obstante, mantem-se no ordenamento jurídico controvérsia tangente a titularidade da última palavra no controle concreto de constitucionalidade, tornando-se de grande valia análise de aplicabilidade de modelos alternativos como o percebido no Canadá.

Dessarte, parte-se à averiguação da proposta de pesquisa.

## 2. A CLÁUSULA DO NÃO OBSTANTE CANADENSE

### 2.1 FUNCIONAMENTO DA CLÁUSULA DO NÃO OBSTANTE

A cláusula do não obstante é um dispositivo constitucional único previsto no ordenamento jurídico canadense, encontrando-se disposto na seção 33 da denominada Canadian Charter of Rights and Freedoms (Carta Canadense de Direitos e Liberdades), e redigido nos seguintes termos:

*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 sections 7 to 15 of this 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 the 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 be specified in the declaration.*

*(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).*

*(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).<sup>1</sup>*

Trata-se de interessante instrumento constitucional que confere ao parlamento e às assembleias provinciais a prerrogativa de, excepcionalmente, relativizar decisões judiciais que, fundadas em garantias previstas na Carta, afastem ou possam afastar legislação infraconstitucional.

Todavia, para que seja invocada, o órgão interessado deverá abrir mão de lei ordinária explícita, aprovada por maioria absoluta da casa, onde derrogar-se-á o direito fundamental indicando-o especificamente, sendo defeso às casas legislativas invocar modalidade legislativa subordinada, ou fazê-la de maneira implícita.

No entanto, o dispositivo não é aplicável à totalidade das previsões fundamentais, podendo produzir efeitos apenas con-

---

<sup>1</sup> 33. (1) O parlamento e as Casas Legislativas de uma Província podem declarar expressamente em uma Lei do Parlamento ou da Casa legislativa, conforme for o caso, que a Lei ou uma previsão sua deve operar não obstante a previsão da seção 2 ou das seções 7 à 15 desta Carta.

(2) Uma Lei ou uma previsão de uma Lei a respeito de qual é o efeito de uma declaração feita sobre essa seção deve possuir tal operação do mesmo modo que deve se referir à previsão dessa Carta.

(3) Uma declaração feita com base na seção (1) deve cessar seu efeitos cinco anos depois de iniciar sua vigência, ou em data anterior especificada na declaração.

(4) O Parlamento ou a Casa Legislativa de uma província podem re-ativar uma declaração feita com base na subseção (1)

(5) A subseção (3) é aplicável a re-ativação feita com base na subseção (4).

tra as seções 2, e 7 à 15 que incluem em suas provisões direitos como os de liberdade de expressão, liberdade de consciência, liberdade associativa, liberdade de reunião, direto à vida, liberdade e segurança da pessoa, proteção contra busca e apreensão injustificada, proteção contra prisão ou detenção arbitrária, igualdade, entre outros, *verbis*:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

(...)

Fundamental freedoms

*2. Everyone has the following fundamental freedoms:*

*(a) freedom of conscience and religion;*

*(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;*

*(c) freedom of peaceful assembly; and*

*(d) freedom of association.*

(...)

Life, liberty and security of person

*7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.*

Search or seizure

*8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.*

Detention or imprisonment

*9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.*

Arrest or detention

*10. Everyone has the right on arrest or detention*

*(a) to be informed promptly of the reasons therefor;*

*(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and*

*(c) to have the validity of the detention determined by way of habeas corpus and to be released if the detention is not lawful.*

*Proceedings in criminal and penal matters*

*11. Any person charged with an offence has the right*

*(a) to be informed without unreasonable delay of the specific offence;*

*(b) to be tried within a reasonable time;*

*(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;*

*(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;*

*(e) not to be denied reasonable bail without just cause;*

*(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;*

*(g) not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence under Canadian or international law or was criminal according to the general principles of law recognized by the community of nations;*

*(h) if finally acquitted of the offence, not to be tried for it again and, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again; and*

*(i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.*

Treatment or punishment

*12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.*

*(...).*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Carta Canadense de Direitos e Liberdades

(...)

Liberdades Fundamentais

2. Todos tem as seguintes liberdades fundamentais:

- (a) liberdade de consciência e religião;
- (b) liberdade de pensamento, crença, opinião e expressão, incluindo liberdade de imprensa e outras mídias de comunicação;
- (c) Liberdade de reunir-se pacificamente; e
- (d) liberdade de associação.

(...)

Vida, liberdade e segurança da pessoa

7. Todos tem direito à vida, liberdade e segurança da pessoa e o direito de não ser privado disso exceto de acordo com os princípios da justiça fundamental.

8. Todos possuem o direito de serem assegurados contra busca ou apreensão desarrazoada.

Detenção e aprisionamento.

