

BRUNO FURTADO VIEIRA

**PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO
MEDIDAS PROVISÓRIAS E CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NA ADIN N.º 4.029**

Dissertação apresentada como trabalho de conclusão do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu.

BRASÍLIA

2013

Vieira, Bruno Furtado.

Presidencialismo de Coalização, Medidas Provisórias e Controle de Constitucionalidade na ADIn 4.029 / Bruno Furtado Vieira. – Brasília: O autor, 2013.

125 fls.

Dissertação apresentada como trabalho de conclusão de curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu

1. Medidas Provisórias. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Presidencialismo de Coalizão. 4. ADIN 4029

I. Título

Banca examinadora

Prof. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, Dr.
Orientador

Prof. Frederico Augusto Barbosa da Silva, Dr.
Examinador Interno

Prof. Murillo de Aragão, Dr.
Examinador Externo

Dedico este trabalho a todos aqueles que acompanham meu périplo e contribuíram de alguma forma para a conclusão dessa importante etapa; ao professor Luiz Eduardo que ajudou a escrever e reescrever minha vida acadêmica e por fim à minha Mariana, “sem a qual não posso ser”.

Good timber does not grow with ease:
The stronger wind, the stronger trees;
The further sky, the greater length;
The more the storm, the more the strength.
By sun and cold, by rain and snow,
In trees and men good timbers grow.

Douglas Malloch

RESUMO

Esta pesquisa tem por objeto a ADIn 4.209, julgada em Março de 2012 pelo Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, o Tribunal - em menos de 24 horas - modificou a sua própria decisão, que considerava inconstitucional a medida provisória que criara o Instituto Chico Mendes de Biodiversidade e Conservação ou ICMBio. Aparentemente, o Supremo não imaginava que, outras centenas de Medidas Provisórias, padeciam do mesmo vício: não haviam sido apreciadas preliminarmente por uma Comissão Mista de Deputados e Senadores, como determina a Constituição (Artigo 62, §9). Isso significava que, em tese, toda essa legislação, que inclusive criou importantes programas de governo, poderia ser objeto de questionamento. Diante de intensa reação no Congresso e outros espaços da esfera pública o Supremo recuou. De forma tecnicamente controversa e recorrendo à uma interpretação dita “consequencialista”, a Corte modificou o entendimento firmado no dia anterior. No primeiro dia de julgamento, o STF havia considerado o pedido da ADIn parcialmente procedente, reconhecendo a inconstitucionalidade da violação ao Artigo 62, §9 da Constituição Federal. No dia seguinte porém, conforme expressão do ministro relator, “medindo as consequências que a decisão poderia acarretar”, o STF julgou a ADIn improcedente. A decisão assentou que a inconstitucionalidade proveniente do descumprimento do artigo citado, teria apenas eficácia *ex nunc*. Na prática o Tribunal acabou convalidando, de forma controvertida, todas aquelas Medidas Provisórias aprovadas sem o devido processo legislativo. O caso foi amplamente divulgado pela imprensa, e a comunidade jurídica criticou veementemente a decisão. Para alguns a decisão foi tomada em atropelo a regras básicas em matéria de controle de constitucionalidade; para outros especialistas, a tomada de decisão privilegiou argumentos políticos indo de encontro a metodologia jurídica que preza por argumentos de princípio; houve ainda outras críticas, não só de juristas, mas também, outros cientistas sociais. O foco da pesquisa foi justamente problematizar a decisão usando não só critérios jurídico-dogmáticos, mas também instrumental interdisciplinar. A metodologia eleita para o trabalho foi o estudo de caso. O resultado final do trabalho faz parte de um esforço que visa fomentar o debate sobre a jurisdição constitucional e decisões jurídicas. A discussão sobre o tema pode colaborar para que as decisões tomadas pelos magistrados sejam melhor fundamentadas, incrementando a legitimidade do Poder Judiciário e próprio Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: medidas provisórias. controle de constitucionalidade. estudo de caso.

ABSTRACT

This research focuses the trial of “ADIN 4.029” by the Supreme Court. The case is characterized by a very atypical of shift of direction by Supreme Court. The case involved examining the constitutionality of Law n. 11.516/07 which created the Brazilian Biodiversity and Conservation Institute. The legislation was contested with the allegation that it did not observe all formal requirements of its legislative process. The argument was accepted by the Supreme Court, which declared the law incompatible with the Constitution. However, apparently the Tribunal was not aware that there were hundreds of Laws in the same situation. The situation was critical. A great deal of the country’s most important legislation was also compromised for the same reason: the lack of due legislative process. To avert chaos that would take place if all the defective legislation were to be declared void, the Court changed its previous deliberation and declared the creation of the Biodiversity and Conservation Institute legal despite the fact that it was created without due legislative process. This consequentialist and improvised manner of deliberating exposed the fragility of the Court’s understanding of Brazilian Legislative Process and the use of pragmatic argumentation in damage control situations.

Key-words: Judicial Review; Case Study; Brazilian Supreme Court

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E MEDIDAS PROVISÓRIAS	21
1.1 A influência do tema na compreensão do caso.....	21
1.2 Instabilidade, crises e a dúvida entre dois modelos	22
1.3 O Presidencialismo de Coalizão.....	27
1.4 Desdobramentos teóricos pertinentes	31
1.5 Discussões recentes	45
1.6 Medidas Provisórias no sistema político brasileiro.....	48
2 ASPECTOS RELEVANTES EM MATÉRIA DE CONSTITUCIONALIDADE PARA O JULGAMENTO DA ADIN 4.029.....	53
2.1 Supremacia da Constituição.....	53
2.2 Controle de constitucionalidade	57
2.3 Sistemas de controle de constitucionalidade comparados.....	60
2.5 O modelo brasileiro	62
2.6 Controle de Constitucionalidade pertinente a ADIn 4.029	63
2.6.1 Órgãos de controle (a. Político b. Judicial).....	63
2.6.2 Critérios de Controle (a. Difuso b. Concentrado c. Misto)	65
2.6.3 Meios de controle (a. Incidental, via de defesa ou via de exceção b. Principal ou via de ação)	66
2.6.5 Dois sistemas de controle no Brasil	67
2.6.6 Modulação de efeitos no controle de constitucionalidade	70
3 A ADIn 4.029	74
3.1 Contexto Jurídico	74
3.2 Argumentos da Inicial	75
3.3 Posicionamento das partes	79
3.4 Agravo Regimental	82
3.5 Decisão de quarta-feira (07.03.2012).....	84
3.6 Voto dos Ministros.....	91
3.7 No dia seguinte	99
3.8 Um debate perplexo.....	101
3.9 Problemas postos pela decisão	122
Conclusão	134
Referências Bibliográficas	137

INTRODUÇÃO

O caso não passou despercebido. Em março de 2012, O Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a medida provisória que criou o Instituto Chico Mendes de Biodiversidade, com forte crítica por parte de alguns ministros, em relação a cultura política envolvida na edição e aprovação das medidas provisórias no País¹. A decisão mereceu destaque de um dos principais telejornais do país:

O Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a criação do Instituto Chico Mendes e deu um prazo para que o Congresso aprove uma nova lei. O Instituto Chico Mendes foi criado por medida provisória, em 2007, a partir da divisão do Ibama (...) Por sete votos a dois, **o Supremo considerou que a criação do Instituto Chico Mendes foi inconstitucional porque a medida provisória foi aprovada no Congresso sem passar pela análise de uma comissão mista de deputados e senadores.** Por enquanto, o instituto continuará funcionando, mas **o Congresso terá que aprovar uma nova lei, em um prazo máximo de dois anos.** Caso contrário, ele poderá ser extinto. O ministro Luiz Fux, relator do caso, destacou a importância da atuação da comissão: “É difícil imaginar a soberania do Congresso Nacional quando o parecer é oriundo de uma voz unívoca do próprio relator, tendo em vista que a comissão não se instalou. **Percebe-se assim, que o parecer da comissão mista, ao invés de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja, efetivamente, o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo** (grifamos).

No dia seguinte porém, os papéis se inverteram. O Tribunal é que passou a ser alvo de críticas. Aparentemente o Supremo não imaginava que

¹ Houve também uma autocrítica em relação a jurisprudência do Tribunal em matéria de Medidas Provisórias.

outras centenas de MPs padeciam do mesmo vício que levou a Corte a considerar inconstitucional, a lei federal 11.516/07, que deu origem ao ICMBio: elas também não haviam recebido parecer da Comissão Mista de Deputados e Senadores, conforme determina a Constituição. Todas aquelas medidas portanto, poderiam em tese, ser objeto de questionamento.

Para tentar conter o perigo desse insólito prognóstico legislativo, o Advogado Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, levantou às pressas uma questão de ordem. Adams argumentou que a decisão do Tribunal, equivaleria na prática a considerar inconstitucionais *todas* as MPs que haviam sido aprovadas no Brasil desde 2001! Segundo a Advocacia Geral da União, eram centenas. Na questão de ordem, O Advogado Geral lembrou que a medidas provisórias em xeque formavam a base de grande parte da legislação federal aprovada recentemente, incluindo programas de impacto social como o “Bolsa Família” e o “Minha Casa, Minha Vida”.

A amplitude do problema gerado pela decisão era tamanha que tanto membros do governo, quanto da oposição tinham dúvidas em relação aos seus desdobramentos exatos. O presidente da Câmara dos Deputados à época, Março Maia (PT-RS), afirmou que o STF "desconsiderou" os trâmites políticos do Congresso ao decidir que o Legislativo deveria cumprir à risca a legislação sobre a tramitação das medidas provisórias. Já o presidente nacional do PPS, deputado

Roberto Freire (SP), defendeu a paralisação imediata da tramitação de todas as medidas provisórias em análise no Congresso. Ele pediu aos presidentes da Câmara e do Senado a convocação com urgência de todos os líderes partidários. Freire queria discutir como o Congresso iria se comportar diante da decisão do Supremo.

Diante de todo esse contexto, o Supremo Tribunal recuou. No primeiro momento, dia 7 de março, o Tribunal declarou inconstitucional, a lei que deu origem ao Instituto Chico Mendes. Horas depois contudo, na quinta-feira, dia 8, o Tribunal, de maneira *sui generis*, modificou seu entendimento!

Não é incomum que uma Corte Suprema altere suas posições. Mas nesse caso a mudança – em sentido diametralmente oposto - aconteceu em menos de 24 horas. A lei antes declarada inconstitucional passou *no dia seguinte* a ser declarada constitucional. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a situação foi grave. “De fato (...) muito grave, talvez um das mais graves com as quais já tenhamos nos deparado.” O Ministro Luiz Fux, relator da ação, afirmou que o Supremo agiu para evitar que “o país mergulhasse numa crise constitucional”.

A repentina mudança de entendimento foi amplamente noticiada pela imprensa. Uma das manchetes exclamava: “O Supremo relativizou a Constituição”; outra ironiza: “Dez horas de cegueira”. O mesmo telejornal que

havia destacado a primeira decisão, ressaltava na edição do dia seguinte, a surpreendente oscilação do Tribunal:

Foi uma reviravolta em apenas 24 horas. [Na] quarta-feira, o Supremo Tribunal Federal [havia decidido] que a criação do Instituto Chico Mendes, por medida provisória, foi inconstitucional. Com a decisão, o Supremo abriu a possibilidade de que todas essas medidas provisórias fossem questionadas na Justiça. Nesta quinta, a Advocacia Geral da União (AGU) entrou com um recurso pedindo a revisão da decisão, [argumentando] que isso criaria um ambiente de insegurança jurídica no país. A solução foi proposta pelo ministro Gilmar Mendes. O Supremo decidiu que a obrigatoriedade de submeter as MPs à comissão mista [só seria aplicada] as medidas provisórias enviadas pelo governo a partir do julgamento. O ministro Luiz Fux explicou por que o Supremo voltou atrás: **“Verificamos que, apesar de declararmos as medidas inconstitucionais, elas poderiam gerar uma grave crise social, de insegurança jurídica, crises institucionais. [Esse cenário] revelou que deveríamos ter cuidado com as consequências da nossa decisão”.**

Para além dos destaques na imprensa, o caso chamou a atenção da comunidade jurídica, com fortes críticas a condução do caso pelo Supremo. A situação chegou a ser descrita como constrangedora:

Deixando de lado as adivinhações e especulações sobre possíveis responsáveis pela situação constrangedora que se seguiu (...) **uma vez mais os limites entre o ‘jurídico’ e o ‘político’ foram problematizados** por uma decisão, seguida de sua anulação, pela Corte máxima do nosso país.

O trecho acima, por sinal retrata bem uma das principais críticas sobre o caso. Nesse sentido, um dos aspectos mais preocupantes em relação ao julgamento está relacionada a motivação usada pelo Tribunal para justificar sua decisão final. Na repentina mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a Corte teria abandonado argumentos de princípio, privilegiando uma

fundamentação de ordem pragmatista. Isso seria negativo segunda a crítica, pois viola o pressuposto de que as decisões jurídicas devem ser menos suscetíveis as suas possíveis consequências. Diferente do cálculo político, a racionalidade jurídica deve ser pautada por regras e argumentos de princípio.

Vários especialistas apontaram ainda, o que seriam graves erros técnico-procedimentais cometidos pelo Tribunal. Alguns poderiam comprometer inclusive a própria legalidade do julgamento. Um exemplo contundente, dentre essas vícios foi a falta de quórum mínimo necessário para modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Falhas desse vulto, fizeram o Procurador de Justiça e professor, Lenio Streck, ser contundente: “No limite, é possível dizer que a discricionariedade [do STF] chegou a tal magnitude que, para todos os efeitos, foi suspensa a vigência da [Constituição] dando vez a um estado de exceção!²”

* * *

Nossa intenção ao escrever essa breve narrativa foi contextualizar a pesquisa para antecipar alguns de seus dilemas e elementos mais palpitantes. Mas ir preciso ir além. Para compor uma introdução mais precisa da discussão vamos pormenorizar a seguir: a delimitação do tema e do problema da nossa pesquisa, justificativa de sua relevância e a forma de abordá-

² Conjur. Organizar citação.

lo. Com tal divisão, é possível saber desde logo do que trata a dissertação, porque o assunto é importante, e a maneira pela qual ele será examinado.

A delimitação do tema da pesquisa coincide com limites do próprio julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 4.029 pelo Supremo Tribunal Federal e o seus desdobramentos. Nesse caso contudo, delimitar não significa necessariamente reduzir complexidades relevantes. É seguro afirmar que o julgamento envolve variáveis que não se encerram em apenas em discussões jurídicas. Apesar de específico, o caso é mais um exemplo sintomático daquilo descrito como *judicialização da política*³. Esse fenômeno crescente envolve no mínimo - para dizer de forma um tautológica - tanto o direito quanto a política e principalmente a maneira eles se relacionam.

Avistada essa particularidade parece claro que enxergar o assunto apenas pela ótica jurídica, resultaria numa visão míope de uma questão inexoravelmente interdisciplinar. Sem levar a sério, elementos sociológicos e de ciência política, por exemplo, a discussão correria o risco de ser rasa, ou no mínimo incompleta. O Supremo Tribunal Federal é além de “guardião da constituição”, um importante player político. Trabalhos recentes mostram - inclusive empiricamente - que o Tribunal tem muita consciência (embora não tanta

³ Não queremos dizer, por complexo, aquilo que é complicado, de difícil entendimento ou excepcional sofisticação. Por complexo entendemos aquilo que é “composto por várias partes e cuja observação é possível de ser feita por diferentes pontos de vista”.

habilidade, em certos casos) do seu papel no intrincado jogo, que envolve não só outros poderes, mas outros atores, e outros interesses dos mais diversos.

Com efeito o trabalho procurou prestigiar não apenas os significativos avanços no campo da hermenêutica, mas também a incorporação de outros elementos que certamente, enriquecem a vigilância epistemológica necessária a problemas como o nosso.

Mas qual seria exatamente o problema da pesquisa? A questão pode ser expressa da seguinte maneira: como avaliar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso? Considerando seu contexto *complexo*, quais seriam os critérios que embasariam tal avaliação? Há evidentemente, uma série de fatores a considerada. O objetivo é justamente a tentativa de avaliar o julgamento de modo a colocar a decisão jurídica *em relação* com outras variáveis - que chamaremos doravante de *metajurídicas*.

Não nos interessa ao final, concluir se a decisão tomada pelo Tribunal foi *correta ou incorreta*, segundo tais ou quais critérios de controle de constitucionalidade ou outra especialidade exclusiva do *direito (entendido como campo)*. Embora tenhamos preocupação com a técnica jurídica empregada, o simples aferimento jurídico da decisão por categoria dicotômicas como *correta/incorreta* exigiria, a princípio, analisar a adequação do julgamento apenas quanto a balizas técnico-dogmáticas. Contudo não é esse o nosso objetivo.

Alternativamente, nossa proposta é pensar o *sentido* da decisão construída pelos ministros no caso.⁴ Atribuir sentido a uma decisão só é possível, conforme foi dito, ao consideramos outras variáveis além daquelas questões jurídicas mais conhecidas. A pluralidade de fatores envolvidas no tema demanda uma metodologia específica, limitando e afunilando as possibilidades de respostas. Aqui consideramos que solução possível equivale a uma resposta *convincente*. Chamaremos nossa resposta de *descrição densa*.

O conceito tem algumas implicações metodológicas importantes para o nosso projeto. Ter a vantagem de prescindir de um roteiro ou protocolo metodológico rígido, é uma das suas propriedades. A característica poderia ser facilmente considerada também uma grande desvantagem do ponto de vista científico. Alguns diriam que tais esforços não teriam validade por não empregar critérios com validade universal, ou ainda que não são suficientes para estabelecer relações fortes de causalidade. Não é o caso. O trabalho aqui acontece em um outro registro. Embora não necessariamente rígido, o método por isso mesmo demanda rigor para que *descrição densa* cumpra o seu papel, qual seja, de uma narrativa que atribua um sentido a decisão. O critério de

⁴ Em conflitos envolvendo a *judicialização da política*, pode haver casos de decisões bem fundamentadas do ponto de vista técnico-dogmático, mas politicamente inócuas, por exemplo pela diferença entre o *tempo do direito* e o *tempo da política*. Por outro lado, existem casos de decisões juridicamente precárias, que não obstante provocam grande repercussão política ou social, seja pela timidez excessiva da Corte, ou o contrário, por conta de uma decisão demasiadamente ativista.

aferimento aqui é a medida e o grau de convencimento para com o auditório de boa vontade.

Mas convencer o que? Qual é a hipótese? Desde o primeiro contato com o caso tivemos a intuição de que a mudança súbita e o sentido diametralmente oposto das decisões proferidas pelo Supremo denunciavam alguma tipo de inconsistência mais profunda do que a mera oscilação de posicionamento. Nossa suspeita se agravou quando verificamos que não houve mudança superveniente que justificasse tal movimento por parte do Tribunal. Na primeira leitura do acórdão já podíamos formular a seguinte hipótese: O Supremo Tribunal Federal mostrou um déficit de conhecimento sobre processo legislativo, sintomático da falta de articulação entre a Corte e os demais poderes e entre os próprios ministros. Essa falta de conhecimento sobre a dinâmica do Congresso Nacional, uma exigência mínima para quem aqueles que são os “guardiões da Constituição” acarretou numa solução pior do que a o problema enfrentado no primeiro momento. Em consequência disto, o Tribunal teve que recuar e mostrou ainda mais fragilidade na justificativa da nova decisão, incorrendo em graves erros técnico-procedimentais. Em síntese, o Supremo Tribunal Federal árduo crítico da falta de observância das “regras do jogo” pelo Congresso e pelo presidente, cometeu o mesmo erro violando o seu regimento e a Constituição.

Apesar da gravidade do julgamento, as principais questões jurídicas envolvendo o caso não são completamente distintas de outros julgamentos congêneres. Por se tratar de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, a matéria envolve naturalmente pontos comuns à outras Ações Constitucionais.

A ADIn 4.029 compartilha com outros casos tópicos tais como: a conciliação entre o exame do cumprimento/violação de certos pressupostos constitucionais e a aplicação de determinadas técnicas de controle de constitucionalidade. Na espécie, um exemplo concreto disto seria: a constitucionalidade de um dispositivo do regimento interno do Congresso Nacional com o devido processo legislativo e em sendo constatada uma violação nessa relação vertical, considerar a possibilidade (ou impossibilidade) da declaração *incidental* de inconstitucionalidade desse dispositivo pela via *principal*.

Se parte da discussão é consideravelmente comum e corriqueira, não significa necessariamente que ela seja trivial. O jurista Roberto Lyra Filho já dizia que “os temperos são de todos conhecidos; as misturas é que dependem do cozinheiro.” É justamente uma *mistura* de fatores e a forma como eles se relacionam na espécie que caracterizam a singularidade do julgamento sobre a constitucionalidade do Instituto Chico Mendes de Biodiversidade.

Por conta desse relevo multidisciplinar - ou seja, por envolver aspectos de várias disciplinas, procurou-se na dissertação a sensibilidade *interdisciplinar* a base para eleger a sua metodologia. A interdisciplinaridade é entendida aqui em contraste com a ideia de multidisciplinaridade. Por multidisciplinaridade entende-se a *coexistência e sobreposição* de diversas disciplinas em vista de um objeto de pesquisa qualquer, isto é, várias disciplinas podem conviver num mesmo projeto sem que elas precisem diferenciar suas perspectivas disciplinares. Em contraposição, a interdisciplinaridade compreende a perspectiva desenvolvida a partir do *diálogo* entre disciplinas diferentes.

