



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PENSAMENTO
POLÍTICO BRASILEIRO**

**FREIOS E CONTRAPESOS: A EDIÇÃO DE ME-
DIDAS PROVISÓRIAS E A RELAÇÃO ENTRE OS
PODERES NO BRASIL**

MONOGRAFIA DE ESPECIALIZAÇÃO

Jocemar van der Ham

Santa Maria, RS, Brasil

2005

**FREIOS E CONTRAPESOS: A EDIÇÃO DE MEDIDAS
PROVISÓRIAS E A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO
BRASIL**

por

Jocemar van der Ham

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Pensamento
Político Brasileiro da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM,RS)
como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Pensamento Político Brasileiro.

Orientador: Prof. Luís Gustavo Mello Grohmann

Santa Maria, RS, Brasil

2005

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Pensamento
Político Brasileiro**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia de Especialização

**FREIOS E CONTRAPESOS: A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS
E A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO BRASIL**

elaborada por
Jocemar van der Ham

como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Pensamento Político Brasileiro

COMISSÃO EXAMINADORA

Luís Gustavo Mello Grohmann
(Presidente/Orientador)

Reginaldo Teixeira Perez (UFSM)

Eduardo Leite Veleda (UFSM)

Santa Maria, 05 de julho de 2005.

Agradecimentos

Agradeço a todos os professores do Curso de Especialização em Pensamento Político Brasileiro da Universidade Federal de Santa Maria, pelos ensinamentos transmitidos, em especial ao Professor Luís Gustavo Mello Grohmann pelas orientações precisas e oportunas que possibilitaram a realização deste trabalho.

RESUMO

Monografia de Especialização
Programa de Pós-Graduação em Pensamento Político Brasileiro
Universidade Federal de Santa Maria

FREIOS E CONTRAPESOS: A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS E A RELAÇÃO ENTRE OS PODERES NO BRASIL

AUTOR: JOCEMAR VAN DER HAM

ORIENTADOR: LUÍS GUSTAVO MELLO GROHMANN

Local e Data da Defesa: Santa Maria, 05 de julho de 2005.

O presente trabalho monográfico objetiva verificar as dimensões da intervenção do poder legiferante do Executivo – com enfoque específico na edição de Medidas Provisórias -, nas relações com os demais Poderes instituídos, e se o Legislativo e Judiciário fazem uso dos instrumentos de checagem para impedir o desequilíbrio funcional, refreando, assim, a preponderância de uma instituição sobre as demais. As teorias da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos permanecem atuais em seus conceitos e aplicabilidades. São instrumentos importantes na delimitação das funções institucionais e no controle do poder pelo poder. O Executivo, no uso de seu poder legiferante constitucionalmente conferido, ao editar normas provisórias de forma intensa e contínua, revela supremacia ante o Judiciário e o Legislativo. A hipertrofia daquele Poder é corroborada pela formação dos chamados governos de coalizão que têm no Legislativo – ao convir com a distribuição de cargos na administração -, um Poder cooperador por excelência na atividade legislativa exercida pelo Executivo. O Poder Judiciário, com enfoque centrado em sua Suprema Corte - efetiva guardiã da Constituição -, deve dirimir os litígios decorrentes da edição de referidas normas, não raro inconstitucionais e que atingem frontalmente direitos fundamentais. O Judiciário exerce papel de suma importância na relação institucional e vem ganhando magnitude como responsável pela integridade da Carta Magna, como efetivo refreador do abuso legislativo e, em última análise, da possível tirania de um Poder.

Palavras-chave: Separação de Poderes; Freios e Contrapesos; Medidas Provisórias; Relações Institucionais.

ABSTRACT

Specialization Monograph
Post-Graduation Program in Brazilian Political Thought
Federal University of Santa Maria

CHECKS AND BALANCES: THE EDITION OF PROVISORY REGULATIONS AND THE RELATIONS AMONG THE POLITICAL POWERS IN BRAZIL

AUTHOR: JOCEMAR VAN DER HAM

ADVISER: LUÍS GUSTAVO MELLO GROHMANN

Place and Date of Defense: Santa Maria July, 5th, 2005.

This monographic paper focuses on verifying the dimensions of the legislative power of the Executive intervention – with especial attention on the edition of the provisory regulations -, in the relations with the other established Powers, and if the Legislative Power and the Judiciary Power utilize the checking instruments in order to impede the functional imbalance, restraining in this way the supremacy of one institution over the others. The theories of the partition of powers and of the checks and balances system remain updated in their concepts and applications. They are important instruments in delimitation of institutional functions and in the control of the power by the power. The Executive Power, making use of its legislative power constitutionally granted by editing provisory norms in an intense and continuous manner, reveal its supremacy before the Judiciary and the Legislative Power. The hypertrophy of that Power is confirmed by the formation of the so called coalition governments which have in the Legislative Power – in agreeing with the distribution of positions in the administration – a cooperative power par excellence in the legislative activity carried out by the Executive Power. The Judiciary Power with its focus centered in its Supreme Court – effective guardian of the constitution – must attenuate the litigations evolved from the addition of the referred norms, not seldom unconstitutional which hit head-on fundamental rights. The Judiciary Power performs an extremely important

role in the institutional relation and it is gaining in magnitude as the responsible for the integrity of the constitution as an effective restrainer of the legislative abuse and, as a final analyses, the restrainer of the possible tyranny of one power.

Keywords: Partition of Powers; Checks and Balances; Provisory Regulations; Institutional Relations.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| RESUMO | iv |
| ABSTRACT..... | vi |
| INTRODUÇÃO..... | 01 |
| CAPÍTULO 1- A SEPARAÇÃO DOS PODERES | 03 |
| 1.1 O Poder e o Estado | 03 |
| 1.2 A evolução da Teoria da Separação de Poderes | 05 |
| 1.3 As diferentes teorias da separação de poderes | 10 |
| 1.4 A aplicação da Teoria nos Estados liberal, social e “neoliberal” | 11 |
| 1.5 O sistema de freios e contrapesos (<i>checks and balances</i>) | 14 |
| CAPÍTULO 2 – HIPERTROFIA DE UM PODER: INTERVENÇÃO | |
| LEGISLATIVA DO EXECUTIVO | 17 |
| 2.1 O poder legislativo do Executivo | 17 |
| 2.2 <i>Decreti-leggi</i> , a origem da Medida Provisória | 20 |
| 2.3 A supremacia do Poder Executivo sobre os demais poderes do Estado | 22 |
| 2.3.1 O Poder de Agenda | 23 |
| 2.4 Pressupostos materiais necessários à edição da Medida Provisória ... | 24 |
| CAPÍTULO 3 – PODER LEGISLATIVO: ABDICAÇÃO OU DELEGAÇÃO DE PODER AO EXECUTIVO? | 27 |
| 3.1 Considerações parlamentares quanto ao uso das Medidas Provisórias | 28 |
| 3.1.1 Observações dos constituintes quando da elaboração da Carta | 29 |
| 3.1.2 Debates e atuação dos parlamentares quando da edição do Plano Verão | 31 |
| 3.1.3 Sob a vigência da Emenda Constitucional nº 32, cresce a irresignação parlamentar | 32 |
| 3.2 Congresso Nacional: delegação ou abdicação de poderes legiferantes? | 35 |
| 3.2.1 Poder de agência: o modelo mandante-agente | 37 |

| | |
|--|-----------|
| 3.2.2 O processo de delegação no presidencialismo brasileiro | 38 |
| CAPÍTULO 4 - O CONTROLE DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PELO JUDICIÁRIO. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA | 44 |
| 4.1 Controle de constitucionalidade: o modelo norte-americano (<i>judicial review</i>), o europeu e o adotado no Brasil | 45 |
| 4.2 A jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal | 49 |
| 4.2.1 O controle judicial dos pressupostos de urgência e relevância | 51 |
| 4.3 Judicialização da política: o novo perfil do Poder Judiciário | 55 |
| CONCLUSÃO | 57 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 59 |

INTRODUÇÃO

Devido à predisposição da natureza humana em abusar dos poderes de que porventura disponha – visão desenvolvida por Montesquieu em sua teoria -,¹ cabe ao poder refrear seus próprios atos e eventuais abusos. A tirania é resultado previsível em uma estrutura política em que determinada instituição pode se sobrepor às demais. O sistema de freios e contrapesos surge com o propósito de evitar essa possibilidade. Os dois princípios – o da separação dos poderes e o de freios e contrapesos – se completam e auxiliam mutuamente, pois o poder de checar e balancear só existe se houver independência do próprio poder; independência que lhe é conferida, por sua vez, pelo poder de checar os demais poderes. A verificação e o eventual bloqueio dos atos de um poder pelo outro estabelecem o equilíbrio e a harmonia entre as instituições dentro da estrutura do Estado.

A separação de poderes foi reafirmada como princípio estruturante de nossa ordem político-institucional na Constituição Federal de 1988. O último processo constituinte atribuiu ao princípio a condição de “cláusula pétrea” por entendê-lo imprescindível à efetivação do Estado Democrático de Direito. De fato, desde a Constituição de 1824 que normatizou a separação de poderes então sob a influência da teoria de Constant, referido princípio tem sido um dos pilares de sustentação de nosso Constitucionalismo e estrutura institucional.

O fato de este princípio estar expresso no texto constitucional não evitou, no entanto, a concentração de poderes nas mãos do Executivo e o amesquinamento do Legislativo e do Judiciário, conforme se verificou no passado recente de nosso País com a instalação do regime autoritário e o uso do famigerado Decreto-lei. Isso demonstra que nem a constituição nem a lei são capazes de, por si sós, modificar a natureza das coisas. Decorre daí, que a compreensão do princípio da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos não pode restar limitada a suas configurações normativo-constitucionais, faz-se necessária a integração dessas configurações com o processo político efetivo.

¹ MONTESQUIEU, Charles de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

A desfiguração do princípio da separação dos poderes levada a efeito no governo militar, fez com que o constituinte de 1988, ao reafirmá-lo, expressasse verdadeiro sentido restaurador de seu conteúdo. O instituto da Medida Provisória (MP), concebida inicialmente para atender apenas a situações de necessidade e urgência, a ser aplicado em um contexto parlamentarista, põe em risco a intenção do constituinte, pois ganha novos contornos com o aprofundamento dos experimentos neoliberais verificados no início dos anos 90, implicando na reforma de algumas instituições previstas na Carta e, com isso, na promoção do Poder Executivo a legislador de fato, por meio do uso freqüente de referidas normas pelo presidente da República. Objetiva este trabalho verificar em que proporção esse ativismo legislativo do Executivo brasileiro, através do uso das MPs, interfere nas suas relações com o Legislativo e o Judiciário, e se estes Poderes utilizam-se de algum instrumento de checagem no sentido de evitar o desequilíbrio funcional, refreando (ou não) aquele poder hipertrofiado.

Visando atingir o objetivo fixado, o capítulo 1 fará abordagem a respeito da importância e da atualidade da aplicação teoria da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos às relações institucionais. O segundo capítulo tratará do Poder Executivo e sua supremacia legislativa em detrimento dos demais Poderes, enfocando, ainda, a origem e natureza do instituto da Medida Provisória; já o capítulo 3 será voltado à análise do comportamento do Legislativo brasileiro frente ao poder legiferante do presidente da República, considerando-se a formação dos chamados governos de coalizão. Por derradeiro, o capítulo 4 adentrará na esfera do Poder Judiciário e na análise feita pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade das normas provisórias e de seu novo papel junto à sociedade, como o Poder que ganha em magnitude como efetivo protetor dos direitos fundamentais e guardião da Constituição, não mais um elemento secundário e coadjuvante das relações institucionais.

CAPÍTULO 1

A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Primeiramente, necessário se faz tecer algumas observações a respeito da conceituação de “poder”, da Teoria da Separação de Poderes e das transformações do Estado - e das relações entre os poderes -, em dado período.

O desenvolvimento e a evolução da Teoria da Separação de Poderes são diretamente relacionados ao processo de transformação do Estado.

O direito público menciona como “Estado moderno”, um tipo de Estado que, elaborado dentro de um processo de centralização e concentração ocorrido durante os séculos XV, XVI e XVII, desdobrou-se em distintas fases e características que englobam o momento absoluto, o momento liberal e o social. Enquanto a historiografia política chama de moderno ao Estado estruturado na Europa em referidos séculos, sucedendo aos moldes político-jurídico medievais.²

1.1 O Poder e o Estado

A estruturação do poder e seu arranjo no contexto do aparelho de Estado, assim como o próprio Estado, sofreram e vêm sofrendo sensíveis transformações. No Ocidente, com a derrocada da sociedade feudal, se consolida o Estado moderno como modo específico de organização, tendo a figura do príncipe como concentradora crescente de poder. É com a ascensão e desenvolvimento desse Estado que surgiram as grandes questões sobre o problema da concentração do poder.

Segundo a sociologia jurídica, poder significa “capacidade de impor a própria vontade numa relação social” ou “relação bipolar e desigualitária que ocorre em todos os tipos de organização social”. Para a ciência política, é a “infra-estrutura, dinâmica das instituições sociopolíticas” ou, ainda, a “capacidade de alcançar resultados por meio de ação planejada; produto da mobilização de elementos de apoio”.³ O

² Definição extraída da obra de SALDANHA, Nelson ap. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 615-6.

poder que desperta maior interesse por sua relação direta com o estudo da política é aquele que uma pessoa ou grupo exerce sobre outra pessoa ou grupo.

Como fenômeno social, o Poder é portanto uma relação entre os homens, devendo acrescentar-se que se trata de uma relação triádica. Para definir um certo Poder, não basta especificar a pessoa ou o grupo que o detém e a pessoa ou o grupo que a ele está sujeito: ocorre determinar também a esfera de atividade à qual o Poder se refere ou a *esfera do Poder*.⁴ (Grifo do autor).

Dentro dos três tipos puros de poder - legal, tradicional e carismático -, classificados por Max Weber como decorrentes do poder legítimo, interessante destacar o primeiro, que associa a legitimidade por meio de instrumentos jurídicos enfeixados nas mãos do mandatário.

O Poder *legal*, que é especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto a lei, [sic] à qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, como são os cidadãos e consócios, mas também aquele que manda.⁵ (Grifo do autor).

Trata-se o poder, portanto, de uma das variáveis fundamentais em todos os setores de estudo da política. Seu estudo fornece critérios de análise a respeito dos sistemas políticos nacionais e locais e das relações entre as elites e outros setores da população.

A reflexão a respeito do poder é objeto de discussão desde a Antigüidade. Aristóteles no clássico “A Política” identificou o risco de se atribuir a somente um indivíduo o exercício do poder. A questão que se apresentava na Grécia antiga era como evitar o poder concentrado na mão de uma única pessoa, o que facilmente redundava em tirania. A idéia de divisão do poder surge como solução para esse problema. A vontade estatal já não é somente do monarca, como na célebre frase de Luís XIV (*L'état c'est moi*).

Maquiavel e Hobbes, em suas obras “O Príncipe” e “Leviatã”, defenderam, de maneiras diversas, o fortalecimento do poder do Estado. Vivia-se período conturbado onde a monarquia absolutista buscava afirmação, com intensas disputas entre as

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 934.

⁵ Ibid., p. 940.

forças feudais e populares na busca pelo controle sobre as monarquias nacionais, o que gerava permanente instabilidade.

A concepção de Maquiavel do Estado era a de um poder soberano a ser exercido pelo “príncipe”, cabendo-lhe decidir com eficiência sobre todas as questões de uma coletividade. O Estado estava acima do bem e do mal. Afirmou que o fundamento do poder estava na força e não na divindade. Porém, esse poder deveria obedecer a um sistema de leis que, por sua vez, permitiam a manifestação política das forças socialmente organizadas. Já o autor de “Leviatã” sustentava o absolutismo sem o mínimo recurso ao direito divino dos reis, utilizando-se de argumentos puramente racionais e baseando-se na teoria do contrato. Somente um pacto a ser feito entre os homens possibilitaria a sociabilidade entre eles e seria o único meio para alcançar a paz desejada. O contrato firmado dava poderes absolutos a um soberano para que, em contrapartida, garantisse as necessidades da coletividade e a protegesse dos outros homens.

1.2 A evolução da Teoria da Separação de Poderes

Ainda no século XVII e baseado no Estado inglês, Locke propôs, de forma incisiva, a separação do Poder Legislativo dos demais Poderes - o Executivo dividido em Executivo propriamente dito e Federativo.⁶ Vê-se delineado em seu pensamento o princípio da separação dos poderes e, embora enumere três tipos de Poder, a separação ocorre entre o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro. Sua proposta, portanto, é de uma separação dual e não tríplice, entre os três Poderes que descreve. Nesse momento se inicia a elaboração propriamente dita das referências fundamentais em se tratando da separação de poderes no Estado moderno. Autor de uma teoria que claramente aponta a separação dos poderes, não se detém, porém, na teorização da limitação recíproca entre eles.

Locke foi o precursor do pensador Montesquieu. Além dessa base teórica, o filósofo francês também lançou mão da experiência política inglesa, sem, no entanto,

⁶ Para o filósofo inglês “o Poder Legislativo é, sublinhe-se, o principal dos poderes. É o poder supremo porque atende ao supremo objetivo da vida social que é ‘gozar dos próprios bens em paz e segurança’, o que só se pode lograr por intermédio das leis”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 42.

no que tange a este aspecto, ter maiores compromissos com a fidelidade.⁷ Chega-se então à concepção da teoria tripartida, com a divisão dos poderes – proposta então de forma categórica -, em três órgãos independentes entre si. Com a evolução do pensamento político a respeito da definição institucional do Estado, a obra “Do Espírito das Leis” torna-se o instrumento perfeito à ascensão da classe burguesa, já socialmente hegemônica, ao comando do poder político dirigente.⁸

A hegemonia social, aliada às precárias relações mercantis dificultadas pela inexistência de uma normatividade unificada e ao arbítrio estatal onde “o direito, em última instância, não era mais do que as palavras pronunciadas pela boca do príncipe”,⁹ tornavam o momento ideal para a formação da base ideológica e política justificadora da eclosão das revoluções burguesas; dentre elas, a inglesa de 1688, a americana de 1776 e a francesa de 1789.