9. Todos possuem o direito de não ser arbitrariamente detidos ou aprisionados.

Arresto ou detenção

10. Todos tem o direito de encarcerados ou detidos

- (a) de serem informados apropriadamente das razões para tanto;
- (b) de manter e instruir advogado sem demora e ser informado desse direito; e
- (c) de ter a validade da detenção determinada por meio de habeas corpus e de ser liberado se ilegal a detenção.

Procedimentos nas questões penais e criminais.

11. Qualquer pessoa acusada de um delito tem o direito:

- (a) de ser informada sem adiamento desmotivado do delito que lhe é imputado;
- (b) de ser julgada em tempo razoável;

Em sendo assim, alguns dos direitos localizados na carta fundamental canadense não estão sujeitos à seção 33 (cláusula do não obstante). São eles: direitos democráticos (seção 3 a 5), direitos de locomoção (seção 6), direitos de linguagem (seções 16 a 22), direitos à educação de idioma minoritário (seção 23), e a garantia a igualdade entre homens e mulheres (seção 28). Outrossim, não estão submetidas à seção 33 as seções 24 (aplicação da carta), 27 (herança multicultural), e 29 (escolas confessionais).

Destaque-se também que esta ferramenta singular esta condicionada a um período de validade de 5 anos, devendo então ser submetida novamente ao crivo do órgão que a invocou que, por sua vez, estará legitimado a prorrogar sua vigência por período de igual duração.

---

(c) de não ser compleida a ser testemunha nos procedimentos movidos contra si tangentes ao delito;

(d) de ser presumida inocente até que prove-se culpada nos termos da lei em audiência pública e justa realizada perante tribunal independente e imparcial;

(e) de não lhe ser denegda fiança razoável, sem justa causa;

(f) exceto no caso de uma infracção à lei militar julgada perante um tribunal militar, ao benefício de julgamento por júri quando a pena máxima para o crime for de prisão por cinco anos ou punição mais severa;

(g) não ser considerada culpada por ato ou omissão, a menos que, no momento da prática constitua infracção à lei canadense ou internacional ou afigure-se crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações unidas;

(h) de se absolvida, não ser julgada novamente pelo mesmo motivo e, finalmente, se considerada culpada e punida pelo crime, de não ser julgada ou punida novamente; e

(i) de se for considerada culpada, tendo sido a punição para o crime alterada entre o momento da comissão e o tempo de sentença, ser beneficiada pela menor punição cominada.

Tratamento ou punição

12 A todos é garantido direito de não ser submetido a qualquer tipo de tratamento ou punição cruel e incomum.

(...).



Sobre este ponto cumpre frisar que o período da legislatura canadense é de 5 anos, de sorte que, invocada em determinada lei, é possível que, através do processo democrático de direito, a população canadense confira a casa legislativa em questão composição diversa da que elaborou o diploma derogatório, possibilitando-se que, através de voto direto, a nova composição parlamentar derrubasse lei elaborada sob o manto da Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá.

Finalmente, é de se destacar que devem as províncias e o governo federal observar a sua área de competência, não podendo uns infringir a esfera de outros.

## 2.2 ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA À CLÁUSULA DO NÃO OBSTANTE NO CANADÁ

Embora tenha seu berço no Canadá, a cláusula do não obstante não é, como poderia se pensar, uma unanimidade entre os juristas e cientistas políticos canadenses. Com efeito, encontram-se na doutrina e nos discursos políticos, argumentos a favor e contra a utilização da prerrogativa parlamentar.

Neste ensejo, aqueles que defendem a cláusula do não obstante argumentam não existir ofensa aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, visto tratar-se de medida excepcional, sujeita a termo reavaliativo de 5 anos. Sustentam também ser a maneira que possuem as casas legislativas, enquanto órgãos eleitos, de se fazerem prevalecer sobre as decisões unilaterais dos juízes, que não participam diretamente do processo democrático e a quem não foi conferida a prerrogativa de agir como se legislador fosse.

Outrossim, posto que apenas uma parcela dos direitos fundamentais previstos pela Carta Magna está sujeita à Seção 33, arguem não existir significativa ameaça aos direitos fundamentais ali previstos. Ademais, vislumbram que, devido às inúmeras possíveis interpretações dos dispositivos fundamen-

tais, é possível que a aplicação de determinado direito viole política pública essencial, de sorte que a última palavra nestes casos deve ficar com o órgão político diretamente eleito que, devido à sua constante renovação e maior proximidade às camadas sociais da população, é capaz de melhor compreender as necessidades sociais.

Aparentemente, grande parte desses argumentos decorrem do denominado princípio da soberania parlamentar, herdado pelo ordenamento jurídico canadense do ordenamento Inglês que confere aos órgãos parlamentares parcela de supremacia sobre as previsões constitucionais de modo que, embora não possam derogá-las, podem, fundados em critérios razoáveis, limitá-las.