Portanto, diferentemente da multidisciplinaridade, a interdisciplinaridade propõe outras maneiras de problematizar os temas de pesquisa. Nessa esteira, levando em consideração o olhar diferenciado que a interdisciplinaridade oferece, adotou-se no texto o prisma metodológico a qual se denomina "estudo de caso".⁵

O estudo de caso é um enfoque sobre um problema jurídico. Não é propriamente um método, no sentido de que haja um protocolo específico para a sua realização, mas sim um olhar qualificado para uma determinada questão, um problema jurídico. A qualidade diferenciada do estudo de caso vem da sua abordagem horizontal, ou seja, faz-se uma análise ampla da questão, alargando o

⁵ Descrito pelo Professor Luiz Eduardo de Lacerda Abreu.

espectro de observação para além da dogmática jurídica, ao explorar questões interdisciplinares.

É importante salientar, ainda, que há nesta metodologia uma potencialidade de singular de reflexão. Eis um exemplo levando em consideração o problema de pesquisa proposto aqui: na descrição de uma prática reiterada do Poder Executivo ou do Legislativo, ou em se tratando de um julgado do STF, o fato do pesquisador estar trabalhando em algum desses locais ou de poder frequentá-los em alguma situação, pode permitir um olhar distinto daquele do senso comum, revelador de relações políticas e práticas que de outra maneira não seriam conhecidas. Desde que consciente da sua posição de relativa objetividade quanto à descrição dos fatos, e alertando o leitor, essa narrativa pode ser extremamente útil para a reflexão sobre problemas jurídicos.

1 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E MEDIDAS PROVISÓRIAS

A influência do tema na compreensão do caso

O Brasil vive um momento particular no que diz respeito a sua dinâmica política. A tensão gerada pelo chamado *presidencialismo de coalizão* diuturnamente ganha as manchetes dos jornais noticiando impasses e atritos entre os poderes. As premissas teóricas desse tipo particular de presidencialismo foram pioneiramente descrita por Sérgio Abranches a partir de uma interpretação da realidade política brasileira que, à época, no limiar de 1988, passava por transformações significativas em suas estruturas política, na transição de um regime autoritário para um modelo democrático, marcado pela promulgação da nova Constituição.

Nos últimos anos, a paisagem político-institucional tem mudado, o que traz reflexos para sua análise. Tanto em pontos teóricos que à época não podiam ser devidamente vislumbrados como em variáveis empíricas que se acentuaram ao longo do tempo, como é o caso do crescente fortalecimento da atividade legiferante por parte do Poder Executivo.

Essas mudanças na dinâmica institucional brasileira demandam,

senão um novo instrumental teórico, ao menos uma releitura atualizada e crítica do clássico. Nesse sentido, é importante desenvolver melhor a explicação do que consiste o presidencialismo de coalizão, tal qual explicitado pelo cientista político Sérgio Abranches, e os desdobramentos teóricos produzidos a partir do seu trabalho.

Em um artigo intitulado, “Organização legislativa e formação de coalizões em regimes presidencialistas: elucidações sobre uma teoria do ‘presidencialismo de coalizões’, Júlio Cezar Gaudêncio da Silva descortina para nós a estrutura geral da teoria e os pontos em que ela se desdobrou. De forma sintética, os traços ressaltados por Gaudêncio da Silva se resumem no presidencialismo de coalizão nos termos adiante expostos.

Instabilidade, crises e a dúvida entre dois modelos

Em primeiro lugar, há um contexto histórico intelectual de quando surgiram as interpretações ou teses sobre sistemas de governo no final dos anos 70 e início dos anos 80. Era um momento em que o mundo passava por uma onda de redemocratização em vários países, acrescido do contexto que cercava o final da Guerra Fria. Neste momento, discutiam-se nas academias, partidos, entidades sociais e instituições políticas gerais tanto as transições democráticas

quanto os sistemas de governo que seriam mais adequados a esse estágio da redemocratização, levando-se em consideração as particularidades de cada país que vivia sua própria transição para a democracia, especialmente na América Latina.

Conforme destaca o autor, havia dois grupos de estudiosos que se posicionavam de maneira contrária. O primeiro grupo é composto por aqueles que criticam de forma extremamente negativa a opção presidencialista, com impactos gigantescos sobre a estabilidade democrática desses países.⁶ Tais autores criticam o presidencialismo em si, considerando-o incapaz de obter governabilidade e estabilidade numa democracia em que o exercício da negociação se apresenta no Legislativo e não no Executivo, pois a este cabe com maior envergadura o papel administrativo e não o debate entre os segmentos da sociedade para determinar os parâmetros da administração, legislando e fiscalizando os atos do Governo, tarefa que cabe ao Congresso.

Acrescentamos que, neste sentido, o exercício pleno da democracia se espelha no Legislativo, ficando o Executivo com a tarefa de governar, submetido aos legisladores. Como tal, o processo de governabilidade se enfraquece, pois, no sistema presidencialista, o Chefe de Estado e o Chefe de Governo são eleitos diretamente pelo povo, independente do Legislativo, logo,

⁶ LINZ, Juan; VALENZUELA, Arturo. **The Failure of Presidential Democracy**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1994.

não há necessariamente relação direta com o partido majoritário no Congresso, e estes, ou este, terão, ou terá, de barganhar com o Legislativo para conseguir a governabilidade.

No limite, a problema destacado por esses críticos do presidencialismo está no fato de haver uma contraposição entre essas duas dimensões da governança (o Executivo e o Legislativo), sendo o primeiro constantemente enfraquecido. Deve-se destacar aqui que o enfraquecimento do Executivo se dará se realmente houver uma situação democrática no país, já que nos representantes do Legislativo é possível encontrar uma melhor interpretação da vontade geral do povo - tal qual destaca Rousseau - uma vez esta não é a somatória das vontades individuais, ou apresentação da maioria das vontades individuais convergentes, mas uma interpretação da vontade geral do povo. Curiosamente, e é importante destacar essa sutileza, a convergência das vontades e a interpretação da vontade geral terá maior capacidade de ser identificada nas negociações, debates e avaliações realizadas dentro da Casa Legislativa, por ser ampla e plural.

Comparativamente, o Executivo poderá personificar apenas a vontade de uma pequena maioria do povo que, embora seja a vontade de um grupo organizado e maior que os demais segmentos, é inferior em número e proporção aos restantes segmentos da sociedade quando somados, desprezando

os desejos e direitos dos demais grupos, e, por isso, não será a escolha do Chefe do Executivo, necessariamente, o espelhamento da vontade popular (menos ainda da “Vontade Geral”), e, não se pode excluir esta hipótese, poderá se tornar uma alavancagem para uma ditadura da maioria.

Segundo Gaudêncio, a crítica ao Presidencialismo foi mais aperfeiçoada por Mainwaring⁷ (2001) por mostrar que a instabilidade decorre não do presidencialismo, mas da combinação entre este, o multipartidarismo e a representação proporcional, já que, nesta configuração, qualquer presidente, quando eleito, normalmente conta com uma minoria no seu respectivo Congresso sendo obrigado a negociar com ele para poder Governar, já que há uma alta fragmentação partidária.

O resultado imediato são coalizões com grande amplitude que acabam reforçando os padrões, ou seja, agentes políticos que decidem ou não partilhar o poder que ganharam do povo, já que a sua investidura se deu por processo independente, tanto do Executivo, quanto internamente em seus partidos. Devemos destacar ainda que a questão da fidelidade partidária só foi resolvida no Brasil em 2007, por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, o pesquisador ressalta que os partidos que formam a coalizão tem incentivos para não cooperar com o Presidente, nem com as

⁷ MAINWARING, Scott P. **Sistemas partidários em novas democracias**: o caso do Brasil. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2001.

coalizões, vendendo caro, por esse motivo, os seus apoios. O resultado é uma constante instabilidade, quando não a paralisia do Governo, além da fragilização do Presidente.

De forma direta, este autor coloca a culpa pela instabilidade e pelos riscos que a Democracia corre no modelo de arranjo institucional em que há Presidencialismo, com pluripartidarismo e representação proporcional, o qual determina esta forma de negociação fragilizadora das autoridades e deturpada das negociações entre as partes que governam um país.

Por outro lado, o segundo grupo (Anastásia, Melo e Santos; Figueiredo e Limongi; Santos; Otávio Amorim Neto; Carlos Pereira e Bernardo Mueller) que se contrapõe aos acusadores do presidencialismo de coalizão discorda da instabilidade política, ou abalo à Democracia que se afirma existir nesse tipo de modelo, pois acreditam que há variações de estabilidade a partir dos arranjos institucionais específicos em cada país que o adota. Da perspectiva deles um fator importante é a capacidade de o Chefe do Executivo de montar as suas coalizões. Embora não esteja explícito, colocam no prato a habilidade da liderança e os elementos específicos da estrutura do Legislativo para evitar que constantemente ocorram instabilidades e paralisias nas tomadas de decisão.

Na realidade, segundo eles, o problema está no *trade off* entre a estabilidade política, a *accountability* e a representatividade. Ou seja, os membros

deste grupo querem entender como é possível manter a ordem democrática dentro das características desse sistema político de maneira que o problema da instabilidade decorreria não do sistema presidencialista com pluripartidarismo e representação proporcional, mas da estrutura e organização das instituições, em especial do Legislativo e do Executivo.

O Presidencialismo de Coalizão

Para entender melhor de que ambos os grupos tratam, torna-se necessário discorrer mais sobre o trabalho de Abranches, pois foi primeiro intelectual a usar a expressão presidencialismo de coalizão em se tratando das instituições políticas e do sistema político brasileiro.

Ele tenta interpretar o que chama de “*o dilema institucional brasileiro*”, ou seja, a forma de entender o arranjo institucional no Brasil que dê conta de regular a autoridade do governante juntamente com as regras necessárias para mediar as divergências de uma sociedade diversa como a brasileira e a qual há uma ampla heterogeneidade tanto econômica como política, social e cultural. Além disso, as diversas formas de representação de uma população se estendem por um amplo território, o qual é descentralizado e apresenta diferentes governos.

Abranches desejava mostrar que na especificidade brasileira

existe um modelo que contrariava as perspectivas adotadas pelos mais variados intérpretes, pelas quais uma sociedade democrática, para ser estável, deveria compor um sistema parlamentarista, com representação majoritária e dentro de um sistema preferencialmente bipartidário, pois, somente neste modelo, haveria capacidade de criar mecanismos aptos a encerrar os conflitos de interesse e, também, gerar governabilidade, situação diversa daquela que ocorre nos sistemas presidencialistas, com pluripartidarismo e representação proporcional.

Ele parte do princípio de que a condição histórica brasileira e suas peculiaridades permitiriam entender a possibilidade de governabilidade, vistas as características específicas do Brasil, tanto de seu sistema de governo como de seu sistema partidário e do seu sistema eleitoral. Afirma: “é nas combinações mais freqüentes entre características institucionais, e não em sua presença isolada, que a lógica e a especificidade de cada modelo emergem”⁸, ressaltando que a representação proporcional e o pluripartidarismo estão presentes na maioria dos países democráticos do mundo, logo, a questão se dissolve no entendimento da especificidade (traços culturais da política e do pensamento político) de cada país e no arranjo estrutural proporcionado pelo processo histórico.

A questão brasileira é posta por Abranches diante do quadro da

⁸ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão**. O dilema institucional brasileiro. Revista Dados, v. 31, n. 1, 1988, p. 19

combinação da representação proporcional e do pluripartidarismo com o fato de o nosso presidencialismo ser do tipo imperial, copiado, ou adaptado do modelo norte-americano, significando neste caso que o Executivo tem o poder de montar o governo (o gabinete) teoricamente com total independência em relação ao Legislativo, mas que, na combinação feita, para ele garantir a governabilidade, seria necessário a efetivação das coalizões, as quais estão ancoradas em dois eixos: o primeiro, seria o eixo partidário; o segundo, o eixo regional, no caso os Estado.

Isso por sua vez traz dois outros problemas a serem entendidos: quais são os caminhos percorridos para que a coalizão venha a existir (interpretamos como sendo os processos de negociação realizados) e o grau de fracionamento ou de concentração da coalizão. Abranches percebe ainda outro aspecto relevante para entender o presidencialismo de coalizão. Que este, visto em torno desses dois eixos e interpretado dentro dos dois problemas, se desdobra em três fases (momentos): (1) o primeiro se dá na constituição das alianças eleitorais, quando são apresentadas alguns aspectos programáticos mínimos que regerão a aliança, sendo amplos, além de princípios a serem observados na composição dos governos, se eleitos forem; (2) o segundo é o momento da composição do governo, quando entra em cena a disputa pelos membros da aliança por cargos, compromissos e um programa mínimo; (3) por

fim, ocorre a transformação da “aliança eleitoral” em “coalizão efetivamente governante”, quando surge a questão “da formulação da agenda real de políticas, positiva e substantiva e das condições de sua implementação”.⁹

O ponto principal está na passagem da segunda para a terceira fase, quando se determinam as condições para que a coalizão tenha estabilidade, pois neste ponto é que as estruturas resultantes terão maior ou menor impacto sobre a autoridade e capacidade decisória do Presidente. Nesse sentido, a questão do fracionamento maior ou menor da coalizão dará mais ou menos liberdade ao Presidente diante da possibilidade de manipular as posições em relação aos interesses dos parceiros da aliança, mas ele está submetido ao fato de que seu partido tenha ou não tenha maioria parlamentar, o que lhe dará maior ou menor necessidade de estabelecer e se submeter a coalizões mais ou menos amplas, as quais terão partidos que responderão ainda aos seus compromissos regionais.

No caso das coalizões concentradas, elas podem dar ao Presidente maior autonomia em relação aos parceiros menores da aliança, mas lhe obriga a ter relação maior com o seu partido, o que coloca diante da liderança a questão do grau de heterogeneidade interna do seu partido, bem como heterogeneidade regional, que lhe dará a mesma condição anterior de estar

⁹ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalizão**. O dilema institucional brasileiro. Revista Dados, v. 31, n. 1, 1988, p. 28.

diante de uma coalizão muito fracionada, algo que lhe obrigará a recorrer, da mesma forma, aos partidos minoritários.

Segundo Abranches, daí decorrem as principais características do presidencialismo de coalizão brasileiro: [1] a instabilidade de auto-risco (negociação, potencial de conflito, posição ideológica e pragmática dos membros da coalizão) e [2] a dependência em relação à capacidade do governo cumprir os acordos e compromissos assumidos no momento da formação das coalizões, trazendo para o Presidente a força envolvida na hora da coalizão, mas também as consequências e ônus pelas crises que possam ocorrer sobre o governo.

Desdobramentos teóricos pertinentes

Estes pontos estruturais, que configuram sua teoria, deram a Abranches os louros pela interpretação das peculiaridades do sistema político brasileiro, mas, principalmente, como destaca Gaudêncio, por ter produzido uma proposta interpretativa teórica, analítica e metodológica que gerou um grupo de seguidores, críticos e desenvolvedores do corpo teórico produzido, pois, apesar de ele conseguir dar conta de uma explicação em que considerasse os componentes fatuais amplos do sistema político brasileiro, bem como das especificidades sociais de uma certa realidade, ele deixou em branco algumas variáveis que passaram a ser consideradas pelos estudos seguintes, seja para

completar o seu trabalho, seja para corrigir erros interpretativos, mas dentro do espírito da interpretação de Abranches.

Segundo Gaudêncio, os desdobramentos da abordagem inicial podem ser divididos em três modelos decorrentes das formas como os autores focalizam mais um ou outro aspecto de um núcleo básico, produzindo subtipos da abordagem teórica.

O primeiro grupo pode ser denominado como aquele que concentra a interpretação nas questões da “Patronagem, do poder de agenda e da organização legislativa”. O núcleo do argumento desses autores (cujos mais citados são Argelina Figueiredo, Fernando Limongi e Fabiano Santos) tem como elementos articuladores as mesmas instâncias de Abranches no que tange aos próprios arranjos institucionais brasileiros (o presidencialismo, a representação proporcional, o multipartidarismo e os governos de coalizão). Tal qual ele trabalha, estes desdobramentos se contrapõem à crítica de que tal organização levaria à paralisia decisória e à ingovernabilidade. No entanto, em suas análises eles focalizam não apenas as interações entre essas dimensões macro-institucionais, mas buscam também analisar o funcionamento interno de cada uma dessas dimensões, bem como as formas de regulamentar as relações entre Executivo e Legislativo desde a Constituição de 1988. Ademais, adotam como parâmetro metodológico um estudo comparativo entre este período democrático

pós-88 e outro anterior, que vai de 1945 até 1964, pensando as prerrogativas do Presidente e a organização do Congresso. Neste ponto eles observam a relação entre a produção do Legislativo e, principalmente, a capacidade de o Executivo implantar sua agenda e governar.

Os trabalhos de Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (principalmente na obra “Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional” – 1999), concentram-se no entendimento do processo decisório no Congresso Nacional. Como afirmam, querem explicar aspectos da “organização institucional do sistema político brasileiro sob a Constituição de 1988 e de seus efeitos sobre o papel dos poderes Legislativo e Executivo na formulação de políticas públicas”.¹⁰

Por terem feito um trabalho comparativo entre o momento pós-88 da democracia brasileira e aquele ocorrido no período entre 1945 e 1964, conseguem notar as diferenças entre ambos e percebem, ainda, a continuidade em vários aspectos legais do que ocorreu no pós-1988 com, curiosamente, o momento não democrático vivido de 1964 até 1985. Eles afirmam que:

(...) o quadro institucional que emerge após a promulgação da Constituição de 1988 está longe de produzir aquele experimentado pelo país no passado (no caso, se referem ao período democrático de 1945 até 1965). A Carta de 1988 modificou as bases institucionais do sistema político nacional, alterando radicalmente o seu funcionamento. Dois pontos relativos ao diagnóstico resumido acima foram alterados sem que a maioria dos analistas se desse conta destas alterações. Em primeiro lugar, em relação à Constituição de 1946, os poderes legislativos do presidente da República foram imensamente ampliados. Na

¹⁰ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Editora, 1999, p. 07.

realidade, como já observamos em outra oportunidade, neste ponto, a Constituição de 1988 manteve inovações constitucionais introduzidas pelas constituições escritas pelos militares com vistas a garantir a preponderância legislativa do Executivo e maior presteza à consideração de suas propostas legislativas. Da mesma forma, os recursos legislativos à disposição dos líderes partidários para comandar suas bancadas foram ampliados pelos regimentos internos das casas legislativas. A despeito de todas as mazelas que a legislação eleitoral possa acarretar para os partidos políticos brasileiros, o fato é que a unidade de referência a estruturar os trabalhos legislativos são os partidos e não os parlamentares.¹¹

Em síntese, os dois autores observam os mecanismos dentro do Legislativo que geram incentivos à centralização para as atividades do Congresso, com destaque no papel dos partidos, bem como do poder legislativo do Presidente, os quais aumentaram o poder de agenda deste. Esses poderes legislativos atribuídos ao Presidente da República depois de 1988 produzem nas mãos do Chefe do Executivo a capacidade de estabelecer a agenda política do Brasil e o momento em que ela deve ocorrer, interferindo nos trabalhos do Congresso pelo fato de levar seus membros a cooperarem com os interesses presidenciais, algo viável também pelos poderes de negociação, cooptação e barganha dados ao Chefe do Executivo nas Constituições presidencialistas, já que, segundo a normatividade, este pode ter iniciativas orçamentárias, pode solicitar pedidos de urgência, pode ter o controle das pastas ministeriais, bem como a capacidade de editar medidas com força de Lei, as quais, no caso brasileiro, são as Medidas Provisórias.

¹¹ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Editora, 1999, p. 19-20.

Argelina Figueiredo e Fernando Limongi vêem nisso um aspecto interessante, senão positivo, ao contrário do que se possa considerar, pois “os poderes de agenda presidenciais não devem ser vistos exclusivamente como armas para vencer resistência no Legislativo”¹², mas como uma espécie de cooperação que o Executivo leva ao Legislativo, que se dá não pelo poder legislativo que o Presidente tem, mas pelo uso da relação entre o sistema partidário e a posse de recursos não legislativos relacionados com a organização legislativa. Dentre esses recursos estão a questão da disciplina partidária, pois, quanto mais ou menos disciplinados os congressistas, maior ou menor a possibilidade de o Executivo requisitar a cooperação do Legislativo, por intermédio de seus membros.

No Brasil os dois intérpretes não discordam dos críticos acerca da indisciplina partidária dos membros dos partidos na questão eleitoral, mas afirmam que isso não corre dentro do Congresso por um fator estrutural dentro da casa legislativa: a proporcionalidade partidária dá recurso aos parlamentares apenas por meio dos partidos e não para os congressistas individualmente, sendo o exemplo citado pelos autores para bem ilustrar isso a questão das composições da Mesa Diretora, bem como das Comissões Técnicas.