Os intelectuais dessa classe emergente absorvem a teorização desenvolvida no célebre capítulo XI do *De L'Esprit des Lois* e a transformam em receita de organização política reivindicada como perfeita para organização da nova ordem estatal ainda incipiente. Passam então a reorganizar a estrutura do poder político submetendo-o a um rigoroso código de juridicidade - o que virá a contribuir com a formação da teoria constitucional. Era imprescindível dotar o Estado de um arcabouço jurídico delimitador do raio de ação do poder político e fomentador do surgimento do binômio Estado/sociedade civil. O instrumento utilizado para esse fim foi a constituição, que teve o papel crucial de positivar os direitos individuais historicamente reclamados pela burguesia, de limitar o poder e de organizar o Estado. A teoria da separação dos poderes propunha ser um mecanismo racional de limitação do poder, do mesmo modo que era uma técnica de divisão das funções precípuas do Estado. Esse princípio consolidou-se como verdade insofismável no constitucionalismo ocidental.¹⁰

⁷ “Em realidade, ao tempo da redação de *Do Espírito das Leis*, embora o parlamentarismo não estivesse plenamente formado, o regime britânico já era um governo de gabinete, ligado umbilicalmente ao Parlamento, com o Monarca reduzido a um papel secundário. De modo algum um regime de separação de poderes”. (Grifo do autor). *Ibid.*, p. 59-60.

⁸ A burguesia já era hegemônica na antevéspera da Revolução, uma vez que seus valores e carga ideológica eram dominantes. Contudo, ainda não dominava o aparato estatal, mesmo que sobre ele exercesse relativa influência.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. do livro *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 27.

¹⁰ “O que Locke e a Inglaterra ofertaram para o aprofundamento temático de Montesquieu foi a tripartição equilibrada do poder. Hoje, estamos convencidos – quanto mais lemos os autores modernos – de que, em matéria de Direito, pouco se acrescentou ao que os romanos criaram; e, em matéria de Filosofia, pouco se acrescentou ao que os gregos desvendaram. Qualquer filósofo posterior, como Políbio, que era também historiador, passando por Hume, Hobbes, Locke, Bacon, Maquiavel – historiador, filósofo, político e sociólogo – Rousseau e outros,

O núcleo da teorização da separação dos poderes residia na organização do espaço político de tal maneira que o poder se encarregasse de controlar o próprio poder. Montesquieu via na natureza humana a predisposição ao abuso do poder do qual eventualmente dispunha; era essa predisposição o motivo da separação dos poderes.

A idéia fundamental é que um poder tenha a capacidade de barrar ao outro de modo a forçar um acordo, e vice-versa, criando a moderação nas decisões e gestão do Estado [...] A unidade de poder significa a *possibilidade* de tirania. E basta ao indivíduo estar exposto a essa possibilidade para instaurar-se o temor à sua segurança, redundando em falta de liberdade política.¹¹ (Grifo do autor).

O mais importante para Montesquieu era a possibilidade de se garantir a liberdade dos indivíduos, através da divisão dos poderes e do sistema de freios mútuos.

É tão-só nos governos moderados que se encontra a liberdade política. Entretanto, ela nem sempre existe nos Estados moderados; ela só existe neles quando não se abusa do poder; porém, a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites. E – quem o diria! – até a própria virtude tem necessidade de limites.
Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder.¹²

Em inúmeras passagens de sua obra o pensador reitera a separação dos poderes como pressuposto de liberdade política.¹³ Entretanto, não defende a impene-

traz pequena contribuição ao pensamento universal descortinado pelos gregos. Tenho a impressão de que depois dos gregos pouca coisa se pôde criar. Criaram-se variações inteligentes, mas o tema central de Filosofia se encontra na Grécia e o do Direito em Roma. Ora, com a tripartição equilibrada de poderes de Montesquieu, chega-se à discussão do sistema de governo, já a esta altura, após a Revolução Francesa, eliminando-se de vez a possibilidade de se discutir a permanência de monarquias absolutas”. MARTINS, Ives Gandra da Silva ap. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 359.

¹¹ GROHMANN, Luís Gustavo de Mello. **A separação de Poderes em Países Presidencialistas**: a América Latina em perspectiva comparada. In: Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 17, p. 78-9, nov. 2001.

¹² MONTESQUIEU, Charles de, op. cit., p. 164-5.

¹³ “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

trabilidade, um pelos outros, dos poderes que refere. Não cogita uma efetiva separação de poderes, mas uma distinção entre eles, que devem atuar em clima de equilíbrio.

Eis, portanto, a constituição fundamental do governo do qual falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Ambas ficarão sujeitas pelo poder executivo, o qual, por sua vez, será também paralisado pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, em virtude do movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão também forçados a caminhar de acordo.¹⁴

O autor concebe uma constituição com apenas dois grandes Poderes visíveis – o Legislativo e o Executivo –, pois considera que o poder de julgar não é um Poder no sentido próprio, pelo contrário, é invisível e nulo. Os juízes são uma presença, uma voz, a boca que pronuncia as palavras da lei, não podem moderar nem a força e nem o rigor desta lei.¹⁵

A teoria da separação dos poderes obteve relevante significado por se tratar de singular mecanismo de contenção do poder pelo poder. Isso fez com que esse princípio fosse inscrito de forma incisiva nas constituições elaboradas a partir de então.¹⁶ Em decorrência, houve a positivação de referida teoria com o conseqüente ingresso no mundo jurídico de uma técnica formulada ideológica e teoricamente, embora reivindicada de maneira inequivocamente política.¹⁷

Em 1788, a publicação de “O Federalista” - obra conjunta de Hamilton, Madison e Jay -, colaborou para a instituição do primeiro sistema de governo republicano baseado na separação de poderes. Os autores concordavam com a separação de poderes em diferentes órgãos, de acordo com suas funções específicas. Porém, acreditavam que a independência entre os poderes não seria praticável na forma pro-

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.” Ibid., p. 166.

¹⁴ Ibid., p. 173.

¹⁵ Ibid., pas.

¹⁶ “A Constituição de Massachussetts, de 1780, foi pioneira nesse particular. Como, igualmente, a de Virgínia, de 1776. Logo a seguir, as demais Constituições dos novos Estados americanos concluíram por consagrar o princípio, inclusive a Constituição Federal de 1787”. CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 28.

¹⁷ “A Declaração de Direitos do Cidadão elaborada pelos revolucionários franceses estabelecia que ‘toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui constituição’”. PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 144-5.

posta por Montesquieu, e defendiam parciais intromissões entre um poder e outro. Em seus textos fica claro que o controle entre os poderes se dá, especificamente, sobre os detentores do poder. A concepção sobre a natureza humana fundamenta as reflexões em “O Federalista” e, em várias passagens, revela uma visão realista do comportamento dos homens.

Mas afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos.

[...]

Ao constituir-se um governo – integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens – a grande dificuldade está em que se deve primeiro habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo.

[...]

Não se nega que o poder é, por natureza, usurpador, e que precisa ser eficazmente contido, a fim de que não ultrapasse os limites que lhe foram fixados.¹⁸

Madison “deslocou seu foco para promover a assunção do indivíduo como elemento angular do edifício institucional. E falar do indivíduo era falar de interesses e ambições”.¹⁹ Menciona dois elementos como essenciais para efetiva garantia da separação de poderes: o fornecimento de meios de independência financeira ao poder e a oferta de emolumentos adequados aos ocupantes dos cargos. O segundo elemento atende diretamente à chamada “ambição” dos indivíduos, característica intrínseca à natureza humana.

Para os autores, em uma república o Poder Legislativo acaba por se sobrepor aos demais, necessitando de uma segunda câmara legislativa (Senado) composta por princípios diversos daqueles presentes na formação da Câmara dos Deputados, para que a ação de uma leve à moderação da outra, balanceando o poder; enquanto as demais instituições - Executivo e Judiciário -, resultam com poderes fracos.

¹⁸ MADISON, James ap. LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 13. ed. vol. 1. São Paulo: Ática, 2003, p. 249-50.

¹⁹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello, op. cit., p. 80.

1.3 As diferentes teorias da separação de poderes

Como já dito, a reflexão a respeito da divisão dos poderes remonta à Grécia Antiga. A preocupação alimentada ao longo dos tempos tinha sua fonte no perigo da concentração do poder em poucas mãos, o que acarretaria a tirania. Teorias foram elaboradas e, embora em períodos distintos, sempre buscavam, em menor ou maior grau, a fórmula da divisão do poder. Cada uma com variantes que buscavam aperfeiçoar as anteriores e aprofundar métodos de controle recíprocos, ofereciam meios para fazer frente à intensa correlação de forças decorrente dos embates políticos na sociedade.

Segundo a “teoria do governo misto”, quando as funções de governo são distribuídas por diferentes grupos sociais (realeza, nobreza e povo), há a necessidade de colaboração entre eles, pois o exercício do poder deixa de ser prerrogativa exclusiva de qualquer um dos grupos. Disso resulta o aprimoramento da convivência civil e a preservação da liberdade. A correspondência entre o “governo misto” e a “separação de poderes” pode ocorrer desde que cada força social seja responsável por uma das funções.²⁰ Nessa teoria não há delimitação funcional dos corpos.

A “teoria do governo equilibrado” surge para suprir essa lacuna, defende a idéia que, além da repartição dos poderes em potências parecidas, deveriam os corpos funcionais controlar um ao outro.²¹

A atribuição de funções específicas para cada poder é a importante inovação introduzida pela “teoria da separação de poderes pura”. Como defendido nas teorias anteriores, estabelece que cada poder não pode ingerir-se nas atividades atinentes aos outros poderes, vedando a ocupação simultânea de cargos em um e outro poder pelos mesmos indivíduos.²²

Já a “teoria da separação parcial de poderes” é estabelecida dentro da perspectiva da “teoria do governo equilibrado”, em que um poder controla o outro. Ela inova ao permitir, em certa medida, o compartilhamento de funções, principalmente no que tange à função legislativa, o que dá ao Executivo, por exemplo, a possibilidade de também dispor de atribuições legislativas (poder de veto). Tal compartilhamen-

²⁰ É o caso da Inglaterra descrito por Montesquieu no Livro XI. MONTESQUIEU, Charles de, op. cit.

²¹ GROHMANN, Luís Gustavo de Mello, op. cit., p. 77.

²² Ibid.

to passa a ter atribuições de freios e contrapesos (*checks and balances*) a serem aplicados nas relações entre os poderes.²³

1.4 A aplicação da Teoria nos Estados liberal, social e “neoliberal”

O Estado moderno, que desde seu surgimento configurava estrutura secularizada e unificada de poder, passou então a necessitar da separação dos poderes. Os motivos dessa nova realidade eram políticos: tratava-se da passagem do absolutismo monárquico absorvente e concentrador para o liberalismo constitucionalista democratizante.

A formulação de Montesquieu foi decisiva e totalmente ao encontro das pretensões liberais das Revoluções Americana e Francesa. Os recém-adquiridos direitos políticos da burguesia tiveram na separação de poderes um instrumento hábil para garantir a liberdade individual frente ao antigo e superado poder das realidades absolutas.

O surgimento do Estado liberal - resultado da ascensão política e econômica do segmento burguês - tinha o claro objetivo da livre prática de suas atividades comerciais e, em consequência, a mínima intervenção do Estado na vida social; considerava a liberdade contratual como um direito inerente ao indivíduo. Buscava evitar, com isso, a força opressora do Estado e, assim, garantir a liberdade individual. A liberdade almejada e defendida pela burguesia de forma alguma lembra a liberdade reivindicada anteriormente – a democracia; a liberdade do liberalismo reivindica uma esfera privada contraposta à pública.²⁴

O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado de Direito; um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuida-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado. De que liberdade se tratava? Por certo que não daquela dos antigos que conduzia à técnica da par-

²³ Ibid., p. 77-8.

²⁴ “Não se deve confundir Estado Liberal com democracia, uma vez que esta visa ao atingimento da liberdade dos cidadãos, enfatizando dois valores principais que, infelizmente, nem sempre andam juntos. Assim, vamos encontrar a democracia como significando a participação ou governo da maioria. Consagra uma postura ativa do cidadão em face do Estado, qual seja, a de participar das suas decisões. Mas a democracia significa, também, a proteção do Estado meramente negativo, é dizer, a proteção da liberdade do indivíduo contra as intromissões de outrem. Uma democracia na primeira acepção pode ser antidemocrática no segundo sentido. O cidadão pode ter as suas prerrogativas esmagadas tanto por ato de um soberano absolutista como pela vontade esmagadora da maioria.” BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 138.

tipificação dos cidadãos no processo político (democracia), senão uma nova concepção de liberdade que conduzia à demarcação de importante esfera de autonomia do cidadão (e da sociedade) contraposta àquela do Estado. O “objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança das fruições privadas: eles chamam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições”.²⁵

O Estado liberal assumiu a característica de Estado mínimo ou Estado-polícia, com funções restritas quase que exclusivamente à vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas. Tudo o mais cabia à sociedade civil, alicerçada na multiplicidade de indivíduos livres e iguais. Esse quadro político facilitou a implantação do constitucionalismo e da separação de poderes, uma vez que ambos acarretavam o enfraquecimento do Estado e, simultaneamente, a manutenção da liberdade de comércio e de contrato, bem como a preservação do caráter basicamente individualista da sociedade. Nesse momento político, a separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, tinha um funcionamento perfeito, alcançando utilidade incontestável.

O tempo demonstrou que o Estado liberal agravava de forma crescente o desequilíbrio sócio-econômico entre as diferentes camadas sociais. Condições de trabalho cada vez mais indignas, recessão e desemprego, aliados à radicalização do processo de acumulação do capital; e, sob o enfoque ideológico, a divulgação do marxismo entre os trabalhadores sindicalizados e a postura adotada pela Igreja Católica - por meio de suas encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno* -, foram fatores determinantes para o surgimento do chamado Estado social (*Welfare State*).

Os cidadãos reivindicam a aquisição de direitos exigindo do Estado um dever de agir (prestações positivas), buscando a obtenção, além dos direitos clássicos (individuais: liberdade de locomoção e de propriedade, por exemplo), de uma nova geração de direitos (relativos: proteção da saúde e direito a uma vida digna, por exemplo). O Estado é chamado a intervir para superar a crise gerada pelo capitalismo autofágico da época.²⁶

²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 34.

²⁶ “Evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, o Estado cuja penetração na esfera econômica já se manifestara na instituição do monopólio estatal da emissão da moeda – poder emissor -, na consagração do poder de polícia e, após, nas codificações, bem assim na ampliação dos serviços públicos, assume o papel de agente regulador da economia’. Vê-se aqui o capitalismo reclamando não o afastamento do Estado dos mercados, ‘mas sim a atuação estatal, reguladora, a serviço dos interesses do mercado’”. GRAU, Eros Roberto ap. CLÈVE, Clèmerson Merlin, ibid., p. 38.

Na seara econômica, passa o Estado a regular o mercado, controlando a extensão da autonomia da vontade nos negócios privados e a intensificar a participação no processo econômico com a criação, por exemplo, de empresas estatais. Com isso, deflagra o surgimento do Estado empresário, o que acarreta a transformação profunda do perfil do direito e da relação entre os poderes institucionais. O Estado torna-se garantidor da subsistência e imiscui-se diretamente na redistribuição da riqueza. É um Estado de serviços. Mantidas algumas conquistas civilizatórias obtidas com o liberalismo, este quadro requer nova roupagem à técnica de separação dos poderes. A exigência de uma maior e mais rápida atividade normativa estatal - frente às delongas características do funcionamento parlamentar - aliada à necessidade de conhecimentos técnicos, encontram no Poder Executivo o novo ator a desempenhar a liderança política, o que acaba por sobrepor-lo aos demais poderes.

Já na Constituição Federal de 1934 o Brasil buscou assumir a fisionomia do Estado social. A Constituição de 1988 manteve essa opção. Porém, novos fatores de ordem econômica e política, de âmbito mundial, passaram a dar outro perfil a essa realidade. Surge o modelo “neoliberal” que defende a reforma do Estado.

Em contraposição ao anterior, esse modelo proposto na década de 80, em suma, prega a construção de um Estado mais racional e eficiente, dentro de um contexto democrático, com a imediata redução da estrutura estatal - idéia representada, principalmente, pela privatização. Vive-se a era dos megabloques econômicos regionais, da globalização, da ideologia “neoliberal” como uma espécie de volta aos antigos princípios do Estado liberal, porém com nova roupagem, talvez mais perversa para os países de periferia. O Estado “neoliberal” surge como um contraponto ou até mesmo como uma tentativa de combate ao Estado social. A máxima “neoliberal” funda-se, basicamente, em programas de privatização de empresas e bens públicos e no corte de gastos sociais.

O Poder Executivo “agigantado” frente aos demais com o advento do Estado social tem agora, com a implementação das idéias “neoliberais”, esse perfil concretizado, mas com outro fundamento. No específico caso brasileiro, o Poder Executivo assume definitivamente o papel de legislador de fato, impondo, com freqüência, políticas que atropelam o Poder Legislativo e violam normas constitucionais e direitos civis individuais. Essa intromissão na função legislativa se dá principalmente por meio de Medidas Provisórias (MPs), instrumentos de alta pressão que, com freqüência, atendem à referida máxima “neoliberal”, eclipsando o parlamento e, por vezes,

solapando princípios democráticos. O Poder Judiciário, quando provocado, posiciona-se a respeito do assunto de forma tímida e parcimoniosa.

1.5 O sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)

Montesquieu não pregava uma divisão total e absoluta de funções entre os poderes. A partir da teoria por ele divulgada, foram desenvolvidos mecanismos de controle mútuo entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário: o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).²⁷ Ele estabeleceu freios e controles recíprocos entre os órgãos estatais, de sorte que, embora divididos e independentes, viriam a se entrosar em harmonia. Suas faculdades, por vezes contrapostas, poderiam romper essa harmonia que, contudo, persistiria, desde que funcionasse o mecanismo dos *checks and balances*. Esse mecanismo revela a relatividade da separação de poderes. Percebe-se, atualmente, que cada poder, ao exercer sua função própria, não o faz com exclusividade. A diferenciação entre os poderes não esgota as funções de legislar, julgar e executar.

Madison já defendia que os poderes deveriam estar entrelaçados entre si para que um pudesse exercer o necessário controle sobre os outros, pois não sendo assim, jamais poderia ser mantido na prática o grau de separação de poderes exigido pelo princípio. Concluía dizendo que, quando Montesquieu afirmou inexistir liberdade onde os Poderes Legislativo e Executivo estiverem concentrados na mesma pessoa ou conjunto de magistrados, ou se o poder de julgar não estiver separado dos Poderes Legislativo e Executivo, não quis dizer que não haveria representação parcial de um poder em outro ou controle mútuo dos respectivos atos.²⁸

²⁷ “Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento, são eles compelidos a atuar ‘de concerto’, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII.” BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 140.