Deve-se mencionar ainda que referido princípio funda-se na representatividade popular dos órgãos parlamentares, visto que, como diversas vezes mencionado, são eleitos por sufrágio universal direto. Diante desta perspectiva, argumenta-se que invocada a cláusula do não obstante, se descontente, o povo teria voz para na legislatura subsequente eleger legisladores que não a revalidariam.

Por outro lado, argumentam os críticos da cláusula que a interpretação dos direitos previstos pela Magna Carta é conferida ao judiciário justamente para que se protejam os direitos de uma minoria discriminada em virtude da diretriz popular. Neste sentido se pronunciava um dos maiores constitucionalistas Canadenses Eugene Forsey:

“A cláusula do não obstante é uma adaga apontada para o coração das nossas liberdades fundamentais, e deveria ser abolida. Embora não se aplique à toda Carta de Direitos, é aplicável a um grande número de direitos e liberdades que, por outro lado, são assegurados (...)

Dessa maneira, concede, claramente, aos legisladores federais e provinciais poderes amplos

para, da maneira como quiserem, limitarem ou negarem esses direitos e liberdades. A carta não teria protegido os Japoneses Canadenses que foram forçosamente internados durante a Segunda Guerra Mundial. Não protegeria também qualquer pessoa que advogasse por uma causa atualmente pouco popular.

Talvez nenhuma das legislaturas utilize novamente a cláusula do não obstante. Mas ela está aí. E se essa adaga for arremessada, as cortes não terão forças para proteger nossos direitos assim como era antes do advento da Carta de Direitos.” (JOHANSEN. PHILIP. 2008).

Outrossim argumenta-se que a inserção da cláusula do não obstante criou uma virtual hierarquia de direitos, conferindo prevalência àqueles que não podem ser relativizados.

### 3. A PROPOSTA BRASILEIRA

Contemporaneamente, as discussões a respeito do papel do poder judiciário na democracia moderna têm se intensificado. No Brasil, o advento da Constituição Federal de 1988 tornou a discussão ainda mais acirrada. Para uns, o judiciário foi elevado a condição de grande protetor das disposições constitucionais, devendo, portanto, titularizar a palavra final no que tange a hermenêutica do diploma fundamental. Para outros, há muito o judiciário vem violando basilar princípio do estado democrático de direito - o da divisão funcional das funções estatais - agindo de maneira legiferante e excessivamente ativa, ultrapassando, dessa maneira, os limites da função que lhe foi originariamente atribuída.

Neste ensejo, surge, no ano de 2011, a proposta de Emenda à Constituição da República n. 33 que, entre outras providências, insere nas suas predisposições o seguinte:

*Artigo 3º. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:*

*"Art. 102. ...*

*...*

*§ 2º-A As 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.*

*§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.*

*§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.*

Trata-se de dispositivo que, em sua essência, assemelha-se muito ao modelo de cláusula derogatória canadense e que, se aprovado, conferiria ao Congresso Nacional e, por simetria, às Assembleias Legislativas, poderosa ferramenta legislativa. No entanto, existem importantes diferenças entre a proposta brasileira e o modelo canadense, vejamos.

### 3.1 DIFERENÇAS ENTRE O ART. 3º DA PEC 33, A A SEÇÃO 33 DA CARTA CANADENSE DE DIREITOS

Comparando a construção legislativa da proposta brasileira à do modelo canadense, é de se concluir que, embora o mecanismo de funcionamento seja o mesmo, a aplicação da ferramenta difere em quase sua totalidade.

Embora ambas se destinem a conferir às respectivas casas legislativas o poder de relativizar decisões constitucionais consideradas impertinentes, verifica-se à primeira vista que o âmbito de aplicação de cada uma delas é diverso.

Ao passo que no Canadá a seção 33 é aplicável apenas à legislação ordinária, no Brasil a PEC 33 constrói a possibilidade de manifestação parlamentar contrária a declaração de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional. Ou seja, nesta perspectiva, legitimar-se-ia a coexistência de dispositivos constitucionais conflitantes.

Outrossim, enquanto a cláusula canadense é diretamente legitimada pela casa legislativa, no ordenamento jurídico pátrio a manifestação parlamentar submeter-se-ia à consulta popular, que seria realizada, por meio de referendo, após a apreciação do Congresso Nacional.

Nesta mesma toada, destaca-se que a PEC brasileira não prevê a que direitos e garantias seria aplicável a exceção parlamentar, sendo lícito concluir que, nos moldes em que proposta, incidiria sobre qualquer modalidade de previsão constitucional. Ou seja, a função legislativa do Estado encontrar-se-ia legitimada para relativizar qualquer modalidade de previsão constitucional.

Do mesmo modo, ao contrário do que ocorre no Canadá, não existe na proposta pátria um período de vigência e revalidação pré estabelecido, que no Canadá foi estipulado em 5 anos. Destarte, nada impediria que a decisão parlamentar referendada vigesse durante tempo indefinido, sendo impossível atacá-la.