Os líderes partidários, por meio do “Colégio de Líderes”, definem

¹² FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas Editora, 1999, p. 19-20.

os membros das Comissões e controlam o fluxo dos trabalhos no Legislativo (interferindo nas Comissões e no trabalho dos parlamentares), por isso estes também tem capacidade de agenda e interferem no controle de agenda do Presidente, trazendo algo específico do caso brasileiro, que é a capacidade de existirem governos de coalizão em regimes presidencialistas de forma próxima ao que ocorre nos regimes parlamentaristas. Por essa razão, é gerada a estabilidade, já que existe “um momento significativo na coesão partidária e um padrão mais previsível e estável de coalizão”.¹³ As críticas contra esses dois autores se dão pelo fato de Fernando Limongi e Argelina Figueiredo tornarem sinônimos coesão e disciplina partidária. Segundo aponta Gaudêncio, referindo-se aos críticos desses dois pesquisadores, na realidade, a coesão refere-se ao “consenso acerca de políticas substantivas e laços de confiança recíproca entre membros, representantes legislativos e agentes governamentais do mesmo partido”¹⁴, enquanto que a disciplina diz respeito à “sujeição, por parte de um membro do partido – representante parlamentar, membro do governo, ou não –, e não obstante a sua resistência, a uma norma externa, ditada pela liderança”.¹⁵

Outro membro desse modelo de análise é Fabiano Santos. Ele tem em comum com Limongi e Argelina o procedimento metodológico

¹³ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Presidencialismo e Apoio Partidário no Congresso**. Monitor Público, v. 3, n. 8, 1996, p. 274.

¹⁴ MAINWARING, Scott P. **Sistemas Partidários em Novas Democracias: o caso do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2001, p. 16-17.

¹⁵ MAINWARING, Scott P. **Sistemas Partidários em Novas Democracias**. O Caso do Brasil. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2001, p. 16-17.

comparativo entre os dois períodos democráticos (pós-1988 e entre 1945 e 1964), os quais deseja observar pelo fato de que, embora sejam semelhantes em termos do sistema de governo, apresentam diferenças quanto a utilização dos recursos para a manutenção do apoio político, bem como para a formação e consecução da agenda do Chefe do Executivo.

Inicialmente, ele afirma o seguinte (retirado do artigo de Gaudêncio):

No período 1946-1964, o principal recurso para a busca de apoio foi a utilização estratégica da patronagem, recurso que, embora garantisse alguma cooperação parlamentar por parte de deputados estranhos à coalizão formal de apoio, criava constrangimentos no seio dos partidos originalmente responsáveis pela aprovação do programa presidencial na Câmara. Por conta disso, e pelo fato de a Constituição de 1946 ter preservado importantes prerrogativas decisórias do Legislativo, a agenda política do período pode ser considerada como uma agenda compartilhada. Em contraposição, o período atual expressa a enorme supremacia do Executivo, quer pela capacidade decisória deste Poder vis-à-vis o Legislativo, quer pelo grau de coesão e disciplina dos partidos que formalmente pertencem à coalizão de apoio presidencial na Câmara. Sendo assim, a agenda política atual assume contornos de uma agenda imposta. Em suma, o argumento, se minimamente correto, corrobora a visão de que as regras que regulam, o conflito e a cooperação política, e não apenas as preferências e interesses dos atores, também definem o resultado da interação Executivo-Legislativo.¹⁶

Em síntese, há dois recursos básicos para formação das coalizões: a patronagem e o poder de agenda. Conforme identifica, a primeira é mais eficiente quando vem acompanhada do poder de agenda, e menos quando é usada sozinha. A diferença entre os dois períodos históricos está em que o primeiro momento (1945-1964) faz uso apenas da patronagem, enquanto que o

¹⁶ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política Brasileira**. Revista Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 60.

segundo usa dos dois recursos, ressaltando-se que a Constituição de 1988 permitiu e facilitou o uso desses recursos nas mãos do Presidente da República.

Na perspectiva de Santos, o que ocorreu foi a passagem de um “presidencialismo fragmentado em facções”¹⁷ para um “presidencialismo de coalizão racionalizado”¹⁸. Isso ocorre porque, no primeiro período, havia “fontes alternativas de distribuição de benefícios”¹⁹, que permitiam as estratégias individuais desses benefícios, diante da menor relevância dos partidos em relação aos indivíduos, algo que também favorecia a uma agenda política compartilhada entre o Executivo e o Legislativo. Já no segundo momento, ocorre o “monopólio do Executivo sobre a iniciativa em matéria orçamentária”²⁰ nas mãos do Executivo, com a existência de legisladores em partidos mais disciplinados no Congresso.

Tal passagem de uma forma para outra se dá pela transferência de poderes decisórios para o Executivo durante o interregno de 1964 até 1985, os quais foram mantidos pela Constituição de 1988, algo que também incentivou a organização em partidos no Congresso com o aumento da coesão/disciplina dos parlamentares, bem como permitiu que passasse a haver previsibilidade nos seus

¹⁷ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política Brasileira**. Revista Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 60.

¹⁸ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política Brasileira**. Revista Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 60.

¹⁹ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política Brasileira**. Revista Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 60.

²⁰ SANTOS, Fabiano. **Patronagem e poder de agenda na política Brasileira**. Revista Dados, v. 40, n. 3, 1997, p. 60.

comportamentos.

Tal situação, por sua vez, gerou estabilidade na formulação de políticas no Legislativo, graças ao direito exclusivo do Executivo de ter iniciativas em matérias orçamentais, as quais se tornaram instrumentos de barganha. Ele critica, no entanto, o modelo de representação proporcional de lista aberta, vendo-o como um incentivo negativo ao princípio de pesos e contrapesos – *cheks and balance* – do sistema presidencialista.

Complementarmente a isso, curiosamente, as características do sistema eleitoral brasileiro obrigam os deputados a nacionalizar seus comportamentos e discursos, quando, ao contrário, o que se esperaria pelo fato de o voto ser personalizado é que se vivesse na dimensão do paroquialismo. Para nacionalizar os discursos, os parlamentares acabam transferindo as prerrogativas decisórias ao Executivo, que, por sua vez, geram mudanças na disciplina dos partidos, bem como na previsibilidade das ações dos legisladores no Congresso, gerando uma dissociação entre a arena legislativa e a eleitoral.

De forma direta, a coesão, a disciplina e a patronagem decorreriam da capacidade de o Presidente monopolizar a patronagem e os benefícios paroquiais que podem ser destinados aos redutos políticos da base de apoio. O paroquialismo seria diminuído pela forma como se dá o processo eleitoral e pela ilusão causada durante este processo e a formação de coalizões

se baseará menos pela identificação com o programa do presidente eleito e de seu partido do que pelos usos das estratégias de patronagem, poder de agenda e acesso aos cargos governamentais.

O segundo modelo concentra-se na questão da “Formação de Gabinetes”, cujos trabalhos mais desenvolvidos foram os de Otávio Amorim Neto^{21 2223}, que voltou a discutir aspectos referidos por Abranches, mas não por Santos, Figueiredo e Limongi. Amorim concentra atenção especial ao bicameralismo brasileiro, que considera importante para a conformação do Presidencialismo de Coalizão, pois esta condição estrutural do Congresso é vista como um fator importante para o fornecimento de incentivos à formação de Gabinetes.

Este autor dá grande importância à essa questão (a formação de gabinetes) até mesmo pela forma como ele caracteriza os regimes presidencialistas. Segundo aponta, tal sistema apresenta como aspectos:

1) existência de eleições populares para chefe do Executivo; 2) os mandatos, tanto para o Executivo como para a Assembléia são fixos e não dependentes de mútua confiança e 3) o chefe do Executivo eleito poder nomear e dirigir a composição do governo”, além disso, “a importância dos poderes legislativos reside no fato de que afetam as estratégias decisórias dos presidentes e o

²¹ AMORIM NETO, Octavio. **Formação de Gabinetes Presidenciais no Brasil: coalizão versus cooptação.** Revista Nova Economia, v. 4, n. 1, 1994.

²² AMORIM NETO, Octavio. **Gabinetes Presidenciais, Ciclos Eleitorais e Disciplina Legislativa no Brasil.** Revista Dados, v. 43, n. 3, 2000.

²³ AMORIM NETO, Octavio. **Presidencialismo e governabilidade nas Américas.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

*desenho dos seus gabinetes.*²⁴ (AMORIM NETO, 2006a: p. 26).

Tais características devem ser vistas em consonância com aquilo que esse autor considera como sendo os dois principais objetivos dos Chefes de Executivo em regimes presidencialistas: 1) a consecução de suas metas programáticas e 2) o controle sobre o aparato burocrático a disposição do Poder Executivo. Nesse sentido, a capacidade de nomear Ministros entra como poder importante para alcançar seus objetivos. Como um gabinete presidencial é entendido como um conjunto de Ministros, ou assessores nomeados pelo Presidente, a relação entre estes é do tipo “mandante-agente”, na qual ao segundo são dadas três tarefas: execução de políticas de governo, integração dos diferentes departamentos administrativos do governo e obtenção de apoio político, principalmente na legislatura.

Na sequência desse raciocínio de criação ou identificação de tipologias, Amorim destaca ainda que existem 4 tipos de gabinetes: os de coalizão (que são compostos por mais de um partido, pelo estabelecimento de um acordo entre os partidos e o Chefe do Executivo, com critério partidário de seleção dos Ministros); os unipartidários (que ocorre com a realização de um acordo entre o presidente e apenas o seu partido, com critério de seleção partidário); os de cooptação (não há acordo prévio entre partidos e presidentes e o critério de

²⁴ AMORIM NETO, Octavio. **Presidencialismo e governabilidade nas Américas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 26.

seleção de ministros também é partidário) e os apartidários (em que não há acordos com partidos e não se adota o critério partidário de seleção dos ministros).

Para Amorim Neto os gabinetes no Brasil oscilam entre os de coalizão e os de cooptação, com raros casos de gabinetes apartidários e não tendo sido registrados os unipartidários. Tal tipologia permite que ele interprete a realidade brasileira a partir da existência de momentos em que o presidencialismo foi de coalizão, pois teve gabinetes construídos neste molde, mas houve outros momentos em que o gabinete construído era de outro tipo. De uma forma interessante ele interpreta que o presidencialismo de coalizão está relacionado com o processo de composição dos gabinetes presidenciais de coalizão, os quais, por sua vez dependem da escolha das estratégias de ação do Presidente. Se este desejar alcançar seus objetivos pelos projetos de lei, ele dependerá do processo legislativo, necessitando compor base de apoio majoritária com a composição de coalizões de Governo. Se a estratégia adotada for alcançar os objetivos pelas prerrogativas do Presidente, a composição dos gabinetes será então por tecnocratas. Em síntese, no Brasil, não há um único padrão de governança.

Assim, ao contrário dos demais autores, considera que a dificuldade de institucionalização brasileira decorre da grande indisciplina

partidária do sistema político brasileiro, embora postura do sistema tenha apresentado transformações.

Complementarmente, além da disciplina legislativa partidária, também são acrescentadas para a classificação de um gabinete de coalizão e de suas condições de manutenção:

(1) o grau de coalescência dos gabinetes presidenciais; (2) o decurso do mandato presidencial; (3) a diversidade ideológica do ministério; (4) a própria estrutura institucional brasileira; (5) o apoio da bancada partidária e (6) a taxa de recompensa ministerial.²⁵

O autor conclui, então, que, para a real implementação do presidencialismo de coalizão, será preciso uma reforma do sistema de governo ,passando-o do presidencialismo puro para um sistema semipresidencialista.

O terceiro modelo, ainda dentro deste núcleo, baseia-se na questão das “Regras eleitorais, da organização legislativa e dos poderes do presidente como dimensões complementares da capacidade governativa”. Carlos Pereira e Bernardo Mueller são os autores de destaque.

Eles centralizam as análises no “poder de legislar garantido ao presidente pela constituição”²⁶ e na “centralização do poder decisório nas mãos

²⁵ AMORIM NETO, Octavio. **Presidencialismo e governabilidade nas Américas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 26.

²⁶ PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. **Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo**. O Sistema de Comissões no Legislativo Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 43, 2000, 46.

dos líderes dos partidos no Congresso”.²⁷

Segundo apontam, o poder de legislar se apresenta no uso de três categorias de poderes constitucionais:

(1) poderes legislativos pró-ativos, ou seja, aqueles que permitem ao presidente legislar e estabelecer um novo status quo – o mais comum é a Medida Provisória (MP); (2) poderes legislativos reativos, ou seja, aqueles que permitem ao presidente bloquear a legislação e, como consequência, defender o status quo contra a maioria legislativa que queira mudá-lo – sobretudo vetos totais ou parciais; e (3) a capacidade do presidente de moldar ou até mesmo definir a agenda do Congresso, dado o seu poder exclusivo de iniciar certos tipos de legislação.²⁸

No que concerne à organização interna do Congresso brasileiro, fica claro que as regras de organização interna favorece uma atuação do Poder Executivo focada nas lideranças partidárias. Estes parlamentares concentraram a maior parte do poder, principalmente aqueles que ocupam cargos na Mesa Diretora e no Colégio dos Líderes. Além desses recursos, o Executivo também “controla uma grande variedade de recursos, tais como crédito, execução de emendas individuais dos parlamentares, concessões de televisão e rádio, licitações etc.”²⁹ que permitem vários tipos de negociação com o legislativo como um todo.

Segundo Gaudêncio, posição com a qual concordamos, a

²⁷ PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. **Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo**. O Sistema de Comissões no Legislativo Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 43, 2000, 46.

²⁸ PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. **Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo**. O Sistema de Comissões no Legislativo Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 43, 2000, 47.

²⁹ PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. **Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo**. O Sistema de Comissões no Legislativo Brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 15, n. 43, 2000, 50.

principal contribuição desses autores em relação a teoria do presidencialismo de coalizão diz respeito a que, para considerar o presidencialismo brasileiro, há duas dimensões que devem ser observadas necessariamente, a dimensão eleitoral e a dimensão da relação entre Executivo e Legislativo. Conforme declaram:

(...) é a combinação de duas dimensões, regras eleitorais e poderes presidenciais/organização legislativa, (que) afeta o grau de dificuldade de como o Executivo governa. São as implicações da combinação entre dispersão e concentração entre essas duas dimensões que são decisivas para definir o grau de dificuldade que o Executivo enfrenta para manter sua coalizão unida. Ou seja, argumenta-se que quanto mais descentralizadas forem essas dimensões, maiores serão os custos para o Executivo para aprovar a sua agenda. Por outro lado, quanto mais as regras eleitorais e a organização legislativa forem centralizadas mais 'fácil' será a tarefa de governar para o Executivo.³⁰

Discussões recentes

Em artigo publicado no periódico *Brasil Econômico*^[2], o sociólogo e cientista político Murillo de Aragão destaca a necessidade de se entender a dinâmica implicado pelo modelo do “Presidencialismo de Coalizão” como um meio adequado para debater a atual quadra da conjuntura política brasileira. De início o articulista salienta que apesar da possibilidade teórica de distinção entre sistemas de governo, na prática política brasileira haveria quase que a sobreposição dos Presidencialista e Parlamentarista.

³⁰ PEREIRA, Carlos e MUELLER, Bernardo. **Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo**. O Sistema de Comissões no Legislativo Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, 2000, 297.

O nosso Presidencialismo também quase se configuraria como uma espécie *sui generis* de semiparlamentarismo devido à maneira como o Governo tem de se relacionar com os partidos que participam de sua base (especialmente dentro do Congresso) com o objetivo de obter a governabilidade necessária para garantir a aprovação das propostas do Executivo. Além disso o relacionamento seria vital para evitar impasses ou desentendimentos que poderia resultar em desdobramentos negativos para o governo como a abertura de Comissões Parlamentares de Inquérito, derrota em votações de projetos de lei, nomeações de ministros, ect.

A dinâmica do Presidencialismo de Coalizão destacada por Murillo de Aragão, demonstra inclusive, as razões pelas quais o modelo enfrenta hoje sérios impasses: para que ele funcione, deve haver capacidade política do governo para negociar com o Legislativo. Mais precisamente, deve haver habilidade política do governante para que Executivo possa preencher as expectativas dos aliados, já que, se houve incompatibilidade dessas expectativas com a gestão política da Presidência o processo de negociação fica estagnado e a tendência natural será ocorrerem defecções, paralisações dos projetos e a geração de crises, sem que isso signifique reforço estrutural da Oposição doutrinária, ideológica etc.

A prática demonstra portanto que um das principais tarefas do Presidente da República nesse sistema é sua habilidade em conduzir esse jogo, cuidando

por exemplo da divisão do bolo burocrático governamental. Nas palavras do sociólogo *“a divisão ministerial, a distribuição de cargos de segundo e terceiro escalões e os cortes de despesa aprofundaram a cizânia. (E que) o diálogo político, que seria o paliativo para as diferenças, não é aplicado eficientemente”*^[2].

É possível entender a partir da discussão proposta por Aragão que a alternativa para esse cenário seria a existência de mecanismos institucionais para fomentar o diálogo institucional de uma forma alternativa, indo além, ou em substituição as práticas atuais.

Medidas Provisórias no sistema político brasileiro

As medidas provisórias constituem atualmente um dos pontos nodais do modelo político conhecido como *presidencialismo de coalizão*, pois é nelas que se concentram grande parte da interação entre Executivo e Legislativo. Essa interação é marcada por convergências e disputas, e não raro por impasses. A crescente tensão nesse relacionamento tem provocado com cada vez mais frequência o descolamento do conflito para o Supremo Tribunal Federal.

De início é importante salientar que “o problema” das medidas provisórias é anterior a própria consagração do instituto pela promulgação da constituição de 1988. Historicamente os poderes legiferantes do Executivo já eram uma questão nevrálgica para o sistema político brasileiro. Portanto é antiga os questionamentos relacionado aos decretos e outros mecanismos congêneres, principalmente pela margem de discricionariedade e frequência intrínsecos a esses artifícios. O problema ganhou nova dimensão com a promulgação da Constituição de 1988.

Desde então há uma grande discussão em relação as medidas provisórias no Brasil, com algumas tentativas de mitigar os problemas que se apresentaram ao longo do caminho. Reclamações quanto ao excesso de edições (e reedições!), a falta de urgência e relevância, o sobrestamento da pauta do Congresso, e as chamadas medidas provisórias “jabuti”, por exemplo, derem ensejo a muito

debate na seara do executivo, do legislativo e também do judiciário. Houve diversos movimentos para restringir o modo, a frequência, a forma e os temas sob os quais as medidas provisórias poderiam versar.

Nota-se que em análise geral “o imaginário jurídico no Brasil sobre as medidas provisórias é alicerçada em uma discussão sobre o conceito de separação de Poderes muito mais superficial do que aquela que embasa, por exemplo, o debate sobre o controle de constitucionalidade”.

Desse modo, as críticas sobre o assunto são várias, sobretudo, no que concerne ao abuso, que quase sempre se vincula ao princípio da separação de poderes, como meio de justificar os constantes ataques do legislativo ao querer editá-las, fugindo aos limites da atuação de tais instrumentos legislativos, extrapolando as funções determinadas ao Poder Legislativo.

Sendo assim, o princípio da separação de Poderes pode ser caracterizado como um elemento chave da democracia moderna aliada à análise histórica, sendo utilizado somente quando for compreendido “como um mecanismo de transformação social e não, como falou Bonavides, como uma “*técnica dificultosa e obstrucionista*” utilizada pelos *‘mais perspicazes conservadores’*”

Desse modo, esclarece-se que a separação de Poderes tornou-se um contrapeso para a criação de diversos mecanismos de superação dessa paralisia.

Esses mecanismos visavam um processo mais eficiente, superando a grande quantidade de *veto players* e aumentando o poder de agenda do Presidente”. É comum o discurso crítico de juristas que não enxergam maior participação popular nas MPs além da falta de preocupação com relação à publicidade “do diálogo que ocorre no processo legislativo das MPs.

Ao julgar uma Ação Direita de Inconstitucionalidade que questionava a criação de uma autarquia (ICMbio) por Medida Provisória, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que houve a violação do artigo 62, §9 que exige a análise prévia de todas as medidas provisórias por uma comissão mista de Deputados e Senadores³¹.

Na prática, desde de que a EC 32/2011, entrou em vigor e com ela a exigência do parecer colegiado e prévio da comissão mista, nenhuma medida provisória havia passado por esse crivo. A decisão do Supremo, impôs ao Congresso, o cumprimento - de fato - do referido §9, do artigo 62, modificando a prática (inclusive regimental) do rito de trâmite das medidas provisórias.

Não demorou muito, para que a imposição dessa exigência procedimental, provocasse incômodo. Vários parlamentares reclamaram, não só da ingerência do Supremo (alegações de violação ao princípio da Separação de Poderes) à época da ADIn 4.029, mas do próprio rito estabelecido dali em diante.

³¹<http://www.conjur.com.br/2012-mar-09/stf-volta-atras-valida-leis-originarias-mps-vicio-tramitacao>

A principal reclamação era de que dinâmica para aprovação das Medidas Provisórias havia piorado tanto em relação ao nível e profundidade de debate quanto ao prazo para votação em plenário. A insatisfação com o modelo atual levou o presidente da Câmara dos Deputados a aprovar, em junho deste ano (06/2013), a criação de uma comissão especial para analisar propostas que alteram o rito de tramitação das medidas provisórias³²

A proposta sob análise da Comissão Especial determina que análise das medidas provisórias seja feita pelas comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara e do Senado nos primeiros dez dias de tramitação em cada uma das Casas. Segundo o texto, se essas comissões não votarem a admissibilidade dentro do prazo, a decisão sobre o cumprimento dos pressupostos de urgência e relevância, previstos na Constituição, caberá ao Plenário.