²⁸ “[...] o magistrado, em quem todo o poder executivo se concentra, não pode baixar leis, embora tenha competência para vetá-las, nem pessoalmente administrar a justiça, ainda que lhe caiba nomear aqueles que a administram. E os juízes estão impedidos de exercer tanto funções executivas como legislativas, embora, por um lado, sejam oriundos daquele ramo e, por outro, possam ser assessorados por conselhos deste. Por sua vez, ao Legislativo é vedado praticar atos judiciais, ainda que, por decisão conjunta de suas duas casas, os juízes possam ser removidos de seus cargos e uma das casas seja a última instância do Poder Judiciário. Outrossim, o Legislativo não tem autoridade funcional para exercer funções executivas, embora uma de suas casas constitua a suprema magistratura executiva e a outra, nos casos de impedimento, possa julgar e condenar qualquer funcionário do ramo executivo.” HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. ap. SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**. São Paulo: LTr, 1993. p. 45.

Aparentemente a “separação entre os poderes” e o “sistema de freios e contrapesos” seriam irreconciliáveis, mas operam lado a lado. Ocorre que o último não fere a independência funcional dos poderes, pelo contrário, completa e auxilia um ao outro. A independência do poder é pressuposto para o poder de checar, e só tem o poder de checar a instituição que tenha alguma medida de independência. Se, para evitar a tirania de um poder, é necessário torná-lo mais fraco, necessariamente outro poder acabará por se sobrepor e assumir o lugar daquele, reincidindo no mesmo problema. É imprescindível a vigilância de um poder pelo outro. As funções de cada um não podem ser extrapoladas sem que outro poder possa intervir e controlar este desequilíbrio.²⁹

A separação de poderes é percebida como independência entre duas partes. Isso significa que uma parte – com formas de existência que não dependem da outra – dispõe de poderes próprios, os quais, para serem empregados, não necessitam de sanção de qualquer outro. Já o sistema de freios e contrapesos significa que uma parte tem o poder de verificar as ações da outra, checar e balancear, e, ainda, bloquear ou obstaculizar as ações da outra. A questão contida na construção da armadura institucional do sistema de governo é como estabelecer o equilíbrio entre ter poderes independentes e autônomos e a capacidade de circunscrever o outro.³⁰

Para avançarmos na análise da relação entre os poderes, necessário se faz diferenciar conceitualmente poder separado, poder independente e poder de checar.

O poder separado é aquele constituído como um corpo à parte, com origem e continuidade material próprias. Um poder independente detém prerrogativas de atuação sem a concorrência do outro poder.

Definimos que um poder é independente quando suas prerrogativas são exclusivas, isto é, não são decididas em conjunto com outro poder. Decisão em conjunto significa que um outro poder pode alterar a decisão do primeiro, que não haverá decisão se ambos não cooperarem de alguma forma.

O poder de checar é a capacidade de um poder controlar o outro, suas atividades e decisões. Contudo, não pode substituir ou concorrer para decidir nas funções e prerrogativas assinaladas ao outro poder. Significa a capaci-

²⁹ “Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)”. (Grifo do autor). CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital ap. MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 359.

³⁰ GROHMANN, Luís Gustavo Mello, op. cit., p. 83.

dade de impedir a efetividade da decisão tornada ou avaliar e punir os efeitos das decisões tomadas e efetivadas, não de formular alternativas.³¹

A forma mais pura da separação de poderes que prescreve a autonomia dos poderes, das funções e das pessoas, dá lugar aos controles positivos denominados por M. Vile como “separação parcial de Poderes”, que incorpora em seu conteúdo a teoria dos *checks and balances*. O exercício limitado de outras funções pelos poderes representa o grau de controle de um ramo institucional sobre o outro; por exemplo, ao Executivo o poder de vetar a legislação e ao Legislativo o poder de *impeachment*. Em outras palavras, cada um dos poderes pode exercer alguma autoridade no campo das outras funções.³²

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a relação entre os poderes no Brasil ganhou outros contornos, principalmente com as novas atribuições legislativas conferidas ao Executivo. A criação do instituto das Medidas Provisórias deu ao presidente da República um novo instrumento legislativo, competindo-lhe editá-las, com força de lei, em casos específicos e segundo alguns pressupostos. Esta faculdade de intervenção legislativa vem alimentando ainda mais a discussão sempre acalorada e atual no meio científico a respeito da relação entre os poderes e, em decorrência, o importante papel da checagem entre eles na forma do preciso conceito citado acima. O uso crescente de MPs pelo Executivo dá relevo ao poder de checar como instrumento imprescindível no controle das atribuições de um poder pelo outro poder. A extrapolação no uso daquelas normas pode facilmente acarretar na tirania de um poder sobre os demais poderes, sobre as demais instituições e sobre o povo, resultando em graves danos ao denominado Estado Democrático de Direito.

A seguir, será analisado mais amiúde a origem e alguns aspectos do instituto da Medida Provisória, no sentido de verificar os possíveis elementos que dão ao Executivo brasileiro um crescente poder de legislar e, em conseqüência, predominar sobre as demais instituições.

³¹ Ibid., p.86.

³² VILE, M. J. C. ap. PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.), op. cit., p. 141-2.

CAPÍTULO 2

HIPERTROFIA DE UM PODER: INTERVENÇÃO LEGISLATIVA DO EXECUTIVO

A Primeira Grande Guerra é considerada como marco da mudança na concepção e na forma de elaboração das leis.

Burdeau [...] sustenta que, desde 1914, os países beligerantes e os neutros conheceram uma 'legislação governamental' que simplificou a elaboração de leis, não só para assegurar o segredo e a premência de medidas a serem tomadas, mas também para colocá-las de acordo com a evolução política, militar e econômica. [...] Esse movimento deu-se pela ampliação dos privilégios do Executivo na iniciativa de leis, nos poderes de veto e regulamentação, na variedade de exemplos de delegação legislativa e, em casos extremos, na produção direta de regras de direito sem anuência do Legislativo ou limitadas às alternativas de aprovação e rejeição em bloco.³³

O fim dos conflitos não acarretou um retorno aos processos legislativos tradicionais; pelo contrário, referidas práticas se institucionalizaram. O que se viu foi a ampliação da intervenção do Poder Executivo no que tange à iniciativa de leis, nos poderes de veto e regulamentação, na delegação legislativa em suas várias formas e, em formato mais radical, na elaboração direta de normas de direito sem a anuência do Legislativo.

Gradativamente, o Executivo passou a incorporar e ampliar sua competência normativa. Esse novo perfil é o elemento principal de sua atual predominância na estrutura do Estado. Trata-se da solução oferecida pelo direito constitucional nos Estados democráticos - dentre eles o brasileiro - para o problema da falta de agilidade normativa.

2.1 O poder legislativo do Executivo

No Brasil atual – especificamente no pós-Constituição de 1988 - há clara preponderância do Executivo em detrimento dos demais Poderes, principalmente em relação aos procedimentos legislativos. A denominada “teoria da preponderância

³³ Ibid., p. 148-9.

executiva”³⁴ corrobora com essa afirmação. Ela é verificada em dois aspectos do processo de tomada de decisão no Congresso brasileiro e demonstra como o Executivo controla o Legislativo: 1º) o poder de legislar garantido ao presidente pela Constituição; e, 2º) a centralização do poder decisório nas mãos dos líderes dos partidos no Congresso.

O poder legislativo do presidente da República é vasto e oferece um conjunto de instrumentos que lhe dá alternativas de interferência direta em nosso arcabouço legal.³⁵

O artigo 61, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (CF), enumera as leis que são de iniciativa exclusiva do presidente da República: fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas e criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos territórios; servidores públicos da União e territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como sobre a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos estados, do Distrito Federal e dos territórios; criação, estruturação e atribuições dos ministérios e órgãos da administração pública; militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para reserva.

Outras importantes formas de interferência no processo legislativo pelo Executivo são o pedido de urgência e o poder de veto. Quanto ao primeiro, os projetos oriundos do Executivo deverão ser apreciados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal em prazo sucessivo de 45 dias. Não ocorrendo manifestação, serão sobrestadas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa até que se ultime a votação (art. 64, §§ 1º e 2º). Dentro desse aspecto de urgência legislativa enquadram-se também as MPs, que igualmente possuem trâmite específico e célere no

³⁴ Tem como um de seus pressupostos centrais o fato de o Executivo brasileiro deter significativo poder de influenciar o processo legislativo para assegurar resultados consistentes com suas preferências. É assim nominada por PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. **Uma teoria da preponderância do Poder Executivo**: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais.[S.l.]: Anpocs, v. 15, n. 43, jun. 2000. CD-ROM.

³⁵ “Apesar da nova Constituição ter fortalecido o Poder Legislativo, a iniciativa exclusiva do presidente da República foi mantida na maioria dos assuntos importantes, e também se manteve a proibição de emendas tendentes à alteração da despesa prevista, que considero razão fundamental para a mudança do padrão de iniciativa da elaboração legal.” VIANNA, Luiz Werneck, op. cit., p. 171.

Congresso (art. 62). Pode também o presidente vetar parcial ou totalmente os projetos saídos do Congresso. O Congresso, para derrubar o veto, precisa dos votos da maioria absoluta dos deputados e senadores presentes, em escrutínio secreto (art. 66).

Portanto, a participação do Poder Executivo na formação das leis poderá se dar através de intervenção em uma das fases do processo legislativo ou elaboração, por ele mesmo, do ato normativo.³⁶

Em nosso país, o Presidente da República exerce (i) atividade normativa decorrente de atribuição, bem como (ii) atividade normativa decorrente de delegação. Por outro lado, a atividade normativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos da Constituição, pode ser (i) primária (atos legislativos capazes de inovar originariamente a ordem jurídica: medidas provisórias e leis delegadas) (ii) ou secundária (atos praticados com fundamento na lei e insuscetíveis de inovar, originariamente, a ordem jurídica: os regulamentos).³⁷

Referindo-se ao primeiro aspecto da “teoria da preponderância executiva”, citado acima, Mainwaring e Shugart dividem em três as categorias de poderes constitucionais sobre legislação das quais dispõe o presidente, da seguinte forma: 1) poderes legislativos pró-ativos, permitem ao presidente legislar e estabelecer um novo *status quo* – aqui se enquadra o instituto da Medida Provisória; 2) poderes legislativos reativos, permitem ao presidente bloquear a legislação e, assim, manter o *status quo* contra a maioria legislativa que queira mudá-lo – é o caso dos vetos totais ou parciais; e 3) a capacidade do presidente de moldar ou até mesmo definir a agenda do Congresso, em face de seu poder exclusivo para a iniciativa de certos tipos de legislação.³⁸

Trata-se a MP, sem dúvida, do principal poder pró-ativo do Executivo garantido em nossa Constituição. A capacidade dada ao presidente de legislar através des-

³⁶ Shugart e Carey denominam como “poder de decreto” a autoridade do Executivo em elaborar leis no lugar do Legislativo. Não se refere, portanto, a ações executivas que regulamentam e administram leis estabelecidas pelo Legislativo. “Por outro lado, iniciativas de política do executivo são consideradas decretos mesmo que eventualmente necessitem de ratificação pela assembléia, desde que as iniciativas passem a ter efeito antes da ação legislativa.” Caso, portanto, das medidas provisórias. Para análise aprofundada a respeito do “poder de decreto”, consultar CAREY, John M.; SHUGART, Matthew. **Poder de Decreto: chamando os tanques ou usando a caneta?** In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. [S.l.]: Anpocs, a. 13, n. 37, jun. 1998. CD-ROM, pas.

³⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 152.

³⁸ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo, op. cit.

se instrumento permite a pronta promulgação de uma nova legislação sem a necessidade de aprovação no Congresso.³⁹

2.2 *Decreti-leggi*, a origem da Medida Provisória

O instituto da Medida Provisória deve ser analisado, primeiramente, por meio de seus institutos afins. São eles os decretos-leis, atos híbridos uma vez que contêm dois termos pertencentes a duas categorias de atuação do Estado: o decreto (Poder Executivo) e a lei (Poder Legislativo).

Os primeiros decretos-leis surgiram na Itália durante a monarquia constitucional. Apesar do Estatuto Albertino (baixado pelo Rei Carlos Alberto, em 1848) não haver previsto o decreto-lei, este veio, entretanto, a se implementar com fundamento na necessidade e urgência. Apesar da falta de previsão constitucional, o Decreto nº 738, de 27/05/1848 - primeiro exemplo de ingerência do Executivo na atividade legislativa, após a consagração da teoria da separação dos poderes -, e os demais que advieram, foram validados tanto pela magistratura quanto pelo parlamento; sempre em razão, frise-se, do aspecto “urgência”.

O *decreti-leggi*, antes denominado *ordinanze*, restou positivado na Constituição da República Italiana de 1947. Seu artigo 77, que influenciou as últimas constituições brasileiras, assim expressa:

O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, elaborar decretos com valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o governo, por sua responsabilidade tomar providências provisórias com força de lei, deverá, no mesmo dia, submetê-las, para efeitos de conversão, às Câmaras, as quais são imediatamente convocadas, mesmo se dissolvidas, e reúnem-se dentro de cinco dias. A eficácia dos decretos cessa retroativamente caso não sejam convertidos em lei nos sessenta dias posteriores à sua publicação. As Câmaras, todavia, podem regular por lei as relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos.⁴⁰

A incorporação do decreto-lei ao nosso constitucionalismo se deu com a Carta de 1937, quando então o direito constitucional pátrio começou a admitir a competência legislativa do presidente da República. Referida figura normativa também es-

³⁹ Diversos autores afirmam que é na edição de MPs que se nota mais propriamente a usurpação da função legislativa pelo Poder Executivo brasileiro.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge ap. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 33.

teve prevista nas constituições de 1967 e 1969. O atual Texto Constitucional, ao tratar das MPs, tem inspiração clara no instituto similar italiano. A semelhança é evidente, sobretudo se forem considerados os pressupostos de edição, os requisitos procedimentais e os efeitos normativos.⁴¹ Embora existam importantes diferenças vastamente demonstradas pelos juristas entre MP e decreto-lei, é inegável o uso deste instituto como paradigma para a positivação daquela espécie normativa.

As MPs têm existência e aplicação polêmicas. O debate entre os estudiosos é amplo e controvertido, desde a definição de sua natureza jurídica, de seus pressupostos, da limitação de sua aplicabilidade, e em outros vários aspectos. Neste trabalho interessam as conseqüências do uso de referido instituto nas relações institucionais; por isso, pertine dizer que, conceitualmente, a MP é um ato emanado do presidente da República, em circunstâncias excepcionais de relevância e urgência, sua força vinculante é a mesma da lei, mas, por ser precária, necessita da aprovação do Congresso Nacional para que tenha força definitiva de lei, caso contrário, perde sua eficácia desde o momento de sua edição.

As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei. Refletem, na concreção de sua existência, uma significativa tendência que se registra no plano do direito constitucional comparado, e no da nossa própria experiência constitucional, no sentido de outorgar – *inobstante em bases de excepcionalidade absoluta* – competência normativa ao Executivo.

[...] como a função legislativa pertence, ordinariamente, ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar – e advertir – que a utilização das medidas provisórias, constituindo exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, não tem caráter autônomo, pois subordina-se, em seu processo de conversão legislativa e definitiva incorporação ao direito positivo interno, à vontade emanada do Congresso Nacional. Por isso mesmo, a doutrina italiana, ao discutir o tema do decreto-lei [...] acentua que, *nesse domínio, “appare chiaro che il governo legifera a titolo meramente vicario e sussidiario”* [...].⁴² (Grifo do autor).

⁴¹ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...] § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 42, de 19-12-2003. Barueri-SP: Manole, 2004.

⁴² SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**. São Paulo: LTr, 1993. p. 497-8.

Espécie normativa de intensa utilização pelo presidente da República,⁴³ o Executivo abarrotou o Congresso Nacional com referidas medidas “relevantes” e “urgentes”, inclusive na implementação de programas de ajuste macroeconômicos – exemplo disso é a implantação do Plano Real, em 1994 -, e conduz inexoravelmente os rumos da produção legislativa brasileira. O acúmulo de MPs sem apreciação⁴⁴ impede que Deputados e Senadores se dediquem ao debate de projetos de lei que julguem essenciais à sociedade.

2.3 A supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo

O Poder Legislativo teve recuperados muitos de seus poderes com a Constituição Federal de 1988 – atribuições outrora subtraídas em face das sucessivas reformas efetuadas pelos governos militares. Mais ainda, a nova Carta ampliou os poderes do Congresso em alguns aspectos, permitindo-lhe contribuir mais efetivamente na formulação de políticas públicas.⁴⁵ Desses, o mais importante pode ser considerado a redefinição de sua participação no processo orçamentário e no controle das finanças públicas.

Outras conquistas do Legislativo, mesmo menos abrangentes, também ilustram o novo quadro institucional, como a circunscrição do veto presidencial, não mais podendo incidir sobre palavras isoladas, a derrubada do veto presidencial exige agora maioria absoluta e não mais 2/3, e outros avanços que contrastam com o passado de submissão imposto e que demonstram a intenção do legislador em afirmar a autonomia do Congresso.

⁴³ “Desde sua primeira utilização, 21/10/1988, publicada no *Diário Oficial do Congresso* três dias depois, até dezembro de 2000, foram editadas 5.533 MPs – o que equivale a uma média mensal de 38 MPs ou a 1,25 MPs [sic] por dia.” AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. **Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias**. In: *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 2002, v. 45, n. 1, p. 5. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php>> Acesso em: 17 jul. 2004.

Só no governo Sarney, através de MPs, o presidente determinou condições de registro provisório para estrangeiro no país, estabeleceu o efetivo da polícia no estado de Roraima, estipulou regras para a loteria federal e inscreveu os nomes Tiradentes e Deodoro da Fonseca no *Livro dos Heróis da Pátria*.

⁴⁴ “A Câmara dos Deputados começa a semana com a pauta de votações trancada por oito medidas provisórias (MPs). Além das cinco que impedem o andamento das atividades desde a semana passada, outras três terão os prazos constitucionais vencidos amanhã. [...]” DEPUTADOS não suportam medidas. Dizem que Executivo ‘desmoraliza’ Congresso e usa instrumento sem observar relevância e urgência. **Correio do Povo**, Porto Alegre, p. 2, 3 mai. 2004.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 42.

Porém, os poderes legislativos obtidos pelo Poder Executivo durante o regime militar não restaram suprimidos no atual Texto Constitucional. Portanto, o que se verifica é, por um lado, que o constituinte aprovou uma série de medidas que prestigiaram e fortaleceram o Legislativo e, por outro, que não revogou várias das prerrogativas que permitiam ao Executivo dirigir o processo legislativo durante o período autoritário. Constata-se, nesse aspecto, verdadeira “continuidade legal”⁴⁶ entre o período militar e o atual. Em decorrência, o Poder Executivo assume novamente o comando do processo legislativo e não permite o fortalecimento do Legislativo, originariamente fomentado pelo constituinte. Verifica-se então a atrofia do Legislativo e a hipertrofia do Executivo, principal legislador de fato e de direito.