No entanto, embora nada impedisse que uma decisão to-

mada com fundamento na PEC 33 incorpore-se durante tempo indeterminado à constituição da república brasileira, o Congresso Nacional estaria adstrito a um prazo de votação e a um quórum mais qualificado do que o percebido pela Carta de Direitos canadense. Ao passo que no país anglo-saxão a maioria absoluta dos membros do parlamento é suficiente à aprovação de lei que aplique a cláusula do não obstante, no Brasil, seria necessária a aprovação de 3/5 dos membros do Congresso Nacional em votação realizada no prazo máximo de 90 dias após a notificação da Casa, período após o qual a decisão proferida pelo Pretório Excelso adquiriria eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Neste ponto chega-se à característica peculiar do projeto nacional. Por meio dele, retirar-se-ia da Ação Direta de Inconstitucionalidade duas de suas características imediatas, o seu caráter vinculante e a eficácia *erga omnes*, de modo que apenas se confirmada pelo Congresso Nacional, ou se expirado o supramencionado prazo de 90 dias tomariam lugar tais efeitos.

### 3.2 DA APLICABILIDADE DO MODELO PROPOSTO

Quanto a viabilidade jurídica do projeto parece-nos não haver dúvidas de que a proposta realizada pelo legislador é inaplicável ao ordenamento jurídico pátrio e, talvez, a qualquer democracia moderna, tendo sido posteriormente retirada da proposta inicial.

A atual concepção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada ao princípio da separação dos poderes ou, numa conceituação contemporânea, da separação das competências funcionais do Estado. Dessa concepção, exsurge também a ideia de um sistema de freios e contrapesos.

Tamanha é a importância deste fundamento elaborado por Montesquieu que, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789, consignou-se que não possuiria

“constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais” (MENDES 2010, Pág. 219).

Neste contexto, a constituição brasileira de 1988 elevou este princípio à cláusula pétrea, de sorte que apenas por meio da instituição de Poder constituinte originário é que se poderia retirar-lo do sistema jurídico nacional, não estando, portanto, sujeito a emendas do poder constituinte derivado, neste sentido o §4º, do artigo 60, da CFRB:

Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

No entanto, como visto, o modelo proposto não possui limites, aplicando-se à totalidade das disposições constitucionais. Neste caso, seria como se as cláusulas pétreas em si tivessem sido banidas, em especial o sistema de separação de poderes, visto que perderia totalmente a sua efetividade.

Com efeito, a partir do momento em que se autoriza ao poder legislativo derrogar decisão proferida pelo poder judiciário em sede de controle abstrato, em que pese o dispositivo atacado viole o princípio da separação de poderes, há de se dizer que houve subversão até mesmo do estado democrático de direito, não encontrando mais o legislativo limites na constituição da república, lhe sendo lícito até mesmo a relativização da própria estrutura republicana.

Neste ensejo é lícito concluir que, nos moldes em que idealizada, a cláusula do não obstante “brasileira” seria inaplicável a qualquer estado democrático de direito contemporâneo, sob pena de instituir-se verdadeira “ditadura legislativa”, que, se legitimada pela parcela majoritária da população, não encon-

traria limites em instrumento algum, podendo, portanto, excluir do convívio político-social minorias e grupos contrapostos ao ordenamento vigente.

Inevitável, portanto, concluirmos pela total inaplicabilidade do modelo proposto, situação ratificada pela própria comissão de constituição justiça e cidadania do congresso nacional, que optou por afastar o dispositivo da redação da PEC 33.

Ressalte-se, todavia, que embora prejudicada em sua essência, a proposta brasileira contempla um interessante adendo ao modelo canadense, instrumento de participação popular direta, o referendo.

Como mencionado, o Congresso Nacional, ao manifestar-se contrário a decisão judicial proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deveria, como condição de efetividade, submeter a sua decisão a consulta popular.

Assim, trar-se-ia a população como um todo a discussão constitucional, aumentando-se, desta feita, a sua participação no processo político.

#### 4. APLICABILIDADE JURÍDICA DO MODELO CANADENSE À REALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.

Predomina no ordenamento jurídico brasileiro a concepção de supremacia constitucional, a que se contrapõe a ideia de soberania parlamentar herdada pelo ordenamento jurídico canadense do Reino Unido.

O ordenamento constitucional brasileiro foi construído sobre a concepção de soberania constitucional. Este modelo foi idealizado a partir da construção teórica elaborada por Hans Kelsen, nessa, em uma estrutura hierarquicamente distribuída de leis a constituição da república, ocupa a base de uma pirâmide, sendo o fundamento do qual todas as outras leis ou atos normativos retiram a sua validade.



Tal característica está ligada às civilizações que adotaram o modelo de constituição escrita e rígida, teoria explorada com maestria por Alexander Hamilton (apud MENDES 2010, Pág. 58), segundo quem “nenhum ato contrário a constituição pode ser válido. Negar isto equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são mais que o próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proíbem”.