Uma vez admitida a proposta, a Câmara teria prazo de 80 dias para votá-la; o Senado, 30, e, depois, mais 10 dias seriam dados à Câmara para o caso de o texto ter sido alterado pelos senadores. Além disso, caso a MP não seja admitida na Câmara, será transformada em projeto de lei em regime de urgência. Com isso, ela deixa de ter força de lei e passa a tramitar como um projeto comum. Isso obrigará o Congresso a promulgar um decreto legislativo

³² (<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/camara-instala-em-junho-comissao-para-modificar-rito-de-mps-diz-alves.html>).

regulando as relações jurídicas criadas durante a vigência da MP. Nos últimos meses, tem aumentado a pressão por mudança no rito de tramitação das medidas provisórias.

2 ASPECTOS RELEVANTES EM MATÉRIA DE CONSTITUCIONALIDADE PARA O JULGAMENTO DA ADIN 4.029

2.1 Supremacia da Constituição

A admissão de um sistema de controle da constitucionalidade dos atos normativos estrutura-se em torno de um pressuposto fundamental: a supremacia da Constituição.

O jurista austríaco Hans Kelsen, conhecido por ser um dos grandes idealizadores da ordem jurídica como uma pirâmide normativa, reconhece na Constituição o fundamento da existência do Estado, responsável pelo equilíbrio a ser mantido entre as diferentes forças políticas do país. Em suas palavras:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. (...) Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.³³

Para Kelsen, o reconhecimento da supremacia da Constituição conduz à percepção do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa. O

³³ KELSEN, Hans. **A garantia jurisdicional da Constituição**. In: *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 130-131.

autor da *teoria pura do direito*, idealizou um complexo escalonamento de normas, de modo a que as normas situadas em posição mais elevada seriam fundamento de validade das normas imediatamente inferiores, devendo estas guardar inteira compatibilidade com aquelas. É importante frisar, que a *teoria pura* é um exercício de pureza metodológica. Kelsen não desconhecia a impossibilidade hermenêutica de separação entre direito e moral no ato de interpretação. A empresa de Kelsen foi fruto do tempo e lugar, o círculo de Viena, onde havia um encantamento por esse tipo de abstração.

A Corte Suprema dos Estados Unidos da América também contribuiu, em larga medida, para o desenvolvimento da convicção de que a Constituição é a norma suprema da nação, critério de validade dos demais textos normativos. No caso *Marbury vs. Madison* (1803), essa corte discutiu caso que envolvia a nomeação de William Marbury para o cargo de juiz de paz, no condado de Washington, Columbia, concluindo, ao fim do debate, que todos os atos normativos do país ficariam jungidos à observância das regras e princípios constitucionais. Afirmou o Juiz Marshall, em passagem que realça o ponto angular da questão:

Ou temos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade

da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo da Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e, assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.³⁴

Atualmente, portanto, não é estranha aos estudiosos do direito constitucional a afirmação de que a Constituição encontra-se no ponto mais eminente de graduação das normas de um país e que de sua força pode-se extrair a validade de todo o ordenamento jurídico.

Parece evidente, por outro lado, que essa construção acerca da supremacia constitucional não poderia adquirir os contornos de uma simples declaração, sem maiores efeitos práticos. Por essa razão, é que os sistemas jurídicos forram-se de mecanismos voltados à defesa da Constituição e, pois, ao alcance efetivo da referida supremacia. Cuida-se, nesse particular, das garantias da Constituição³⁵, que, equivale a dizer, as medidas e instrumentos preordenados a assegurar a estabilidade das cartas constitucionais.

Nesse plano, merece destaque, primeiramente, a vinculação de todos os Poderes do Estado ao cumprimento das regras e dos princípios

³⁴ FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 97.

³⁵ Gomes Canotilho esclarece que *garantias da constituição* não se confundem com *garantias constitucionais*, na medida em que estas últimas “*têm alcance subjetivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais e adequados a essa finalidade*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, p. 782.

constitucionais. Observe-se, por exemplo, que o art. 78, *caput*, da Constituição Federal do Brasil de 1988 declara que o Presidente e o Vice-Presidente da República prestarão, no ato de posse, o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição. Além disso, no *caput* do art. 85, a mesma Carta considera crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal.

De extrema importância é também o segundo instrumento de conservação da lei maior, materializado na característica da rigidez constitucional. Constituição rígida é aquela que prevê procedimento mais dificultoso de alteração de seu texto, quando comparado à forma de criação e modificação das normas de menor estatura (infraconstitucionais). A previsão de um procedimento qualificado de alteração das constituições, com efeito, tem a aptidão de recrudescer o caráter supremo de seus textos. Destaca, nessa esteira, Paulo Bonavides:

As Constituições rígidas, sendo Constituições em sentido formal, demandam um processo especial de revisão. Esse procedimento lhes confere estabilidade ou rigidez bem superior àquela que as leis ordinárias desfrutam. Daqui procede pois a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras de direito vigente num determinado ordenamento.³⁶

Ao par dessas primeiras garantias, e até mesmo como um seu desdobramento lógico, ressalta a importância de um eficiente sistema de controle

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 296.

de constitucionalidade das leis e atos normativos do Estado, mecanismo que será objeto de aprofundamento no tópico seguinte.

2.2 Controle de constitucionalidade

A supremacia da Constituição e a consequente formatação de uma hierarquia entre normas abriram ensejo à criação de sistemas de controle da constitucionalidade dos atos do Estado. A ideia subjacente às sistemáticas de controle é de compreensão intuitiva: se a Constituição do país é a fonte de onde derivam todos os demais atos estatais e se ela ocupa o posto mais elevado da escala de normas, segue-se, naturalmente, que todo ato que lhe seja contrário carece de fundamento de validade, atraindo a pecha da inconstitucionalidade. Uma lei é inconstitucional, portanto, quando, no todo ou em parte, ofende a Constituição³⁷. A lógica do controle de constitucionalidade pode ser extraída da doutrina de Themístocles Brandão Cavalcanti:

Tratando-se de controle judicial da constitucionalidade das leis, a sua fundamentação jurídica há de se encontrar, portanto, na própria definição de Constituição como norma suprema, colocada na hierarquia das normas como um conjunto de preceitos institucionais que servem de base à organização política, social e econômica do Estado.

A subordinação das normas menores ou dos atos praticados pela administração a esses preceitos fundamentais é que sugere a condenação desses atos ou dessas normas, através do seu

³⁷ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 43.

confronto com aqueles preceitos constitucionais, quando haja colisão.³⁸

Como se vê, a realização de uma sindicância constitucional das normas implica em atividade intelectual de cotejo, na medida em que a inconstitucionalidade é conceito relacional. Por outro lado, é importante enfatizar que a instalação de processos de fiscalização de constitucionalidade exige o atendimento de alguns pressupostos. Clèmerson Merlin Clève aponta os seguintes³⁹: 1) existência de uma Constituição formal; 2) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais) e 3) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade.

Pondere-se, contudo, que, embora boa parte da doutrina considere a rigidez constitucional elemento imprescindível à existência de um sistema de controle de constitucionalidade, alguns juristas admitem a possibilidade de tal controle mesmo diante de constituições flexíveis. O próprio Clèmerson Clève reconhece que a inconstitucionalidade formal pode perfeitamente se manifestar em face de uma Carta flexível, posto reconheça a inviabilidade da mesma conclusão em relação a vícios de natureza material. Explica o autor que “estabelecido, embora em normativa constitucional despida de

³⁸ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Do controle da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 10.

³⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 28-29.

rigidez, determinado procedimento para a elaboração das leis, qualquer violação desse procedimento consistirá em inconstitucionalidade”⁴⁰.

A virtual compatibilidade entre Constituição flexível e controle de constitucionalidade também foi admitida na obra de Gomes Canotilho, que, no ponto, observa:

Ao aludir-se no texto à <<tendencial rigidez>> das leis constitucionais conexonada com a superlegalidade formal da constituição e com a existência de controlo, isso não significa que haja uma correlação necessária entre rigidez e fiscalização jurisdicional. Por um lado, pode haver rigidez sem controlo jurisdicional: é o caso da Constituição francesa de 1875, que, sendo rígida, excluía qualquer controlo judicial. Além disso, é óbvio que qualquer constituição (mesmo as flexíveis) tem inerente uma certa rigidez substancial baseada na proibição implícita de modificações ou alterações dos princípios fundamentais nela consagrados.⁴¹

O controle de constitucionalidade, nada obstante, tem assumido formas bastante variadas nos diversos países, especialmente à vista da grande expansão da jurisdição constitucional pelo mundo, fruto, em boa parte, do crédito depositado nos direitos fundamentais assegurados ao homem. Acerca desse fenômeno, Francisco Fernádes Segado afirma que, na quadra em que vivemos:

a mundialização da justiça constitucional, traço característico do último quarto do século XX, adquire sua mais plena compreensão, pois então se põe em sintonia com a universalidade da idéia de liberdade, com a expansão sem fronteiras de um sentir que encontra no respeito da dignidade de todo homem e dos direitos invioláveis que lhes são inerentes, a regra diretora de todo governo democrático e de qualquer convivência social civilizada.⁴²

⁴⁰ Ob.cit., p. 31.

⁴¹ Ob.cit., pp. 784-785.

⁴² SEGADO, Francisco Fernádes. **A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-kelseniano) dos sistemas de justiça constitucional.** In:

A existência de multifários modelos de controle espalhados pelo mundo, tributários, todos eles, do processo histórico de desenvolvimento da jurisdição constitucional em cada país, abre espaço, assim, à apreciação mais detida de alguns dos importantes sistemas de fiscalização de constitucionalidade surgidos no direito comparado.

2.3 Sistemas de controle de constitucionalidade comparados

A Constituição dos Estados Unidos da América não prevê, de forma expressa, uma metodologia para o controle de constitucionalidade dos atos normativos. Tal possibilidade pode ser extraída, contudo, de disposições constitucionais que estatuem a supremacia do direito federal e o dever de defesa da Constituição a todos os magistrados e autoridades públicas (artigo 6, II e III). A afirmação dessa competência da Corte Constitucional norte americana, contudo, veio de maneira mais clara com a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, produzida em 1803 por John Marshall, que presidia a Corte.

Em um debate a respeito da nomeação de William Marbury para o cargo de juiz de paz, no condado de Washington, recusada pelo então secretário de Estado James Madison, o presidente Marshall indeferiu o pedido de

investidura de Marbury, ao assinalar faltar-lhe competência para tal em razão da inconstitucionalidade da lei que lhe outorgava a competência.

Estruturava-se, assim, o modelo de controle de constitucionalidade adotado nos Estados Unidos. Nele, todos os tribunais ostentam o poder de realizar a defesa judicial da Constituição, formando, por isso, sistema de controle difuso de constitucionalidade. Ademais, embora uma decisão oriunda da Suprema Corte vincule os demais tribunais da nação, a lei declarada inconstitucional em um caso concreto não é eliminada do sistema jurídico, o que permite uma futura mudança de posicionamento da própria Suprema Corte.

O modelo adotado na Áustria é bastante diverso e baseia-se no exercício de um controle de constitucionalidade concentrado pela Corte de Justiça Constitucional. De acordo com a Constituição Austríaca de 1920, apenas a Corte Constitucional daquele país dispõe de competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis. A Carta previu uma espécie de controle abstrato e principal, através do qual a Corte Maior apreciava apenas o tema da constitucionalidade da lei, sendo esse o único objeto do processo, que não se vinculava a qualquer caso concreto.

O modelo original veio a sofrer algumas mudanças, a exemplo da ampliação do rol de legitimados para deflagrar o processo de controle de constitucionalidade, mas sua essência, que caracteriza um sistema de controle

concentrado, permanece. Assim, uma vez declarada inconstitucional, a lei é excluída do ordenamento jurídico, não produzindo mais efeitos, por força de uma decisão que é vinculante para o Estado e para os cidadãos.

Como se percebe, o modelo austríaco afasta-se do estadunidense, pois, ao passo que aquele se caracteriza pela concentração da competência em uma única Corte e pela abstração, neste o controle é concreto e difuso, franqueado a todos os tribunais.

2.5 O modelo brasileiro

A Constituição Federal brasileira de 1988 previu um sistema complexo de controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, na medida em que agasalhou, a um tempo, o modelo difuso (já previsto desde o início da República) e o modelo concentrado de defesa da Constituição (inaugurado com a Emenda Constitucional n.º 16/85).

Esse sistema misto ou híbrido permite a todos os órgãos do Poder Judiciário efetuarem, incidentalmente, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos na apreciação de casos concretos levados à Justiça (difuso). Permite, também, que, dissociados de casos concretos, o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais de Justiça realizem um controle concentrado e

abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos que contrastem, respectivamente, com a Constituição Federal ou com as Constituições Estaduais.

Assim, em se tratando de defesa da Constituição Federal, o controle concentrado é feito por via principal, pelo Supremo Tribunal Federal, através de cinco ações: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta interventiva e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstas, respectivamente, nos arts. 102, I, a, 103, § 2º, 102, I, a, 36, III e 102, § 1º, todos da Carta Maior.

As características do sistema brasileiro serão objeto de exame mais detido em tópicos seguintes.

2.6 Controle de Constitucionalidade pertinente a ADIn 4.029

2.6.1 Órgãos de controle (a. Político b. Judicial)

No que diz com a natureza do órgão que realiza o controle de constitucionalidade, a doutrina divide os sistemas em dois gêneros: o controle político e o controle judicial.

O controle político é exercido por órgãos dessa natureza e, bem por isso, também é conhecido como controle não judicial. Assim, a sindicância sobre a constitucionalidade das leis é competência de órgãos legitimados direta

ou indiretamente pelo voto do povo. Talvez o mais conhecido regime de controle político ocorra na França, cuja constituição criou o Conselho Constitucional, composto por conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, além de ex-Presidentes, que se manifesta geralmente antes mesmo da promulgação das leis. Além disso, a partir de 2008, ano em que o país promoveu uma reforma constitucional, passou-se a admitir um controle após a vigência da lei. O Brasil, por sua vez, também admite o controle político de constitucionalidade. Diferentemente da França, esse tipo de controle é realizado aqui, por exemplo pela via dos vetos, uma competência do poder executivo. O Congresso por outro lado pode derrubar esses vetos. Há também o controle prévio dos requisitos de constitucionalidade, na CCJ. E de urgência e relevância na comissão mista.

Já o controle judicial é efetuado por órgãos que integram o Poder Judiciário. Cabe aos Juízes, assim, o papel de intérpretes da Constituição, como ocorre no modelo americano do *judicial review*, no qual todos os julgadores realizam o controle. Em outros países, cria-se uma Corte de Justiça específica com a missão de proteger a Constituição, através de um procedimento judicial especial.

O Brasil acomoda um sistema híbrido. Além do referido teste político, o controle de constitucionalidade, em sua maior extensão, é realizado

pelo Poder Judiciário, seja pela via concreta, incidental e difusa, seja pela abstrata, principal e concentrada.

2.6.2 Critérios de Controle (a. Difuso b. Concentrado c. Misto)

O modelo de controle difuso, também conhecido como modelo americano, torna todos os órgãos judiciais verdadeiros responsáveis pela fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos. A jurisdição constitucional, assim, é distribuída em espaços de competência e cada juiz exerce o controle no âmbito de sua esfera de poder. Esse modelo é adotado pelos Estados Unidos, Argentina, Grécia e Japão, por exemplo.

Por sua vez, o controle concentrado é exercido por uma Corte Constitucional, como ocorre na Áustria, Itália e Alemanha. Essa fiscalização, assim, não fica disponível aos demais tribunais, os quais, deparando-se com a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei, devem provocar a Corte Constitucional sobre a questão, pois que apenas esta possui competência para dirimi-la.

Há, ainda, os regimes mistos, a exemplo do vigente no Brasil. Trata-se de um terceiro modelo, que combina características dos dois anteriores. Assim, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal realiza o controle concentrado de constitucionalidade das leis, pela via abstrata, decidindo com efeitos *erga omnes*

sobre a compatibilidade do ato com a Carta Maior. Tal competência, contudo, não retira de todos os juízes e tribunais do país o poder de julgar a constitucionalidade de leis no bojo de processos concretos, embora tais decisões tenham efeitos limitados às próprias demandas, ou sejam possuem efeitos *inter partes*.

2.6.3 Meios de controle (a. *Incidental, via de defesa ou via de exceção* b. *Principal ou via de ação*)

No controle incidental, a questão da constitucionalidade é apresentada como um incidente do processo, que é prejudicial à decisão daquilo discutido na ação concreta entre duas partes.

Já o controle principal é realizado por meio de uma ação própria, cujo objeto central é o próprio questionamento sobre a constitucionalidade do ato normativo. Não tem lugar, assim, no bojo de um caso concreto, e independe da disputa entre duas partes. Ao contrário do controle incidental, que ocorre em um processo subjetivo, o controle pela via principal tem caráter objetivo, não existindo propriamente uma lide, mas a necessidade de se restabelecer a harmonia do ordenamento jurídico.

2.6.4 Efeitos da decisão (a. *Inter partes* b. *Erga omnes*)

A decisão do modelo difuso é, tipicamente, uma decisão com efeitos *inter partes*, pois, uma vez prolatada, restringe-se ao caso concreto objeto do processo, não atingindo terceiros que não integraram a lide. Em países como os Estados Unidos, em que as decisões da Suprema Corte estão marcadas pelo *stare decisis*, o que lhes confere a força dos precedentes vinculante, ainda assim a norma não é afastada do ordenamento jurídico. O juiz apenas deixa de aplicá-la no caso concreto. Uma decisão futura da Corte Constitucional pode mudar o entendimento sobre a lei.

Já o modelo concentrado produz decisões com efeitos *erga omnes*, é dizer, uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei, esta declaração atinge todas as pessoas, independentemente de integrarem o processo em que a questão foi discutida. O ato normativo é eliminado do sistema jurídico, produzindo a decisão um efeito vinculante.

2.6.5 Dois sistemas de controle no Brasil

Como já se assinalou, o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil possui feição híbrida, pois que a Constituição agasalha tanto o modelo difuso quanto o concentrado. O controle difuso é exercido incidentalmente a um processo em andamento e cabe a todos os órgãos do Poder Judiciário, nos diversos graus de jurisdição. Todo e qualquer

juiz do país, assim, tem o dever de deixar de aplicar o ato normativo que contrarie a Carta Maior, ao decidir casos concretos.

Nesse ponto, há uma peculiaridade que diferencia o controle feito por um juiz singular do controle realizado por órgãos colegiados da Justiça. É que, em se tratando da fiscalização exercitada nos tribunais, a Constituição Federal impõe, em seu art. 97, a regra da reserva de plenário, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público somente pode ser efetivada pelo voto da maioria absoluta do Tribunal ou de seu órgão especial.

Tal imposição, que também deve ser observada nas declarações em controle concentrado, evidencia a força da presunção de constitucionalidade das leis, que apenas é afastada por votação de maioria qualificada do colegiado julgador. Bem por isso, não se exige essa reserva de plenário quando o colegiado reconhece a constitucionalidade da lei ou ato normativo. Também não se aplica a exigência em se tratando de lei anterior à Constituição em vigor, pois que, nesta hipótese, o conflito resolve-se no plano da revogação (conflito de regras no tempo). A decisão tomada em sede de controle difuso, por se tratar de uma decisão vinculada a um caso concreto, limita-se às partes do processo. A eficácia da coisa julgada que assim se forma restringe-se ao dispositivo da sentença, refletindo, pois, apenas o pedido formulado na respectiva ação.

Em uma hipótese, contudo, a eficácia de decisões tomadas no âmbito do controle difuso espalha-se para fora do processo. Tal ocorre quando o Supremo Tribunal Federal, no plano de ações e recursos de feição subjetiva (*habeas corpus*, recurso extraordinário, mandado de segurança etc.), declara a inconstitucionalidade de uma lei, por decisão da maioria absoluta de seu pleno, e comunica o Senado Federal dessa decisão. Nessa situação, por força do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, poderá o Senado suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, em decisão que passa a ter efeito *erga omnes*.

Outra é a dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade, no qual o Supremo Tribunal não soluciona um litígio entre partes. O processo assume formato objetivo e o controle é feito de forma abstrata, com discussões a propósito da constitucionalidade da lei sendo travadas em tese. O debate objetiva expungir do ordenamento um elemento normativo desarmonioso com o sistema. No controle concentrado, abstrato e pela via principal, a discussão sobre a constitucionalidade do ato é o próprio objeto do processo. Por meio da ação abstrata, assim, algum dos legitimados, que deflagra o processo para defesa objetiva da ordem constitucional, aponta quais os atos infraconstitucionais que considera violadores da Constituição, aduzindo os fundamentos de sua impugnação.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal deve limitar a declaração de inconstitucionalidade aos dispositivos efetivamente impugnados, embora a causa de pedir da ação seja aberta. Na ADI 2396 MC (DJ 14-12-2001), o STF decidiu, nessa linha, que: “O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial.” Ademais, como já dito, o controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro realiza-se em duas possíveis instâncias: tendo como parâmetro a Constituição Federal, pelo Supremo Tribunal Federal; e, adotando como paradigma a Constituição do Estado, pelo respectivo Tribunal de Justiça estadual.

2.6.6 Modulação de efeitos no controle de constitucionalidade

Estabelecidos, em breves linhas gerais, os contornos dos modelos de controle constitucionalidade existentes, cumpre abordar, de forma mais detida, os efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

No direito norte americano, é conhecida a concepção segundo a qual uma lei declarada inconstitucional é uma lei natimorta. Em várias oportunidades, a Suprema Corte daquele país já assinalou que um ato

inconstitucional não produz direitos e não impõe deveres, como se vê em *Norton v. Shelby County* (1886). Contudo, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos veio a estabelecer, em no caso *Linkletter v. Walker* (1965), que a Constituição do país não erigira uma regra absoluta da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade, permitindo a flexibilização desse princípio à vista dos casos concretos. Essa nova compreensão permitia que uma decisão declaratória de inconstitucionalidades preservasse direitos de terceiros interessados que tivessem agido conforme o direito existente no passado.

Na Europa, a superação da diretriz dos efeitos *ex tunc* foi mais natural, na medida em que a possibilidade de se emprestarem efeitos *ex nunc* a decisões judiciais fora consolidada, em alguns países, desde a formação de sua jurisdição constitucional. Tal percepção é tributária, em larga medida, da doutrina de Hans Kelsen, que influenciou fortemente o modelo austríaco de controle e para quem não fazia sentido afirmar, como nos Estados Unidos, que uma lei inconstitucional seria uma lei inexistente. Acreditava o jurista que, se a lei possuía vigência, era válida, e sua validade somente poderia ser afastada mercê de um procedimento especial que lhe faria cessar os efeitos. Assim, o processo de controle de constitucionalidade não seria declaratório, mas constitutivo. Suas ideias influenciaram intensamente as Cortes Constitucionais de vários países europeus, como Áustria, Alemanha e Itália.

No Brasil, prevaleceu, durante muitos anos, a tese da nulidade (efeitos *ex tunc*), doutrina repetida muitas vezes no Supremo Tribunal Federal. Os efeitos retroativos sempre foram aplicados no controle difuso, atingindo as partes litigantes. No controle concentrado, apenas na provisória etapa da medida cautelar é que o Tribunal assinalava efeitos *ex nunc* para a decisão de acolhimento da impugnação.

Após a Constituição de 1988, o panorama quanto à abrangência temporal das decisões em controle de constitucionalidade passou a receber algum temperamento. O cenário alterou-se completamente com a edição da Lei 9.868/1999, que, em seu artigo 27, veio a admitir a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Prevê o dispositivo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A lei, como se vê, afastou-se do binômio *ex tunc/ex nunc* para prever novas possibilidades à modulação dos efeitos. Ficaram admitidas a retroatividade máxima (*ex tunc*), a produção de efeitos a partir do trânsito em julgado (*ex nunc*), mas também uma inovadora possibilidade de produção de efeitos a partir de um momento futuro definido pela Corte. O Supremo Tribunal,

nos dias de hoje, chega a admitir que esta modulação seja feita no plano do controle difuso, no qual era regra a retroação dos efeitos da inconstitucionalidade.

Também é merecedora de considerações a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Essa técnica, adotada muitas vezes diante da alegada violação ao princípio da igualdade em tema de benefícios concedidos a alguns grupos de pessoas, o Supremo pode emitir uma sentença intermediária. Na ADI 2.240-7 BA, o STF lançou mão da técnica, deixando de pronunciar a nulidade de lei baiana que criara o Município de Luís Eduardo Magalhães para assegurar uma realidade que não mais se podia desfazer, protegendo-se, assim, o princípio da segurança jurídica e afastando-se o da nulidade da lei inconstitucional.

Da mesma forma, vem se mostrando relevante o instrumento do “apelo ao legislador” (sentença apelativa), por meio do qual o órgão judicial reconhece a constitucionalidade de uma norma, mas adverte o Parlamento da necessidade de uma atuação legislativa para que não se consolide uma violação à Constituição. No Brasil, aproxima-se dessa medida a tese da lei “ainda constitucional”, como se vê no HC 70.514, no bojo do qual, debruçando-se sobre o artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/50 (incluído pela Lei 7.871/89), o STF afirmou que a Defensoria Pública poderia ter prazo em dobro até que estivesse plenamente aparelhada no país.

3 A ADIN 4.029

“Texto é contexto” é uma velha máxima hermenêutica. A ideia é bastante conhecida pelos juristas. Mas nem a interpretação do texto e da norma *constitucional* são suficientes para explicar certas decisões do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a *descrição densa* do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029 que pretendemos fazer aqui, só faz sentido se descrita em num contexto, que leve em consideração concomitantemente os elementos jurídicos e metajurídicos envolvidos no caso.

Para isso é preciso destrinchar do que tratava a Ação, qual era o seu pedido, os fundamentos do pedido e as partes envolvidas. Em seguida é preciso examinar a justificação do voto do relator e dos demais ministros e as questões decorrentes da decisão final, como por exemplo, a reação da imprensa e dos interessados diretamente no caso. Ao fim o que se espera é uma análise que conjugue o saber técnico-jurídico com outros saberes vizinhos.

Contexto Jurídico

A ADIn 4.029 foi proposta no início de 2008 pela Associação

Nacional dos Servidores do IBAMA (Asibama) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), questionando a constitucionalidade da Lei 11.516/2007 que deu origem ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio⁴³. O Instituto Chico Mendes, foi criado por medida provisória, em 2007, a partir da divisão de competências atribuídas ao IBAMA⁴⁴ (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis). O IBAMA é um principais órgãos que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)⁴⁵. Com a divisão, o IBAMA continuou responsável pelo licenciamento ambiental e pela fiscalização do desmatamento. Já o Instituto Chico Mendes passou a cuidar das reservas ambientais, parques nacionais e centros de conservação da fauna e flora.

Argumentos da Inicial

⁴³ O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) é uma autarquia em regime especial, criada em 28 de agosto de 2007, pela [Lei 11.516](#). O ICMBio é vinculado ao Ministério do Meio Ambiente e integra o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama). Cabe ao ICMBio, executar ações necessárias a proteção do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, como a implantação e gerenciamento de programas para proteger, fiscalizar e monitorar as UCs instituídas pela União.

⁴⁴ Conforme a Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007, o IBAMA tem como principais atribuições “exercer o poder de polícia ambiental; executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental; e executar as ações supletivas de competência da União de conformidade com a legislação ambiental vigente.” Para o desempenho de suas funções, o IBAMA pode atuar em articulação com os órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios integrantes do Sisnama.

⁴⁵ O SISNAMA surge através da publicação da Lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. O Sistema tem como principal finalidade estabelecer um conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas responsáveis pela proteção e pela melhoria da qualidade ambiental.

Para a ASIBAMA, a criação do ICMBio reduziu a competência do IBAMA em seu trabalho de fiscalização e monitoramento do controle ambiental, além de onerar a máquina administrativa, “aumentando a burocracia e diminuindo a agilidade e celeridade do serviço estatal e a efetiva proteção ao meio ambiente”. Na ADIn 4.029, a Associação questionou a constitucionalidade formal e material da lei que deu origem ao Instituto Chico Mendes.

Formalmente a associação salientou que o ICMBio foi criado por meio de uma Medida Provisória (MP 366/2007) que foi convertida na Lei questionada, *sem ter sido apreciada por uma comissão mista de deputados e senadores, como prevê a Constituição Federal em seu artigo 62, parágrafo 9º*. Além disso, ainda na esfera da inconstitucionalidade formal, a ASIBAMA argumentava que matéria não possuiria as características de urgência e relevância para justificar a edição de uma medida provisória.

Sintetizando: a agremiação proponente alegou no campo da inconstitucionalidade formal que: (i) a Medida Provisória que deu origem à Lei objurgada não foi examinada pela comissão mista de Deputados e Senadores de que trata o art. 62, § 9º, da Constituição⁴⁶; (ii) que a referida Medida Provisória

⁴⁶ O que estaria comprovado por meio do ofício no 182 da Câmara dos Deputados, do Termo de Reunião do Senado Federal e de documento da Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal.

não atendeu aos requisitos de relevância e urgência previstos no art. 62, *caput*, da Carta Magna⁴⁷.

Em relação ao requisito de relevância a ASIBAMA apontou que a medida provisória que deu origem a lei questionada não cumpria os requisitos estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal, conforme foi estabelecido nos precedentes da ADI-MC 1.717/DF e ADI-MC 2.213/DF.

Quanto ao segundo requisito, a peça vestibular da ação direta apontou que a ausência de urgência na edição da MP estaria evidenciada pelo fato de que o ICMBio firmou acordo de cooperação com o IBAMA, por meio de Portaria Conjunta (nº 06 de 30/11/2007), no qual o primeiro delegou praticamente todas as suas atribuições para o último.

Já na seara da inconstitucionalidade material, a associação proponente apontou que o diploma questionado violaria: (i) o art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição, uma vez que a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade enfraqueceria a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fragmentando a gestão ambiental integrada e fracionando e reduzindo o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA); (ii) o princípio da proporcionalidade, na medida em que seria desnecessária a criação de uma nova autarquia enquanto já existente outro ente, o IBAMA, que

⁴⁷ A associação colacionou precedentes do Supremo Tribunal Federal, onde se reconheceu a possibilidade de o Judiciário analisar tais requisitos (ADI-MC 1.717/DF e ADI-MC 2.213/DF).

realizava idênticas atribuições, podendo ser alcançada a maior celeridade na concessão de licenciamentos ambientais por meio da alteração no procedimento legal, na contratação de mais técnicos ou com o deslocamento de efetivo para a área; (iii) o princípio da eficiência, pois a criação do ICMBio resultou em aumento de gasto público, sem a contrapartida de melhoria na proteção ambiental.

Segundo a própria agremiação de servidores argumentou: “A alteração da estrutura de proteção e preservação pode corresponder a uma alteração na própria concretização do direito e, por fim, na própria realização efetiva da garantia fundamental”. Isso porque, ainda segundo a associação, o ICMBio teria causado uma “verdadeira destruição do sistema operacional de proteção ao meio ambiente e na drástica redução da eficiência da proteção até então existente”.

Quantos ao pedido da inicial e no contexto das alegações de inconstitucionalidade formal e material apontadas pela ASIBAMA, a Ação Direta pedia a concessão de liminar para suspender os efeitos da Lei 11.516/2007, até o julgamento final da ação, “notadamente quanto ao deslocamento de mais servidores para o ICMBio e à manutenção das competências originais do IBAMA”. No mérito, associação pedia a confirmação da medida cautelar, para que fosse “seja restaurada toda a ordem jurídico-administrativa existente antes da edição da norma impugnada”.

Posicionamento das partes

A ação foi distribuída para o então relator, ministro Eros Grau, que a época determinou a aplicação do rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868.⁴⁸ O artigo prevê que o relator poderá submeter o processo diretamente ao plenário do Tribunal, dependendo da “*relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica*”.

Segundo o mesmo dispositivo a submissão da Ação Direta com pedido cautelar diretamente ao plenário tem ainda como outro pré-requisito, a prestação de informação das partes além da manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria Geral da República.

O cargo de Advogado-Geral da União, à época em que a Ação Direta de que trata este texto foi proposta, era ocupado por José Antonio Dias Toffoli. Pouco tempo depois, em 23 de outubro de 2009 Toffoli assumiu como ministro do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, no julgamento da ADIn 4.029 o ministro declarou-se impedido justamente por ter já ter opinado sobre o caso. A sua manifestação, em defesa da lei questionada pela Ação Direta foi no sentido de que:

⁴⁸ “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da *relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica*, podará, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a após a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

(i) o proponente da Ação Direta seria parte ilegítima, pois, além de não ter comprovado, na inicial ser associação de âmbito nacional, se trata de entidade que agrega apenas pequena parcela dos servidores públicos federais, de carreiras que sequer têm identidade originada da Carta Magna, faltando-lhe, assim, representatividade;

(ii) os requisitos de relevância e urgência, na hipótese, são de avaliação subjetiva estritamente política, cuja apreciação é vedada ao Judiciário, e, ademais, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que a conversão da Medida Provisória em Lei prejudica a análise destes requisitos (ADI 1.417, rel. Min. Octavio Galloti, ADI 1.726/DF, rel. Maurício Corrêa; ADI 1.976, rel. Min. Joaquim Barbosa);

(iii) apesar da ausência de apreciação pela Comissão Mista, a Medida Provisória no 366/2007 foi analisada por Deputado Relator nomeado pelo plenário do Congresso Nacional, o qual concluiu pela existência de relevância e urgência no caso;

(iv) na espécie, houve a constituição da Comissão, malgrado não tenha emitido o parecer, que tem caráter meramente opinativo, por falta de *quorum*. Por este motivo, o descumprimento do art. 62, § 9º, da Carta Magna, tida como simples peculiaridade do processo legislativo, não deve inquirar a Lei com a pecha de inconstitucionalidade;

(v) A Resolução no 01/2002 do Congresso Nacional determina que, uma vez esgotado o prazo para a emissão de parecer pela Comissão Mista, o processo deve ser encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória, sendo esse também o ensinamento de José Afonso da Silva;

(vi) não procede o argumento de violação ao art. 225, *caput* e § 1º, da Constituição, uma vez que a criação do ICMBio serviu para fortalecer e assegurar a efetividade do direito fundamental ambiental em conjunto com as atividades do IBAMA, fazendo parte de uma reestruturação da organização administrativa voltada à preservação do meio ambiente, que perpassou pela criação do Serviço Florestal Brasileiro, pela Secretaria de Mudança Climática e Qualidade Ambiental e pela Secretaria de Extrativismo e Desenvolvimento Rural Sustentável;

(vii) não houve preterição do princípio da proporcionalidade – o IBAMA era incumbido de mais de uma centena de atribuições, sofrendo com o acúmulo de tarefas, a falta de estrutura e a carência de pessoal, sendo que o ICMBio foi criado para dar foco às ações de conservação da biodiversidade, contando hoje com 1.634 servidores, 293 unidades de conservação federais e 15 centros especializados para pesquisa.

Em seguida, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido, reproduzindo, no mérito, basicamente todos os argumentos do Advogado-Geral da União. Afastou contudo a preliminar de ilegitimidade ativa, pois a entidade proponente representaria, sim, todos os servidores públicos federais que efetivamente têm relação com a questão ambiental, além de possuir previsão em seu estatuto voltada à conservação do meio ambiente.

O Senado Federal prestou informações por meio de sua Advocacia. Suscitou a ilegitimidade ativa *ad causam* da entidade postulante, por reunir apenas parcela da categoria dos servidores públicos civis. Ainda em sede preliminar, requereu o não conhecimento da Ação Direta, pois a associação proponente requeria a análise de uma Portaria Conjunta, o que seria vedado pela via eleita. Quanto à alegada inobservância do art. 62, § 9º, da Lei Maior, citou decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 3.289, na qual o relator, Min. Gilmar Mendes, teria assentado que a não constituição da Comissão Mista não determina a inconstitucionalidade do diploma.

No que atine aos requisitos de relevância e urgência, o Senado, por meio da sua advocacia, defendeu a prejudicialidade da questão, em virtude da conversão da Medida Provisória em Lei, a pressupor que o Congresso Nacional exerceu a sua atribuição constante do art. 62, § 5º, da Constituição: “A *deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das*

medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”.

Por fim, na seara de inconstitucionalidade material, O Senado Federal argumentou que a alegação de enfraquecimento da proteção ao meio ambiente só seria aferível mediante dilação probatória, para que se comprove mediante estudos, gráficos e planilhas, além de negar a afronta à proporcionalidade.

Agravo Regimental

Na sequência o então Relator, Ministro Eros Grau, negou seguimento à Ação Direta, nos termos do art. 21, § 1o, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal⁴⁹, por considerar que a Associação Nacional dos Servidores do IBAMA (ASIBAMA) não constituiria entidade de classe, mas mera associação ordinária de pessoas.

A entidade proponente opôs embargos de declaração, aduzindo que estaria presente em todos os vinte e sete Estados da Federação e possuiria mais de quatro mil associados em todo o país, não podendo ser considerada como associação de pouca representatividade mas que ao contrário, congregaria toda a

⁴⁹ “Poderá o(a) Relator(a) negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a *Súmula* do Tribunal, deles não conhecer em caso de incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente, bem como cassar ou reformar, liminarmente, acórdão contrário à orientação firmada nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil.”

classe dos servidores públicos federais ambientais. Como prova dessa amplitude nacional, a ASIBAMA acostou aos autos seu estatuto atualizado com a lista de todos os quatro mil e quinhentos associados por todo o país, integrantes de todos os órgãos ambientais federais do Brasil.

Os embargos de declaração foram admitidos pelo Min. Relator como Agravo Regimental, abrindo vista ao Ministério Público Federal, que emitiu novo parecer, concluindo pela necessidade de reforma da decisão, haja vista que, a relação apresentada com base no estatuto da ASIBAMA, listando os seus quatro mil e quinhentos associados lotados por todo país, comprovaria, satisfatoriamente, o caráter nacional da agravante. Ainda segundo a Procuradoria Geral da República, a legitimidade das entidades de classe na jurisdição constitucional deve ser interpretada extensivamente, de modo a democratizar o controle concentrado e conferir papel destacado às organizações da sociedade civil na participação da hermenêutica constitucional.

Diante disto, o Ministro Eros Grau reavaliou sua posição e num juízo de retratação, reconheceu a amplitude do estatuto acostado pela Associação. A decisão recorrida foi reconsiderada, na forma do art. 317, § 2º, do RISTF⁵⁰. Com

⁵⁰ “Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte.”

§2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto.

a aposentadoria do Ministro Eros Grau do Supremo em agosto de 2010, a relatoria do caso passou a ser do Ministro Luiz Fux. Finalmente em 7 de março de 2013 o caso foi a julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal.

Decisão de quarta-feira (07.03.2012)

O início da sessão foi protocolar. O presidente do Supremo, ministro Cezar Peluso, passou a palavra para o relator que fez a leitura do relatório do processo. Após a leitura do resumo do caso, nos termos do ministro Luiz Fux, houve sustentação oral do Advogado-Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams. É a importante a análise da sustentação oral. O motivo é que embora ela tenha reproduzido muito do que foi arguido durante a manifestação prévia da AGU no processo, o tom a contundência (ou a falta dela) podem indicar a a importância da lei para o Governo e é um sinal do quão tenso será o julgamento. Nesse respeito, nada aparentava que esse caso chamaria atenção. Ao menos naquele momento.

Na defesa da constitucionalidade da lei atacada, o Advogado Geral defendeu dois pontos principais em sua intervenção oral: (1) a importância do meio ambiente e (2) a legitimidade do *modus operandi* da comissão mista. Essas duas questões principais foram a base da fala do Advogado Geral da União, visando defender a lei dos pontos questionados na petição inicial da Ação, cuja

foco principal estava voltado para os pressupostos de urgência e relevância e a questão da atuação irregular da comissão mista.

Quanto a questão do meio ambiente, Luís Inácio Adams apresentou o assunto como sendo de importância global e cuja proteção no plano nacional dependeria de uma série de medidas com tempo certo e prazo de validade, incluindo aí como exemplo, a criação do ICMBio. O Instituto foi criado segundo Adams, para racionalizar a proteção do meio ambiente voltada para os parques nacionais, de modo a otimizar a função originária de fiscalização que permaneceu com o IBAMA”. A lembrança de que o assunto é prioritário e de que a criação do ICMBio fazia parte dos esforços do governo federal para a preservação do meio ambiente tinha o objetivo jurídico de justificar a criação do órgão via medida provisória, cobrindo de validade os critérios de urgência e relevância atacados na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em relação a legitimidade do modo de atuação da comissão mista, Adams argumentou basicamente que o modo de proceder da comissão seria um caminho legítimo para superar eventuais impasses no âmbito da Comissão Mista de Deputados e Senadores. Segundo ele por meio da resolução nº 1/2002, o regimento interno comum do Congresso Nacional permitia a confecção de um relatório *individual* no lugar de um documento *conjunto* do órgão, ou passado o prazo estipulado para aprovação desse parecer *colegiado*.

Esse ponto específico mereceu questionamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela ASIBAMA que entendeu que a Medida Provisória que deu origem ao ICMbio, aprovada por um parecer individual teria violado o que preconiza o artigo 62 §9, que exigiria um parecer colegiado da comissão mista. Contudo Adams vai argumentar que a resolução nº 1/2002 permite que a comissão exaure um parecer individual, sendo esse um modo operacional legítimo diante dos frequentes entraves e impasses que surgem no trâmite da conversão em lei das medidas provisórias encaminhadas ao Congresso Nacional. Esse dispositivo do regimento interno, contido na resolução nº1/2002 “supriria” na opinião do Advogado Geral da União, a necessidade de um parecer conjunto, colegiado. No seu entender, essa dinâmica seria mesmo necessária para dar mais celeridade ao processo e superar eventuais impasses prolongados.

O Congresso Nacional tem buscado resolver os impasses internos de deliberação que existem na própria casa. [Essa dinâmica] é natural, do nosso [Parlamento]. Ele visa preservar de um lado as formações majoritárias e também, por outro lado [procura prestigiar demandas da minoria]. Ao mesmo tempo ele tem buscado equilíbrio visando à viabilização do processo deliberativo, visando à superação da própria inação do processo de deliberação do Congresso Nacional. Por essa razão é que o regimento interno do próprio Congresso Nacional, medida da Resolução de 08 de maio de 2002, adotou na forma do §5º e §6º do art. 3º daquela Resolução um mecanismo de superar esses impasses que estavam [acontecendo].