Elemento intrínseco à hipertrofia do Executivo, o denominado “poder de agenda”, será abordado a seguir.

2.3.1 O Poder de Agenda

Além de representarem a pronta promulgação de uma nova legislação sem a necessidade de manifestação do Congresso, as MPs têm o condão de influenciarem a agenda do Congresso, pois se não houver seu bloqueio no prazo legal (hoje definido em 60 dias, conforme Emenda Constitucional n° 32/2001), elas automaticamente assumirão prioridade de votação – trancando a pauta de votação – e irão para o topo da agenda do Congresso, acarretando o deslocamento para um segundo plano, de questões que vinham sendo discutidas prioritariamente no Legislativo.

A intensa edição de normas provisórias aliada à capacidade de requerer urgência para os seus projetos de lei – outro importante instrumento que a atual Constituição confere ao presidente -, possibilitam ao Executivo um férreo controle sobre a agenda legislativa do país. Esse poder de agenda acaba por ditar os debates nas Casas do Congresso e também mobiliza mídia e sociedade em torno de questões cujo nível de prioridade é determinado pelo Executivo. Em razão disso, dentre outras conseqüências, o Legislativo tem uma de suas funções essenciais – legislar – prejudicada, enquanto o Executivo, agigantado em suas atribuições constitucionais, legisla ativamente.⁴⁷

⁴⁶ Ibid., p. 41.

⁴⁷ “Figueiredo e Limongi (1999) mostram que, entre 1989 e 1998, apenas 14% das leis aprovadas foram de autoria de deputados e senadores ou de comissões parlamentares. É interessante notar que, entre 1946 e 1964, a pro-

Essa preponderância do Executivo decorre diretamente de sua capacidade de controlar a agenda do Legislativo. As normas que garantem a iniciativa exclusiva do Executivo lhe fornecem instrumentos de controle da agenda legislativa, seja diretamente, pela definição de prazos de apreciação, seja indiretamente, por colocá-lo em posição estratégica para pressionar por prioridade a essas medidas. Mais do que o controle sobre a agenda, esses mecanismos institucionais conferem também ao Executivo uma posição estratégica no que diz respeito à aprovação de seus projetos.⁴⁸

Em contrapartida, os projetos que têm sua origem no Legislativo são postos em segundo plano e seu trâmite é prolongado no tempo.⁴⁹

Não seria demais ressaltar que os projetos de natureza econômica e social do Executivo – em tramitação urgente ou ordinária – passam muito mais rápido pela Câmara que os do Legislativo. O mesmo ocorre em relação à tramitação total, incluindo a passagem pelo Senado e a sanção presidencial. Além disso, os projetos do Legislativo em regime de urgência levam quase duas vezes mais tempo para serem aprovados na Câmara do que os do Executivo em tramitação ordinária. Esses dados não deixam dúvidas quanto ao tratamento privilegiado conferido aos projetos do Executivo. Em resumo, o Executivo define a agenda do Legislativo e determina o conteúdo da produção legal. O Congresso mostra-se incapaz de levar adiante sua própria agenda. A agenda do Executivo segue uma rota excepcional, passa em tramitação urgente, enquanto a agenda do Legislativo segue a via das comissões e do poder terminativo. Grande parte dela encontra a resistência do Senado.⁵⁰

2.4 Pressupostos materiais necessários à edição da Medida Provisória

As MPs possuem pressupostos formais: a) edição pelo Presidente da República e b) submissão imediata ao Congresso Nacional; e materiais: a) relevância e b) urgência.

É pertinente tecermos aqui observações a respeito dos pressupostos materiais, elementos deflagradores da competência excepcional do Executivo, por serem conceitualmente polêmicos e de controle conturbado pelos demais poderes instituídos. É sobre a presença desses elementos que devem se debruçar o Legislativo e o Judiciário no sentido de verificarem a admissibilidade ou constitucionalidade das normas provisórias.

dução legislativa do Congresso chegou a 57% do total (Pessanha, 1997)”. AMORIN NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação. VIANNA, Luiz Werneck (org.), op. cit., p. 92.

⁴⁸ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 51.

⁴⁹ Em tabela que analisa o tempo de tramitação no Congresso Nacional por tipo de lei, no período de 1989-94, constata-se que “o Legislativo demora cerca de três vezes mais para aprovar as leis por ele próprio apresentadas do que as leis propostas pelo Executivo”. Ibid., p. 53-4.

⁵⁰ Ibid., p. 67.

O ato de edição de uma MP deve ser precedido de exposição de motivos fundamentando-a ou motivando-a. Somente os atos emanados do Poder Legislativo, em sua atividade típica, dispensam a fundamentação, em razão da própria sistemática do processo e procedimento legislativos. Por ser corolário dos princípios da publicidade e da moralidade, tanto o Judiciário quanto o Executivo devem fundamentar ou motivar os seus atos. Se atos emanados do Poder Executivo que não têm o mesmo grau de importância das Medidas Provisórias (os estritamente administrativos, por exemplo) devem ser fundamentados, o mesmo se impõe, de forma inarredável, a referido instituto, principalmente em relação aos pressupostos constitucionais da relevância e urgência.

Para validade do ato, portanto, é necessária a presença dos dois elementos – relevância e urgência - de forma simultânea. Convém precisar estes importantes conceitos, uma vez que sobre eles pode ser feita verificação de constitucionalidade da MP, tanto pelo Judiciário quanto pelo Legislativo.

Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade. [...] a relevância de que trata a Constituição não é, apenas, da matéria tratada, devendo qualificar, também, a situação ensejadora (estado de necessidade) da medida provisória. Cumprirá, evidentemente, ao Poder Judiciário verificar, em cada caso, o que é ou não relevante.⁵¹

Já a urgência requer uma pronta atuação, com o fim de dirimir as conseqüências dos fatos.

O pressuposto urgência admite maior precisão conceitual: “a urgência alia questão de data (momento) à condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência” [...]. Relaciona-se com a indeferibilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. Com urgência, está-se a indicar perigo de dano; enfim, a situação de periculosidade exigente de *ordinanza extra ordinem*. [...] Se a relevância é da matéria e da situação, a urgência é do provimento. [...] Uma ação é urgente quando inadiável para alcançar determinado fim. [...] “não existe urgência se a eficácia da disposição só puder se materializar após um lapso temporal suficientemente amplo que permitiria a

⁵¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 173-5.

tramitação normal do processo legislativo, em algumas formas disciplinadas pela Constituição”.⁵² (Grifo do autor).

Os pressupostos da MP devem estar plenamente justificados quando da sua edição. Mesmo reconhecido exclusivamente ao Chefe do Executivo esse direito potestativo, a inexistência ou incompletude de um desses elementos eivam a norma de vício insanável que compromete sua existência no mundo jurídico. Por isso, iguais competências possuem o Poder Legislativo a ser exercida *a posteriori* e, quando assim se impuser, os Tribunais e juízes.

Esse poder cautelar geral [...] reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. É ele, o Chefe de Estado, o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício. Essa circunstância, contudo, [...] não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorar, até, se for o caso, os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional.⁵³

O Poder Executivo, com suas recém-adquiridas funções constitucionais que interferem de forma efetiva no processo de criação legislativa, notadamente, com a edição de Medidas Provisórias, freqüentemente extrapola os limites impostos pelas normas e invade competências: ou do Legislativo, por dar indevida elasticidade aos seus pressupostos de edição; ou do Judiciário, por desrespeitar direitos adquiridos ou outras garantias previstas no ordenamento constitucional. Tratam-se de situações que podem desvirtuar e fragilizar as relações institucionais, a segurança jurídica e, mais, atingir o denominado Estado Democrático de Direito.

Por não serem as MPs imunes à apreciação do Legislativo e do Judiciário, cabe verificar como se dá o controle de sua edição, haja vista que a utilização do poder de legislar pelo Executivo, sem a devida checagem dos demais Poderes constituídos, pode facilmente transformar-se em usurpação e acarretar no surgimento de um poder tirânico, preocupação manifestada por Aristóteles na Antigüidade, e que ainda mantém a atualidade.

⁵² Ibid., p. 176-7.

⁵³ A análise judicial das MPs é abordada no capítulo 4. SANTOS, Brasilino Pereira dos, op. cit., p. 501-2.

CAPÍTULO 3

PODER LEGISLATIVO: ABDICAÇÃO OU DELEGAÇÃO DE PODER AO EXECUTIVO?

O legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes do Estado, sem, porém, em respeito ao princípio da tripartição dos poderes, caracterizá-las como exclusividades absolutas. Sob esse aspecto, cada um dos Poderes possui função predominante (típica), que o identifica como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras atribuições (atípicas) previstas no corpo do texto constitucional. No que se refere ao Poder Legislativo, tem como funções típicas legislar (prática do processo legislativo para a elaboração de normas jurídicas) e fiscalizar (verificação de contas, finanças, orçamento, operações e patrimônio do Poder Executivo, por exemplo); quanto às funções atípicas constituem-se em administrar e julgar.

A função legislativa de competência da União, exercida pelo Poder Legislativo é corporificada, na esfera federal, pelo Congresso Nacional.⁵⁴ Quanto a sua função fiscalizadora, tem o Congresso competência para controlar certos atos do Poder Executivo: por delegação sujeita a aprovação (art. 68, § 3º da CF), por meio do poder de rejeitar o veto presidencial (art. 66, §§ 4º e 5º), e via aprovação posterior das MPs (art. 62).

Da análise sistemática de nossa Constituição, utilizando-se de definição orgânico-constitucional, pode-se assim distinguir o Poder Executivo do Legislativo: “o

⁵⁴ O bicameralismo de modelo norte-americano foi adotado já na primeira constituição republicana, em 1891. “Na época do Império, apesar do caráter unitário do Estado brasileiro, já adotávamos o bicameralismo, pois o Poder Legislativo era composto de duas Casas Legislativas: o Senado, integrado por membros vitalícios escolhidos pelo Imperador dentro de lista tríplice formada em cada província, e a Câmara, composta por representantes eleitos.” PINHO, Rodrigo César Rebello. **Coleção Sinopses Jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Volume 18, Da organização do Estado, dos Poderes e histórico das constituições. p. 53-4.

“Debate-se muito sobre as vantagens e desvantagens de um ou de outro sistema. Mas a dogmática constitucional, desde a promulgação da Constituição dos EUA, recusa aceitar o unicameralismo nas federações, por entender que o Senado é câmara representativa dos Estados federados, sendo, pois, indispensável sua existência ao lado de uma câmara representativa do povo. Diz-se, em prol disso, que os ‘Estados Federais apresentam uma estrutura dualista. De uma parte, deve estar presente a nação, em sua unidade global, de outra parte, os Estados-membros da federação, com sua autonomia particular’ [...]”

No bicameralismo brasileiro, não há predominância substancial de uma câmara sobre a outra. Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis (arts. 61, § 2º, e 64).” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 482-3.

Congresso Nacional é formado por representantes do povo, eleitos para fim específico, e produz normas após procedimento público de discussão e de votação; o Poder Executivo é órgão de direção política e produz normas sem nenhum *procedimento* anterior à edição do ato normativo.” (Grifo do autor).⁵⁵ Trata-se, portanto, a representatividade de característica essencial do Legislativo pois, em atenção ao parágrafo único do artigo 1º da Constituição,⁵⁶ a produção normativa é condicionada a um procedimento de decisão, o referido debate público, por meio do qual o poder, em tese, é exercido pelos cidadãos por meio de seus representantes.

O Congresso é o centro de produção normativa por definição uma vez que o procedimento por ele adotado encontra-se vinculado a princípios fundamentais, tais como: democracia, pluralismo político e segurança; possui um rígido íter de formação (iniciativa, emendas, votação ou deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação - art. 61 e seguintes); e consubstancia, por fim, poder heterônomo, relativamente ao poder administrativo (art. 2º).

O poder normativo excepcional de editar Medidas Provisórias dado ao Executivo, por sua vez, não incorpora esses procedimentos. Esta espécie de norma prescinde de debate público. É fruto de um órgão de condução política, sem a função representativo-integradora, atribuída ao Congresso Nacional.

3.1 Considerações parlamentares quanto ao uso das Medidas Provisórias

A discussão no meio parlamentar a respeito dos efeitos do instrumento legislativo de grande envergadura - caso da MP -, existe desde sua inscrição na Constituição Federal, em 1988, até hoje, nos primeiros anos do Governo Lula. Quando do debate constituinte, a questão era mais teórica e em torno dela giravam os fantasmas do decreto-lei – de amplo uso no regime autoritário -, e a tibieza do Poder Legislativo, cujas funções foram drasticamente reduzidas durante aquele regime de exceção e que agora ansiava por retomar a sua importância no cenário político-institucional nacional.

Aprovada a Constituição, passaram os legisladores a conviver com a nova realidade criada e, mais uma vez, agora com a clareza propiciada pelo caso prático,

⁵⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit., p. 57.

⁵⁶ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição (1988), op.cit.

passaram a manifestar suas preocupações a respeito dos limites (ou de sua ausência) quanto à edição das normas provisórias em detrimento de um Legislativo que ainda procurava ocupar seu lugar no processo decisório.

Na tentativa de demonstrar a repercussão das MPs nas relações institucionais e evidenciar, apesar de manifestações preocupadas e descontentes dos parlamentares, que o Congresso rotineiramente coopera e respalda as propostas legislativas advindas do Executivo, destacamos três momentos significativos dessas relações: o de sua elaboração constitucional; logo a seguir, o da edição do Plano Verão pelo Governo Sarney; e, por fim, o momento atual dessa convivência – do final do Governo Fernando Henrique aos primeiros anos do Governo Lula -, sob a égide da Emenda Constitucional nº 32, de setembro de 2001, última tentativa legislativa que visou a restrição e adequação do uso das MPs.

3.1.1 Observações dos constituintes quando da elaboração da Carta

O período de elaboração da Constituição Federal, em 1987-1988, foi momento rico em debates políticos e ideológicos, e isso não foi diferente quando da discussão a respeito da criação da Medida Provisória. Embora a manutenção do instituto do decreto-lei não fosse por ninguém defendida, paradoxalmente poucos constituintes pregavam a extinção de qualquer forma de poder legislativo extraordinário para o Executivo. As opiniões dos parlamentares giravam em torno da necessidade de encontrar um substitutivo ao decreto-lei conciliando-o, porém, com meios que evitassem seu uso abusivo.⁵⁷ As discussões, portanto, se davam principalmente a respeito da possibilidade ou não de harmonizarem-se esses dois objetivos. Um dos argumentos amplamente utilizados no sentido de distinguir o decreto-lei do novo instituto era o da inversão dos efeitos do decurso de prazo, que implicava a rejeição do projeto ao findar o prazo de sua provisoriedade.

A delegação de poder legislativo ao Executivo naquele momento histórico, recém saído de um regime de exceção, se pressupunha impensável. Pelo contrário, - em razão de anos de privação do que lhe era essencial, como contribuinte marginal no processo de produção legal sob o regime autoritário que, por sua vez, sistematicamente recorria à legislação extraordinária -, esperava-se a total eliminação do de-

⁵⁷ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 128-9.

creto-lei pelo legislador constituinte.⁵⁸ Porém, após inclinação inicial neste sentido, a maioria dos parlamentares passou a defender a idéia de que era necessário ao Executivo possuir poderes legislativos emergenciais e extraordinários para fazer frente às expectativas dos tempos atuais. Desenhava-se então nova delegação de poder legislativo ao Executivo.⁵⁹

O receio de muitos dos parlamentares era o de que a recuperação de prerrogativas do Legislativo poderia trazer à tona deficiências históricas do Poder que poderiam representar um obstáculo ao governo.⁶⁰ Essa visão negativa norteou os trabalhos constitucionais e deu os contornos do desenho institucional adotado. A preocupação que o fortalecimento do Legislativo acarretaria paralisia decisória, fez com que o constituinte acabasse por dotar o Executivo de instrumento necessário para situações de emergência, sem o concurso do Legislativo.

Então, para devolver ao Legislativo esta primordial prerrogativa que é a de legislar, a primeira medida que a subcomissão tomou foi a de acabar com o decreto-lei. Portanto, o decreto-lei, que servia como elemento fundamental para toda esta legislação autoritária vinda do Executivo, foi retirado da esfera político-institucional [...] Todavia, isto fez com que também nos preocupássemos com o Executivo, e, por fim, demos-lhe outro instrumento rápido, mas somente para ser usado em caso de absoluta necessidade.⁶¹

Muitos constituintes condicionaram seu apoio à aprovação das MPs à adoção do parlamentarismo, pois entendiam, e essa era a idéia corrente na época, que os poderes legislativos extraordinários do Executivo seriam mais facilmente controláveis

⁵⁸ “Talvez a idéia primeira do relatório seja a de devolver as prerrogativas do Poder Legislativo, que, durante o regime autoritário, as foi, pouco a pouco, perdendo de tal forma que hoje não legisla, porque, na verdade, a maioria das leis que vigoram no país não foi por ele aprovadas. São decretos-leis, dos quais cerca de 180 estão nesta Casa já vigorando, sem terem sido aprovados e metade deles sem ter sido, ao menos, lidos aqui.” Declaração do relator da Subcomissão do Poder Legislativo, deputado José Jorge. Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Danc), 04-08-1987. (Suplemento 114, p. 60) ap. Ibid., p. 129.

⁵⁹ “Não há dúvidas de que todos que não desejam ir a contrapelo da realidade estão convencidos de que é imperativo dotar-se o governo da capacidade de expedir atos legislativos em determinadas circunstâncias [...]. Não chamaríamos mais decretos-leis. Acolheríamos dispositivos constitucionais que denominam e designam de atos legislativos a matéria expedida em forma de lei pelo governo.” Danc, 20-5-1987. (Suplemento 62, p. 55) ap. Ibid., p. 130.

⁶⁰ O pronunciamento do relator da Subcomissão do Poder Legislativo, deputado José Jorge, aborda esse aspecto: “[...] No entanto, acredito – e chegamos à conclusão, nesta subcomissão – que devolver simplesmente as prerrogativas do Congresso não seria o ideal, porque, além de devolvermos suas prerrogativas, teríamos que modernizá-lo e agilizá-lo. Penso que o Congresso atual, com as prerrogativas que se pretende restaurar, certamente não passaria a ser um poder dinâmico e propulsor do desenvolvimento da nação, mas, pelo contrário, poderia ser um elemento de atraso nas decisões de problemas, que não seriam efetivamente equacionados ou resolvidos. Então partimos de uma segunda idéia. Não bastaria devolver as prerrogativas do Congresso, mas teríamos que modernizá-lo e torná-lo mais ágil.” Danc, 4-8-1987. (Suplemento 114, p. 60-1) ap. Ibid., p. 130-1.