E continua, “não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar aos representantes do povo substituir a sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade” (MENDES 2010, Pág. 58).

Nesta concepção, aos juízes seria dado o dever de determinar o significado das normas extraídas do texto constitucional. Defende-se que o texto fundamental é decorrência direta da vontade do povo e, portanto, constitui em si a manifestação maior dos desejos populares, de sorte que nem ao legislativo, nem ao judiciário seria dado contrariar as normas Magnas.

Em contrapartida, no sistema da soberania parlamentar, herdado pelo Canadá do ordenamento jurídico britânico, não existe rigidez constitucional. Com efeito, a carta maior pode ser emendada pelo mesmo procedimento destinado a edição e criação de leis ordinárias.

Consoante lição proferida pela professora israelense Rivka Weill, incluem-se entre as características da soberania parlamentar o seguinte: (1) o parlamento pode criar qualquer lei ordinária exceto uma que restrinja a criação de leis posteriores; (2) a constituição tem a mesma posição hierárquica das leis ordinárias, e, portanto, pode ser emendada pelo mesmo proces-

so legislativo delas; (3) tribunais não tem o poder de revisar legislação ordinária.

No entanto, ressalta a doutrinadora que em alguns casos o sistema de soberania parlamentar acabou por ser influenciado pelo sistema da supremacia constitucional, o que confere a estes sistemas características peculiares.

É o que podemos verificar no sistema canadense. Com efeito, por influência direta dos Estados Unidos da América, embora adote a supremacia parlamentar, o Canadá possui uma Carta de Direitos Fundamentais e uma constituição rígida, possuindo um sistema de revisão judicial das leis ordinárias. Compatibiliza-se desta maneira duas concepções aparentemente insolúveis.

Ora, como seria possível conceber que, embora soberano, o parlamento estaria limitado por uma carta de direitos? A solução foi a inclusão de uma cláusula derogatória na própria carta de direitos.

Antes mesmo da criação de uma carta nacional, já existiam nas províncias canadenses experiências bem sucedidas da inclusão da cláusula em cartas de direitos fundamentais. Assim, surgia um sistema singular no qual, em que pese existir uma carta de direitos positiva rígida, o parlamento encontrar-se-ia legitimado a, excepcionalmente, derogar direito fundamental em favor de preceito considerado mais importante.

No entanto, o sistema não consagra um poder absoluto de relativização. Como demonstrado anteriormente, a cláusula do não obstante não é aplicável a carta como um todo, mas apenas a uma parcela de suas disposições.

Interessante mencionar o que ocorreu com o direito à igualdade entre sexos. Como mencionado, inicialmente a previsão era albergada pela exceção, no entanto, tamanha foi a pressão social que a garantia foi retirada da esfera de aplicabilidade, de sorte que, atualmente, o parlamento canadense não está autorizado a relativizar este direito.

Com efeito, evidencia-se que a cláusula do não obstante foi uma ferramenta criada pelo legislador canadense para compatibilizar um sistema de supremacia parlamentar a ferramentas políticas tradicionalmente incorporadas ao sistema da supremacia constitucional, como exemplo, o entrincheiramento dos direitos fundamentais que sujeita a legislação ordinária ao *judicial review*.

Neste contexto, seria possível transferir o modelo da cláusula anglo-saxã para o sistema constitucional brasileiro? Como mencionado, a assembleia nacional constituinte pátria consagrou em nosso ordenamento normativo um sistema regido pela Constituição da República que, não bastasse possuir um quórum de emenda qualificado, previu, no parágrafo 4º, de seu artigo de número 60, que determinadas cláusulas constitucionais são pétreas, ou seja, não admitem emenda, *verbis*:

Art. 60 (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

(...)

Assim, seria possível conferir ao legislativo a prerrogativa de contrariar decisão da Corte Constitucional habilitando determinada lei, embora declarada inconstitucional por violação a cláusula pétrea? Conferir tal prerrogativa não violaria a própria separação dos poderes, que se inclui no rol das cláusulas pétreas?

Com efeito, temos que apenas parte da carta magna está protegida por uma cláusula de inafastabilidade. Como demonstrado, apenas a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, e os direitos e garantias individuais são albergadas pela disposição.

No que tange ao princípio da separação dos poderes, há de se destacar que o simples fato de habilitar-se lei considerada inconstitucional pelo Pretório Excelso, não enseja violação direta do preceito constitucional. Isso porque como cediço, é conferida ao Congresso Nacional a possibilidade de, nos limites do § 4º, do artigo 60, emendar a constituição, tornando lei outrora considerada inconstitucional, constitucional, bastando que para reabilitar a lei ela passe, após a promulgação da emenda, novamente pelo procedimento legislativo competente.