Na sequência, o Advogado Geral apontou que muitas medidas provisórias, tem prazo certo e visam responder demandas urgentes que não podem esperar a

resolução de disputas internas ou ser submetidas a demora da tramitação de um projeto de lei comum. Ou seja, a Medida Provisória seria, lembrou Adams, uma medida que tem tempo certo de vida. Esse tempo necessitaria de mecanismos concretos, como o adotado na medida provisória em exame, para garantir um fluxo deliberativo adequado. O chefe da Advocacia do Governo foi contundente nesse ponto:

É preciso que Congresso Nacional delibere! Seja a favor, seja contra a Medida Provisória ou ainda adotando soluções alternativas, mas deliberando efetivamente, superando os impasses e entraves do processo de conversão das Medidas Provisórias”. Não é pela impossibilidade de instalação [ou parecer colegiado] ou ainda por resistência partidária interna que possa se justificar um [atraso indevido] do processo de conversão da MPs. Por isso é que o Congresso sabiamente buscou resolver isso, para que no tempo certo haja [efetivamente uma] deliberação da comissão para se manifestar mas garantindo de fato, a soberania do Congresso em decidir em última análise a pertinência ou impertinência da Medida Provisória para os fins que ela se propõe.

A constitucionalidade da lei atacada estaria intacta segundo Luís Inácio Adams, por outro motivo no que se refere a possível violação por um desvio de conduta da comissão mista. É que o parecer da Comissão de Deputados e Senadores seria apenas opinativo (ao contrário de outras comissões no Parlamento, como a CCJ). A competência para a deliberação sobre as medidas provisórias seria em última análise do plenário do Congresso e não da Comissão. Nas palavras do Advogado Geral: “A comissão opina, ela não libera sobre a Resolução, ela opina para instrução da deliberação congressional que se dá no

Plenário.

Em termos de argumentos jurisprudências a Advocacia Geral da União trouxe a lume um precedente de 2005, a ADI 3.289 lembrando ao Tribunal um posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Naquele julgamento, Mendes, ao analisar um caso semelhante, votou pela *constitucionalidade* da lei objurgada, afirmando o seguinte sobre a violação do §9 do artigo 62 da Constituição:

A disciplina trazida pela Emenda Constitucional n.32 de 2001, embora tenha sido eficaz na fixação de prazo determinado para a apreciação da medida provisória não foi capaz de eliminar potencial impasse decisório no que diz respeito à discussão da medida provisória na comissão mista. (...) Não vejo, considerando o atual estágio de implementação da emenda 32, como adotar uma interpretação rigorosa [do artigo 62, §9]⁵¹.

A sustentação oral foi concluída com mais dados sobre a importância do meio ambiente para o mundo e para o Brasil. Adams lembrou o esforço do governo federal em criar mecanismos para “racionalizar a proteção da natureza” em termos de proteção ambiental. A criação do ICMBio seria justamente parte concreta desse esforço. O esforço estaria ligado não só a questões estritamente ambientais mas econômicas e políticas. A proteção ambiental estaria ligada para além de assuntos exclusivamente ecológicos, também ao desenvolvimento sustentável, componente importante das discussões recentes no âmbito de

⁵¹ Esse é um ponto relevante pois tanto o relator do julgamento, o ministro Luiz Fux, quanto o próprio Ministro Gilmar Mendes irão argumentar que precedente já não teria mais força. O interessante não é a mudança de posição em si, mas – como sempre – a falta de uma justificativa consistente para tal mudança.

organismos econômicos internacionais. Além disso esses debates e negociações teriam seu ápice no Rio de Janeiro, em julho de 2012 com a Rio+20. “Por isso – arrebatou Luís Inácio Adams - entende a Advocacia Geral da União pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade declarando esta Lei integralmente constitucional”.

É importante destacar alguns pontos da sustentação do Advogado pois eles suscitam pontos interessantes. Conforme dissemos, a fala de Adams teve dois eixos principais: uma discussão sobre a legitimidade do modo pelo qual foi aprovada a medida provisória em questão no âmbito da comissão mista e a apresentação de uma série de dados estatísticos para salientar a importância da preservação do meio ambiente por políticas públicas focadas, sendo que a criação do ICMbio seria justamente um bom exemplo disto. Mas seria o caso de criar uma autarquia por medida provisória? A criação do ICMbio seria, de fato, iria agregar “mais racionalidade” a proteção ambiental. Porque razão o IBAMA não estava cumprindo essa tarefa adequadamente? Havia algum interesse do governo (para além da “proteção ambiental mais eficaz”) que poderia ter motivado o fracionamento do IBAMA? Essas são algumas perguntas que mereceriam um estudo mais aprofundado.

Quanto a discussão no modo de proceder da comissão mista durante o processo de conversão que deu origem ao Instituto Chico Mendes, temos que considerar que o Advogado Geral trouxe bons argumentos. Isso porque ele apresentou tanto argumentos dogmáticos quanto de ordem “empírica” na sua fala. Adams apresentou argumentos jurídicos consistentes, com embasamento da legislação pertinente, mostrando inclusive que o “atalho deliberativo” - entendido aqui como a apresentação do parecer pelo *relator* e não pela *comissão* - tinha respaldo regimental, conforme dispunha o §1 e 2 do artigo 6º, da resolução 1/2001 do regimento interno comum do Congresso Nacional⁵².

Além disso a argumentação *dialogava com realidade do Congresso Nacional*. Essa realidade, permeada de fortes pressões⁵³ e interesses, põe diuturnamente “a prova de fogo” grande parte das amarras regimentais e legais que limitam a sua dinâmica.⁵⁴ Adams mostrou que *na prática* os parlamentares estavam procedendo o exame das medidas provisórias *no seu tempo próprio*, no tempo da política que não raro é muito diferente do tempo imaginado num cenário

⁵² Art. 6 A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União. § 1o Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5o, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2 Na hipótese do § 1o, a Comissão Mista, se for o caso, preferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

⁵³ Sobre a atuação de grupos de pressão e sua influência no processo legislativo e no Congresso Nacional o clássico do cientista político Murillo de Aragão: Grupos de Pressão no Congresso Nacional. 1. ed. São Paulo: Editora Maltese, 1994. v. 3000. 230p .

ideal de deliberação. Contudo é importante dizer que mesmo seguindo um ritmo particular, a análise das medidas provisórias pela Comissão Mista de Deputados e Senadores, era pautado na maior parte dos casos pelos limites do regimento interno, adaptado por meio da resolução 1/2002 justamente na tentativa compatibilizar a dinâmica e o tempo da Comissão Mista com a exigência do texto constitucional.

Esse é um ponto crucial para o julgamento. Ora, por um lado a Constituição exige um parecer da *Comissão Mista* mas por outro, o regimento interno comum do Congresso Nacional possibilita que o parecer seja proferido por um *relator, individualmente*. Há margem hermenêutica suficiente para interpretar que esse dispositivo parece colidir com citado artigo 62 §9 da Carta de 1988. Deste modo a própria constitucionalidade da resolução 1/2001 poderia ser questionada e conseqüentemente a constitucionalidade de *todas as medidas provisórias que foram aprovadas com base naquele dispositivo*. Entretanto a ASIBAMA, proponente da Ação Direta em discussão, *não* suscitou esse ponto na sua petição inicial?

3.1 Voto dos Ministros

Após a sustentação oral do Advogado-Geral da União, o ministro Luiz Fux, fez uma breve ressalva antes começar a expor o seu voto. O ministro quis advertir para o fato de que o caso, por questionar a forma de conversão em lei de uma medida provisória, envolveria não só os pressupostos constitucionais, da urgência e relevância mas também o procedimento constitucional percorrido pela medida provisória questionada, antes da sua aprovação e conversão em lei. Entretanto, advertiu o relator, seria necessário que essa leitura, levasse em conta a “importância das questões ambientais, da eficiência do Brasil na sua proteção, e do que o país representa, hoje, em termos ambientais, para o mundo”.

Após essa ressalva breve, o ministro Luiz Fux passou ao exame da questão preliminar que envolvia o caso (procurar legislação definido preliminar). Tratava-se da legitimidade *ad causam* da ASIBAMA.

Para o exame da preliminar, Fux apresentou um panorama sobre o rol de legitimados para propositura da Ação Direta afirmando que a Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, com a superação, do outrora amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do monopólio da “representação de inconstitucionalidade” dado ao Procurador-Geral pela Constituição de 1967.

Segundo o ministro relator, com a Carta de 1988, houve uma abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo

Poder Judiciário. Essa abertura seria peça fundamental para conferir mais legitimidade as decisões judiciais, na medida em que esses canais de diálogo, estimulassem um maior influxo popular na interpretação constitucional. (falar de *amicus curie*)

A observação do ministro é interessante, pois reflete uma preocupação com o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Um dos principais problemas nesse sentido, é o fato dos juízes e ministros terem o poder de influenciar decisivamente, nas escolhas feitas pelo Poder Executivo e Legislativo, apesar de não terem sido eleitos diretamente pelo povo. Uma das soluções para esse dilema – a participação popular na interpretação constitucional - parece representada pela seguinte passagem do voto do ministro

Fux:

Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem sucedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais (inclusive judiciais). Esse é um dos principais fundamentos que garantem legitimidade para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes.

Seguindo no raciocínio, Fux argumenta que essa legitimidade seria especialmente importante se enxergarmos a Constituição como um catálogo de expressões e direitos que permitem múltiplas interpretações. Esses direitos só adquiririam sentido normativo, a partir da atividade do intérprete. Nessa esteira

seria antidemocrático – na visão de Fux – “afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico”. Para o ministro, “a participação democrática, por constituir verdadeiro direito fundamental, merece sempre a interpretação que lhe dê o maior alcance e efetividade”. De acordo com o relator, “nesse contexto a manifestação da sociedade civil organizada, ganharia, é claro, papel de destaque.”

O Ministro Fux segue seu raciocínio, apontando que, para além de conferir maior legitimidade às decisões jurídicas, a participação da sociedade na hermenêutica constitucional traria ainda outro benefício: “a interferência do povo na interpretação constitucional, com a expressão de seus anseios, prolonga a vigência da Carta magna, evitando rupturas institucionais”. O ministro reforça o seu raciocínio citando Alexy e Habermas além de uma obra, de um dos seus pares, Ministro Gilmar Mendes.

Citando Mendes, o Ministro Luiz Fux lembrou que até 28 de fevereiro de 2008, 154 (cento e cinquenta e quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade haviam sido extintas por ilegitimidade ativa da entidade de classe. Um outro dado apresentando por Fux, ressaltava que até o final de 2005, apenas 34 (trinta e quatro) confederações sindicais e entidades representativas de âmbito nacional tiveram seu direito de propositura reconhecido. Esse quadro,

segundo o ministro relator, revelaria um descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor do Pretório Excelso nessa seara.

Para corroborar com essa crítica, Fux cita um trecho da influente obra do alemão Peter Haberle para o debate constitucional brasileiro: *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*:

A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista.⁵⁵

Adiante, discorrendo sobre essa seara – a da interpretação constitucional – o ministro Luiz Fux, cita outro alemão, Robert Alexy (2008) para afirmar que o sistema jurídico seria um sistema aberto em face da moral, uma vez que seria necessário conferir significação a conceitos-chave como dignidade, liberdade e igualdade (diferença entre texto e norma constitucional). Esse argumento de Alexy, reforça o ponto que o ministro buscou salientar: ao dever do Tribunal, de prestigiar cada vez mais a participação plural e popular na tomada de decisões da Corte Suprema. Nesse sentido o ministro Fux volta a citar Haberle para quem:

Interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma

⁵⁵ Interessantemente, a tradução da obra é do Ministro Gilmar Mendes, o que reforça, uma tendência no caso em exame, de uma deferência diferenciada por parte do Tribunal, para com o pensamento do Ministro Gilmar

ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. [Assim], na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção, [deve-se] reconhecer [também] que a norma não é decisão prévia, simples e acabada. **[Com efeito,] há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action.** (Grifamos)

Na mesma direção, mas com contornos distintos, Fux invoca outra obra de Habermas (2002), *Pluralismo y Constitución*. Aqui o alemão de (cidade de origem) vai destacar que a busca pela concretização dos direitos fundamentais, “deve se apoiar, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, mas também através de competências baseadas em processos [jurídicos-constitucionais]”. Seguindo essa premissa, seria dever da Corte, segundo Luiz Fux, garantir a existência de diversos mecanismos de debate que estimulem o pluralismo político. Ainda segundo o relator, essa determinada configuração de democracia deliberativa encontra respaldo teórico em vários autores, como por exemplo, Carlos Santiago Nino.⁵⁶

Seria assim, segundo o relator, “à luz dessas considerações”, que o Tribunal deveria interpretar o inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal, não sendo recomendável uma exegese demasiadamente restritiva do “conceito de classe de âmbito nacional”. Para o ministro, a participação dessas entidades, nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, “deveria ser

⁵⁶ O argentino defendia um arranjo institucional que zelasse pela multiplicidade e alteridade de vozes no seio de suas discussões.

estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal.”

No caso, o Ministro Fux considerou que a entidade proponente, ou seja, a ASIBAMA, teria comprovado sim, possuir ampla gama de associados. Além disso, a agremiação estaria distribuída por todo o território nacional, representando a integralidade da categoria interessada. Estava resolvida a questão da legitimidade *ad causam*.

Concluída a preliminar, o ministro Luiz Fux passou ao mérito da questão. Para o ministro, a conversão da MP 366/2007 na lei em questão não atendeu ao disposto no artigo 62 parágrafo 9º da Constituição Federal. Segundo o ministro, a comissão mista foi constituída, mas não houve quórum para deliberação. Isso deu motivo a aplicação do previsto na Resolução 1/2002 do Congresso, que diz que após 14 dias, se não deliberado pela comissão, o parecer pode ser apresentado individualmente pelo relator perante o plenário. Entretanto o ministro Fux considerou que a resolução ia de encontro a Constituição, uma vez que o comando do artigo 62, parágrafo 9º, procurou dar maior reflexão as medidas emanadas pelo Executivo. Para o ministro, ao dispensar o parecer redigido pela comissão mista, a resolução seria inconstitucional.

O ministro Luiz Fux considerou ainda que houve no caso em tela, abuso no poder de editar as Medidas Provisórias. Isso estaria evidente pelo fato da criação um ente – uma autarquia – para atuar com as mesmas finalidades de uma instituição já existente.

Assim, com base no desrespeito ao artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição, e na falta de urgência para justificar a edição de MP e ainda propondo a modulação de efeitos da decisão, o ministro votou pela procedência parcial da ADI.

Ele foi acompanhado pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia Antunes Rocha quanto ao fundamento da inconstitucionalidade formal, por desrespeito ao artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição.

O ministro Ricardo Lewandowski divergiu integralmente do relator. Para Lewandowski a análise dos requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias deve ser feita com muito cuidado pelo STF porque, para ele, a Corte não pode se substituir à vontade política discricionária do governo. Quanto à tramitação da MP, o ministro disse entender que a Resolução 1/2002 é matéria interna corporis do parlamento, e a jurisprudência da Corte entende que o STF não pode se debruçar sobre matéria dessa natureza. Ainda quanto a esse ponto, o ministro disse que o parágrafo 9º do artigo 62 da Carta é imperativo: a comissão

deve se manifestar, não pode se omitir. O relator do caso emitiu parecer, mas a comissão não se manifestou por falta de quórum. Diante dessa chamada manobra de obstrução, o Congresso Nacional avocou a discussão da matéria no plenário de suas casas, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

O Supremo tinha mandado um recado ao Congresso Nacional. A mensagem poderia ser traduzida de forma caricata nos seguintes termos: “Coloquem alguma ordem nessa bagunça”. A versão real da nossa caricatura é bem representada num trecho do voto ministro Luiz Fux ressaltando a necessidade de uma “reflexão mais detida” por parte do Poder Legislativo acerca das medidas provisórias:

É difícil imaginar a soberania do Congresso Nacional quando o parecer é oriundo de uma voz unívoca do próprio relator, tendo em vista que a comissão não se instalou. Percebe-se assim, que o parecer da comissão mista, ao invés de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja, efetivamente, o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo”.

No dia seguinte ...

Embora eloquente, o entendimento do Supremo Tribunal provocou um alvoroço na manhã do dia seguinte. Aparentemente a Corte Suprema não se atentou para o fato de que aproximadamente, outras 500 medidas provisórias (anteriores aquela questionada no caso específico) também não haviam passado

pelo crivo da aludida comissão! Teoricamente todas essas MPs poderiam ser colocadas em xeque, tendo sua validade questionada judicialmente.

A reação no Congresso foi imediata. Em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, o presidente da Câmara dos Deputados à época, Março Maia (PT-RS), afirmou que o STF "desconsiderou" os trâmites políticos do Congresso ao decidir que o Legislativo deveria cumprir à risca a legislação sobre a tramitação das medidas provisórias.

"A questão é política e não do regimento do Congresso. Não votamos as MPs com rapidez na Câmara porque a oposição obstrui as sessões. A decisão do Supremo desconsidera essa questão política. O problema político vai continuar mesmo se estabelecendo novas regras", afirmou Maia.⁵⁷

Já o presidente nacional do PPS, deputado Roberto Freire (SP), em entrevista para o mesmo jornal defendeu a paralisação imediata da tramitação de todas as medidas provisórias em análise no Congresso. Ele pediu aos presidentes da Câmara e do Senado a convocação com urgência de todos os líderes partidários. Freire queria discutir como o Congresso iria se comportar diante da decisão do Supremo.

"O mais grave é que isso não ocorreu apenas com essa medida provisória. Nenhuma MP aprovada pelo Congresso desde 2001 teve parecer de uma comissão mista. Na prática, todas podem ser questionadas na Justiça", disse Freire.⁵⁸

⁵⁷ Jornal Estado de São Paulo.

⁵⁸ Jornal Estado de São Paulo.

Preocupado, o líder do governo na Câmara, deputado Cândido Vaccarezza (PT-SP), apontou que a decisão do Supremo Tribunal Federal traria "grande insegurança jurídica" ao Parlamento. Vaccarezza classificou o posicionamento da Corte como "temerário", e comentou que o STF deveria ter julgado de modo que a decisão valesse apenas para a tramitação de novas MPs, não se aplicando aos projetos que já viraram lei. O líder do governo também externou grande preocupação com programas sociais que já estavam em vigor. Ele lembrou que programas como o Minha Casa, Minha Vida, Bolsa Família também haviam sido aprovados por meio de MPs.

Um debate perplexo

A falta de pareceres da comissão mista não era segredo na Esplanada dos Ministérios. Contudo é possível crer que nem todos os parlamentares e ministros tinham consciência do tamanho e da gravidade do problema. A decisão do Supremo Tribunal Federal esgarçou esse contexto, e "de repente" as vísceras da dinâmica envolvida na aprovação das Medidas Provisórias foi exposta, debatida e reordenada pelo julgamento da ADIn 4.029. A perplexidade diante do cenário e dos possíveis desdobramentos da decisão do Supremo são perceptíveis num debate ocorrido entre dois deputados. Vamos tomar a liberdade de reproduzir seu conteúdo pela riqueza do diálogo e modo como ele evidencia algumas nuances da pesquisa.

Para evitar uma grande confusão legal, o Supremo Tribunal Federal reavaliou no dia 08 de março passado, a decisão que anulou a Lei que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, questão de ordem levantada pela Advocacia Geral da União. Mostrou que essa decisão abriria caminho para 500 Leis aprovadas no mesmo modelo fossem questionadas judicialmente, criando insegurança jurídica e a impossibilidade de reapreciação da matéria, em tempo hábil, pelo Poder Legislativo. Para falar do tema, convidamos os deputados Pauderney Avelino do DEM do Amazonas e Dr. Ubiali do PSB de São Paulo.

Deputado Pauderney Avelino, como é que o senhor vê a confusão jurídica que isso poderia criar no Brasil, ou poderá criar no Brasil?

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Em primeiro lugar, eu vejo que em boa hora o Supremo Tribunal Federal coloca as coisas nos seus devidos lugares. O Art. 62 da Constituição, no seu § 9º – e aqui eu trouxe a Constituição – este artigo eu fui o relator em 2001. E realmente causou muita polêmica entre o Executivo e o Legislativo porque na época nós, mesmos sendo da base do Governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, fizemos uma Emenda Constitucional e aprovamos essa Emenda Constitucional. O Fernando Henrique

dizia que o país seria ingovernável a partir da promulgação dessa Emenda Constitucional. Criou-se realmente um clima muito forte entre o Executivo e o Legislativo. E, a bem da verdade, o tempo foi passando; nós criamos para dar força ao Legislativo, à bem da verdade.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Um clima de conflito.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Isso. Mas criamos – diga-se de passagem, aprovamos essa Emenda Constitucional para dar força, mais força ao Legislativo. Por quê? As Medidas Provisórias até então eram editadas e reeditadas indefinidamente. Não havia necessidade de aprovação dessas Medidas Provisórias, melhor dizendo, e as reedições iam a 30, 40, 50, 60...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Não havia prazo para apreciação.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Não havia prazo. Exatamente.

Então, nós estabelecemos prazos. Em 45 dias a Medida Provisória começa a trancar a pauta e a comissão que está aqui no Art. 9º do § 62 que diz o seguinte: § 9º: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”.

Essas medidas provisórias, meu caro Tarcísio e caro Dr. Ubiali, elas quando chegam ao Congresso Nacional, elas entram pela Câmara dos Deputados. Mas se cria no Congresso e é lá no Senado que se cria a comissão para que se dê o parecer. Aí o presidente da Câmara manda, nomeia os deputados, os líderes vão nomeando os deputados, cada representante; o Senado a mesma coisa. Então cria-se essa comissão que se reuniria no Senado Federal. Ocorre que isso tudo é para inglês ver. Isso só acontece na formalidade, no papel. Na realidade as comissões nunca se reuniram e nunca saiu um parecer. Então a partir de agora, é com essa decisão do Supremo

Tribunal Federal – nós estamos inclusive já com pareceres e pedindo mais pareceres dos nossos juristas, sobre o efetivo papel desta comissão. O que nós vamos fazer? Vamos fazer admissibilidade? Vamos analisar o mérito destas medidas provisórias? Então, a partir da Medida Provisória 560 ou 561, nós já estaremos reunidos em uma das salas das comissões do Senado Federal; reunidos deputados e senadores para analisarmos essas questões. Mas quando formos para essas reuniões nós já vamos sabendo o que nós deveremos fazer. Ou seja, vamos analisar a admissibilidade, se a medida provisória é constitucional ou é inconstitucional, como várias e várias medidas provisórias que o Executivo edita, elas são inconstitucionais. Elas recebem parecer pela constitucionalidade quando não são constitucionais. E nós reclamamos muitas das vezes e muitas

das vezes vamos ao Supremo Tribunal Federal reclamar dessas inconstitucionalidades. Agora eu acho que as coisas vão entrar em seus devidos lugares. E vamos exigir que a norma constitucional seja cumprida.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Doutor Ubiali, como é que o senhor vê essa questão das medidas provisórias e o papel que o Congresso tem nesse processo?

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Bom, só no Brasil para acontecer uma coisa dessas que o Pauderney está relatando. Nós temos um ato constitucional aprovado e que nunca foi executado; que nunca foi cumprido. Eu fui nomeado duas vezes por uma dessas comissões mistas. Eu fui lá e todas as duas vezes houve surpresa dos funcionários que ficam lá sentados esperando, dizendo: “Não, mas isso aqui não reúne não, doutor; o senhor pode... Não vai aparecer ninguém”. Eu fiquei sentado, esperando que aparecesse outro...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Era apenas uma formalidade.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Uma formalidade. Isso é um absurdo! Isso aí é exatamente o retrato daquilo que está acontecendo hoje aqui no Congresso.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Que diminui o Poder Legislativo.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Diminui o Poder Legislativo. Isso dá ao presidente do Congresso Nacional e aos líderes que hoje são os problemas do Legislativo. Hoje o problema do Legislativo pode estar nas lideranças. As lideranças que avocaram para si todo o poder. Bom, se é para funcionar com 22/23 deputados que dizem o que tem que ser feito ou não, e ditadores de dois anos...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Colégios de líderes, não é?

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – É. Colégios de líderes. E ditadores de dois em dois anos vão presidir a Câmara, então vamos encerrar isso, vamos economizar para o país, vamos diminuir o número de deputados, ficamos só com os 22 e pronto! Encerramos isso. Agora, se o povo quiser ter representatividade, quer eleger seus deputados e quer que aqui eles exerçam o seu papel, vamos cumprir a Constituição. A Constituição nossa é muito boa, ela vem tentando... Ela foi muito bem pensada pelos constituintes e as emendas que foram feitas foram para adequar alguns setores que se mostraram errados. Por exemplo, Pauderney disse – e nós temos ainda medidas provisórias, em vigor, da época anterior á essa de 2001, que ainda não foram votadas.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Estão no limbo e são tidas e válidas como leis, como se votadas tivessem sido. E não foram votadas. Isso realmente é uma questão muito importante. Agora, o que eu acho grave, Tarcísio e Dr. Ubiali, é que, além de não fazermos um parecer prévio sobre as medidas provisórias...

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Inter-relação urgência /relevância.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Com relação à urgência e relevância, as questões dessa tal de admissibilidade que é a relevância e a urgência...

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Quantas coisas. Não tem urgência nenhuma!

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Ela é constitucional? Ela atende aos pressupostos? Então temos a coisa grave. O Dr. Ubiali sabe, muitas das vezes o parecer, quando a medida provisória já está trancando a pauta, não está pronto. Não está pronto. E muitas das vezes...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Ele é feito na hora da votação.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – O relator ainda está negociando quando a sessão já está andando. Pauta trancada. Muitas das vezes o relator pede prazo, porque também é constitucional pedir prazo regimental, pedir prazo por 24h e muitas das vezes o Plenário não toma conhecimento, e isso é grave, sobre o que está sendo tratado no relatório...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – E está sendo votado...

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – De um parecer que ninguém tomou conhecimento. Quantas vezes a gente vai para a Tribuna pedir para suspender?

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Todas às vezes o relatório não está pronto. O relatório tem que ser entregue antes. Isso aí é um mal do nosso Legislativo. Ou o nosso Legislativo toma jeito, melhora, ou nós estamos com o risco, em minha opinião, de democracia. Porque o que está acontecendo é que há uma ditadura que se renova no Executivo de quatro em quatro anos, no Legislativo de dois em dois anos, na troca das presidências. Que é o caso.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Mas se você me permite, eu vou fazer uma crítica aos deputados. Se isso existe é porque a expressiva maioria dos deputados, eles deixam que isso aconteça. Omitem-se e quando votam, votam de

qualquer jeito. Muitas das vezes – e eu vou dizer aqui, sem nenhum medo de dizer o que eu estou dizendo – votam sem saber o que estão votando.

Senhor – É o cúmulo.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Muitas das vezes, nós que pedimos para que a leitura seja feita palavra por palavra. É porque nós queremos conhecer o inteiro teor do que está escrito no Parecer que sequer foi distribuído para o Plenário! E aí nós temos que conhecer um relatório que vai ser lei, será transformado em lei sem nós tomarmos prévio conhecimento.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Nós tivemos um problema recente com o deputado Glauber Rocha, que ficou muito claro como é que funciona essa Casa. O deputado Glauber Rocha tinha participado durante o ano passado, de uma comissão especial que estudou o problema das catástrofes ambientais que estão acontecendo no país. Ele foi o relator. A comissão debateu, andou aí o Brasil todo durante um ano e fizeram um belo trabalho e apresentaram esse relatório. Veio uma medida provisória para tratar deste assunto. Não havia ingerência de outros assuntos dentro daquela mesma medida, que é outra coisa que a gente pode discutir, porque funciona para alguns casos e não funciona para outros casos. Mas vem essa medida provisória. O que ele fez? Ele aproveitando a experiência e o conhecimento da comissão, colocou no seu relatório o que

passou a ser um novo projeto de lei, tudo aquilo que era considerado importante para uma prevenção dos acidentes ambientais que poderiam acontecer. Quando ele apresentou esse relatório ao Plenário, que ele começou a ler foi dito a ele claramente por técnicos do Executivo – quando a gente fala assim: pelo Governo, o Governo é o segundo ou terceiro escalão que conversa com a gente aqui – então o técnico disse: “Olha...”. A ele foi dito, não deu tempo de ler para analisar, então nós temos que aprovar a medida provisória como ela veio da origem. Então, se é para aprovar como veio, então para que votar no Congresso? Rejeitá-la ou aceitá-la como está? Isso não está certo. O Congresso, a Câmara dos Deputados tem a responsabilidade de colocar a opinião do povo naquela medida provisória; o que o povo pensa e quer daquilo. E o Executivo na sua função de executar, tem que argumentar e fazer um acordo. Não está acontecendo isso.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Tem que introduzir modificações e considerar necessário...

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Lógico. Lógico! É para isso que existe a Casa.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Mas não precisa fazer modificações porque a Emenda Constitucional que está em vigor, a Emenda nº 62 prevê tudo isso. Ela dá mais força ao Congresso Nacional, porque o Executivo

fica com uma força imensurável com relação à medida provisória. A Emenda nº 62 que está aqui na Constituição, ela não precisa ser modificada, se seguir os trâmites que estão previstos aqui.

Agora, o Dr. Ubiali realmente trouxe um exemplo, um exemplo recente. O deputado Glauber Rocha criou um impasse. Um impasse que levou à sessão, ao fim da sessão e levou, para a semana seguinte, as negociações e ali, um relatório extremamente bem elaborado fez o que precisava ser feito – minhas homenagens a esse jovem representante do Rio de Janeiro – fez o que precisava ser feito, como o Dr. Ubiali disse. Trabalhou por mais de um ano em uma comissão feita por deputados para examinar as catástrofes que estavam acontecendo e fez um libelo; fez um tratado sobre como se deve prevenir as catástrofes e como relator dessa medida provisória, colocou esta nova lei, que já foi aprovada na Câmara dos Deputados que vai beneficiar milhões de pessoas que sofrem anualmente, sazonalmente com essas catástrofes que acontecem: com enchentes, com chuvas.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – As catástrofes naturais; não é?

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Catástrofes naturais. Então isso foi emblemático. Esse exemplo é emblemático.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – E o pior, Pauderney, o pior não foi isso. Ele quis ler o relatório como um todo. Sabe como foi entendido? Que estava tendo obstrução. Na verdade ele queria apresentar o relatório dele, para a Câmara e foi entendido que estava tendo obstrução. “Não, faça somente um resumo.”

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – É verdade.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Ora, não é isso, gente! Nós somos deputados. Nós temos responsabilidades. Eu não quero a responsabilidade para o indivíduo, pelo médico Dr. Ubiali, Marco Aurélio Ubiali. Eu quero pelo deputado que aqui está representando os milhares de votos que teve em São Paulo; como Pauderney no Amazonas. Então é isso que nós queremos. Nós queremos nos sentir com o direito de representar aqueles que nos elegeram. Isso não está acontecendo na Câmara dos Deputados. É isso que eu estou...

E olha, é inadmissível! Está chegando em um limite que nós não vamos mais aceitar isso. Hoje, nós temos um problema no PSB. Glauber é do PSB que nós estamos citando – o PSB que é da paz, sempre foi aliado do Governo; concordamos com as medidas que o Governo tomou; nós sempre participamos dessas medidas. O Partido está muito bem com o Governo, mas os deputados do PSB não estão bem com o Governo. Hoje há uma diferença entre o Partido e os

deputados. Os deputados, nós temos o maior respeito por Eduardo Campos, nosso presidente; queremos que o Eduardo e vemos que no Eduardo um potencial enorme para o futuro aqui no nosso país; é um político inteligente, preparado.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Um quadro qualificado, não é?

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Tem feito um governo de Pernambuco excelente, mas é preciso lembrar que o papel do deputado aqui nessa Casa, não está sendo cumprido. Está certo, Pauderney, nós somos responsáveis. Por que nós somos responsáveis? Porque nós não exercemos o nosso papel como deveríamos exercer. Só que há um limite...

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – A maioria.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – A maioria, naturalmente. Eu digo 'nós', no sentido de... Eu tenho certeza que aqui – sempre digo isso – há um número de pessoas que realmente não querem fazer absolutamente nada, entre os deputados. Há outro número que querem fazer muito, entre os deputados. E há outro número que fica no meio que é o grande número dos deputados...

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – E quer fazer alguma coisa e não pode.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Que quer fazer e não pode e *não vai dar valsa* como diriam na minha região. Quer dizer, então nós precisamos mudar isso. Isso é inadmissível que continue. Eu acho que essa Câmara chegou ao seu limite. Se eu conheço bem a Câmara – já estou aqui há cinco anos – e eu já penso conhecer bem, a insatisfação é geral. Eu fiz um pronunciamento há pouco em um Plenário da Câmara e fui aplaudido porque disse isso que estou falando – “Vamos parar com isso, gente. Tem que mudar”. Agora eu, que sou um deputado relativamente novo, chego e faço esse meu depoimento, explico essa situação e sou aplaudido, naturalmente é porque isso é um sentimento geral da Casa.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Um sentimento predominante.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Predominante.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Na maioria dos deputados.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Mas se houvesse uma consciência, Tarcísio, de que um deputado, conforme as suas prerrogativas – eu faço questão de estar aqui mostrando a Constituição o tempo todo, porque está

tudo aqui no livrinho o que é ser um deputado federal, quais as prerrogativas que nós temos. Nós institucionalmente valem muito, vale muito, desde que o deputado, a instituição se valorize. Eles “não, eu não estou aqui simplesmente para negociar, tratar de Emendas, de orçamento. Eu não estou aqui simplesmente para abaixar a cabeça e dizer sim a tudo o que o Executivo manda”. Nós temos prerrogativas constitucionais para analisarmos, fazermos, analisarmos projetos e fazermos, votarmos as leis do Brasil. Nós temos, inclusive as que vêm do Poder Judiciário. Nós precisamos cuidar disso com mais responsabilidade! Eu não me canso de chamar a atenção dessas questões que vai apequenando cada vez mais o nosso Poder Legislativo que é o poder que faz as leis. Que o Executivo tem que obedecer e que o Judiciário tem que se ater para fazer o julgamento!

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Mas Pauderney, você há de convir que...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Não só faz as leis como tem a obrigação de fiscalizar o Poder Executivo.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Também.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Mas Tarcísio...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – É a oposição que deve exercer esse papel.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – A oposição não, todos nós.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Sim, mas a oposição principalmente.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Eu, modéstia à parte, tento fazer, tento cumprir o meu papel da melhor forma que posso. E tenho feito isso ao longo dos meus mandatos. A experiência já me diz o seguinte: se você não fizer, se o parlamentar não fizer as coisas, não exercer as suas prerrogativas, você não será respeitado.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Mas Tarcísio, Pauderney, na verdade o que acontece é que na distorção dos Poderes no Brasil o Executivo ficou muito forte. Todo o sucesso ou insucesso do Governo é atribuído ao Executivo. Você vê o sucesso do Governo Lula. É indiscutível que houve um sucesso no Governo Lula. Quem não dizer isso, está errado. Houve sucesso no Governo Lula com absoluta aquiescência da Câmara dos Deputados. Os deputados votaram favoravelmente, apoiaram todas. Principalmente no segundo mandato do Governo Lula. O que aconteceu no segundo mandato do Governo

Lula? Na renovação do mandato dos deputados houve uma renovação enorme! Não houve reconhecimento nenhum do Legislativo, como um dos colaboradores e executores do projeto do Lula que deu certo. Então o que nós temos hoje é uma distorção de poder. E quando você diz “os deputados não fazem”, mas você sabe, você foi da situação do Fernando Henrique e escutou dele que “era ingovernável”, “a governabilidade era importante”. Quando vocês montaram as suas comissões mistas, vocês cometeram, na minha opinião, um engano. Vocês colocaram doze senadores e doze deputados. Não é isso que está na Constituição? Doze e doze. Ora, reunir doze senadores? Senador é peça rara! Nós temos 513 deputados; 87 senadores. Não é isso?

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Tem que haver o equilíbrio. Tem que haver o equilíbrio. Tem que haver a paridade exatamente para que o Senado não diga que tem menos voz do que a Câmara. Foi essa a intenção.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Mas a proporcionalidade.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Fazer o equilíbrio. Mas a proporcionalidade nesse caso não pesa. O que pesa é que nesta comissão nós fizemos questão de dizer: O Senado tem peso igual à Câmara para análise da medida provisória. Ponto.

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Ponto. Mas aí o que aconteceu? Nunca existiram as comissões mistas. Fernando Henrique não fez. Lula não fez...

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – São 81 senadores, não é?

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – E eu só queria dizer o seguinte: Se o Supremo – de acordo com meu entendimento – chegasse à conclusão de que todas as leis, as 500 leis que foram votadas, seriam inconstitucionais, não ia ter problema nenhum! Sabe por quê? Nós temos a prerrogativa, constitucional inclusive, de elaborarmos projetos de decreto legislativo convalidando os atos que aquelas leis tiverem efeito. O efeito delas nós poderíamos convalidar com projetos e decretos legislativos. Depois podiam se votar novas leis. Mas aquelas não teriam nenhum problema. Aquelas não teriam nenhum problema, nós poderíamos convalidá-las, como podemos convalidar a que o Supremo derrubou do Instituto Chico Mendes. Convalidar ou não. Se nós entendermos...

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – O Supremo aceitou lá. Voltou a valer.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Pois é, mas poderíamos convalidar. O objeto da análise foi a do Instituto Chico Mendes. Então nós poderíamos convalidá-la.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – E o Supremo chegou a sugerir que o Congresso Nacional votasse uma lei naquele sentido.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Não precisaria assim, mas poderia fazer isso com vagar. Poderíamos convalidá-las todas simplesmente com decreto legislativo.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – É.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Que é a maneira que nós fazemos quando a medida provisória perde eficácia. Cento e vinte dias depois perdeu a eficácia, não foi votada nem na Câmara nem no Senado? Nós temos que votar um projeto, decreto legislativo convalidando os efeitos que aquela medida provisória gerou enquanto funcionou como lei.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Olha, nosso tempo, infelizmente, está esgotado. O senhor quer dizer alguma coisa, Dr. Ubiali?

Deputado Federal Dr. Marco Aurélio Ubiali – Só dizer que tudo isso que está acontecendo é muito bom. Mas lembrar que na minha opinião o Supremo

cometeu um erro ao aceitar que essa exigência seja apenas daqui para frente. Como é que uma Constituição pode valer daqui para frente porque o Supremo decidiu? Ora, desculpa. O Supremo quis resolver um problema legal que poderia ser resolvido de outra forma, como você falou, mas que cometeu um erro. Eu hoje aqui estou me desculpando com todos porque eu estou crítico; porque eu estou muito crítico porque eu já não aceito mais as coisas como estão.

Deputado Eng.º Pauderney Avelino – Não. Continue assim! Não se desculpe não. Exerça a sua função. Exerça a sua prerrogativa. Não se desculpe. Você está aqui exatamente para criticar, para fiscalizar e para fazer o que tiver que ser feito.

Sr. Tarcísio Holanda (Jornalista/Âncora) – Bom, nosso tempo está esgotado. Muito obrigado pela presença aqui dos deputados Pauderney Avelino do DEM do Amazonas e Dr. Ubiali do PSB de São Paulo

A solução “pragmática”

O Tribunal não estava alheio a repercussão do caso. Pelo contrário. Se na quarta-feira o discurso do ministro relator, Luiz Fux, era permeado de uma contundência deontológica horas depois, na quinta-feira (08/03/2012) ele abriu a sessão dirigindo-se aos seus pares com um novo posicionamento, marcado por uma preocupação pragmática (consequencialista?): “Todos nós acompanhamos

os noticiários de hoje, e a Advocacia–Geral da União traz uma questão de ordem que eu vou acolher”.

O ministro afirmou que era “imperiosa” a necessidade de garantir segurança jurídica às normas já editas, evitando uma “corrida desenfreada ao Poder Judiciário” que poderia provocar uma “grave distorção de todo o sistema”. Fux arrebatou a mudança do seu posicionamento com uma metáfora emblemática, atribuída ao jurista estadunidense Cass Sunstein:

“Os juízes devem decidir como acharem apropriado, mesmo que os céus venham a cair; porém, se a possibilidade de os céus caírem for real, talvez os juízes não devam adotar a solução que entendam correta”.⁵⁹

Seguindo o raciocínio do professor norte-americano o relator estava propondo que o Supremo reconsiderasse sua decisão tendo em vista “as consequências” negativas que ela poderia acarretar.

Contudo esse ajuste tinha obstáculos de ordem prática. Como modificar uma decisão jurídica firmada *no dia anterior*? Nem os próprios ministros sabiam. A solução foi construída em meio a muitas dúvidas e um intenso debate.

Mas mesmo acolheu a questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, alterando a decisão do dia anterior e julgando improcedente a Ação

59

Direta de Inconstitucionalidade 4.029. “Resolvido um problema nacional” disse um ministro ao final do julgamento.

Meses depois eu conversei informalmente com alguns assessores dos ministros que atuaram no caso. Entre um ou outro assunto trivial eu perguntei a eles sobre o caso. A um assessor de um ministros protagonistas do caso eu perguntei especificamente como a decisão havia repercutido nos bastidores da Corte.

- “Houve muita repercussão lá dentro? Eu digo entre os próprios assessores e os entre os Ministros?”

- “Olha, repercutir, repercutiu sim. Demos uma cochilada. Foi uma pressão danada, um Deus nos acuda para resolver a situação. Queríamos mais é enterrar esse processo! Mas isso foi o que? Em Março? Na semana seguinte tivemos em sequência: cotas; aborto de anencefálicos; “mensalão” e por ai vai. Isso aqui não é a Suprema Corte Americana que escolhe caso para julgar não! Aqui todo dia é dia rapaz!

3.2 Problemas técnico-dogmáticos postos pela decisão

Publicada no DOU de 16/04/2012, a ata de julgamento da Ação

Direta de Inconstitucionalidade foi assim sumarizada:

O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com **declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional**, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que julgava procedente a ação. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta questão de ordem, o Senhor Ministro Marco Aurélio (08 de março de 2012) (p. 01).

Embora não tenha sido citado na ata, o *caput* do art. 6º também

está incluído entre os dispositivos declarados inconstitucionais no voto do relator.

Veja-se:

Ex positis, voto no sentido de julgar a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, **declarando incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução n. 1 de 2002 do Congresso Nacional**, modulando temporalmente os efeitos da decisão, nos termos do art. 27, da Lei n. 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo.

Em outro ponto, de par com o já assinalado, nota-se outra incongruência entre a ata de julgamento e o acórdão da ADI. É que, embora a ata afirme que a decisão terá efeitos *ex nunc*, o acórdão realiza modulação de seus efeitos, preservando as Medidas Provisórias que foram convertidas em lei até a data do julgamento e aquelas em trâmite.

Essa contradição entre o que consta na ata de julgamento e o dispositivo do voto do relator revela uma importante assimetria. O assunto inclusive foi tema de debate na polêmica AP 470, conhecido como “julgamento do

mensalão”. Sobre o a divergência entre o conteúdo do acórdão e os debates ocorridos em plenário, o STF decidiu que não configura qualquer ilegalidade omitir ou cancelar no acórdão termos que foram debatidos em plenários pelos ministros. Tal decisão foi no sentido de outras decisões pretéritas, inclusive o Ministro relator Joaquim Barbosa citou alguns precedentes para esclarecer o seu posicionamento

A possibilidade de cancelamento dos apartes. Sempre foi aplicado no STF. É pacífico nesta corte a possibilidade de revisão e cancelamento das notas taquigráficas. Não tem cabimento a alegação de inobservância da fundamentação das decisões judiciais, por se tratar apenas de apartes e as notas taquigráficas, e não ao inteiro teor do acórdão condenatório, cujos fundamentos são claros e expressos.

Com exceção do Ministro Marco Aurélio Melo, todos os outros julgadores acompanharam o relator. O ministro Ricardo Lewandovski citou o art. 113, parágrafo único, para encetar o seu voto. Por sua vez, o Ministro Luiz Fux asseverou que se tratam de notas taquigráficas, sujeitando-se ao alvedrio do relator a sua composição.

Cumprê ressaltar o voto divergente do Ministro Marco Aurélio Melo, que salientou pontos importantes sobre o debate. Primeiramente, o magistrado colocou em cheque de que os trechos suprimidos no acórdão tratam-se apenas de apartes ou simplesmente de notas taquigráficas. Em sentido contrário, afirmou que os debates e intervenções proferidas no plenário fazem parte de um voto como um todo. Engloba uma decisão que, conjuntamente com o

voto escrito que foi publicado, fazem parte da motivação das decisões – garantia constitucional do jurisdicionado. Ele mesmo aclara sua posição:

Não se trata de notas taquigráficas, se trata o corte de votos escritos e lidos no plenário. Não se pode cogitar de simples apartes. O cancelamento alcançou mais de mil folhas, que deveriam compor o acórdão do Tribunal em termos. Trata-se de garantia maior dos jurisdicionados, que é a fundamentação das decisões judiciais. No art. 96 do regimento interno do STF, refere-se a transcrição do áudio, que afasta a tipificação de notas taquigráficas. Há um descompasso entre as mídias e o que foram transcritos no acórdão do Tribunal. Uma vez veiculadas as palavras em termo de julgamento, essas palavras não nos pertencem mais, compõem a decisão do Tribunal, compõem algo maior que é a garantia do devido processo legal. Salta aos olhos os prejuízos dos jurisdicionados. Não se pode conceber que algum integrante da corte lance no julgamento algo supérfluo. O vício de procedimento existe, ao dispor de algo que deveria compor o pronunciamento final da Corte e, portanto, o acórdão.

De modo diferente não podia ser. Se os debates, as intervenções em plenário e a exposição oral sobre determinado tema denotam o posicionamento e a convicção de determinado julgador, logicamente, se trata de parte relevante, constituinte de uma decisão, e que compõem o conjunto de argumentos levados a efeito para encerrar uma decisão sobre determinado tema.

Não pode o Ministro expor as suas ideias, traçar sua linha deliberativa, para firmar a sua posição em plenário, inclusive infirmando pontos divergentes, e influenciando colegas de turma, para, depois, expurgar esses termos articulados do acórdão publicado. Nesse sentido, inexoravelmente, isso faz parte da decisão e, como disse o eminente Ministro Marco Aurélio, prejudica-se o devido processo legal.

Não é hipotética a situação onde o julgador sustenta determinado ponto em plenário, e no acórdão publicado, há pontos dissonantes ou até diametralmente opostos ao que foi dito. Cria-se uma incongruência que pode inclusive prejudicar o direito a ampla defesa. Essa contudo não é a visão do recém empossado ministro Barroso:

Convém lembrar, que no STF, diferente do que se passa em quase todo mundo, a deliberação dos julgadores é pública e televisionada, de modo que eu acho que ninguém teve dificuldade de compreender o que foi efetivamente decidido, de modo que acompanho e rejeito a preliminar.

Mas é justamente porque há um registro tão aberto e público, não só dos votos em sentido estrito, mas da *fala* dos ministros e do debate (muitas vezes caloroso e espontâneo) que o fato de vários trechos serem suprimidos do acórdão, nos diz algo importante. Nessa esteira, retirar da publicação oficial, termos que foram externados ao público, as partes e a seus procuradores, não deixa de configurar certa censura e em alguma medida implica numa violência simbólica que não se limita a uma mera observação sociológica.

A partir do brocardo “o que não está nos autos, não está no mundo” é possível defender a ideia de que a supressão de trechos do acórdão pode implicar numa compreensão equivocada do documento, e por consequência da decisão. Tanto no âmbito jurídico, quanto em relação ao debates e o contexto em que a discussão efetivamente aconteceu.

É importante salientar que o acórdão e os termos da sua publicação é essencial para o embasamento de possíveis recursos das decisões. Ele inclusive constitui e limita as possibilidades dos recursos. O documento é além disso, fonte primária de informação sobre o sobre o qual a comunidade de intérpretes foca sua vigilância epistemológica. Sobre o tema Carlos Romero explica que:

o modo e a extensão da publicação de cada julgado tem potencial igualmente interferente na eficácia e efetividade da respectiva função normativa. Deveras, autonomizada a função normativa da motivação das sentenças das cortes constitucionais, a sua efetividade resultará comprometida, caso a publicação do respectivo acórdão, [não contemple a discussão do caso no seu inteiro teor]. Esta [completude], fornece, [subsídios] para identificação da *ratio decidendi*, por isso, mister que [o debate integral dos casos] seja trazida ao conhecimento público [especialmente no acórdão].⁶⁰

Sendo assim, na medida que a CF/88 exige que a publicidade dos atos decisórios, inclusive os atos emanados em plenário, é certo que a congruência entre aquilo que é dito em plenário por um lado e o que é publicado no acórdão por outro, é um uma importante garantia que compõe o devido processo legal. Essa compatibilidade como foi dito, tem ainda outra função relevante: a sua observância (ou desobediência) pode comprometer o entendimento integral dos julgamentos do Supremo Tribunal, não só por parte dos seus jurisdicionados, como também pela comunidade de intérpretes que se dedica a estudar suas decisões.

⁶⁰ PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. **A decisão Constitucional Vinculante**. São Paulo: Método, 2011, p. 148.

Outro ponto que merece algumas considerações é a presença, no bojo do acórdão na ADI, de uma declaração incidental de inconstitucionalidade. Sabe-se que a decisão em controle incidental debruça-se sobre uma questão prévia, necessária ao julgamento do mérito, de modo que, não sendo o objeto principal da ação, faz coisa julgada apenas entre as partes. O efeito *erga omnes* existirá somente se o Senado Federal vier a suspender a executoriedade do ato inquinado de inconstitucional. Esse é o entendimento que predomina tanto na doutrina quanto na jurisprudência majoritária do STF.

A despeito disso, no primeiro julgamento da Ação em apreço, em 7 de março de 2012, a declaração de inconstitucionalidade das normas regimentais mostrou-se dispensável à solução da controvérsia. É que, em sede de controle de constitucionalidade, o parâmetro seria o texto da Carta Maior. Em tal juízo, não se exige o exame de um dispositivo interposto, salvo quando se trata da chamada ofensa reflexa.

Note-se que, no caso, os dispositivos regimentais objeto da declaração de inconstitucionalidade nem mesmo foram impugnados pela petição inicial, de forma que, quando o STF os declarou inconstitucionais, afastou-se da inércia e ampliou o pedido da ação. Não se cuida, pois, de ampliação da causa de pedir, pois que não é o fundamento da decisão que o STF ampliou, mas o próprio pedido, declarando inconstitucional dispositivo não inserido na demanda.

Não se pode negligenciar que, também na jurisdição constitucional, tem perfeita aplicação o princípio do pedido, consoante precedente do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 2.648. A observância do princípio do pedido constitui auto-restrição legítima e constitucionalmente exigida em relação ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que bem concretiza os princípios da divisão de poderes e do Estado Democrático de direito ao impedir a eventual supremacia da Corte Constitucional. Sobre o tema, tendo em vista especificamente a aplicação do princípio do pedido no direito alemão, já registrei em outra oportunidade, *in verbis*:

O princípio do pedido é essencial para a jurisdição constitucional, uma vez que dele depende, em determinada medida, a qualificação do órgão decisório como um Tribunal. **A forma judicial constitui característica peculiar que permite distinguir a atuação da jurisdição constitucional de outras atividades, de cunho meramente político.** Enquanto o Parlamento pode decidir livremente quando uma determinada matéria será disciplinada por lei, ao *Bundesverfassungsgericht* é vedado tomar iniciativas próprias. (...) Portanto, **o princípio do pedido expressa uma característica e um pressuposto da função passiva de guardião da Constituição desempenhada pelo Bundesverfassungsgericht. Como observado por Hesse, a exigência de provocação impõe restrições à jurisdição constitucional, consagrando-se, assim, uma proteção contra sua eventual supremacia.**⁶¹ (Grifamos)

Não houvesse tal restrição, assumiria esta corte a função de não apenas rever as opções formuladas pelo legislador, mas também a de formular novas opções que sequer foram consideradas ou colocadas perante o legislador

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 1999. pp. 84-85.

infraconstitucional. A função de guarda da Constituição, por certo, não possui alcance tal a legitimar que a Corte Constitucional assuma função política própria do Poder Legislativo.

Sabe-se que tal princípio não é absoluto, admitindo a chamada declaração de inconstitucionalidade por arrastamento, quando, “em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conforme a Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério da dependência). Além disso, haverá nulidade total quando o preceito inconstitucional fazia parte de uma regulamentação global, à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)”.

Esse não parece ser, contudo, o caso que se analisa, pois o arrastamento ocorre em relação à norma impugnada, a qual, na ADI n. 4.029, é a Lei n. 11.516, de 2007, que sequer foi declarada inconstitucional, razão pela qual não se observa interdependência apta a justificar a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento dos dispositivos da Resolução-CN n. 1, de 2002.

Outro aspecto que merece debate é a utilização do instrumento da questão de ordem na espécie. De acordo com o Regimento Interno do STF (artigos 21, III, e 81, § 1º, I), as questões de ordem prestam-se a assegurar o “bom andamento dos processos” e a resolver questões referentes à “tramitação

dos processos”. Se é verdade que existem precedentes que permitem a invalidação de julgamentos em *habeas corpus* pela via das questões de ordem, por outro lado essa possibilidade está adstrita a razões de vício de nulidade, como o cerceamento de defesa, por exemplo. Tal não ocorre quando, sem uma mudança superveniente dos fatos, a Corte modifica sua convicção quanto ao mérito do que já foi julgado, já havendo proclamação do resultado.

Nessa perspectiva, no Caso Battisti (Extradição n. 1.085), uma questão de ordem semelhante prestou-se tão-somente a correção de erro material. Esse instituto, logo se vê, não pode ser utilizado para alteração do julgado, exatamente porque não constitui recurso. Essa conclusão é extraída do, art. 89, § 1º, do RISTF:

Art. 89. Contra erro contido em ata, poderá o interessado reclamar, **dentro de quarenta e oito horas**, em petição dirigida ao Presidente do Tribunal ou da Turma, conforme o caso.

§ 1º **Não se admitirá a reclamação a pretexto de modificar o julgado.**

§ 2º A reclamação não suspenderá o prazo para recurso, salvo o disposto no art. 91.

É cediço que apenas os embargos de declaração podem ser opostos contra decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade. E mesmos os embargos de declaração não podem ser opostos antes da publicação do acórdão a ser embargado. É o que decidiu o STF

nos Embargos de Declaração na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.075, Rel. Min. Celso de Mello, *verbis*:

A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações (impugnação prematura ou oposição tardia), a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição. - **A simples notícia do julgamento - mesmo tratando-se de decisão proferida em sede de controle normativo abstrato - não dá início à fluência do prazo recursal, nem legitima a prematura interposição de recurso**, por absoluta falta de objeto.

Parece inviável, portanto, que a questão de ordem seja utilizada como sucedâneo de embargos de declaração extemporâneos, com força de recurso. Dessa maneira, concluído o julgamento, com a proclamação do resultado, ultima-se a jurisdição do Supremo, precluindo a possibilidade de alteração do acórdão, ressalvados os recursos cabíveis, consoante art. 463 do Código de Processo Civil:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

Note-se que a publicação referida pelo CPC realiza-se na própria sessão em que se proclama o resultado do julgamento, sendo neste evento que a decisão ganha publicidade para os atores do processo e para o público em geral.

Os ministros, contudo, podem por seu lado, suscitar a chamada questão de ordem e por meio deste instrumento, modificar seu entendimento. No caso, contudo, o que chama atenção é que o ministro relator da ação, Luiz Fux, *acolhe a questão de ordem suscitada pelo Advogado Geral da União*. Deste modo, a intervenção processualmente *equivocada*, de Luís Inácio Adams é acolhida, fazendo desta convalidação mais uma peculiaridade *sui generis* do caso.

CONCLUSÃO

Esse trabalho é parte de uma trajetória de pesquisa sobre Direito e Política. O início desse caminho foi o ingresso no grupo *Lei e Sociedade* vinculado ao programa de pós-graduação do ICPD/UniCEUB em 2002. De lá para cá, a investigação passou por pelo menos três momentos distintos. O primeiro durante a graduação com vários trabalhos de iniciação científica. Depois a filtragem da maior parte desse material foi usada na monografia da graduação. O terceiro e último momento foi desenvolvido no âmbito do mestrado. O clímax desse percurso, contudo, não foi seu momento final.

Tal qual ocorre frequentemente em outras trilógicas, o início da pesquisa foi decididamente o ápice desse périplo. Ápice num sentido muito particular. A juventude da pesquisa foi marcada por entusiasmo teórico inversamente proporcional a vivência com dados empíricos. De um lado argumentos teóricos como a *ação comunicativa de Habermas*, um conceito tão sedutor em processo legislativo. De outro, a realidade do Congresso Nacional Brasileiro e mais do que isso, da nossa política e da sua linguagem. O choque e o desencantamento produzidos pela tentativa de *subsunção* de um pelo outro mereceu uma narrativa a parte. Nada de muito grave. Sobrevivemos sem terapia.

Bastou apenas lembrar que a comparação entre o teoria e práxis, como aspectos distintos da realidade social, não constituem um princípio da boa sociologia. Durkheim já argumentava com razão que

"... Uma sociedade não pode criar-se nem recriar-se sem criar, ao mesmo tempo, alguma coisa de ideal. Essa criação não é para ela uma espécie de ato suplementar com o qual ela se completaria a si mesma uma vez constituída; é o ato pelo qual ela se faz e se refaz periodicamente. Assim, quando opomos a sociedade ideal à real, como duas antagonistas que nos arrastariam em dois sentidos contrários, realizamos e opomos abstrações. A sociedade ideal não está fora da sociedade real; faz parte dela.⁶²

Mas se já não somos tão ingênuos assim, nem por isso superamos todas as nossas neuroses. Exemplo recente: é desejável o atalho proporcionado aos projetos de lei de parlamentares (com capital político suficiente) pelas medidas provisórias “jabuti”? Um argumento é de que isso viabiliza o processo legislativo de projetos importantes para o país e que de outra forma poderiam não contariam com a adesão e apoio de algumas lideranças sem a concessão de espaço legislativo no mesmo “vagão”.

Certo contudo é que as grandes dúvidas, aquelas que chegavam mesmo a ser existenciais deram a lugar a questões mais concretas e cuja resposta exige cada vez mais transpiração do que *insights*. No julgamento da

⁶² DURKHEIM, Emile. *As formas elementares da vida religiosa*. (Tradução: J. Pereira Neto) São Paulo: Edições Paulinas, 1989.

ADIn 4.029 a grande questão não era mais a luta entre direito e política, entre os “ditames da Constituição” e inesgotável inventividade da política. As dúvidas passaram a ser outras porque o nosso instrumental também não era o mesmo. Mesmo assim é forçoso reconhecer que precisamos resgatar o trabalho de campo e incrementar a metodologia para coleta de dados, como entrevistas, acompanhamento de comissões, votações e outras atividades políticas. Afinal esse é o grande diferencial da nossa pesquisa.

Entretanto, não obstante as várias limitações do trabalho, cremos que foi possível confirmar que as falhas cometidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 4.029 são contraditórias com o valor mais ressaltado pelos ministros durante o caso: o cumprimento “as regras do jogo”. Não obstante o caráter “interno” ou procedimental de algumas dessas falhas, é certo que o Regimento Interno do Tribunal, por exemplo (sem falar do seus precedentes) gera expectativas legítimas em relação as possibilidades, ao raio de ação institucional do STF. A consequência da desestabilização de expectativas por conta de violações de procedimentos e regras estabelecidas, é um abalo no próprio prestígio do Tribunal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABRAMOVAY, Pedro. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Medida provisória: edição e conversão em lei**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

AREU, L.E.L. *Luiz Tarlei de Aragão*. Anuário Antropológico, Rio de Janeiro, v. 2004, p. 243-252. 2004.

_____. *A troca das palavras e a troca das coisas*. Política e linguagem no Congresso Nacional. Mana vol.11, no.2, p.329-356. 2005.

_____. *Observatório do Judiciário: linguagem, etnografia e democracia*. Projeto elaborado para o projeto 'Pensando o Direito' do Ministério da Justiça, 2007.

_____. *Riscos na Política. As instituições em jogo*. In M. D. Varella (Ed.), Direito, sociedade e riscos. A sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco (pp. 180-212). Brasília: UniCEUB; UNITAR; Rede Latino Americana e Européia sobre Governo dos Riscos, 2006.

ASSIS, Machado de. *O velho Senado*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. **O controle legislativo de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

BARBOSA, Leonardo, A. A. *Processo legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. Tese de mestrado. Universidade de Brasília, 2005.

BOMFIM JUNIOR, Carlos Henrique de Moraes. **Decisões inconstitucionais no controle de constitucionalidade: os efeitos pro futuro**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *The force of the law: toward a sociology of the juridical field*. (Traduzido por R. Terdiman) *The Hastings Law Journal*, vol 38, p. 805-853. 1987.

_____. Pierre. *Os usos sociais da ciência – por uma sociologia clínica do campo científico*. (Traduzido por D. B. Catani) São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino (Org.). **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luis Roberto. *Direitos, insulto e cidadania (Existe violência sem agressão moral?)*. Série Antropológica, 371. 2005

CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes, 2012 (v. II).

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo. Teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a teory of judicial review**. United States: Harvard University Press, 1980.

FELLETT, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e democracia**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método. Esboço de uma teoria anárquica da teoria do conhecimento*. Traduzido por O. S. Mota and L. Hegenberg. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Traduzido por L.F.A. Sampaio. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Traduzido por P. C. D. Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo*. Disponível em

http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma.htm Acesso em 03 de Agosto de 2010.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books, 1973.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Traduzido por W. Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1998.

JORNAL NACIONAL. *Crise entre os Poderes*. Rio de Janeiro: Rede Globo, 24.11.2005 Programa de TV.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Medidas provisórias**: o Executivo que legisla. São Paulo: Atlas, 2009.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo III/644, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Traduzido por A. Pissetta e L.M.R Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002

SAMPAIO, Marco Sampaio. **A medida provisória no presidencialismo brasileira**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANDER, Letícia; LAGO, Rudolfo. *Poderes*. Correio Braziliense. Brasília: 03 nov. 2005. p. A4

SCHEPPELE, Kim Lane. (2004). Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law & Society Review*, 38(3), 389-406

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA JÚNIOR, Antonio Humberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). **Medidas provisórias e segurança jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, José Elares Marques. *A Doutrina das Questões Políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

VEJA. *A justiça suprema*. São Paulo, Editora Abril, edição 2024, ano 40, nº35, 5 de set. 2007.

VIEIRA, Bruno Furtado. *A produção normativa na Câmara Legislativa do Distrito Federal: um estudo sobre o dever-ser e o ser do Processo Legislativo*. Universitas Jus, Brasília - DF, n. 12, p. 17-37, 2005.

VIVEIROS DE CARVALHO, Cristiano. *Controle Judicial e Processo Legislativo: a observância do regimento Interno das Casas legislativas como garantia do estado de Direito*. Porto Alegre: Safe, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. 1995. *Philosophical investigations*. Traduzido por G. E. M. Anscombe. London: Basil Blackwell Ltd. Original edition, 1953.