⁶¹ Declaração também do relator da Subcomissão do Poder Legislativo. Danc, 8-8-1987. (Suplemento 114, p. 10) ap. Ibid., p. 131.

por meio deste sistema de governo.⁶² O parlamentarismo se delineava durante o transcurso de toda a Assembléia Nacional Constituinte como o sistema que seria então adotado no Brasil, porém, na última hora e de forma atabalhoada não foi o que aconteceu, manteve-se o presidencialismo como sistema norteador da relação entre os poderes.

A nova roupagem dada ao decreto-lei, extraída da Constituição italiana de 1948, teve tramitação tranqüila nas diversas comissões da Assembléia Constituinte. Apenas na votação final do anteprojeto, em plenário, que alguns parlamentares manifestaram sua contrariedade.⁶³

3.1.2 Debates e atuação dos parlamentares quando da edição do Plano Verão

A amplitude e os desdobramentos da adoção das MPs foram logo vislumbradas pelos parlamentares com a edição de nove medidas correspondentes ao chamado Plano Verão, implementado pelo Governo Sarney. Houve convocação extraordinária do Congresso, pois o pacote de normas fora apresentado durante o receso parlamentar, em 15 de janeiro de 1989. Esse quadro acarretava o engessamento do Congresso, não lhe dando outra opção que não a aprovação das medidas em face da gravidade do quadro econômico, sob pena de provável responsabilização futura - ante ao caos que se desenhava no horizonte - recair somente sobre os ombros do Legislativo. Houve, segundo alguns parlamentares, a visível supressão do processo decisório no Congresso.

Lutei com alguns colegas para que o Congresso recobrasse suas atribuições e construísse uma imagem de respeito, em vez de transferir suas responsabilidades para o Palácio do Planalto, através da criação das medidas provisórias, a pretexto de que o governo precisava dispor de um instrumento ágil, quando, na verdade, precisamos de um Parlamento ágil, presente e responsável. E hoje colhemos os frutos do que aqui se plantou. Vemos um Congresso acuado, constrangido, coagido e desnortado, vítima de seu próprio engenho, abusivamente utilizado pelo presidente da República e de forma que causaria inveja ao próprio Maquiavel. Se rejeitadas as medidas

⁶² Teoricamente, a Medida Provisória contextualiza-se mais exatamente em sistemas parlamentaristas, uma vez que, em tais circunstâncias, todo e qualquer provimento provisório será editado sob responsabilidade política do Primeiro Ministro. Uma vez editado referido provimento, o Parlamento terá de aprová-lo ou rejeitá-lo, sempre. Na última hipótese, ou seja, ocorrendo a rejeição, esta configura, automaticamente, em tais sistemas, um voto de desconfiança em relação a seu Chefe de Governo.

⁶³ Foi apresentada proposta, pelo deputado do PDS gaúcho, Adílson Mota, determinando a abolição do instituto, com o argumento de que ele não poderia ter lugar em uma Constituição que se pretendia democrática. A emenda teve 275 votos contrários e 78 favoráveis. LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 133.

provisórias, será o Congresso apontado como responsável pelo caos existente no Brasil, uma vez que negou os instrumentos de que o governo necessitava para corrigir o descalabro em que se transformou. Se aprovadas as medidas provisórias, estaremos revivendo um período melancólico desta instituição, caracterizado pela subserviência aos decretos-leis [...]. Penso, pois, que só nos resta superar as nossas convicções pessoais, seja no campo jurídico, político ou institucional [...]. Embora não confie no governo federal e o julgue incompetente, e apesar dos abusos que já comprometem o Plano Verão, votarei a favor de algumas das propostas apresentadas, para que se chegue, pelo menos, até as eleições presidenciais [...]. E que o Plano Verão sirva de alerta e inspire esta Casa no sentido de, através de emenda constitucional, expurgar definitivamente do texto da Lei Maior o art. 62.⁶⁴

Este era o princípio da definição do então novo quadro institucional pós-constituinte. Pressionado e acuado, o Poder Legislativo foi forçado a aprovar o plano. Esta nova relação entre as instituições, que pôs o Congresso contra a parede, decorria diretamente da normatização elaborada pelo próprio Legislativo.

Na tentativa de regulamentar a tramitação das MPs, nessa adaptação forçada do Congresso aos novos tempos, foi aprovada a resolução nº 1/89⁶⁵ que, em síntese, acabou por dificultar enormemente a não-admissão dessas normas. Diante da possibilidade de um conflito institucional, a mensagem do Legislativo foi clara - o Congresso cederia -, conforme se vê pela solução então apresentada viabilizando as reedições das medidas.

3.1.3 Sob a vigência da Emenda Constitucional nº 32, cresce a irresignação parlamentar

Iniciou-se uma rotina.⁶⁶ As normas provisórias editadas pelo Executivo tinham pouca ou nenhuma atenção do Legislativo que sequer iniciava formalmente a sua

⁶⁴ Manifestação do deputado Adilson Mota ao plenário da Câmara de Deputados. Diário do Congresso Nacional (DCN), 28-1-1989, p. 165. ap. Ibid., p. 136-7.

⁶⁵ “O texto final da resolução abrandou muitos dos pontos contidos na proposta original. Por exemplo, caíram o artigo que previa que toda e qualquer MP deveria ser objeto de votação nominal e outro que vetava a reedição de MPs que tivessem perdido eficácia.[...] Em seu relatório, Jobim sustentou, uma vez mais, que essa matéria deveria ser regulada por lei complementar, conforme previsto no art. 59 da Constituição. Com isso, a reedição permaneceu sem restrições.” Ibid., p. 140.

⁶⁶ “A medida provisória já anda na casa das quatro mil [...] e nem sequer é lei, mas ato de poder, com teor normativo, consentido ou delegado ao Executivo pela Constituição [...] sendo apenas medida, não é lei, posto que tenha força de lei. Quem expede – o Executivo – o faz em caráter provisório, obedecendo ao mandamento do Texto Constitucional. O abuso de tais medidas, porém, as converteu, no Brasil, em instrumento por excelência da ditadura constitucional, ressuscitando a república de decretos-leis, abolida desde a queda do Estado Novo de 1937 e, uma vez reinstalada em 1964, varrida de nosso sistema pelo constituinte de 1988, que jamais imaginou haver procriado um monstro.” BONAVIDES, Paulo ap. AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 410.

apreciação. A conseqüente perda da eficácia acabava por ensejar a reedição, e esse processo se repetia indefinidamente.⁶⁷ Deixou, portanto, o decurso de prazo de ser desfavorável ao Executivo. Não precisava mais ter certeza de contar com apoio para aprová-la; bastaria ser capaz de evitar que a oposição reunisse maioria. Era irrefutável que os regramentos originais presentes na Constituição para a edição de MPs não vinculavam suficientemente o presidente da República aos pressupostos constitucionais. Com isso, atingiu-se, segundo alguns, insustentável usurpação das atribuições legislativas do Congresso. Na tentativa de refrear o ânimo legiferante do Poder Executivo, em 11 de setembro de 2001 foi promulgada Emenda Constitucional (EC) nº 32, que impôs uma série de obstáculos materiais e procedimentais à elaboração dessas normas.

Os entraves ao Executivo no exercício da competência legislativa excepcional se verificam em vedações ao uso das MPs em matérias específicas (as que versem sobre cidadania, nacionalidade, direito eleitoral, penal, reservadas a Lei Complementar, por exemplo - art. 62, § 1º), pois entenderam os legisladores que a norma provisória não transmite à sociedade a segurança jurídica ideal para legislar sobre problemáticas sociais proeminentes. Destacam-se dois parágrafos do artigo 62 como os principais instrumentos onde, no nosso entender, o Legislativo visou deter efetivamente o abuso normativo. Visando dar maior agilidade ao processo de conversão da Medida em lei, escolheu o legislador a técnica de suspensão da votação de outras matérias, enquanto não ultimada a análise daquela. O mecanismo de trancamento de pauta previsto no § 6º,⁶⁸ mostra-se coerente com a necessidade de dinâmica na apreciação da MP que, em última análise, tem como requisitos a relevância na satisfação de interesses excepcionais da sociedade, e a urgência, no sentido de que há situação de periculosidade a ser evitada ou contida pelo provimento legislativo. Contudo, tendo em mente o passado recente, corre-se o risco de vermos o Con-

⁶⁷ “De 5 de outubro de 1988 a 24 de março de 1995 foram editadas 955 medidas provisórias, numa média de 12,4 medidas provisórias por mês, contra 2.481 decretos-leis editados sob o regime autoritário (outubro/69 a setembro/88) numa média de 10,9 por mês.” *Jornal do Advogado* ap. PRUDENTE, Antônio Souza. **Medida provisória e segurança jurídica**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr.-jun. 1998. p. 239.

⁶⁸ “Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.” BRASIL. *Constituição* (1988), op.cit.

gresso Nacional engessado, bastando, para isso, que se repita a enxurrada de edições de MPs pelo Executivo.⁶⁹

O segundo instrumento, a restrição à possibilidade de reedição das MPs em apenas uma vez (§ 7º do artigo 62),⁷⁰ é, a nosso ver, a principal medida contra o uso abusivo dessa norma.⁷¹ No entanto, os fatos têm demonstrado que a edição de MPs não arrefeceu, pelo contrário, aliada à obstrução de pauta determinada pelo § 6º, vem sujeitando o Congresso a freqüentes interrupções de seus trabalhos para apreciação parlamentar destas normas que se acumulam, quebrando, muitas vezes, a seqüência de discussão e debates em plenário a respeito de propostas e projetos de matérias relevantes e de grande complexidade.

[...] a emenda constitucional nº 32 não atingiu o objetivo e tem provocado sucessivas obstruções da pauta de votações do Congresso Nacional. Há oito MPs para serem apreciadas na Câmara dos Deputados, impedindo a votação de matérias relevantes, como a proposta paralela da Previdência e o projeto reduzindo o número de vereadores em todo o país. [...] Nos governos Sarney, Collor, Itamar e FHC foram editadas 720 MPs, média de quatro por mês. O PT sempre afirmou que esse instrumento era usado de forma abusiva. A eleição de Lula, porém, não resultou na redução das MPs. A média mensal é de 4,8 ao mês, enquanto Fernando Henrique apresentou 3,8.⁷²

Em reação a esse quadro, verifica-se uma incipiente mobilização dos parlamentares, inclusive dos da base governista. É clara a insatisfação de deputados e senadores em relação à ineficácia das recentes modificações adotadas pela EC nº 32, que, em curto espaço de tempo, demonstraram não ser suficientes para restringir a edição das normas provisórias.

⁶⁹ “[...] até outubro, o presidente Lula enviou 64 medidas provisórias (MPs). No ano passado, foram 58. Comparadas aos últimos dez anos, a média de medidas editadas em 2004 é menor apenas que a do final de 2002, no governo de Fernando Henrique, a pedido da equipe de transição. Por isso, o deputado federal José Roberto Arruda, do PFL, está propondo emenda constitucional para alterar as regras de edição das MPs. Estabelece que as medidas só entrem em vigor depois da análise da urgência e relevância do tema, por comissão mista de deputados e senadores. O projeto aguarda parecer da Comissão de Justiça da Câmara.” LULA aumenta número de MPs. **Correio do Povo**, Porto Alegre, p. 2, 16 nov. 2004.

⁷⁰ “Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de 60 dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.” BRASIL. Constituição (1988), op.cit.

⁷¹ A EC nº 32 inseriu na Carta Magna outros instrumentos que também visam inibir a edição abusiva de MPs, tais como: a vedação de sua edição se regularem matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso e pendente de sanção ou veto presidencial (art. 62, § 1º, IV); e a vedação de reedição, na mesma sessão legislativa, de MP rejeitada ou que tenha perdido eficácia por decurso de prazo (art. 62, § 10).

⁷² Esta matéria apresenta também um quadro comparativo de edição de MPs de acordo com cada gestão, informando ainda a média mensal correspondente: Governo Sarney: 125 MPs (média mensal: 5,2); Governo Collor: 89 MPs (média mensal: 2,9); Governo Itamar: 142 MPs (média mensal: 5,2); Governo Fernando Henrique: 364

Para o presidente da Câmara, João Paulo Cunha, “está na hora de o Executivo manear um pouco nas MPs”. O deputado federal Alceu Collares, do PDT, defendeu ontem a retirada da Constituição da possibilidade de editar as medidas. Justificou que só assim o Congresso voltará a legislar. Collares avaliou que o presidente Lula, assim como Fernando Henrique, prevalecesse no uso das MPs para regulamentar matérias que não são urgentes nem relevantes, submetendo a Câmara e o Senado e transformando-os num grande e caro cartório para referendar os desejos do Executivo. “As MPs desmoralizam o Congresso, pois o Planalto hoje é o grande legislador do país”, desabafou.

O deputado federal Onyx Lorenzoni, do PFL, ressaltou que, apesar de o sistema ter sido modificado há três anos, há necessidade de nova medida restritiva que impeça o aumento gradativo de edição de MPs. “O governo guarda a cultura de poder imperial, abusando desse instrumento e retirando as atribuições dos parlamentares”[...]

Considerando as MPs um instrumento político-administrativo fundamental de que os governantes não podem abrir mão, o deputado federal Nelson Proença, do PPS, acredita que a redefinição do que é relevância e urgência restringiria os atos do Executivo e a banalização.⁷³

Portanto, as mudanças previstas pela EC nº 32 restaram, em sua curta vigência, frustradas no objetivo de conferir maior proteção ao ordenamento jurídico, na tentativa de harmonizá-lo com as MPs e também de preservar a autonomia e independência do Poder Legislativo. Percebendo a insatisfação do Congresso – manifestada inclusive pela base parlamentar governista -, o Executivo, em reuniões divulgadas pela imprensa, demonstra estar em busca de soluções no sentido de evitar a crescente tensão nas relações entre os Poderes.⁷⁴

3.2 Congresso Nacional: delegação ou abdicação de poderes legiferantes?

A intervenção legislativa de um Poder em detrimento de outro pode representar abdicação do Legislativo diante do Executivo hipertrofiado ou, alternativamente, uma efetiva cooperação entre esses dois Poderes.

MPs – incluídos os dois mandatos (média mensal: 3,8) e Governo Lula: 78 MPs (média mensal: 4,8). EMENDA não diminuiu número. **Correio do Povo**, Porto Alegre, p. 2, 03 mai. 2004.

⁷³ DEPUTADOS não suportam medidas. Dizem que Executivo ‘desmoraliza’ Congresso e usa instrumento sem observar relevância e urgência. Id., p. 2, 03 mai. 2004.

⁷⁴ “O presidente Lula reuniu-se ontem com os ministros da Fazenda, Antônio Palocci, e da Casa Civil, José Dirceu, juntamente com o presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, e o líder do governo no Senado, Aloízio Mercadante, para discutir novo rito de votação das medidas provisórias (MPs). Após o encontro, Mercadante anunciou a criação de uma comissão mista de deputados e senadores para debater mudanças na tramitação das MPs. ‘Do jeito que estava era ruim e do jeito que está agora não pode ficar’, disse o senador. Referiu-se à fixação de prazos para a tramitação das medidas provisórias no Congresso, adotada na legislatura passada, numa tentativa de agilizar as votações.” CONVOCADA reunião para debater MPs. Id., p. 3, 27 nov. 2004.

A crescente emissão, ano a ano, de Medidas Provisórias - segundo alguns juristas e cientistas políticos -, demonstra que o Poder Legislativo brasileiro abdicou de seus poderes legiferantes em favor do Executivo. Outros intelectuais destas mesmas áreas, no entanto, discordam; concluem, da análise de determinadas condições e características, que na verdade se trata de processo de delegação de autoridade. “Sendo esse o caso, o Legislativo delegaria poderes legislativos ao Executivo visando a superar problemas de ação coletiva, coordenação e instabilidade das decisões aos quais estaria particularmente sujeito.”⁷⁵ O argumento da usurpação de poderes legislativos, segundo eles, é exagerado. Sugerem que o decreto do Executivo⁷⁶ é tolerado (e, em alguns casos, preferido) pelas maiorias parlamentares, o que não o torna algo “bom”, mas que pode indicar haver motivos outros – que não a simples usurpação – que fazem com que os legisladores sejam favoráveis a tais decretos.

Dentro deste debate três linhas de análise ganham destaque. A primeira, vê o uso recorrente dessas normas como verdadeira usurpação dos poderes do Congresso pelo Executivo. A segunda, diz ser necessária a alta taxa de emissão de normas provisórias face à inércia do Legislativo em razão de problemas de ação coletiva, mas não vê nisso intenção do Executivo em emascular o Legislativo. A terceira linha, por fim, entende que as MPs são poderosas armas que permitem ao Executivo controlar a agenda legislativa, sem governar contra as preferências da maioria parlamentar. Há, segundo esse entendimento, um controle mútuo dos Poderes, onde se verificam delegações ao Executivo como uma ação estratégica do Legislativo.⁷⁷

O entendimento presente no terceiro item acima, a ser apresentado neste Capítulo, trata-se da linha de análise adotada neste trabalho. Tanto a primeira quanto a segunda avaliação, embora com fundamentos diversos, evidenciam verdadeira abdicação do Poder Legislativo em favor do Executivo. Essas duas proposições, no entanto, revelam um paradoxo: uma vez que a Constituição é elaborada por parlamentares, é difícil crer que eles teriam, deliberadamente, criado um quadro institucional tão nefasto a si mesmos, abrindo mão de legislar em prol de outro Poder. Mesmo que essa realidade tenha sido consequência imprevista do novo desenho

⁷⁵ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 126.

⁷⁶ Expressão utilizada por CAREY, John M.; SHUGART, Matthew, op. cit., pas., e que se aplica ao poder legislativo do Executivo como um todo e, por consequência, às MPs.

⁷⁷ AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 2.

institucional elaborado, poderiam ter sido feitas alterações substanciais desse quadro.⁷⁸ A questão se resumiria a falta de vontade política do Legislativo?⁷⁹

A delegação, ao contrário da abdicação, objetivaria dar maior estabilidade e eficiência às decisões e aos resultados políticos. Mesmo delegando poderes, seria viável, portanto, ao Legislativo alcançar seus objetivos. Em outros termos, a existência dos poderes legislativos extraordinários do Executivo pode vir em benefício de ambas as partes.