No entanto, o poder de derrogação do legislativo não pode ser absoluto. Tal como observado na constituição canadense, a cláusula do não obstante tem de ser limitada a dispositivos específicos, sob pena de que, aí então, seja frontalmente violado o princípio da separação de poderes.

Outrossim, verifica-se naquele ordenamento jurídico que a cláusula derogatória só pode ser incluída no texto de leis ordinárias, não sendo aplicada às emendas constitucionais, como queria, na PEC nº 33, o legislador brasileiro.

Dessarte, desde que não incida sob emenda a constituição e que possua o seu raio de incidência bem delimitado, é possível cogitar da aplicabilidade da cláusula ao ordenamento pátrio sem que seja violado o princípio da separação de poderes.

Superado este ponto, temos que, tal como verificado no Canadá, seria inaplicável a cláusula em comento às garantias pétreas do voto direto, secreto, universal e periódico, e da forma federativa de Estado, sob pena de subversão de todo o ordenamento jurídico que, se mesmo por um momento vislumbresse a suspensão de tais garantias, poderia sofrer colapso deixando de se caracterizar como uma República Federativa.

Tais garantias podem estar sujeitas, no entanto, consoante ensinamentos do professor Gilmar Mendes, a alterações do poder constituinte derivado através de emendas constitucionais, desde que não se enseje limitação da autonomia dos entes federados ou restrição ao direito de voto, nos moldes em que se

encontra constituído atualmente (direito de voto a mulheres, analfabetos, e jovens entre 16 e 18 anos).

Isto posto, evidencia-se que a melhor alternativa seria que, se aplicada a Constituição da República Brasileira, a cláusula do não obstante fosse como que “copiada”, limitando-se sua incidência aos direitos fundamentais, última disposição pétrea a ser analisada.

Como consabido, os direitos e garantias individuais não são absolutos, ao contrário, sofrem limitações constantemente, ao chocarem-se uns contra os outros, contra direitos coletivos, difusos e transindividuais.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. (...) Igualmente no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros” (Art. 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, MENDES, 2010, pág. 316)”.

Do mesmo modo, ressalta o autor que a própria constituição da república trata de limitar determinados direitos, situação da qual, nem mesmo o direito à vida escapa, uma vez que, em caso de guerra declarada, poderá ser aplicada pena de condenação à morte.

Com efeito, a relativização dos direitos e garantias fundamentais é imprescindível ao *judicial review* que, em casos de complexidade mais apurada, terá de conferir a este ou àquele direito maior peso, restringindo, ou mesmo afastando, garantia ao declarar a inconstitucionalidade de dada Lei.

Ocorre que, nos moldes atuais, a discussão a respeito de que direitos devem prevalecer em tais e tais casos fica restrita ao judiciário brasileiro, que vincula o legislativo ao declarar no

controle abstrato a inconstitucionalidade de diploma normativo. Todavia, muitas vezes, não se trata de decisão unânime, podendo existir mais de uma interpretação válida.

Neste ponto inicia-se a tese de muitos dos defensores da cláusula do não obstante. Segundo o entendimento de tais doutrinadores a inserção do dispositivo no ordenamento jurídico é capaz de fomentar o denominado “diálogo institucional”, que já tem lugar no controle de constitucionalidade ao levar o legislador a ponderar as leis de sua autoria. A cláusula derogatória seria capaz de, consoante lição de Gonet Branco, estabelecer “um continuado diálogo, já que o Judiciário não tem necessariamente a última palavra com respeito a matérias constitucionais e a temas de política pública; o legislador quase sempre tem o poder de reverter, modificar ou nulificar a decisão judicial que fulminou uma lei e, assim, obter os seus objetivos de política social ou econômica” (GONET BRANCO 2010). Diz-se, por fim, que, desta maneira, “a objeção contramajoritária ao controle de constitucionalidade não mais poderia ser sustentada” (TREMBLAY apud GONET BRANCO 2010).

Nesta perspectiva, superadas as possíveis incompatibilidades entre o modelo canadense e as cláusulas pétreas do sistema constitucional pátrio, não existe, em verdade, manifesta incompatibilidade entre o ordenamento jurídico brasileiro e a cláusula do não obstante que, nos moldes em que redigida na Carta de Direitos Canadenses, pode enriquecer a compreensão da relação contemporânea entre os poderes legislativo e judiciário no Brasil.

Todavia, cogitada a possibilidade de importar o modelo para a Carta Magna brasileira, há mais um importante ponto a ser discutido. Estaria a sociedade brasileira, nela compreendidos o povo e os representantes políticos, preparada para a utilização da controversa ferramenta?

## 5. APLICABILIDADE SOCIOPOLÍTICA DO MODELO À

## REALIDADE NACIONAL

Ponderado o aspecto jurídico da proposta é inevitável que, no Brasil, se questione a maturidade política e social para a utilização de uma ferramenta tão complexa quanto a cláusula do não obstante.

Com efeito, verifica-se na sociedade brasileira grande descrédito para com o poder legislativo institucionalizado. Os frequentes escândalos de corrupção constatados no âmbito político elevaram significativamente o índice de reprovação do poder legislativo federal, atingindo, consoante pesquisa realizada pela Datafolha no ano de 2010, importantes 33% da população brasileira.

Por outro lado, é também verdade que, segundo pesquisa encomendada pelo TSE, nas eleições realizadas no ano de 2010, da totalidade de eleitores ativos, 21,7% não lembrava em quem votou para deputado federal e 20,6% não se recordava do voto realizado para Senador Federal

Embora não se trate de relação direta, é possível cogitar existência de relação entre o índice de aprovação social dos representantes políticos e o de participação política da população.

Para Cinnanti (2011), “a avaliação negativa pode desmotivar a participação dos cidadãos, por acreditarem que sua atuação é vã”. No mesmo sentido, segundo Howlett (Apud CINNATI 2011), “a descoberta de que a opinião pública não afeta significativamente a elaboração de políticas públicas gera o que se chama de frustração democrática”.

Neste ensejo, Benevides (Apud CINNATI 2011) pondera que o maior obstáculo ao estabelecimento de uma relação de confiança entre a sociedade e a classe política é a inexistência de meios eficazes de responsabilização do mandatário perante seus eleitores.

Revela-se, dessa maneira, descompasso entre os anseios

populares e as conquistas parlamentares, o que é agravado ainda mais por frustrações éticas e morais percebidas na constância de escândalos de corrupção (HOWLETT Apud CINNATI 2011).

Para Moisés (Apud CINNATI 2011), trata-se do grande paradoxo enfrentado pela democracia moderna. Embora eleja seus representantes, a população não participa do processo de decisão e tampouco é capaz de responsabilizar seus mandatários eleitos pelas decisões tomadas.

Neste cenário, Benevides (Apud CINNATI 2011) sugere que mecanismos como o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular seriam alternativas eficazes para a correção de desvios na representação política tradicional, podendo ser utilizados para sustentar ou derrubar decisões políticas controversas.

Destarte, se por um lado o descrédito social pode desmotivar a participação dos cidadãos, por acreditarem que sua atuação é vã; por outro, pode mobilizá-los a lutar por uma ruptura com o status, em uma tentativa de modificar a ordem vigente.

É nesta perspectiva que, se aplicada da maneira correta, a cláusula do não obstante teria potencial para se tornar socialmente interessante para a realidade brasileira.

Como mencionado anteriormente, grande parte do descrédito verificado na sociedade em relação a classe política é gerado pelo hiato existente entre o processo decisório e a responsabilização.

Com efeito, o povo não é chamado ao debate, e tampouco tem meios eficazes para tanto.

Neste ensejo, é importante destacar que tanto no processo legislativo quanto na declaração de (in)constitucionalidade de leis a população não possui meios diretos de participação.

Desta maneira, não só as decisões políticas proferidas no âmbito do legislativo são capazes de gerar a denominada “frustração democrática”, mas também decisões políticas emanadas pela Suprema Corte.



Com efeito, se é verdade que o legislativo esta submetido a pressões de lobby e de falsas maiorias, essa verdade também é extensível ao judiciário que, da mesma maneira, pode ser influenciado a, inconsciente ou conscientemente, decidir conforme anseios de lobistas titulares de poder econômico e político, ou, ainda, por concepções dogmáticas impostas por uma ficta maioria.

Como bem ressaltado por Bastos (Apud MAMEDE 2008) "as leis são rasgadas num momento político de imposição da força pela força; ou são elegantemente contornadas na conduta administrativa ou nas sentenças e acórdãos".

Por esta perspectiva, se submetida a cláusula do não obstante a um plebiscito prévio, seria possível que, em situações excepcionais, de grande controvérsia social, envolvendo conflito de direitos fundamentais, e submetendo-se a decisão a um período de reativação correspondente aos mandatos eletivos dos representantes políticos, o modelo trouxesse o debate institucional à população, enriquecendo-se a discussão e melhorando-se o grau de identificação sócio-política.

Outrossim, é cogitável que, instaurado esse diálogo político social por meio de plebiscito em situações de grande controvérsia, a cláusula do não obstante viesse a diminuir a distância percebida entre a população e o poder institucionalizado, chamando-a a discutir causas de maior relevância, o que poderia ensejar ainda maior politização popular.

Por fim, é importante mencionar, que tal como na carta canadense, seria interessante que, como supramencionado, eventual importação da ferramenta viesse acompanhada de cláusula de reativação a fim de que periodicamente fosse avaliada a necessidade de sua manutenção.

Como cediço, "as eleições periódicas no regime democrático servem como mecanismo de controle, dando a oportunidade de o eleitor rever sua delegação e buscar eleger um corpo parlamentar que o represente com maior qualidade e preci-

são” (CINNATI 2011).

Assim, cada eleição conferir-se-ia a sociedade a oportunidade de alterar a composição política do congresso nacional que estaria legitimado a, vigendo diploma normativo albergado pela cláusula, convocar novo plebiscito para revisão da decisão popular.

## 6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que, atendidos determinados requisitos, seria possível aplicar um modelo de cláusula do não obstante semelhante ao canadense à realidade jurídica brasileira.

Do mesmo modo, é possível vislumbrar que, observados alguns aspectos, a ferramenta seria benéfica político-socialmente, ensejando certo grau de aproximação entre a sociedade e o poder político institucionalizado, e levando o denominado diálogo institucional, não só aos poderes da república, mas também a população pátria.

No entanto, devido às peculiaridades características do ordenamento jurídico e da sociedade brasileira, a proposta de importar-se referido sistema pressupõe uma série de desafios.

Do ponto de vista político seria necessário que, tal como no berço do modelo, a cláusula do não obstante fosse invocada apenas excepcionalmente, sob pena de gerar-se profunda instabilidade jurídica.

Outrossim, nos moldes em que imaginada neste trabalho, a aplicação da ferramenta demandaria convocação de plebiscito, não só aprioristicamente, mas também periodicamente na constância de eleições legislativas, o que como consabido demanda grande dispêndio financeiro e complexa organização pública.

Por outro lado, é importante frisar novamente que, no Canadá, o sistema já havia sido aplicado à legislação ordinária

de várias das províncias, possuindo à época de sua nacionalização histórico de excepcionalíssima utilização.

No Brasil é inevitável se concluir que a federalização ou nacionalização imediata de tal clausula sem que nunca se tenha utilizado tal prerrogativa poderia levar a uma utilização desenfreada do dispositivo, o que geraria profunda instabilidade institucional.

Neste ensejo, é lícito ponderar que, apesar de afigurar-se como enriquecedora alternativa ao debate sobre a titularidade da última palavra no controle concreto de constitucionalidade de leis tangentes a direitos e garantias fundamentais, não existe no Brasil maturidade jurídica ou política para a aplicação do sistema, carecendo a própria ideia de maturação.



## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, part I of the constitution act, 1982. (Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/charter/>) Acesso em: 17 dez 2011

MAMEDE. Gladston. Hipocrisia: o mito da cidadania no Brasil. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24962-24964-1-PB.html>> Acesso em 15 abr. 2012

CINNATI, Cristina J.J. A (des)confiança do cidadão no poder legislativo e a qualidade da democracia no brasil. E-Legis, n.06, p.84 - 95, 1º semestre de 2011. Disponível em: <

- [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6204/cinnanti\\_desconfianca\\_cidadao.pdf?sequence=5](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6204/cinnanti_desconfianca_cidadao.pdf?sequence=5)>.  
Acesso em 15 abr. 2012.
- GONET BRANCO, P. G. Experiências no Controle de Constitucionalidade - O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. DPU nº 31, Jan-Fev 2010 Acesso em: 12 jan. 2011
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 2010. Pág. 316.
- PEC 33/2011 Deputado Nazareno Fonteles Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667> Acesso em: 20 out. 2011
- JOHANSEN, DAVID. ROSEN, PHILIP. The notwithstanding clause of the charter. Background Paper BP-194E – Parliamentary Research and Information Service. 16 October 2008. Disponível em: <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublication/s/bp194-e.pdf> Acesso em: 13 nov. 2011
- BOSCHI, R. R. Instituições Políticas, Reformas Estruturais e Cidadania: Dilemas da Democracia no Brasil. Observatório Político Sul Americano. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro IUPERJ/UCAM. Disponível em: < [www.scielo.br/pdf/rsocp/n21/a08n21.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n21/a08n21.pdf) >
- MCADAM, R. The Notwithstanding Taboo. Dalhousie University Department of Political Science, M.A. Candidate. Disponível em: < <http://www.queensu.ca/iigr/apps/journal/fedg/content/volume5.6/McAdam,%20Richard%20-%20The%20Notwithstanding%20Taboo.pdf> > Acesso em: 1 fev. 2012.
- CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos,

Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, p. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

WEILL, Rivka, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power* (April 17, 2011). *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 39, No. 2, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1812923> Acesso em: 25 Maio 2012.

HUSSEL, P. H., “The Notwithstanding Clause: the Charter’s Homage to Parliamentary Democracy,” *Policy Options* (February 2007): 65-8. Disponível em: [www.irpp.org/po/archive/feb07/russell.pdf](http://www.irpp.org/po/archive/feb07/russell.pdf) Acesso em: 5 dez 2012.

PAULO, VICENTE, 1968 – *Direito Constitucional Descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino – 5 ed., ver. E atualizada – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2010.*

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes – 21 ed. – São Paulo : Atals, 2007*