Para melhor entendimento das relações de delegação, necessária se faz breve abordagem a respeito do chamado poder de agência. Em seguida, verificaremos mais detidamente como se dá o processo de delegação especificamente no caso da edição das MPs.

3.2.1 Poder de agência: o modelo mandante-agente⁸⁰

São as relações de delegação, relações hierárquicas. O presidente da República eleito delega poderes a seus ministros e burocratas. O Congresso, igualmente eleito, também delega poderes aos partidos e comissões (internamente), e, seguindo essa seqüência delegativa, ao chefe do Executivo e à burocracia (externamente). Em face dessas características, é providencial a utilização de modelo originário da organização industrial, emprestado à ciência política, chamado *principal-agent model* (modelo mandante-agente),⁸¹ como instrumento importante para a compreensão das relações entre as instituições de um país. Especificamente, trata-se de meio hábil para a compreensão das delegações no presidencialismo brasileiro.

O modelo mandante-agente é um instrumento analítico extremamente apropriado para o estudo de processos delegatórios na política, porque visa justamente esclarecer questões de controle hierárquico em contextos de assimetria de informações e conflito de interesses [...] “O modelo mandante-agente é a expressão analítica da relação de agenciamento, na qual uma parte, o mandante, entra em um acordo contratual com a outra parte, o agente, na expectativa de que este, subseqüentemente, escolherá ações que produzam o resultado desejado pelo mandante.”⁸²

⁷⁸ Mesmo com a alteração constitucional efetivada pela Emenda nº 32, entendemos que o quadro da relação institucional entre Executivo e Legislativo não teve mudanças significativas.

⁷⁹ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 126.

⁸⁰ Modelo abordado e adotado para o caso nacional nos estudos feitos por Figueiredo e Limongi, Shugart e Carey, e Amorim Neto e Tafner.

⁸¹ Expressão adotada por Octavio Amorim Neto e Paulo Tafner. Já a tradução do artigo citado de John M. Carey e Matthew Shugart utiliza a expressão “modelo principal-agente”.

⁸² MOE, Terry ap. AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 9.

O mandante jamais tem certeza se seu agente produzirá, através de suas ações, os resultados esperados. Há a possibilidade de os agentes explorarem vantagens estratégicas decorrentes de suas posições em favor de seus próprios interesses, em detrimento dos do mandante. Há, portanto, uma assimetria de informações, tornando o relacionamento mandante-agente conflituoso por definição. No caso da relação Executivo-Legislativo, sendo este o mandante e aquele o agente, deve ser avaliado pelo analista das relações de agência se, no caso de o agente ter ou não oportunidade de empreender ações que violam as preferências do mandante, em que medida estas perdas podem ser diminuídas. “Sob certas circunstâncias, o executivo pode ser um agente razoavelmente fiel às preferências legislativas. Em outros casos, o executivo pode passar o rolo compressor sobre as preferências do legislativo.”⁸³

3.2.2 O processo de delegação no presidencialismo brasileiro

Segundo Figueiredo, Limongi, Amorim Neto e Tafner, para a verificação da existência de processo de delegação, são necessárias duas condições determinantes: “a condição de incentivo e a condição de conhecimento.”⁸⁴ A primeira condição se verifica se o agente recebe algum incentivo para proposta de alteração do *status quo* que venha a beneficiar o mandante. Já a condição de conhecimento ocorre quando o mandante pode apurar seguramente se a proposta de ação feita pelo agente lhe beneficia mais que o *status quo*. Há sucesso da delegação se as duas condições forem atendidas. Sendo somente uma das condições satisfeita, mantém-se o *status quo*, há a neutralidade para o mandante. Insatisfeitas as duas condições, verifica-se a abdicação.

A abdicação toma o lugar da delegação quando o ganho por ela auferido fica aquém do que poderia ser obtido pelo mandante se inexistisse o agente. Tal hipótese se verifica quando fica incerto ao mandante o benefício da produtividade do agente, e quando o agente não recebe os devidos incentivos para atender aos interesses do mandante.

Considerando-se que, no presidencialismo brasileiro e no caso específico da edição das Medidas Provisórias, o Congresso é mandante e o Executivo é seu agen-

⁸³ CAREY, John M.; SHUGART, Matthew, op. cit., n. r. 1.

⁸⁴ LUIA, Arthur; MCCUBBINS, Matthew D. ap. NETO, Octavio Amorim; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 12.

te constitucional, no sentido de verificar a existência ou não de delegação ou abdicação entre esses Poderes, cabem dois questionamentos elaborados conforme as duas condições acima mencionadas: “1) o Executivo tem algum incentivo para enviar ao Congresso MPs que sejam melhores para a maioria legislativa do que o *status quo*? 2) As maiorias legislativa têm como saber se uma MP é melhor para si do que o *status quo*?”⁸⁵

Segundo o entendimento dos autores citados, a resposta à primeira pergunta é positiva. Não se verifica conflito de interesses entre os Poderes, há, pelo contrário, uma variedade de preferências que, sendo coordenados pelos membros do Legislativo e do Executivo, acabam por garantir, por um lado, o devido apoio legislativo ao Executivo e, por outro, a apropriada participação dos partidos aliados na condução do governo. Restando claro que o Executivo recebe incentivos para a edição de normas provisórias.

Essa coordenação de interesses é viabilizada pela formação dos chamados governos de coalizão,⁸⁶ considerados por muitos cientistas políticos como o melhor instrumento para aquela tarefa. O incentivo ao Executivo na edição de MPs é no sentido de que atenda aos interesses da maioria parlamentar.⁸⁷ Sem esse incentivo, restaria como alternativa ao Legislativo a obstrução ao Executivo como única e eficaz forma de fazer valer suas preferências.

As relações recentes entre Executivo e Legislativo aproximam, em termos de lógica política, o sistema presidencialista do parlamentarista. Segundo estudos de Limongi e Figueiredo “a análise da recente experiência presidencialista no Brasil revela que o Congresso não é uma instância institucional de veto à agenda do Executivo.”⁸⁸ Há evidente comportamento disciplinado dos parlamentares para aprovação da agenda legislativa do Executivo dos diferentes governos brasileiros que se sucederam após a Constituição de 1988.⁸⁹ Não há, portanto, na história recente de nosso

⁸⁵ AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 12. (Grifo do autor).

⁸⁶ Para melhor análise sobre as bases institucionais do presidencialismo de coalizão consultar LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p.19-39.

⁸⁷ Amorim Neto e Paulo Tafner citam o seguinte exemplo para ilustrar a cooperação: “um deputado membro de um partido pertencente a um governo de coalizão, ao saber que um grupo de interesse por ele representado se sente afetado por um artigo de uma dada MP, pode comunicar-se com o ministro do seu partido para tentar modificá-la. É possível que tal modificação seja feita caso corresponda ao desejo da maioria dos deputados que integram a coalizão governativa.” AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 13.

⁸⁸ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 9.

⁸⁹ Quanto a essa hipótese, Tafner e Amorim Neto discordam em grau de Figueiredo e Limongi. Eles não consideram que todas as administrações entre 1989 e 2000 sejam de coalizão. AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 22.

presidencialismo, informação de que o Congresso Nacional atue como instância institucional de veto ao Executivo. Em outros termos, a relação de cooperação entre os Poderes faz com que o Executivo disponha de recursos para induzir os parlamentares a colaborarem com o governo e a sustentá-lo. Os parlamentares não agem, portanto, como se poderia imaginar sob um sistema presidencialista, com a única estratégia de atuar irresponsavelmente e não cooperar com o chefe do Executivo.

O que se trouxe até aqui já denota a idéia de que o Poder Legislativo não pode ser visto como simplesmente usurpado na prática da edição de Medidas Provisórias, uma vez que tem participado da criação de tal contexto. Além disso, a própria prática do presidencialismo de coalizão, na forma observada em nosso país, faz pressupor situação no mínimo não-conflitiva, hoje vivenciada pelos poderes Executivo e Legislativo. Assim, embora em geral aplaudidas pelos que desejavam amplas limitações às MPs, as modificações introduzidas pela EC n° 32 devem ser vistas como o capítulo seguinte do diálogo constitucional travado entre Executivo e Legislativo. Se de um lado houve limitação do poder de sua edição pela presidência; de outro, se ampliaram alguns aspectos do poder de agenda do Executivo. O parlamento, após anos de prática de reedição de MPs, de modo contido, redesenhou o instituto ainda mantendo forte poder de agenda nas mãos do presidente da República.

Com efeito, observa-se que houve a vedação da reedição de MPs, permitindo-se somente a prorrogação da não-deliberada em 60 dias contados a partir de sua publicação (§ 7° do art. 62); porém, em contrapartida, o prazo anterior foi dobrado. Em face da possibilidade de prorrogação da Medida por silêncio do Congresso nos 60 dias iniciais, dependendo da forma como os líderes partidários que representam o governo trabalharem para obstruir a decisão em tal prazo, passará a ser regra o prazo de 120 dias. Mas - e aqui se menciona outro instrumento conformador da agenda legislativa pelo presidente, que obstrui o serviço das comissões e tranca a pauta do Congresso -, de qualquer modo, a fim de forçar o Congresso a tomar posição sob pena de ser paralisado, dispõe o já citado § 6° sobre o denominado trancamento de pauta. Assim, ou o Congresso vota a MP ou deixa transcorrer os 120 dias para que ela perca a eficácia.⁹⁰

⁹⁰ Há outra possibilidade. Não depende ela, porém, do Congresso, mas do presidente da República. Conforme acórdão do STF (medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2984, de 04/09/2003), mesmo após o advento da nova sistemática das MPs, mantém-se a possibilidade de ser revogada Medida pendente de análise pelo Congresso por meio de outra MP. Embora tal entendimento já fosse esposado pelo STF na sistemática anterior, é certo que sua aplicação hoje mitiga o disposto no § 6°, do art. 62, cuja leitura torna clara a intenção de

Além do controle exercido pelo presidente, a agenda também sofre o controle imposto pelos líderes partidários (aspectos citados no Capítulo 2, item 2.1).⁹¹ O controle do governo sobre a agenda acaba protegendo a coalizão governamental contra atitudes oportunistas e imediatistas dos membros que a integram. O Poder Legislativo brasileiro é organizado de forma altamente centralizada por meio de normas que, obedecendo a princípios partidários, distribuem direitos parlamentares.

Expliquemos por que se verifica tão alta disciplina partidária quando a literatura nos faz supor que ela seria inexistente. [...] Apesar da tão propalada incapacidade dos partidos políticos brasileiros para estruturar e canalizar as preferências do eleitorado e para constituir raízes sólidas e profundas na sociedade civil, apesar de todos os incentivos ao individualismo que a legislação eleitoral brasileira possa ter, apesar de todos esses e tantos outros argumentos comumente citados, os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado conferem amplos poderes aos líderes partidários para agir em nome dos interesses de seus partidos. Os regimentos internos consagram um padrão decisório centralizado onde o que conta são os partidos. [...]

Os regimentos internos de ambas as casas reconhecem aos líderes partidários, formalmente eleitos por seus pares, o direito de representá-los. Mais do que isso, reconhecem formalmente a existência do colégio de líderes. Esse colegiado desempenha importante papel na determinação da pauta dos trabalhos. Para ser exato, no caso da CD, a composição da ordem do dia, isto é, a definição da pauta dos trabalhos, é feita conjuntamente pelo presidente da Mesa e os líderes.⁹²

Quanto ao segundo questionamento - referente à capacidade ou não de as maiorias legislativas inferirem se uma Medida Provisória é melhor para si que o *status quo* -, deve-se levar em conta a baixa capacidade informacional e técnica dos parlamentares – aliada ao alto índice de renovação parlamentar a cada eleição - que, em tempo exíguo, não têm condições de fazer avaliação cuidadosa dos complexos detalhes técnicos de uma proposta legislativa referente a políticas públicas, situação em que são utilizados os mecanismos de monitoramento dos atos do Exe-

que o Congresso se manifeste sobre o que foi objeto de norma provisória. Se houver diálogo bastante entre Executivo e Legislativo (e no presidencialismo de coalizão há), não querendo a maioria do parlamento se manifestar especificamente sobre determinada Medida, cujos efeitos podem até já ter sido consumados por edição de outra MP, o presidente revoga a anterior, deixando ao Legislativo, apenas, como obrigatória, a manifestação acerca dessa última Medida, a revogadora. Tal hipótese reforça a conformação da agenda legislativa como efeito possível da edição de MP na relação entre o Legislativo e o Executivo.

⁹¹ “No interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando a retornos eleitorais é votar disciplinadamente.” LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, op. cit., p. 22-3.

⁹² Ibid., p. 27-8.

cutivo, objetivando saber se a MP é melhor ou pior que o *status quo*. Os congressistas então lançam mão dos chamados “alarmes de incêndio”.⁹³

A alta taxa de reedição de MPs anterior ao evento da EC nº 32, e, atualmente, o grande número de normas editadas que, para apreciação dentro do prazo legal, obstruem a pauta do Congresso, pode demonstrar uma escolha racional da maioria dos parlamentares, uma vez que buscam obter informações sobre os efeitos dessas medidas; e não refletir, como avaliam alguns autores, desinteresse, passividade ou incapacidade dos legisladores. Ademais, por tratarem-se as MPs, em muitos casos, de assuntos específicos da administração pública, os legisladores acabam por preservar seu escasso tempo na análise de normas que versam sobre assuntos de menor monta. Delegam assim, implicitamente, ao Executivo o poder de “regular matérias que não atingem os interesses vitais das maiorias legislativas, ajudando a agilizar o processo de tomada de decisão.”⁹⁴

Ademais, ao impedir a reedição, a EC nº 32 concedeu, praticamente, o prazo de 120 dias para a eficácia da MP,⁹⁵ dentro dos quais os chamados mecanismos de alarmes de incêndio podem funcionar e muito bem para o Congresso Nacional.⁹⁶ Isso, na verdade, dentro do presidencialismo de coalizão, favorece tanto o Executivo quanto o Legislativo, já que a presidência, acompanhada do Congresso nos ministérios distribuídos conforme apoio dado, pode verificar o impacto de suas políticas, mas em tempo bem maior do que o de 30 dias. Ainda que se argumente que as reedições eram infundáveis, o Congresso tem 120 dias, prazo superior ao de pedido de urgência presidencial, para aprovar uma MP, sem que o Executivo se submeta ao aparente ato usurpador de competência que era o de reedição sucessiva.

⁹³ No sentido de evitar essas perdas de agenciamento, dentre outros meios, dispõe o mandante de referidos mecanismos - instrumentos de grande eficácia e baixo custo -, utilizados com o fim de inteirá-lo das atividades do agente. Por meio deles, o mandante aciona uma terceira parte (setores da sociedade) - estranha à relação de delegação - para observar e influenciar as ações do agente. Portanto, a expressão “alarme de incêndio” no sentido aqui empregado denota forma de supervisão e controle do Executivo pelo Legislativo, executada ao se imputar a grupos sociais afetados pelas políticas daquele Poder, a tarefa de chamar a atenção do Poder controlador (mandante). Para análise mas aprofundada de tal mecanismo informal de monitoramento, no tocante às MPs, ver AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit.

⁹⁴ Ibid., p. 15.

⁹⁵ Hipótese temporal mais ampla ainda que a de 120 dias pode advir do fato de que o § 4º, do art. 62, da CF, determina que o prazo de 60 dias é suspenso durante o recesso parlamentar.

⁹⁶ Exemplo de “alarmes de incêndio” quando aplicado a movimentos sociais organizados: “[...] votação, em 2 de dezembro de 1998, da MP que procurava reformar o sistema previdenciário mediante o aumento da alíquota de contribuição dos servidores civis ao sistema de previdência do setor público. Extremamente bem organizado, o sindicato dos funcionários públicos foi o grupo de pressão que mais conseguiu se fazer ouvir nos corredores do Congresso às vésperas da votação, logrando, ao fim, obter a derrota da proposta do governo em plenário.” AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo, op. cit., p. 23.

É, portanto, em resposta ao segundo questionamento acima, plausível a afirmação de que o Congresso tem como saber se a MP a ser apreciada é melhor ou não que o *status quo*.

Segundo a linha de análise adotada, ao utilizarem a cooperação como método, as relações entre Executivo e Legislativo no Brasil vêm sendo norteadas pelo modelo mandante-agente, pois estabelecem concessões e vantagens recíprocas. Se, por um lado, é permitido ao Executivo legislar por meio de um instrumento altamente eficaz e de resultados imediatos; por outro, são os parlamentares e os membros dos partidos aos quais pertencem, convidados a integrar o governo ocupando pastas ministeriais. Dentro deste quadro de coordenação e cooperação entre dois Poderes institucionais, ganha mais destaque o papel do Poder Judiciário que, como mediador de conflitos sociais, tem a tarefa de dar à sociedade a estabilidade jurídica imprescindível ao Estado de Direito para que aprofunde suas raízes democráticas. É sobre o papel desse Poder nas relações institucionais, quanto ao aspecto da edição das MPs, que passaremos a falar no capítulo que segue.

CAPÍTULO 4

O CONTROLE DA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PELO JUDICIÁRIO. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Montesquieu e Madison consideravam o Poder Judiciário como o mais fraco dos Poderes. A razão de tal assertiva baseava-se na análise de suas atribuições, por tratar-se de um Poder que não decidia propriamente políticas novas. Na atualidade, porém, o Judiciário tem ganho maior importância, vem chamando a si a responsabilidade e assumindo seu papel constitucional de guardião dos valores fundamentais, sendo – ainda que de forma incipiente - receptivo às manifestações de insatisfação decorrentes do ativismo legislativo do Executivo.⁹⁷

O Estado social surgido no curso do século XX caracterizou-se pela expansão sem precedentes do poder legislador e administrador do Estado. Isso fez com que se tornasse imprescindível e urgente a presença do controle judicial sobre a atividade estatal. Os litígios deixaram de habitar apenas a seara privada e passaram a envolver os poderes políticos do Estado. Única instância institucional cuja especialidade é interpretar normas e decidir sobre sua legalidade e também sobre sua aplicação, principalmente nos casos sujeitos à controvérsia, é o Judiciário – órgão que domina a linguagem e os procedimentos do direito -, mobilizado a exercer este novo papel.

Cumpra a este Poder tornar efetiva a aproximação entre o direito e a realidade histórica. Para esse fim, fundamental é a ampliação das formas democráticas de participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Essa ampliação se reflete, em certa medida, na diversificação dos meios de acesso à Justiça previstos na Constituição, dos quais se destacam, dentre outros, os instrumentos do Mandado de Injunção, *habeas data*, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Incons-

⁹⁷ “A justiça exprime menos um contrapoder do que um outro poder. Sua força não está em suscitar uma oposição política, mas em impor, no momento em que aceita a abertura do processo, um reforço do processo de deliberação.” Por meio desse reforço, argumenta o autor, ‘a representação política é enriquecida e renovada por essas mediações, que lhe concedem uma nova consistência. Ao lado do mandato político dos representantes, surge o espaço de uma democracia mais participativa, em que o enunciado das normas reguladoras da convivência se define em comum’”. SALAS, Denis ap. VIANNA, Luiz Werneck. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 12.

titucionalidade por Omissão e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nas palavras de Gisele Cittadino, “o processo de concretização da Constituição envolve necessariamente um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, na medida em que devem tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade.”⁹⁸

Inserido neste contexto, e não poderia ser de outra forma, são as MPs frequentemente objeto de questionamento e de tomada de posição pelo Judiciário que, cada vez mais, revela-se “como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã.”⁹⁹

A apreciação das normas provisórias pelo Judiciário em seus requisitos formais e materiais, confrontando-as com o constitucionalmente fixado, revela a importância do controle de constitucionalidade para assegurar a supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna que, além de representarem verdadeiros limites ao poder do Estado, revelam-se também uma parte da legitimação do próprio Estado, fixando seus deveres e viabilizando o processo democrático em um Estado de Direito.

4.1 Controle de constitucionalidade: o modelo norte-americano (*judicial review*),¹⁰⁰ o europeu e o adotado no Brasil

⁹⁸ A autora refere-se à ampliação do leque de legitimados para propor ações que, antes do advento da atual Constituição Federal, era reservado somente ao Procurador-Geral da República e, agora, prevê como legitimados ativos de forma concorrente o presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Esses são os co-legitimados para a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882/99). CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (org.), op. cit., p. 23.

⁹⁹ VIANNA, Luiz Werneck. et al., op. cit., p. 24.

¹⁰⁰ “O uso da expressão *judicial review* para designar essa competência dos juízes para examinar a constitucionalidade de normas e atos dos poderes estatais data apenas do início do século passado. Robert Clinton chega mesmo a precisar que Corwin teria sido o primeiro autor a se valer da expressão, no título do seu artigo *The Establishment of Judicial Review*, publicado em 1910.” (Grifo no original). Sobre o *judicial review* e a análise dos paradigmas Marshall I e II, com enfoque na problemática norte-americana, consultar estudo de ROCHA JÚNIOR, José Jardim-. Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do *judicial review*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 151, p. 257, jul.-set. 2001.

O controle judicial de constitucionalidade passou a ser admitido no Brasil já na primeira Constituição Republicana, em 1891, e sofreu influência direta do modelo norte-americano. O mecanismo de verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais pelo Judiciário, após diversos precedentes judiciais que levaram ao mecanismo de verificação judicial da adequação vertical das leis com o texto constitucional, teve na eclosão do famoso caso *Marbury versus Madison*, - relatado em 1803 por John Marshall, Presidente da Suprema Corte daquele país -, a consolidação na jurisprudência norte-americana do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, decorrência inevitável da superioridade da Constituição escrita em relação às demais normas.¹⁰¹

A evolução até o resultado final do *judicial review* originou-se de fatores encontráveis na experiência da colonização e da revolução norte-americana.¹⁰² Segundo o “paradigma Marshall II”¹⁰³ o *judicial review* tem como função principal eliminar as imperfeições existentes no funcionamento do governo representativo. Essa atribuição acarretou forte resistência do Legislativo e, com mais intensidade, do Executivo norte-americanos em relação a referido instituto. O presidente Andrew Jackson chegou a afirmar, em 1832, que “todo agente público que jura obedecer a Constituição assume que a obedecerá conforme o seu entendimento dela e não conforme ela é entendida pelos outros.”¹⁰⁴ O caso mais relevante de resistência do Executivo à preeminência da Suprema Corte norte-americana é o protagonizado por Abraham

¹⁰¹ Sobre o “princípio da supremacia constitucional”: “A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Pinto Ferreira, ‘é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político’. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.” (Grifo do autor). SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 49.

¹⁰² Destacam-se os seguintes fundamentos como mais relevantes: “i) o reconhecimento da possibilidade do controle da política por meio do direito criado pelos representantes do povo; ii) a constatação de que também o legislador poderia ser instrumento de opressão; iii) como reação a esse último ponto, a opinião dos *founding fathers* de que a função de aplicar o direito alcançaria também o exame da validade dos atos do legislador em face da Constituição; e iv) a recepção da idéia de uma inferioridade hierárquica das leis, a partir da experiência forjada na colonização da invalidez das leis das colônias contrárias às disposições das cartas (*charters*) coloniais e das leis inglesas.” (Grifo do autor). ROCHA JÚNIOR, José Jardim-, op. cit., p. 257.

¹⁰³ A primeira orientação de John Marshall (paradigma Marshall I) baseia-se “na concepção de que a Constituição tem a mesma natureza de qualquer outra norma jurídica, conquanto de maior preeminência hierárquica, razão pela qual qualquer juiz, nos casos que tem de decidir, pode conhecer e interpretar a Constituição segundo o cãnon característico da função judicial, é dizer, a subsunção silogística de fatos concretos a normas abstratas.” *Ibid.*, p. 259.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 265.

Lincoln, que chega a acusá-la de considerar-se Deus ao tratar a sua decisão como o “direito supremo da nação”.¹⁰⁵

Apesar da resistência ao controle de constitucionalidade verificada no princípio, trata-se, em nosso tempo, de elemento essencial ao equilíbrio das relações institucionais. Nos Estados Democráticos de Direito a supremacia constitucional ganhou tamanho destaque que Mauro Cappelletti afirmou como um dos fenômenos mais relevantes na evolução de países europeus, o nascimento e expansão, após a Segunda Guerra Mundial, dos sistemas de justiça constitucional.¹⁰⁶

Essa forma de controle constitucional norte-americana, comum aos países da *common law*, foi incorporada ao arcabouço legal de nosso país com o nome de controle de constitucionalidade descentralizado ou difuso, por ser confiado a todos os tribunais do país ao não aplicarem ao caso concreto as leis ou atos normativos que considerem inconstitucionais. A anulação de referido ato normativo ou lei não opera efeitos *erga omnes*, mas aplica-se somente ao caso concreto e *inter partes*.¹⁰⁷

Já o controle de constitucionalidade concentrado é mais recente em nosso ordenamento jurídico. Por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 06/12/1965, foi atribuída competência originária ao STF para processar e julgar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Preconizado por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional de origem européia (inicialmente adotado na Áustria e, posteriormente, na Alemanha, Espanha, Itália e Portugal, países onde o sistema vigente é o de *civil law*), esse meio de controle objetiva a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei em tese, independentemente do caso concreto, buscando a invalidação da lei e a garantia da segurança das relações jurídicas.¹⁰⁸

Por ser rígida, nossa Constituição limita poderes e competências governamentais de forma expressa ou implicitamente, por meio de suas normas positivas.

¹⁰⁵ “Nós não propomos que, quando a Corte decidiu que Dred Scott era um escravo, nós, como uma turba, deveríamos decidir que ele era livre. Nós não propomos que, quando uma ou milhares de outras pessoas sejam consideradas escravos pela Corte, nós, por algum meio violento, deveríamos nos opor ao direito de propriedade assim estabelecido. Todavia, nós de fato nos opomos a que essa decisão seja considerada vinculante para os eleitores, de modo a impedi-los de eleger quem dela discorde; ou para os membros do Congresso ou para o Presidente, de modo a impedi-los de favorecer medidas opostas aos princípios estabelecidos naquela decisão.” *Ibid.*, p. 265-6.

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de, *op. cit.*, p. 558.

¹⁰⁷ Há, porém, previsão constitucional de um mecanismo de ampliação desses efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo STF (art. 52, X, da CF), tornando-os *erga omnes* desde que exista prévia decisão definitiva e por maioria absoluta de seus membros, de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, dependendo, a partir disso, de resolução do Senado Federal que suspenda a execução no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional. Trata-se, porém, essa resolução de suspensão do ato estatal declarado *in concreto* inconstitucional, de ato discricionário do Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política.

¹⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 581.

Igualmente, todas as normas que fazem parte do ordenamento jurídico nacional – dentre elas as Medidas Provisórias - somente serão válidas se estiverem em conformidade com as normas da Constituição Federal, atendendo então ao referido princípio da supremacia constitucional.

O artigo 102 da Carta Constitucional determina ao Supremo Tribunal Federal (STF) a função precípua de guardião da Constituição. E, no exercício do controle concentrado, ao apreciar as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, manifesta-se sobre a edição de MPs pelo Executivo, assim como sobre todas as demais leis e atos normativos federais ou estaduais eventualmente questionados. Esse controle jurisdicional das normas provisórias abarca tanto a disciplina por elas tratadas, quanto os próprios limites materiais e os requisitos de relevância e urgência. Trata-se, portanto, o STF do principal órgão do Judiciário com poderes para interferir na edição das MPs e, em decorrência, para determinar ou não os limites dos poderes legiferantes do Executivo.

O controle repressivo de constitucionalidade¹⁰⁹ realizado pelo Poder Judiciário pode ser definido, portanto, como misto, ou seja, exercido tanto de forma concentrada quanto de forma difusa.

Não obstante a importante contribuição das decisões incidentais dos mais diferentes tribunais no exercício do controle difuso para a inovação e consolidação jurisprudencial a respeito da (in)constitucionalidade das normas, observaremos mais detidamente o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, no que se refere à análise pelo Judiciário da norma provisória, é esse o meio de controle que melhor traduz a postura do órgão constitucional ao apreciar a ação cujo objeto é a própria declaração de inconstitucionalidade do ato legislativo ou normativo. E, ademais, a decisão proferida pelo STF no exercício do controle concentrado opera efeitos amplos e imediatos no ordenamento jurídico, independentemente de manifestação posterior de órgão legislativo. Situação que, dada a brevidade de existência das MPs, ganha especial destaque.

4.2 A jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal

¹⁰⁹ Não há no ordenamento constitucional pátrio previsão de controle preventivo de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário. Essa espécie de controle cabe apenas ao Legislativo e ao Executivo.

O Brasil inicialmente adotou o sistema norte-americano, evoluindo, posteriormente, para um sistema misto e peculiar que combina critério do controle difuso por via de defesa com critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade. A Constituição Federal de 1988 reduziu a competência do STF à matéria constitucional, atribuindo-lhe fim precípua de guarda da Constituição e retirando-lhe outras competências, transferidas ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).¹¹⁰

O Supremo passou a deter, portanto, o monopólio do controle concentrado e abstrato, conforme as ações constitucionais elencadas no artigo 103 da Constituição, e ainda o controle difuso e concreto, como qualquer outro órgão do Judiciário, no exame dos recursos extraordinários ou ordinários e demais ações de sua competência. Com essas competências, no plano formal, o Judiciário contribui de forma direta com o sistema de freios e contrapesos, pois atua no controle e recepção constitucional das normas provisórias editadas pelo Executivo, o que gera efeitos imediatos na implementação de políticas.

A Carta de 1988 constitucionalizou uma ampla gama de direitos individuais e transindividuais, alargando o campo de possível intervenção do Judiciário. E, de igual forma, nossa Corte Suprema assumiu grande importância e destaque como, além de guardião da Constituição e com fundamento nessa atribuição, protetora de direitos fundamentais. Trata-se de característica essencial do Estado Democrático de Direito, quando acionado através dos diversos remédios processuais previsto na Constituição, como assegurador do livre exercício dos direitos do cidadão. Para o sucesso da atividade do Judiciário como instituição efetivamente controladora de excessos e ilegalidades cometidos pelos demais Poderes, é imprescindível a sua independência para regular a constitucionalidade dos decretos executivos, praticando verdadeira atividade legislativa negativa e expurgando do ordenamento jurídico, se necessário, a norma que afronta a Constituição.

Quanto ao aspecto da independência do Judiciário, o STF tem, na indicação de seus onze ministros pelo chefe do Executivo, uma fissura que pode colocar em

¹¹⁰ Segundo José Afonso da Silva, não se trata, no entanto, o STF de Corte Constitucional como na forma existente no continente europeu, por não ser o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, em face da existência do critério difuso; e também porque, na apreciação de recursos extraordinários a ele submetidos, deverá dar primazia à solução do caso concreto “e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.” SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 526-7.

Outros autores, porém, entendem que o texto constitucional consagrou o STF como Corte Constitucional, pelo motivo de ser “instância obrigatória de recurso em todas as demandas, delas conhecendo, e revendo as sentenças dos demais tribunais do país.” CORRÊA, Oscar Dias. Do Poder Judiciário. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). **Constituição de 1988. O avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., 1990, p. 127.

suspeição o membro indicado em razão da existência de possível vínculo de suas decisões às preferências políticas e ideológicas do Poder que o selecionou.

Os procedimentos para indicar juízes, assim como seus mandatos, determinam em grande parte o grau de independência do judiciário. Estes fatores variam de forma significativa entre sistemas políticos. Nosso *insight* básico diz respeito ao fato de que as assembleias deveriam relutar em delegar poder de decreto ao executivo quando elas esperam que, em casos de disputa entre a assembleia e o executivo, os tribunais seguirão necessariamente as preferências do executivo. Assembleias devem ser tão mais inclinadas a delegar poderes quanto mais independentes do executivo forem os tribunais.¹¹¹ (Sem grifo no original).

Impõe-se, portanto, ao Judiciário, garantias para o exercício de suas prerrogativas com independência de atuação, uma vez que tais prerrogativas são, em última análise, garantias do próprio povo. É, por outro lado, a independência desse Poder, segurança das próprias prerrogativas de função dos exercentes dos demais Poderes, por caber-lhe a defesa do sistema constitucional e legal.

A hipertrofia do Executivo [...] tem a tendência de desconsiderar o valor e o significado transcendente da ordem constitucional legítima, muitas vezes sendo colocado o interesse na execução de determinado **plano de governo** acima da própria intangibilidade do sistema constitucional vigente. Os juízes têm e devem ter na ordem constitucional legitimamente estabelecida, no entanto, o parâmetro inafastável de sua atuação institucional. Consistem os juízes, assim, no instrumento fundamental da cidadania na defesa do Estado Democrático. Por colocar freios na atuação do Executivo, desde que transborde ela das prerrogativas constitucionais do exercício do Poder, passa o Judiciário a ser uma necessária *pedra no sapato* do governo.¹¹² (Grifos do autor).

Ao Judiciário compete assegurar aos governantes e governados seus direitos e deveres recíprocos. Assim, além da independência do Poder, trata-se a segurança jurídica de base da Justiça. O legislador e o administrador não podem e não devem surpreender o cidadão. É a segurança jurídica o meio pelo qual se pode prever a atuação estatal.¹¹³ Em matéria de constitucionalidade das MPs, torna-se de destacada importância a análise das decisões do STF, momento em que são delineadas as limitações de atuação do Executivo na edição dessas normas. Em outros termos,

¹¹¹ CAREY, John M.; SHUGART, Matthew, op. cit., p.10.

¹¹² MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no Estado Democrático**. In: Âmbito Jurídico, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0148.htm>> Acesso em: 23 mar. 2005.

¹¹³ Interessante abordagem sobre o tema “segurança jurídica” em relação à edição de Medidas Provisórias é feita pelo Juiz Federal PRUDENTE, Antônio Souza., op. cit.

o controle judicial da excepcionalidade legislativa do Executivo é elemento essencial para manutenção do efetivo equilíbrio e checagem dos Poderes tripartidos.

A competência e as atribuições do STF têm ganho importância no decorrer do tempo na medida em que no Estado Democrático de Direito a jurisdição constitucional concentrada é forma, meio e objeto não só da permanência da integridade do próprio Estado, mas também condição de possibilidade da concretização de direitos humanos erigidos a direitos fundamentais pela Constituição.

É, portanto, da análise da supremacia constitucional por meio da interpretação do texto legal que o STF, ao exercer a jurisdição constitucional nas ações referentes à edição das MPs, manifesta seu entendimento e interfere, dependendo do objeto da norma, na supressão ou ampliação de direitos ou garantias individuais ou transindividuais, na relação institucional, e em outros tantos aspectos do amplo espectro de normas passíveis de serem atingidas por referida legislação excepcional.

Havendo, pois, nesta jurisdição a necessidade de demonstração da exteriorização do convencimento que é feito a partir e conforme uma interpretação que é, sem dúvida, um ato científico e não simples ato de vontade, porque se só ato de vontade cai-se na arbitrariedade de um poder. É científico porque a interpretação vem antes do silogismo de uma decisão dedutiva, ela dá sentido ao que é interpretado, ela determina o sentido do postulado e isto porque detém tal poder que é decorrente de sua própria essência. Daí que, na presença do controle de constitucionalidade, torna-se mais fácil a defesa da supremacia constitucional e do órgão que detém o poder de dizer o que é ou não constitucional.¹¹⁴

4.2.1 O controle judicial dos pressupostos de urgência e relevância

A edição das MPs não autoriza o chefe do Executivo a exercer poder legiferante absoluto, pois antes há de atender aos requisitos cumulativos de relevância e urgência, com o fim de legitimar a adoção da norma, cabendo ao Congresso Nacional e aos órgãos do Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, observar a obediência a tais requisitos.

Deve, por isso, ser afastada a idéia de que o uso de Medidas Provisórias constitui questão política infensa à revisão judicial. No Brasil, ocorrendo lesão ou ameaça de lesão a direito, o Judiciário haverá de se manifestar, quando provocado (art. 5º, XXXV, da CF). Por conseqüência, o controle jurisdicional das MPs é possível

¹¹⁴ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **O controle da constitucionalidade das medidas provisórias: a judicialização da política.** In: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, a. 13, n. 46, 2002. p. 38.

não só no que tange à disciplina dada a matéria por elas tratadas, mas também em relação aos seus próprios limites materiais e aos seus requisitos de relevância e urgência. Incumbirá, por conseguinte, ao Judiciário, delimitar o alcance de referidas expressões relevância e urgência.¹¹⁵ Quanto a essa última forma de controle jurisdicional,¹¹⁶ desde a constituição anterior e em relação aos d'cretos-lei, o STF tem adotado posicionamento de não admiti-lo por entender existir invasão de esfera discricionária do Poder Executivo, exceto no caso de flagrante desvio de finalidade ou quando da verificação de abuso no poder de legislar.¹¹⁷

O STF atualmente pouco alterou esse entendimento, admitindo o controle dos pressupostos da Medida Provisória apenas na hipótese de excesso do poder de legislar, ante o abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República. Exceção ensejadora da intervenção do Judiciário que então adentra a esfera discricionária do Presidente, garantindo a supremacia constitucional.¹¹⁸ Algumas intervenções do STF a respeito da constitucionalidade de certas medidas nada tiveram a ver com o atendimento da exigência constitucional da urgência e relevância, foram elas declaradas inconstitucionais por razões substantivas, pelo fato de atentarem contra o direito dos indivíduos de recorrer à Justiça e à independência das decisões dos tribunais.

¹¹⁵ O próprio Executivo, no Decreto nº 1937, de 21/06/1996, fixa regras para a redação de seus atos normativos sujeitos à aprovação do presidente da República (art. 22 e §§), traçando parâmetros quanto a definição do estado de necessidade legislativa, que o vinculam. Referidos parâmetros podem ser adotados pelo Judiciário no sentido de invalidar medidas tomadas pelo chefe do Executivo quando verificado o desrespeito ao referido estado de necessidade, que é assim caracterizado: “§ 1º. O estado de necessidade legislativa caracteriza-se pela exigência ou indispensabilidade de tomada de providência de índole legislativa com efeito imediato sob pena de se verificarem prejuízos de ordem administrativa, econômica, social ou de segurança pública.”

¹¹⁶ Segundo Clèmerson Clève, o controle jurisdicional pode se dar em três níveis: “(i) [...] controle dos pressupostos de habilitação (se, afinal, estão ou não presentes); (ii) [...] controle da matéria objeto da medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); e (iii) [...] controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se é compatível, desde o ponto de vista substantivo, com as normas e princípios plasmados no Estatuto Fundamental).” CLÈVE, Clèmerson Merlin., op. cit., p. 227.

¹¹⁷ Em análise da constitucionalidade de Decreto-lei, é o que se constata do voto do Ministro Aliomar Baleeiro: “a urgência e o interesse público relevante são aspectos políticos entregues ao discricionarismo (não ao arbítrio) do Congresso e do Presidente da República, como o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade no RE 62.739 (RTJ, 44/173), exibido pelas próprias Recorrentes. O controle do Judiciário nesse caso só poderá ocorrer excepcionalmente se o discricionarismo, praticado já no campo do absurdo, tocar ao arbítrio. [Encerra seu voto concluindo que] não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso.” (Grifo no original). BALEIRO, Aliomar ap. SANTOS, Brasilino Pereira dos., op. cit., p. 485-7.

¹¹⁸ “Como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, ‘A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos (relevância e urgência), pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional. O reconhecimento de imunidade jurisdicional, que pré-excluisse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos, caso admitido fosse, implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional’”. MORAES, Alexandre de., op. cit., p. 540-1.

Apesar das tentativas da doutrina em delimitar o âmbito material de incidência das MPs, o STF tem demonstrado pouca sensibilidade a esse esforço¹¹⁹ e, em seus julgados, demonstra preferência por decisões embasadas na segurança de interpretação literal do texto legal a despeito de correr eventual risco adentrando em uma lógica interpretativa mais sofisticada e arrojada. Esta persistente cautela de nossa Corte Suprema no trato específico da constitucionalidade dessas normas, em muito contribui com os abusos cometidos pelo Executivo no exercício excepcional de sua função legiferante.

Os juristas comprometidos com a efetividade da Constituição, defendem o controle jurisdicional dos pressupostos autorizadores da medida de urgência. E, num regime de separação dos poderes por excelência como o nosso, são categóricos em dizer que esse controle deve ser ainda mais rigoroso do que nos países parlamentaristas.

Deve-se ressaltar que a Constituição de 1988 se inspirou numa constituição parlamentarista, a Constituição italiana de 1947, para a adoção da medida provisória. Chego a pensar que o art. 62 da Constituição de 1988, do modo como está, resultou de descuido da Assembléia Nacional Constituinte. É natural, no sistema parlamentar de governo, que o gabinete, que é o governo, da confiança do Parlamento, legisle mais livremente, em razão de delegação legislativa constitucional. É que o gabinete é praticamente o Parlamento. Assim, não deve ser, entretanto, num sistema de governo onde as duas funções eminentemente políticas – a função legislativa e a função executiva – estão nitidamente separadas, tal como ocorre no sistema presidencial e onde o chefe de governo não está sujeito a qualquer censura por parte do Parlamento. Por isso, sempre propugnei pela interpretação rigorosa dos dispositivos constitucionais autorizadores da delegação legislativa, para o fim de impor limites à ação do Poder Executivo, em termos de delegação legislativa.¹²⁰

O princípio da inafastabilidade da apreciação judicial implica a plena sindicabilidade dos atos do Poder Público, especialmente quando violadores de direitos. Se há um limite jurídico deve existir a possibilidade de controlar se as condutas relativas a referido limite são adequadas. Se a Constituição impõe limites, presume-se, logi-

¹¹⁹ Alguns Ministros do STF também têm procurado convencer seus pares propondo-lhes atuação mais firme, obtendo, porém, pouco êxito. “Em decisão recente [ADInMc 1910-DF], o Supremo, por unanimidade, suspendeu a eficácia do art. 188 do CPC [...], entendendo relevante a ofensa ao art. 62, *caput*, da CF, pela falta de urgência necessária à edição da medida provisória. [...]” Na ADIn 1441-DF, “o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido, ao deferir a cautelar sob o fundamento de que não via, na espécie, a urgência necessária à edição da medida provisória. Na ADIn 1576-DF [...], os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence foram vencidos, pois concediam a liminar por entenderem que não haveria urgência a justificar a edição da medida provisória.” (Grifo no original). CLÈVE, Clèmerson Merlin., op. cit., p. 231-2.

¹²⁰ Trecho do voto do Ministro do STF Carlos Velloso, na ADInMc 526-DF. Ibid., p. 234-5.

camente, o controle de referidos limites. E, independentemente de outros controles, cabe ao Judiciário controlar eventuais lesões ao direito.

Com efeito, se “relevância e urgência” fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontestável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorreria da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teria o âmbito que o Chefe do Executivo lhe quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.¹²¹

Se o STF entendesse referidos pressupostos de edição das MPs não como questão política (ato discricionário) mas sim como conceitos jurídicos indeterminados, restaria derrubada a pretensa imunidade por ele reconhecida do contraste judicial quando questionada a legitimidade da edição de referidas normas.¹²² “O Judiciário não sai de seu campo próprio nem invade discricção administrativa quando verifica se pressupostos normativamente estabelecidos para delimitar uma dada competência, existem ou não existem”.¹²³

O controle dos conceitos indeterminados exige que o tribunal abandone a posição largamente estática que o tem caracterizado e se torne um órgão dinâmico, com iniciativa, com poder e vontade próprios, que em vez de se submeter à Administração seja ele que a submete à legalidade. Primeiro foi a fase da primazia do Legislativo sobre o Executivo e o Judicial, depois foi o equilíbrio do Executivo ao Legislativo com a secundarização do Judicial e agora é chegado o momento do Judicial se pôr em equilíbrio com os outros dois poderes para que finalmente se realize o jogo altamente civilizado do Estado de direito democrático.¹²⁴

As razões dessa timidez no exercício de suas atribuições talvez tenham, como já mencionado, um de seus fundamentos no grau de independência do Poder, uma vez que possui traços pelo menos criticáveis em face dos mandatos vitalícios dos membros de sua mais alta Corte e da indicação de seus Ministros pelo Chefe do

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de ap. SANTOS, Brasilino Pereira dos., op. cit., p. 501.

¹²² “A diferença fundamental entre o poder discricionário e o conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, alerta Almiro do Couto e Silva, ‘está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos, do ato resultante do seu exercício, ou aos seus pressupostos de validade [...], mas não entra na apreciação do juízo de conveniência ou oportunidade da medida (...). Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é em princípio, total, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar-se a aplicação correta ou equivocada’”. CLÈVE, Clèmerson Merlin., op. cit., p. 236.

¹²³ Ibid., p. 236-7.

¹²⁴ SOUSA, Antônio Francisco de ap. ibid., p. 236

Executivo - posteriormente aprovados pela maioria absoluta do Senado (que jamais manifestou contrariedade à indicação).

4.3 Judicialização da política: o novo perfil do Poder Judiciário

O Judiciário não é mais um Poder “mudo” como era visto por Montesquieu e até mesmo por Rousseau, concebido como Poder distinto e coadjuvante do Executivo e do Legislativo, mas vem se transformando em um ator institucional e político importante.

As sociedades contemporâneas vêm atuando mais intensamente na defesa da Constituição e da consolidação de suas normas asseguradoras de direitos. Este fenômeno, embora de forma bem mais incipiente, também é verificável no Brasil. O Poder Judiciário passa a abrigar um novo espaço público onde suas decisões incidem diretamente na arena política, antes tradicionalmente vinculada às clássicas instituições político-representativas.

O Judiciário emerge então “como um outro lugar de representação e de exercício da soberania.”¹²⁵ O fenômeno da judicialização da política revela verdadeira invasão do direito pela política. Os agentes do Judiciário são, de forma crescente e freqüente, buscados pelos atores sociais para produzir decisões que não mais produzem expectativas comportamentais generalizadas, mas sim para produzir decisões políticas. Verifica-se a inserção de processos decisórios jurídicos e típicos de tribunais na arena política, onde antes referidos processos e procedimentos eram ausentes.

E, sob essa ótica, a análise de constitucionalidade das Medidas Provisórias pelo Judiciário ganha destacada importância, uma vez que suas decisões vão delineando a atuação do Executivo nessa seara. Este controle judicial da excepcionalidade em legislar pelo Executivo revela-se, em última análise, fator essencial da tripartição dos Poderes e da própria manutenção dos Poderes da República.

Precede, porém, à judicialização da política, a mudança da cultura jurídica da sociedade. O conjunto de orientações, valores e interesses que determinam um padrão de atitudes diante dos direitos e das instituições do Estado - que, por sua vez, produzem, aplicam, garantem ou violam direitos -, têm reflexo direto na formação da

¹²⁵ MELO, Manuel Palácios Cunha. A Suprema Corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil. VIANNA, Luiz Werneck (org.), op. cit., p. 66.

chamada comunidade de intérpretes da Constituição. O alargamento desse círculo de intérpretes é fundamental para a participação comunitária nos assuntos públicos. A Constituição Federal de 1988 ampliou direitos e igualmente acrescentou novos sujeitos com legitimidade para atuar em litígios onde as normas constitucionais são interpretadas e têm delimitadas sua abrangência. Sindicatos, pequenas agremiações partidárias ou entidades de classe passam agora a participar ativamente do “processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, *concretiza* ou *realiza* a Constituição.”¹²⁶ (Grifos da autora).

Por meio do constante uso das ações diretas de inconstitucionalidade das MPs, em específico, a comunidade de intérpretes induz, de forma lenta mas constante, o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade a assumir novo papel. O STF, embora de modo tímido, abandona a função coadjuvante na produção legislativa e assume o papel de ativo protetor dos direitos fundamentais e guardião da Constituição. A sociedade brasileira, no entanto, na busca do aprofundamento de sua cultura jurídica e política deve ver no Poder Judiciário um órgão protetor do processo legislativo democrático e não uma instituição paternalista que, indevidamente, assume ela mesma o papel de legislador político.

A ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular” [...].

[...] o processo de “judicialização da política” não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.¹²⁷

¹²⁶ CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. VIANNA, Luiz Werneck (org.), op. cit., p. 24.

¹²⁷ Ibid., p. 34/39.

CONCLUSÃO

A forma e a intensidade com que as relações institucionais são atingidas pela excepcionalidade do poder legiferante do Executivo com o uso das MPs, e a utilização (ou não) do sistema de freios e contrapesos pelo Legislativo e Judiciário na tentativa de manter o equilíbrio dessas relações, foi o objetivo apresentado para este trabalho. Inicialmente, por meio de breve histórico e contextualização a respeito da teoria da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, constatou-se a atualidade de seus conceitos e a importância de sua aplicação no Estado contemporâneo, o que os credencia como instrumentos imprescindíveis à delimitação de funções e ao controle do poder pelo poder. O capítulo 2, ao abordar o Executivo e sua supremacia em relação aos demais Poderes - especificamente pela excepcionalidade da produção legislativa conferida pela Constituição -, demonstrou as dimensões desse poderoso meio de interferência na vida econômica e social do País, que dita a agenda de debates e votações no Congresso Nacional.

A atuação do Poder Legislativo, neste contexto de ativismo normativo do Executivo, foi analisada no capítulo 3, onde se constatou não uma abdicação de sua atividade precípua de legislar, mas sim uma verdadeira delegação de função ao Executivo mediante obtenção de vantagens diretas do governo; a ocupação de pastas ministeriais é exemplo típico desta cooperação. Verificou-se, no entanto, ainda que de modo incipiente, crescente contrariedade parlamentar em relação a esta realidade, fato, porém, ainda distante do devido e efetivo uso dos *checks and balances*. O último capítulo do trabalho traçou perfil do Poder Judiciário quando instado a se manifestar, por meio de sua Suprema Corte, sobre a constitucionalidade das MPs. A independência do Poder foi questionada - os membros de sua mais alta instância são indicados pelo chefe do Executivo -, fator associado à timidez e até permissividade com que seus Ministros apreciam as normas provisórias que, em muitos casos, sequer atendem aos pressupostos materiais constitucionalmente fixados. A "judicialização da política" surge como algo novo que também poderá ser aplicado à edição de MPs, para refrear o Executivo e delimitar sua área de atuação legislativa excepcional.

O instituto da MP perpetua o processo de usurpação da função legislativa pelo Poder Executivo, fato que já se verificava em 1967 e 1969 com os decretos-leis, sempre com a aquiescência ou resignação do Legislativo. O uso inadequado dessa legislação extraordinária e emergencial e a ausência de seu controle efetivo demonstram clara insensibilidade do Congresso no exercício da função de fiscalização e controle, realidade que se torna ainda mais grave quando se está tratando do principal responsável pela produção de normas jurídicas. A Emenda Constitucional nº 32 pouco alterou este quadro de delegação legislativa, o Executivo hipertrofiado continua como principal poder legiferante e, com a anuência do Legislativo - beneficiado com a prática do governo de coalizão -, evita sua ação fiscalizadora e o mantém como coadjuvante nas relações institucionais. Fosse a MP desnecessária ou mesmo desinteressante ao parlamento, já teria sido retirada do texto constitucional, criando-se outra modalidade de legislação de urgência - através de comissões específicas do Congresso, por exemplo. Não se deve olvidar que somente o Congresso incorpora a dimensão democrática do Estado de Direito, pela preservação dos princípios do pluralismo e da participação na função política (CF: art. 1º, V e art. 1º, II e parágrafo único, respectivamente).

O Judiciário, por sua vez, é responsável pela integridade da Constituição, não pode permitir que se incorra na prática de excessos legislativos em nome da “governabilidade”, sob pena de permitir a tirania de um Poder camuflada de constitucionalidade, realidade que atentaria contra o Estado Democrático de Direito, violaria direitos fundamentais e quebraria o princípio da separação dos poderes. Uma maior participação da sociedade civil na escolha dos Ministros do STF seria, certamente, uma indubitável demonstração de maturidade política e democrática de nossas instituições; situação que, contudo, não parece estar delineada no horizonte político do País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMORIN NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. **Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias**. In: Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 2002, v. 45, n. 1, p. 5-38. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php>> Acesso em: 17 jul. 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida provisória na constituição de 1988**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **“Separação de poderes” no estado federal norte-americano**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 38, n. 150, p. 225-30, abr.-jun. 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. 2v.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Constituinte e constituição, a democracia, o federalismo e a crise contemporânea**. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará/PROED, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 42, de 19-12-2003. Barueri, SP: Manole, 2004.

CAREY, John M.; SHURGART, Matthew. **Poder de decreto**: chamando os tanques ou usando a caneta? In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. [S.l.]: Anpocs, a. 13, n. 37, jun. 1998. CD-ROM.

CASTRO, Marcos Faro de. **O STF e a judicialização política**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. [S.l.]: Anpocs, v. 12, n. 34, jun. 1997. CD-ROM.

CERQUEIRA, Marcello. **Controle do judiciário**: doutrina e controvérsia. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CHEIBUB, José Antônio; PRZEWORSKI, Adam. **Democracia, eleições e responsabilidade política**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. [S.l.]: Anpocs, v. 12, n. 35, out. 1997. CD-ROM.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONVOCADA reunião para debater MPs. **Correio do povo**, Porto Alegre, 27 nov. 2004, p. 3.

DEPUTADOS não suportam medidas: dizem que Executivo 'desmoraliza' Congresso ... **Correio do povo**, Porto Alegre, 3 mai. 2004, p. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. 3 v.

EMENDA não diminuiu número. **Correio do povo**, Porto Alegre, 3 mai. 2004, p. 2.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

GROHMANN, Luís Gustavo de Mello. **A separação de poderes em países presidencialistas**: a América Latina em perspectiva comparada. In: Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 17, p. 75-106, nov. 2001.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **O controle da constitucionalidade das medidas provisórias**: a judicialização da política. In: Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, a. 13, n. 46, p. 33-55, 2002.

LULA aumenta número de MPs. **Correio do povo**, Porto Alegre, 16 nov. 2004, p. 2.

MACIEL, Cláudio Baldino. **O juiz independente no estado democrático**. In: *Âmbito Jurídico*, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/cron0148.htm>> Acesso em: 23 mar. 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MERCADANTE, Paulo (coord.); PAIM, Antonio. et. al. **Constituição de 1988: o avanço do retrocesso**. Rio de Janeiro: Rio Fundo Editora, 1990.

MONTESQUIEU, Charles de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed. atual. com a EC nº 31/00. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. **Uma teoria da preponderância do poder executivo: o sistema de comissões no Legislativo brasileiro**. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. [S.l.]: Anpocs, v. 15, n. 43, jun. 2000. CD-ROM.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Coleção sinopses jurídicas**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. Volume 17, Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.

PRUDENTE, Antônio Souza. **Medida provisória e segurança jurídica**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, p. 237-48, abr.-jun. 1998.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. **O Judiciário como poder político no século XXI**. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 144, p. 91-100, out.-dez. 1999.

ROCHA JÚNIOR, José Jardim-. **Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimidade democrática do judicial review**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 151, p. 255-78, jul.-set. 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. [S.l.]: Anpocs, a. 11, n. 30, fev. 1996. CD-ROM.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**. São Paulo: LTr, 1993.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Excesso de poder no exercício da função legislativa**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 140, p. 283-94, out.-dez. 1998.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituente**. In: Dados- Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, 1997, vol. 40, n. 3. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php>> Acesso em: 17 jul. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. et. al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003. Volume 1, Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista".