sociedade brasileira de direito público

sbdp

A efetividade do controle constitucional de medidas provisórias

Monografia apresentada na conclusão do curso da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público do ano de 2007.

Autora: Carolina Fusco Ferraz de Oliveira
Orientadora: Denise Vasques

Índice

Capítulo metodológico e introdutório _____pág. 1

Análise quantitativa_____pág. 3

Análise qualitativa_____pág. 9

Conclusão Final_____pág. 98

Bibliografia_____pág. 104

I) Capítulo metodológico e introdutório:

O tema a ser abordado nesta monografia é o do controle de constitucionalidade de medidas provisórias. A idéia central é de questionar a efetividade desse controle, sob a hipótese de que, em matéria de medidas provisórias, que possuem um certo caráter de discricionariedade e de urgência em sua emissão por parte do executivo, podendo posteriormente tornar-se leis ou não, o STF parece tender a não contrariar a decisão tomada pela administração.

A problematização dessa hipótese, caso seja comprovada, está assentada em algumas premissas. A primeira delas reside no fato de que o criador de atos normativos por excelência no estado brasileiro é o poder Legislativo, que tem a responsabilidade constitucional de editar tais atos de forma democraticamente prevista.

A segunda é a de que a Constituição confere sim, ao poder Executivo, a capacidade de editar medidas provisórias. Porém, o faz de forma limitada, exigindo em seu artigo 62 o cumprimento dos requisitos de relevância e urgência para tal edição. E, se o poder Executivo abusa do exercício de uma prerrogativa que deveria ser utilizada em situações de emergência, acaba tornando-se ele mesmo o legislador, e sem passar o seu ato por todo o trâmite que é requerido na criação de uma lei, por exemplo[1].

Incumbiu-se ao poder Judiciário, e em último grau ao Supremo Tribunal Federal, a difícil porém necessária tarefa de evitar tal abuso. O STF é o único ógão capaz de retirar a plena eficácia de qualquer ato normativo em vigência. Assim, grande preocupação causaria se se constatasse que esse papel, tornado possível por meio do controle de constitucionalidade de medidas provisórias (e portanto um poder-dever do tribunal), está sendo executado de forma contida ou superficial. Ou que a análise dos requisitos de urgência e relevância, que

---

[1] Não há aqui, como se poderia pensar, uma defesa da estrita separação dos poderes. Não haveria qualquer ilegitimidade na edição continuada de medidas provisórias pelo presidente da república sem observância de quaisquer limitações caso assim fosse previsto pelo sistema político-jurídico brasileiro. Também não se trata, acredita-se, de legalismo, mas sim da exigência de que os textos legais, que tanta importância tem, pois regulam as ações dos indivíduos, sejam editados com transparência, de forma democrática e responsabilizável, por meio de procedimentos constitucionalmente previstos e do conhecimento de todos.

parecem ter sido o grande limite imposto pela Constituição Federal à edição de medidas provisórias, não venha sendo analisada com a devida importância, as razões de urgência e relevância apresentadas nas ações pelo Executivo simplesmente sendo acatadas[2].

Explicadas as razões da pesquisa, passa-se a breve descrição metodológica que, todavia, não se esgota neste capítulo, visto que há explicações que se mostram mais funcionais quando apresentadas junto ao que explicam.

Assim, uma vez sendo o objeto a constitucionalidade exclusivamente em seu controle concentrado, visto ser esse o único tipo de controle cujo resultado retira a eficácia de atos normativos (e em especial das medidas provisórias) com efeito *erga omnes* (o que pressupõe-se que aumenta o grau de responsabilidade sobre a decisão), serão analisadas apenas ADIs, medidas cautelares em ADIs[3] e ADCs, ficando a análise de outros tipos de ações prejudicada. O universo limita-se então às ações dessas naturezas, referentes ao tema e com acórdãos disponíveis no site do STF quando do momento da pesquisa.

Em pesquisa efetuada no antigo *site*, na seção "inteiro teor de acórdão", com os termos "medidas adj provisórias", foram encontradas 78 ações dentro do recorte dos critérios acima descritos. Refeita a pesquisa no novo *site*, com as mesmas palavras-chave, foi obtido o mesmo resultado. Da leitura dessas ações, depreendeu-se que apenas 56 delas efetivamente tratavam do controle de constitucionalidade de medidas provisórias.

Deseja-se chegar a conclusão que comprove ou refute a hipótese acima por meio de análise dessas ações. Devido ao grande número de ações encontradas, decidiu-se por incluir também uma análise quantitativa das ações

---

[2] Claro é que há situações em que o poder Executivo detém um maior conhecimento do contexto, e por isso mesmo lhe é garantida a discricionariedade em seus atos. Todavia, tal discricionariedade está limitada pela legalidade, e apesar de ser muito difícil a definição do limite entre esses dois patamares, é nessa zona cinzenta que se encontra a diferença entre a medida necessária e a abusiva, apesar da presunção de legalidade de que dispõe os atos administrativos.

[3] Que acredita-se que não podem ser ignoradas, na medida em que muitas vezes acabam decidindo sobre questões de mérito, e que além disso possuem um caráter ainda maior de urgência do que as ações principais.

em sua totalidade, a ser feita inicialmente, de modo que, sendo a maioria das decisões pela constitucionalidade das medidas provisórias, demonstrar-se-á, assim, um indício da veracidade da hipótese. Decidiu-se também proceder a uma outra análise quantitativa, referente ao tipo de argumentação utilizado em cada decisão, cuja explicação mais detalhada será apresentada mais adiante.

Após, será feita análise qualitativa das ações mais relevantes, numa tentativa de levantar os principais argumentos que levaram à acolhida ou à rejeição dos pedidos, bem como de, sem pretensão de análise mais profunda, mas por considerar importante em qualquer monografia que envolva análise de acórdãos, paralelamente examinar a questão da fundamentação de tais argumentos. Importante esclarecer ainda que há análises parciais no fim de cada ação, porém há também incidência de comentários esparsos dentro da própria descrição do caso.

II) Análise quantitativa:

Relembrando os esclarecimentos sobre as limitações atinentes ao instrumento de pesquisa, aos termos utilizados e à delimitação do universo de pesquisa final de ações encontradas, segue abaixo análise quantitativa das ações disponíveis que envolvem o controle de constitucionalidade de medidas provisórias:

Tabela 1: Resultados das ações

Procedência				Improcedência			
provisoriamente		definitivamente		provisoriamente		definitivamente	
ADI	ADC	ADI	ADC	ADI	ADC	ADI	ADC*
ADI-MC 293 ADI-MC 1125 ADI-MC 1602 ADI-MC 1786 ADI-MC 1910 ADI-MC 1922 ADI-MC 1931 ADI-MC 1976 ADI-MC 2332	ADC-MC 9 ADC-MC 11	ADI 425 ADI 1647 ADI 1976	ADC 9	ADI-MC 162 ADI-MC 221 ADI-MC 223 ADI-MC 272 ADI-MC 358 ADI-MC 359 ADI-MC 525 ADI-MC 1135 ADI-MC 1204 ADI-MC 1205 ADI-MC 1206 ADI-MC 1207 ADI-MC 1208 ADI-MC 1209 ADI-MC 1210 ADI-MC 1211 ADI-MC 1212 ADI-MC 1213 ADI-MC 1214 ADI-MC 1215 ADI-MC 1216 ADI-MC 1629 ADI-MC 1715 ADI-MC 1726 ADI-MC 1992 ADI-MC 2081 ADI-MC 2213 ADI-MC 2251 ADI-MC 3352 ADI-MC 3540		ADI 221 ADI 259 ADI 1442 ADI 1454 ADI 1716 ADI 1922 ADI 1998 ADI 2003 ADI 2065 ADI 3289 ADI 3290	
9	**2**	**3**	**1**	**30**	**0**	**11**	**0**

Observe-se que, das 56 ações selecionadas, 44 foram favoráveis à manutenção das medidas provisórias impugnadas no ordenamento, enquanto que apenas 12 tiveram por resultado a retirada das medidas provisórias do ordenamento[4].[5] Tal resultado pode representar um indício de que o Supremo Tribunal Federal é bastante restrito ao controlar medidas provisórias.

Mas é importante não apenas saber *quantas* ações são procedentes, e sim também *como* são decididas, no que tange à matéria tratada pelas medidas, e se se restringe o tribunal, na maioria dos casos, a analisar questões formais.

Acredita-se que é possível obter algumas conclusões, por meio análise inicialmente quantitativa e, posteriormente, qualitativa, dos argumentos determinantes utilizados nas decisões que mantém ou não uma medida provisória[6]. Tais argumentos foram subdivididos em formais e substantivos[7].

---

[4] Note-se que os critérios "procedência" e "improcedência" foram utilizados para classificar tanto as ações diretas de inconstitucionalidade quanto as ações declaratórias de constitucionalidade, porém, para os fins desta monografia, o resultado dessas ações têm efeito inverso no placar, de modo que, no caso das ADIs, quando há procedência a norma atacada tem sua eficácia retirada, enquanto que no caso das ADCs ocorre o contrário.

[5] Importante esclarecer também que as ações cautelares procedentes não foram excluídas do total simplesmente pelo fato de já terem sido suas respectivas ações julgadas em caráter definitivo. As alegações de mérito são diferentes em cada ação, sendo as considerações dos ministros para acolher ou não cada tipo de pedido também diferentes (ver, por exemplo, o caso da ADI 1922, que havia tido pedido de liminar concedido, mas foi julgada improcedente). Também não foram consideradas como uma só as ações julgadas conjuntamente ou com a mesma fundamentação (caso das ADIs 1210 a 1216 e das ADIs 3289 e 3290), visto que, para efeitos quantitativos, são duas ou seis ações que entram para o rol de efeitos da procedência ou improcedência, e não apenas uma só.

[6] Considera-se argumentos determinantes aqueles que constam da maioria dos votos vencedores, estando teoricamente presentes na ementa como as razões para o deferimento ou não da ação. Limita-se a esta nota de rodapé uma pequena crítica à dificuldade que se encontra ao fazer esse tipo de levantamento com base apenas no teor das ementas, uma vez que estas nem sempre apresentam um resumo claro dos argumentos principais que levaram à decisão colegiada final, tendo a segunda análise quantitativa ficado maculada por um certo teor de 'qualitatividade', não apenas pela subjetividade dos critérios formal/substantivo (ver nota de rodapé nº 5), mas também porque a apuração do grau de importância do argumento na decisão envolveu leitura mais que superficial dos acórdãos para obtenção das conclusões sobre os argumentos determinantes, o que talvez não fosse necessário caso as ementas cumprissem seu papel principal.

[7] Como já indicado na nota de rodapé nº4, cabe aqui uma definição do que seriam argumentos formais e argumentos substantivos para os fins desta monografia. Os primeiros são aqueles que se baseiam apenas em questões processuais (como ilegitimidade da parte proponente, perda de objeto entre outras questões de matéria processual) ou em aplicação direta do texto legal ao fato, por meio de demonstração lógica (interpretação pacífica do artigo, decorrência do prazo da medida sem sua transformação em lei, existência de súmula sobre o tema etc). Ou seja, são o "filtro" que barra logo de início as situações em que não há qualquer

Considera-se interessante para a pesquisa fazer primeiramente uma análise quantitativa desses argumentos para, posteriormente, em novo recorte, proceder-se à analise qualitativa, uma vez que, caso haja preponderância da argumentação formal, tal fato pode indicar uma superficialidade no tratamento das questões relativas ao controle constitucional de medidas provisórias[8].

Assim, conforme os novos critérios, segue abaixo a nova tabela:

Tabela 2: Argumentos determinantes em cada ação

Argumentos formais		Argumentos substantivos
ADI 221	ADI-MC 1208	ADC 9
ADI 259	ADI-MC 1209	ADI 425
ADI 1442	ADI-MC 1210	ADI 1647
ADI 1454	ADI-MC 1211	ADI 1976
ADI 1716	ADI-MC 1212	ADI 3289
ADI 1922	ADI-MC 1213	ADI 3290
ADI 1998	ADI-MC 1214	ADC-MC 9
ADI 2003	ADI-MC 1215	ADC-MC 11
ADI 2065	ADI-MC 1216	ADI-MC 162
ADI-MC 221	ADI-MC 1602	ADI-MC 223
ADI-MC 272	ADI-MC 1629	ADI-MC 293
ADI-MC 358	ADI-MC 1726	ADI-MC 525
ADI-MC 359	ADI-MC 1786	ADI-MC 1125
ADI-MC 1135	ADI-MC 1922	ADI-MC 1715
ADI-MC 1204	ADI-MC 1992	ADI-MC 1910
ADI-MC 1205	ADI-MC 2081	ADI-MC 1931
ADI-MC 1206	ADI-MC 2251	ADI-MC 1976
ADI-MC 1207		ADI-MC 2213
		ADI-MC 2332
		ADI-MC 3352
		ADI-MC 3540

interesse jurídico, seja porque o meio pelo qual chegaram ao Judiciário não observou seus requisitos essenciais, seja porque, mesmo sem se aprofundar, o juiz não vê nelas contradição com o texto legal, ou porque já as têm por questões decididas. Já os argumentos substantivos seriam aqueles que formam uma decisão que ultrapassa a análise da admissibilidade e a subsunção imediata e analisa o mérito do pedido, a matéria da medida em seu contexto e sua adequação ao direito vigente como um todo e à legalidade em seu sentido mais amplo.

[8] Afirma-se que a decisão baseada em argumentação formal leva à superficialidade da decisão pois acredita-se que a escolha da argumentação a ser utilizada é livre e, além de na maioria das vezes a decisão formal não resolver a contenda e não solucionar problemas, nem sempre as questões formais são preponderantes a ponto de excluir a análise substantiva do pedido. Certo é que há uma sobrecarga do poder Judiciário na quantidade de ações ajuizadas, sendo necessário algum requisito para escolha de quem terá ou não sua questão apreciada, porém cabe ao juiz ou ministro reconhecer quando a questão é de demasiada importância para que seja barrada sua apreciação por uma questão formal, relevando-se alguma falha nesse sentido, especialmente no que tange aos requisitos (é o que se observa cada vez mais, com a aplicação da instrumentalidade das formas, por exemplo).

Mesmo visualmente, já é possível captar um desequilíbrio entre decisões em que os argumentos determinantes para a procedência ou improcedência foram de caráter formal ou substancial. Com efeito, 35 das ações apresentaram argumentação formal e 21 apresentaram argumentação substancial como relevantes para as conclusões finais. Porém, cruzando-se os dados obtidos nas tabelas 1 e 2, é possível chegar ainda a outras conclusões:

Considerando-se um total de 56 ações:

- As ADIs representaram o total de ações improcedentes (41), não tendo nenhuma ação declaratória de constitucionalidade sido julgada improcedente.
- No caso das ações improcedentes, da totalidade de 41 ações, 32 decisões (78%) foram baseadas em argumentos formais, enquanto 9 (22%) em argumentos substantivos.
- Das 15 ações julgadas procedentes, 3 tinham como objeto a declaração da constitucionalidade da medida provisória, de forma que apenas 12 efetivamente declararam a inconstitucionalidade de medidas provisórias, sendo que 9 delas em sede cautelar e apenas 3 em caráter definitivo.
- Dessas 12 ADIs julgadas procedentes, apenas 3 (15%) basearam-se em argumentos formais, enquanto 9 envolveram análise mais profunda do caso (75%). E, das que se basearam em argumentos meramente formais, nenhuma decidiu em caráter definitivo (todas eram cautelares).

Um outro dado importante, e que não decorre do cruzamento de dados das tabelas, é o de que nenhuma das ADIs que foram procedentes, mesmo as com argumentação substantiva, o foram com base no artigo 62 da Constituição Federal, ou seja, em nenhum dos casos analisados o tribunal utilizou p descumprimento dos requisitos de urgência e relevância como principal razão para rejeitar a medida[9], havendo, inclusive, menção em

[9] Como se verá mais adiante, as ADIs julgadas procedentes não passarão por análise qualitativa. Todavia, a título de curiosidade e para de certa forma legitimar o acima afirmado, segue abaixo um pequeno resumo das razões de procedência de ADI desse gênero e embasada

diversas ações dois dois tipos (que aceitam ou rejeitam medidas) sobre a limitação do tribunal ao julgar o mérito de tais requisitos (por exemplo ADI 2.213, ADI 1.647, ADC-MC 11, ADI-MC 1.753, ADI-MC 162)[10]. Tal menção ocorre mais freqüentemente em casos mais antigos, especialmente nos anteriores à Emenda Constitucional nº 32/2001.

Tais números, além da superioridade numérica de improcedências, fazem surgir uma outra possível conclusão: a de um maior esforço argumentativo dos ministros do Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade de medidas provisórias. Isso, ao contrário do que parece à primeira vista, reforça ainda mais a conclusão a que se quer chegar, pois, se há por parte dos ministros uma necessidade maior de justificar a suspensão dos efeitos de uma medida, tal fato pode indicar que o tribunal tem agido timidamente ao fazer tal controle.

Além disso, como foi levantado, apesar de a argumentação nas ações que levam à inconstitucionalidade ser eminentemente substantiva, com análise do mérito, a observância ou não dos requisitos de urgência e relevância não foi, nesses casos, razão preponderante para a rejeição das medidas, apesar de

---

em argumentos substantivos. Note-se que, apesar de haverem sido apresentadas razões consistentes, nenhuma delas se refere a análise de quesitos de relevância e urgência:

- ADI 425: matéria tratada pelo texto não concerne ao âmbito das medidas provisórias, havendo ofensa à separação dos poderes;
- ADI 1647: Apesar de haver alguma análise da urgência da medida, esta é considerada como existente. Todavia, a medida é rejeitada, pois segundo os ministros cria norma abstrata, o que é vedado.
-ADI 1976: A exigência de depósito ou arrolamento de bens prevista pela medida provisória atacada ofende o direito de petição e o contraditório, e em conseqüência o devido processo legal.
- ADI-MC 293: Houve rejeição da medida pelo Congresso Nacional após o decurso de seu prazo, devendo ser respeitado o juízo daquele poder. Além disso, a medida fere a separação dos poderes.
- ADI-MC 1125: Contradição do texto da medida com a Constituição quanto à autonomia e à função do Ministério Público da União, conforme a interpretação do tribunal.
- ADI-MC 1910: Medidas provisórias não podem alterar matéria processual (ação anterior à EC 32/2001); há falta de razoabilidade no prazo preisto pela medida para propor recisória, sendo dado privilégio ao Estado quando este é parte.
- ADI-MC 1931: Violação de cláusula contratual preexistente; ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.
- ADI-MC 1976: Ofensa ao devido processo legal material; *pericullum in mora* se a medida não for retirada do ordenamento.
- ADI-MC 2332: Interpretação conforme a constituição em parte para garantir princípio do justo preço na desapropriação; ofensa ao princípio da justa indenização.

[10] É entendimento do Supremo tribunal Federal que a conversão da medida provisória em lei supera a análise dos pressupostos de urgência e relevância.

ser este o único quesito expressamente exigido pela Constituição na criação desse tipo de norma[11].

III) <u>Análise Qualitativa</u>:

A partir desse ponto, passa-se à análise qualitativa das ações mais relevantes. Conforme explicado anteriormente, aqui serão expostas as razões que levaram ao recorte de tal análise, pelo que se mostra necessário esclarecer o raciocínio metodológico que levou à seleção dos julgados.

Primeiramente, entendeu-se ser claro que a análise deveria restringir-se às ações cujos argumentos determinantes tivessem teor substantivo, sob a lógica de que, além de serem situações anômalas, nessas ações, muito mais provavelmente haverá posicionamento fundamentado dos ministros sobre seu papel no controle de constitucionalidade de medidas provisórias.

A seguir, pensando nos objetivos desta monografia, a escolha foi pelas ações em que os argumentos substantivos foram utilizados no sentido da continuação da vigência das medidas provisórias (ADIs julgadas improcedentes e ADCs julgadas procedentes, num total de 12 ações), por se acreditar que nesses julgados haveria uma espécie de "defesa" pela existência da medida[12], defesa essa que é válida, porém nem sempre é bem fundamentada, estando

---

[11] Talvez uma explicação para isso seja a de que os ministros consideram esses requisitos como formais, e não como parte da análise de mérito, muitas vezes confundindo as análises da relevância e da urgência, da medida com a análise *do periculum in* mora, da ação (que seria razão para se conceder a cautelar, e não rejeitá-la). Nesta monografia, considera-se praticamente indissociável a avaliação material, substantiva, da consideração da relevância e da urgência, afinal, como saber se uma medida é urgente ou relevante sem olhar para seu conteúdo?

[12] Cabe aqui reconhecer que caberia justificativa para que o recorte, *a contrario sensu*, abrangesse aquelas ações em que a retirada da norma foi baseada em argumentos substantivos. Porém, apesar de o trabalho de análise ser mais fácil nesse caso (apenas 9 ações contra 12 do outro tipo), além de parecer esta situação mais comum (75% de argumentos substantivos em ADIs procedentes, contra 22% em ADIs improcedentes), a utilização das ADI procedentes já rendeu resultados frutíferos para a pesquisa em sede de análise quantitativa, enquanto que as ADIs improcedentes e as ADCs procedentes pouco revelaram além de sua superioridade numérica, e é somente observando-as que pode-se inferir se o tribunal aprova fundamentadamente a medida, ou se simplesmente a deixa passar.

Pode parecer por sorte que todas as ações objeto de análise tratem de questões relevantes, porém, é fácil observar que a maioria das medidas provisórias que tiveram sua constitucionalidade questionada envolve alguma questão imporante. Aliás, difícil é encontrar uma medida provisória, impugnada ou não, que não trate de questão de grande interesse social, por isto ser este tema tão interessante, importante e polêmico.

essa análise em busca de argumentos que considerem especialmente a apreciação dos requisitos de urgência e relevância, mas também o reconhecimento de que a regulação de determinada matéria incumbe ao poder executivo, a previsão conseqüencialista dos riscos que podem ocorrer caso determinada medida perca sua eficácia, ou outras razões que demonstrem a importância da medida para o ordenamento, e que, conseqüentemente, levem à aprovação da decisão tomada pelo poder executivo[13].

A análise dessas ações, todavia, não envolve consideração sobre se o mérito da decisão foi correto ou não, apenas se quer constatar o resultado obtido e o efeito que a decisão gera no mundo[14].

Assim, passa-se nesse capítulo à análise dos acórdãos referentes às seguintes ações: ADC 9, ADC-MC 9, ADC-MC 11, ADI 3289, ADI 3290, ADI-MC 162, ADI-MC 223, ADI-MC 525, ADI-MC 1715, ADI-MC 2213, ADI-MC 3352 e ADI-MC 3540[15].

ADI-MC 162: Caso Prisão Temporária

O caso:

A ação analisada é de contexto extremamente interessante para a pesquisa, uma vez que recente a extinção do decreto-lei e criação da medida provisória. Foi impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, e tinha por objeto em sede definitiva questionar a constitucionalidade da medida provisória 111/1989, que criou a modalidade de prisão conhecida

---

13 Estes são apenas alguns dos argumentos substantivos que acredita-se que são utilizados para a defesa da medida provisória. Tais argumentos abrangem uma legalidade material, que vai além do texto legal, e a forma como são trabalhados pode dizer bastante sobre a consciência política do STF.

14 Também se esclarece que não se utilizou nenhum material de apoio além das próprias ações, uma vez que o objeto desse trabalho é empírico, e não envolve necessidade de compilação doutrinária.

15 Para maior organização e distinção quanto às composições dos membros do STF, a apresentação das análises das ações será feita de foram cronológica. Acredita-se também que dessa forma será mais fácil observar alguma mudança nas tendências do tribunal. Assim, a ordem de apresentação será: ADI-MC 162, ADI-MC 223, ADI-MC 525, ADI-MC 1715, ADC-MC 9 e ADC 9, ADI-MC 2213, ADI-MC 3352, ADI 3289 e ADI 3290, ADI-MC 3540 e ADC-MC 11.

como prisão temporária e, em sede cautelar, de suspender os efeitos da referida medida até a decisão final.

O requerente alega que a medida em questão, ao tratar de matéria essencialmente penal e de processo penal, invadiu campo reservado a lei federal ordinária. Alega também não estarem presentes os requisitos de urgência e relevância na sua promulgação, pois, apesar de reconhecer a "avalanche" de crimes cometidos que afetam à "paz social", não se pode ofender os preceitos constitucionais criando-se uma espécie de "prisão para averiguações", e nem o escândalo recente à época de remessas de câmbio fraudulentas justificaria também a criação de norma penal que se pretende duradoura.

Há ofensa à constituição também, segundo o impetrante, na medida em que esta prevê competência exclusiva à autoridade judicial para efetuar prisões, todavia a medida prevê que a modalidade de prisão temporária será (e não "poderá ser") decretada por autoridade judicial, em face de requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, o que, segundo o autor, fará com que na prática a autoridade judicial seja mera "decretadora" de prisões requeridas por outras autoridades.

Além disso, há na medida previsão de incomunicabilidade do preso e de criação de tipo penal novo de abuso de autoridade (esta última previsão só podendo ocorrer mediante lei), o que, mais uma vez, fere o texto constitucional. Por fim, alega-se que há também ofensa à autonomia dos estados, uma vez que a medida prevê a existência de plantões forenses permanentes nas comarcas.

A decisão

O ministro Moreira Alves, relator, inicia seu voto ressaltando a importância de, em determinados casos, fazer o Supremo Tribunal Federal o controle dos requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias:

"*Ora, esta corte, em seu Plenário, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 62.739, em que declarou inconstitucional, em face da Constituição de 1967, o Decreto-Lei 322,*

de 7.4.67, por entender que ele regulava matéria estranha ao conceito de segurança nacional, se manifestou no sentido de que "a apreciação dos casos de "urgência" ou de "interesse público relevante", a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, assume caráter político, e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada opinião contrária e também discricionária do Congresso" (RTJ – 44/54).

Essa orientação, no entanto, tem de ser adotada em termos, pois, levada às suas últimas conseqüências, admitiria o excesso ou abuso do poder de legislar mediante medidas provisórias, que a Constituição expressamente só admite "em casos de relevância ou urgência"" (pág. 9).

E afirma não haver percebido, pelo menos em análise superficial de sede cautelar, ausência do requisito da urgência da medida:

"*No caso, não se evidencia de pronto, na Medida Provisória em causa, a insubsistência dos requisitos da relevância e da urgência capaz de caracterizar, nos limites do exame de um pedido de concessão de liminar, o <u>excesso do poder de legislar</u> por parte do Executivo. Aliás, o próprio autor não nega que a adoção da Medida Provisória sob exame visa a "facilitar a apuração dos crimes chamados <u>hediondos</u> e daqueles praticados contra o sistema financeiro""* (grifos do ministro - pág. 10).

A seguir, confusamente trata da relevância do pedido cautelar (em vez de relevância da medida) contra a criação da prisão, que considera não existir pelo fato de que o juiz não está obrigado a decretar a prisão temporária:

"*Por outro lado, para que a argüição de inconstitucionalidade do artigo 2º desta Medida Provisória tivesse a relevância jurídica e a conveniência, que são os requisitos a que esta corte atualmente tem dado relevo para a concessão de liminar em ação como a presente, seria necessário que a expressão "a prisão temporária será decretada pelo Juiz" implicasse a obrigatoriedade de sua decretação, o que ofenderia, indiretamente, o disposto no artigo 5º, LXI, que prevê a competência exclusiva da "autoridade judiciária" para expedir ordem de prisão, o que será difícil de sustentar em face do que estabelece o parágrafo 2º desse mesmo artigo: "O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento""* (pág. 11)

Também não vê inconstitucionalidade na previsão incomunicabilidade do preso, que, segundo ele, continua tendo acesso a seu advogado constituído.

Sua única objeção à medida é quanto à criação de novas categorias dentro do tipo do abuso de autoridade, mas afirma que considera também válida esta parte, que segundo ele foi criada com base na conveniência a fim de se evitar abusos da autoridade contra a liberdade. Também utiliza o argumento de "conveniência do interesse público" para justificar a previsão dos plantões permanentes.

E, com base nesses argumentos, indefere o pedido liminar.

O ministro Celso de Mello, como é de uso habitual em seus votos, faz uma longa exposição teórica antes de decidir quanto ao mérito. Nela, traduz sua posição sobre a justificativa da existência das medidas provisórias, atentando para o caráter excepcional que deve ter sua edição:

"*O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um* ***estado de necessidade****, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio* ***periculum in mora*** *que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa*" (grifos do ministro - pág. 15).

Trata também do papel dos requisitos de urgência e relevância, da utilização desses requisitos pelo presidente da República, e de seu controle pelo Judiciário:

"*O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanação das medidas provisórias, um* ***direito potestativo****, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir. Sem prejuízo, obviamente, de igual competência,* ***a posteriori****, do Poder Legislativo e, quando tal se impuser, dos próprios Tribunais e juízes.*

Esse ***poder cautelar geral*** *– constitucionalmente deferido ao Presidente da República – reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. É ele, o Chefe do 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*" (grifos do ministro – pág. 17).

Todavia, entende o ministro que, apesar de o texto constitucional não prever limitações materiais ao pode de emitir medidas provisórias (a ação foi julgada em 1989, e portanto é bem anterior à emenda constitucional nº 32/2001), há matérias que esse tipo normativo não alcança, por estar limitado, segundo ele, por alguns princípios, como o princípio da separação dos poderes, o princípio da federação e o princípio da liberdade (este último abrangendo o caso em questão), sendo que matérias referentes a tais princípios só poderiam ser reguladas mediante lei.

No caso específico da medida provisória que cria a prisão temporária, diz:

> "*A normação extraordinária, veiculada mediante medidas provisórias, não pode incidir sobre temas concernentes ao próprio* ***status libertatis****. A liberdade só pode sofrer condicionamentos normativos quando autorizados, estes, por lei formal e não por mera decisão unilateral emanada do Chefe do Poder Executivo da União*" (pág. 20).

Cita então diversos doutrinadores que tratam da proteção constitucional da liberdade e do princípio penal da reserva legal.

Por fim, reconhece que, apesar de estar em juízo de delibação, este encontra-se no caso indissociável do próprio mérito e vota pelo deferimento da liminar e pela inconstitucionalidade da medida.

Logo no início de seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence mostra-se congratulado com o fato de que nos dois votos anteriores houve a confirmação de que o veto que havia ao controle jurisdicional dos pressupostos discricionários para emissão de decreto-lei não foi transplantado para o controle das medidas provisórias, pelo que se reconheceu ser possível o controle dos elementos políticos das medidas e, conseqüentemente, de eventuais abusos de poder por parte do chefe do Executivo.

No julgamento, afirma que não analisará o mérito da medida, apesar de considerá-la repleta de "gravíssimos defeitos":

> "*Não é hora de examinar o mérito desta medida provisória, embora confesse que continuo perplexo com o seu art. 1º, porque estou convencido de que muito esforço de hermenêutica adequadora se há de fazer para fugir ao seu sentido literal inequívoco, o qual, nos dois primeiros incisos, concede um arbítrio que nenhuma*

prisão processual admite, e, no inciso III, para dizer o menos, restabelece, no Brasil, a prisão preventiva obrigatória, com requisitos ainda menos rígidos que os do velho art 312 do C. Pr. Penal" (pág. 27).

Quanto ao requisito da urgência, afirma que não irá negá-lo, de pronto, em sede cautelar, porém atenta para o fato de que já há projeto de lei de conteúdo semelhante em trâmite no Congresso, sendo que a demora para que se transforme efetivamente em lei pode significar que talvez não seja norma ainda amadurecida, apesar de estar em pauta de discussão há tantos anos. Assim dispõe:

"*De outro lado – e ninguém vai negar o relevo da preocupação nacional com o aumento da criminalidade violenta, como ninguém vai supor que essa prisão temporária resolverá o problema - , o certo é que, na limitada função que ela possa exercer, ela não vem suprir um vazio normativo: vem, apenas, para os seus defensores, flexibilizar o instrumento da prisão preventiva que, mesmo com os seus defeitos, pode perfeitamente desempenhar a sua função cautelar, enquanto se discute o aperfeiçoamento pela via democrática do amplo debate no Parlamento.*

Mas não vou me aprofundar nesse ponto, porque o caso não exige solução radical de negar-se a urgência" (pág. 28).

A seguir, concorda com o ministro Celso de Mello no sentido das limitações materiais da medida provisória, e acrescenta ainda que medidas provisórias não podem prever males irreversíveis, como é o caso da prisão, ainda que processual.

Justifica ainda o fato de questões de mérito acabarem sendo tocadas ou até mesmo julgadas em sede cautelar, o que gera uma discussão entre ele e o ministro Moreira Alves sobre a rapidez com que precisam ser decididas as medidas cautelares, especialmente as que se referem a medidas provisórias:

"*Senhor Presidente, é claro que estamos julgando medida cautelar. Mas, acho esse julgamento de hoje extremamente importante, porque o essencial é que um tribunal não se demita de sua função primordial. A nossa é o controle da constitucionalidade, de fundamental importância numa medida cautelar, de limites materiais imprecisos. E a nossa opção é ou aprofundar um pouco a delibação a que nos possamos entregar, no exame dessa medida cautelar contra medida provisória, ou simplesmente nos demitir de nossa função, porque o jogo do tempo fará com que jamais se vá julgar no mérito uma ação direta contra medida provisória. Isso justifica*

que adequemos o processo ao cumprimento de nossa função primordial" (págs. 31/32).

Por fim, reforça o argumento de que a medida cautelar é a espécie normativa que mais fere a separação de poderes, devendo ser utilizada com cautela e em situações de necessidade, não parecendo a ele que o país se encontre em tal situação de necessidade que seja imprescindível ao presidente da República a edição de uma medida provisória tratando de matéria penal, de efeitos irreversíveis, e que atinge diretamente a liberdade, pelo que defere a medida cautelar.

O ministro Paulo Brossard também decide por não fazer muitas considerações quanto ao mérito. Reconhece o requisito de relevância da medida e, apesar de ter dúvidas quanto à urgência e ressalvas quanto à criação de um novo tipo penal por meio de medida provisória, considera a urgência um conceito relativo, pelo que prefere manifestar-se em sede definitiva, e quanto ao tipo, afirma não tratar-se de inovação, mas sim de reiteração da legislação de abuso de autoridade, que tem por finalidade justamente evitar esse abuso, pelo que acompanha o relator e indefere o pedido liminar.

Os ministros Célio Borja, Carlos Madeira, Octavio Gallotti e Sydney Sanches reconhecem, sem maiores fundamentações, os requisitos de urgência e relevância da medida provisória, votando no sentido do ministro Moreira Alves, relator.

O ministro Aldir Passarinho, numa análise dos princípios da igualdade e da liberdade, previstos pelo artigo 5º da constituição, tira dos dois a decorrência do princípio da segurança, que envolveria a segurança individual e, portanto, daria ao presidente o arcabouço para criar uma norma que proteja esse princípio da segurança. Também afirma que o conteúdo das matérias que a medida provisória pode abranger não é limitado, justamente pelo fato de esta ser transitória. Por esses motivos, indefere a liminar.

O ministro Néri da Silveira também de pronto avisa que se aterá ao julgamento cautelar, abstendo-se de julgar o mérito da ação. Seguindo uma linha de raciocínio, afirma em seguida considerar a relevância e a urgência da

medida como sendo questões de mérito, pelo que analisará apenas os quesitos de relevância dos fundamentos do pedido da ação e do *periculum in mora.*

Quanto ao primeiro, reconhece como existente, tanto pelo questionamento da validade da medida quanto pelo debate que se instaurou no julgamento, que demonstram a relevância do pedido.

Quanto ao segundo, definiu o *periculum in mora* como sendo o risco de irreparabilidade dos efeitos da eventual aplicação da medida provisória. Nesse sentido, considerou não haver o risco, por meio de uma espécie de sopesamento do que seria mais importante:

> "*É de ver que essa Medida Provisória estipula normas de defesa de valores da maior importância para a convivência social, para a defesa da sociedade, e dispõe relativamente a crimes considerados como hediondos, ficando limitada, na sua extensão, a esse âmbito. Compreendo que, em realidade, há uma preocupação das autoridades no sentido da repressão desses crimes que, lamentavelmente, ganham, cada vez mais, espaço e número nas nossa crônicas diárias. Há preocupação do combate à criminalidade, usando formas em lei previstas. No caso, há uma disciplina normativa com a supervisão judicial. Penso que a conveniência da defesa da sociedade, nos crimes a que se destina o diploma impugnado, autoriza, em confronto com a inconveniência da eventual limitação à liberdade, que se possa concluir, aqui, sobre não ocorrer um "periculum in mora" mais significativo para o eventual indiciado, investigado quanto a crime dessa natureza*" (pág).

E decide pela não concessão da liminar. Sendo esta a decisão majoritária do tribunal, ficam vencidos os ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Análise Parcial:

É difícil a chegada a conclusões na análise desse caso, pelo que parte-se de suposições para chegar a algum teor crítico. Talvez pela permissão ainda muito recente do controle jurisdicional dos requisitos discricionários de

urgência e relevância, houve grande confusão dos ministros ao analisarem tais requisitos, especialmente do ministro Moreira Alves, cujo voto, talvez pelo fato de não desejarem decidir definitivamente em sede cautelar, foi seguido na íntegra por diversos ministros, que ignoraram a previsão certeira do ministro Sepúlveda Pertence de que a questão não chegaria a ser julgada em caráter definitivo.

Houve também, dentre os ministros que emitiram votos mais longos uma grande mistura entre análise prévia delibatória e análise efetiva de mérito, mesmo no caso do ministro Néri da Silveira, que apesar de haver delimitado os requisitos da cautelar, ao analisar o *periculum in mora* utilizou-se de argumentação que seus colegas aplicaram ao analisar os requisitos de urgência e relevância, requisitos que ele afirmou serem de análise de mérito.

Note-se ainda que a maioria dos ministros não quis entrar no mérito da discussão sobre a urgência da medida, talvez porque em matéria penal esta seja mais difícil de ser comprovada, apesar de decorrer da sua natureza que o interesse na comprovação da urgência seja ainda maior, visto que são disposições que geralmente envolvem, direta ou indiretamente, privação da liberdade. Deste modo, talvez se possa mesmo afirmar ser anti-democrático e até ilegal conforme a constituição que medidas provisórias, normas de eficácia imediata, sem apreciação do Congresso, regulem matéria penal, o que provavelmente foi a razão para a proibição pela emenda constitucional nº 32 de que tais atos normativos tratem, a partir de 2001, de tal matéria.

ADI-MC 223: Caso Plano Cruzeiro

O caso

A ação ora em análise, também mais antiga, foi impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), visando à impugnação da medida provisória 173/1990, que vedava a concessão de medida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas

provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168, instituídas quando da criação do Plano Cruzeiro.

Caso curioso é o da medida em questão, que visava a proteger outras dez medidas provisórias que, como bem descreve o ministro Paulo Brossard, relator, envolviam "grande quantidade de normas, de conteúdo e alcance distintos". Segue o conteúdo de cada uma das medidas, conforme descrito na ação:

"*MEDIDA PROVISÓRIA nº 151, de 15.03.90 – Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da Administração Pública Federal e dá outras providências.*

MEDIDA PROVISÓRIA nº 154, de 15.03.90 – Institui nova sistemática para reajuste de preços e salários em geral e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 158, de 15.03.90 – Dispõe sobre a isenção ou redução de imposto de importação e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 160, de 15.03.90 – Altera a legislação do imposto sobre operações financeiras, instituindo incidência de caráter transitório sobre os atos que menciona, e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 161, de 15.03.90 – Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 162, de 15.03.90 – Dispõe sobre a tributação, pelo imposto de renda, dos ganhos líquido obtidos em bolsa de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhados.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 164, de 15.03.90 – Dispõe sobre o pagamento de tributos de competência da União.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 165, de 15.03.90 – Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 167, de 15.03.90 – Altera a legislação do imposto de renda sobre o resultado da atividade rural e dá outras providências.

MEDIDA PROVISÓRIA nº 168, de 15.03.90 – Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências".

A medida provisória 173, impugnada na ADI 223, tinha então por objetivo impedir que ações que envolviam as medidas acima (que inclusive já haviam sofrido algumas alterações por medidas posteriores) tivessem cautelares concedidas, ou que fossem executadas antes de seu trânsito em

julgado. A alegação feita pelo partido impetrante foi a de que tal medida feria o devido processo legal.

A decisão

O ministro relator, Paulo Brossard, começa seu voto afirmando não ser novidade a promulgação de normas que impedem a concessão de cautelares, dando diversos exemplos, e ressaltando que nenhum deles teve antes sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal.

Porém, o ministro vê situação diferente no caso da medida em questão:

> "*No caso vertente, o que chama desde logo a atenção é a amplitude e generalidade da medida, que envolve nada menos de dez medidas provisórias, com mais de uma centena de dispositivos, bem como sua extensão. De chofre, por via unilateral e imperatória, sumariamente se proíbe a concessão de liminares, bem como a execução de sentenças sem trânsito em julgado, em mandados de segurança, em ações ordinárias e em ações cautelares, decorrentes das dez medidas provisórias, que enumera. Desse modo, a missão reparadora de lesões de direitos, inerente ao Poder Judiciário, fica bloqueada e durante um período relativamente longo e que se pode tornar excessivamente longo, não se pode dar a reparação judicial, ainda que a lesão seja insigne e o direito líquido e certo*" (pág. 11).

Para ele, apesar de a medida não impedir o conhecimento das ações, o que seria completamente absurdo, impede que seu cumprimento seja imediato, podendo acarretar na consumação da ameaça e na irreparabilidade do dano, o que, num grau maior, significaria a própria perda de eficácia da constituição, que prevê a tutela dos bens jurídicos dos indivíduos.

Quanto à vedação do mandado de segurança, isso, para ele, se torna ainda mais evidente, pois, além de ser essa ação uma garantia constitucional, trata de direitos individuais líquidos e certos, que não podem ver sua tutela suspensa e prevista para ser cumprida sabe-se lá quando. Segundo o ministro:

> "*Ora, o direito que ele* (o mandado de segurança) *visa a tutelar há de ser líquido e certo, a reclamar e exigir a pronta custódia judicial. Por ser direito líquido e certo, seu rito é sumaríssimo. Obstar-lhe a marcha rápida e eficaz, como faz a medida provisória 173, é desnaturá-lo até a deformação. E quando um direito líquido e certo é*

de natureza e assento constitucional essa deformação chega à contrafação do instituto constitucional. Não digo o mesmo, com vistas à concessão cautelar requerido, quanto às ações ordinárias e cautelares, a que se refere a Medida 173" (pág. 14).

O ministro afasta de início a inconstitucionalidade da medida na parte em que protege a medida provisória 151, uma vez que, segundo ele, nos casos por ela previstos é mais difícil ocorrer uma hipótese de irreparabilidade do dano. A seguir, passa a considerar as demais medidas protegidas pela medida provisória 173.

Quanto à medida provisória 154, afirma não ser prudente impedir o julgamento de mandado de segurança de direito líquido e certo referente a salários, uma vez que a constituição, dentre outras coisas, proíbe a irredutibilidade de salários, e tal previsão não pode, nem mesmo eventualmente, perder sua eficácia. Assim, ele afasta a medida provisória 173 no que se refere a mandados de segurança contra a medida 154.

As demais medidas, segundo ele, apesar de terem características especiais, possuem uma em comum: todas tratam, direta ou indiretamente, de matéria tributária, e não lhe parece lícito vedar a aplicação de mandado de segurança nessa matéria seja, por exemplo, para o contribuinte que legitimamente deseja resistir à exigência legal de pagar determinado tributo, seja para demandar pela exoneração de uma exigência ilegal que lhe seja feita por meio de tributo disfarçado com um *nomen júris* impróprio.

Nessa parte do voto, o ministro descreve algumas situações que vinham ocorrendo constantemente e que vinham gerando diversas ações por parte de contribuintes: a transformação de depósito bancário em operação financeira, com conseqüente incidência de IOF, que seria uma forma de burlar a previsão constitucional de que a instituição de um tributo só pode ser cobrada no próximo exercício; vinha ocorrendo também o bloqueio às movimentações bancárias, que ele afirma tratar-se de confisco e causar grave ofensa ao direito de propriedade garantido constitucionalmente. Nessas situações, para ele, não se pode permitir que o acesso à justiça pelo contribuinte seja impedido por uma medida provisória, sendo que nesses casos a garantia de medida liminar é tão importante quanto a de que poderá ser impetrado mandado de segurança.

Afirma que tal medida assemelha-se a outras tomadas durante a ditadura, por exemplo, no caso do AI-5, que vedou o controle judicial dos atos do poder Executivo. E compara o mandado de segurança ao *habeas corpus*:

"*Quem seria capaz de admitir se restringisse o habeas corpus, fosse por medida provisória, fosse por lei? Quem defenderia a lei que vedasse ao juiz o concedê-lo ex-ofício, ou sem informações da autoridade coatora quando evidente a ilegalidade da coação?*

E o habeas corpus protege um direito, o de locomoção, enquanto que o mandado de segurança visa a proteger todos os demais direitos não amparados por habeas corpus, sejam direitos fundamentais, sejam de origem infraconstitucional. Se o habeas corpus foi, historicamente, o paládio da liberdade, o mandado de segurança é, nos dias atuais, o paládio das liberdades" (pág. 27).

Por fim, esclarece que é até possível que as garantias constitucionais sofram alguma limitação legal, porém apenas nas situações de estado de emergência e de estado de sítio, que não se configuram no caso, pelo que concede a liminar, declarando a inconstitucionalidade da ação no que se refere ao mandado de segurança, em matéria que tange a todas as medidas provisórias, com exceção da de número 151.

O ministro Celso de Mello inicia seu voto assinalando a importância da garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, instituída primeiramente na constituição de 1946, sendo esta uma garantia individual que limita o poder discricionário do estado. Afirma ainda que o direito de ação, previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV da constituição federal abrange não apenas as ações de conhecimento, mas também as ações executivas e as cautelares.

Assim, sendo inquestionável a existência de tais direitos, não vê o ministro possibilidade de que os mesmos sejam feridos com razões baseadas em políticas econômico-financeiras e monetárias do governo. Segundo ele:

"*A proteção jurisdicional **imediata**, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício **liminar** da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material*" (destaques do ministro – pág. 35).

A medida provisória impugnada, ao seu ver, impede o exercício de um dos três tipos de ação garantidos, o das ações cautelares, que têm por objetivo justamente evitar a ocorrência do *periculum in mora* e garantir que o resultado final do processo possa ser realizado, causando a medida muitas vezes a situação de dano irreparável a quem tinha tal direito de ação.

Além disso, segundo ele, o objetivo da medida, de impedir que sejam concedidas liminares, pode ser conseguido pelo governo mediante contracautela apresentada perante o Judiciário, podendo este concedê-la ou não.

Assim, prevê a concessão integral da liminar, ressaltando já ter ultrapassado também o juízo de delibação e analisado o mérito da ação.

O ministro Sepúlveda Pertence descreve, no sentido do voto do ministro Celso de Mello, as garantias da inafastabilidade do controle jurisdicional e do direito de ação, ressaltando ainda que, para ele, a ação cautelar tem como função a própria proteção do controle jurisdicional, na medida em que por vezes é apenas com a sua proposição que se garante que haverá um provimento jurisdicional final, sem deixar de reconhecer, todavia, que por vezes o provimento cautelar pode levar a um constrangimento precipitado.

Entretanto, segundo o ministro a limitação a esse risco e à utilização de medidas cautelares só pode ser feita por procedimento legal e em casos específicos, como por exemplo no caso das chamadas cautelares inominadas, que vinham sendo utilizadas de forma abusiva, pelo que criou-se uma lei que as limitava. Não se trata, para ele, do caso da medida provisória impugnada, que tenta abranger não apenas uma situação de abuso específica, mas sim a proteger uma ampla lista de normas, cujo resultado não se pode prever caso sejam pleiteadas numa eventual lide.

O ministro reconhece que as medidas protegidas tratam de uma política de reforma, e questiona se se pode colocar em risco a tutela dos direitos individuais que possam ser com ela prejudicados:

> "*De tal modo, Senhor Presidente, que o que choca, realmente, na Medida Provisória 173, são a generalidade e a imprecisão. Não se trata, apenas, de proteger leis de emergências. Repito: se fez uma reforma, que eu não tenho como avaliar neste*

momento, as suas repercussões, uma reforma diversificada da Legislação Tributária Federal e até se chegou ao Direito Privado, ao Direito Cambial.

Por isso, tive profundas dúvidas, quando hoje refletia sobre a matéria, dúvidas agravadas pelos votos aqui proferidos, que sublinharam, à evidência, que a aplicação desta Medida Provisória, na verdade, pode subtrair à jurisdição cautelar uma série incalculável de interesses e eventuais direitos, aos quais a proibição de proteção à medida pode acarretar danos irreparáveis e de monta" (pág. 48).

Porém, acaba por decidir não suspender, pelo menos em sede cautelar, a eficácia da medida provisória, justamente por se tratar de situação recente, na qual não se pode adivinhar os riscos que a retirada da medida pode trazer:

"*Não é preciso enfatizar, estamos num juízo cautelar da maior delicadeza, num momento econômico da maior gravidade, ao qual a suspensão indiscriminada da medida provisória poderia trazer conseqüências da maior seriedade para a política econômica em desenvolvimento.*

Por isso, Senhor Presidente, depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei, data vênia dos dois magníficos votos precedentes, é que a solução adequada às graves preocupações que manifestei – solidarizando-me nesse ponto com as idéias já manifestadas pelos dois eminentes Pares – não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória" (pág. 49)

Por fim, conclui não ser a melhor hipótese a apresentada pelo ministro Paulo Brossard, relator, de restringir a eficácia da medida para que não sejam impedidos os mandados de segurança, uma vez que a exigência de prova pré-constituída deixou esse tipo de ação bastante limitado, mas sim que a solução está no controle difuso da constitucionalidade que, segundo ele, não deixará os direitos individuais desamparados. E é assim que termina seu voto:

"*Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva*.

Assim, peço vênia aos eminentes Ministros Relator e Celso de Mello para, com esses fundamentos, indeferir a cautelar" (pág. 50).

O ministro Sydney Sanches, após pedido de vista, relata inicialmente em seu voto diversos exemplos de leis que restringem o uso de medidas cautelares e liminares, leis essas que nunca foram declaradas inconstitucionais, e demonstra até mesmo casos em que não é admissível impetração de mandado de segurança e *habeas corpus* (respectivamente nos casos de coisa julgada e em grande parte dos julgados do Supremo Tribunal Federal). Também ressalta que não pode ser considerada inconstitucional, por exemplo, a norma que limita o prazo de interposição do mandado de segurança a 120 dias, dentre diversas outras medidas restritivas de ações constitucionais e ordinárias.

E, quanto ao caso em questão, assim dispõe:

"A meditação, que pude fazer, nestas últimas horas, apenas amadureceu idéias de outrora, convencendo-me de que havendo certa dose de razoabilidade na restrição às liminares, ditadas, sobretudo, pelo interesse público, nela não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, "prima facie", que é o juízo que interessa nesta primeira oportunidade processual, ou seja, sobre o requisito da plausibilidade do direito invocado ("fumus boni iuris")" (pág. 62).

Ao tratar do requisito do *periculum in mora*, diz encontrar-se entre dois perigos: de um lado a eventual lesão a direito individuais e, de outro, "*o perigo de perecimento da própria nação, diante da devastação econômica e da decadência social que a vinham afligindo*" (pág. 63).

Em trecho interessante, discute a possibilidade de um juiz do Supremo Tribunal Federal decidir politicamente, afirmando existir essa possibilidade quando o juiz o faz "*com idealismo, sem partidarismo* e *sem facciosismos*" (pág. 63).

Põe então em pauta a ponderação que, para ele, é a questão principal do caso:

"Diante desse quadro, pergunto a mim mesmo: qual o mal maior? Permitir expressamente as medidas liminares que porão por terra um plano político-econômico, que, se tem as imperfeições próprias da elaboração humana, não deixa de ter o nobre propósito de tentar um retorno à estabilidade econômica e social e um recomeço de desenvolvimento?

Ou tolerar, temporariamente, que essas medidas não sejam permitidas, ao menos enquanto se desconhecem os efeitos do plano, se vier a ser aprovado pelo Congresso Nacional?" (grifo do ministro – pág. 63).

E opta pela não concessão da medida liminar, sob a alegação de que está a buscar o que é melhor para o país, que não vive apenas do Poder Judiciário, mas também de políticas do Executivo. Acrescenta ainda que é a decisão mais democrática, uma vez que deixará ao Congresso Nacional a decisão sobre a validade da medida.

E conclui seu voto de forma bastante emotiva:

"*Penso, aliás, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, deferindo a medida cautelar aqui pleiteada e suspendendo, desde logo, a eficácia da Medida Provisória nº 173, estará até estimulando a concessão de liminares por todos os Juízos e Tribunais e com isso contribuindo, ainda que involuntariamente, para jogar por terra as esperanças de todo o Povo, de uma recuperação econômica e social, ao menos a médio ou até a longo prazo.*

É claro que tais esperanças podem se desvanecer no torvelinho das circunstâncias (máxime quando os conflitos de interesses acabam ditando as soluções históricas), ainda que ocorra a preservação do plano que ora se submete ao Congresso Nacional, pois ele próprio pode ser mal sucedido.

É impossível, porém, a esta altura, um prognóstico a respeito.

Não é impossível que eu próprio me arrependa, um dia, de estar votando, como voto agora, premido pelo dilema a que me referi. Mesmo em se tratando de simples medida liminar.

Mas voto com a consciência jurídica tranqüila. E com a consciência política esteiada na fé e na esperança de um Brasil melhor para todos os brasileiros e para os que aqui vivem.

Indefiro a medida liminar, com a devida vênia dos Eminentes Ministros PAULO BROSSARD e CELSO DE MELLO, acompanhando, pois, com esses fundamentos o voto do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE" (pág. 65).

O ministro Célio Borja, ao analisar a relevância do pedido, a refuta, alegando que há diversas disposições que limitam ou impedem o Poder Judiciário de conceder liminares, e que a questão de a norma que traz a limitação nesse caso ser medida provisória e não lei não deve ser analisada em sede cautelar.

Quanto à possibilidade de dano irreparável, diz que as medidas que estão sendo protegidas pela medida impugnada tratam em sua maioria de matéria administrativa, de interesse público, concernente apenas aos juízos de oportunidade e conveniência da administração, com o objetivo de "*debelar a crise financeira gravíssima que está na raiz do clamor público por providências eficazes e mudanças nos rumos da gestão pública*" (pág. 68) e que, se por um acaso nenhum outro juiz for capaz de tutelar um interesse individual ferido (o que acredita ser impossível), caberá ao próprio Supremo Tribunal Federal, mediante argüição de inconstitucionalidade, a tutela desse direito.

Por essas razões, indefere o pedido cautelar.

O ministro Octavio Gallotti retoma os argumentos utilizados pelos ministros que indeferiram a medida cautelar, acrescentando ainda que em diversos dos casos previstos pelas medidas não seria de grande utilidade a concessão de liminar como meio apto a inverter a situação de perigo, como por exemplo no caso do bloqueio de depósitos bancários dado pelo ministro Paulo Brossard, caso em que o mero bloqueio, ainda que por pouco tempo, já se mostra como uma lesão irreparável e em que a concessão de liminar também não impediria a medida executória que efetuasse decisão definitiva que determinasse levantamento do bloqueio.

O ministro Aldir Passarinho menciona mais uma vez o argumento bastante utilizado de que a existência de norma que prevê limitações à concessão de liminares não é novidade em nosso ordenamento jurídico, acrescentando ainda não ver muita diferença no fato de se vedar a concessão de liminares ou mandados de segurança, pois, apesar de este último ser ação constitucionalmente garantida, os efeitos são praticamente os mesmos.

E é mais um, ao concluir seu voto, a engrossar a lista de argumentos conjunturais e políticos:

> "*No caso, observo, as Medidas Provisórias abrangidas pela de nº 173, se integram em um Plano global, pelo qual o Governo da República procura reequilibrar a economia do país, e não resta dúvida que a concessão da liminar agora pleiteada poderá trazer graves danos às providências adotadas pelo Governo e consignadas nas Medidas ora entregues à apreciação do Congresso Nacional, pois bem sabemos do que liminares poderão significar para os resultados do Plano.*

O excesso de liminares, com resultados danosos para a economia pública, em várias ocasiões da vida nacional, é que sempre motivaram as leis que as impediam, na salvaguarda de interesses maiores do país, Na espécie dos autos, tais interesses são ainda de maior relevo, pelo que possam significar para os resultados do Plano.

Não tenho, assim, como cabível a concessão da liminar ora em exame" (pág. 75).

Para o ministro Moreira Alves, o instituto da medida provisória, ainda recente à época, não difere muito do antigo decreto-lei, previsto também pela constituição italiana. Também não é, segundo ele, medida antidemocrática, tendo sido opção da própria Assembléia Constituinte criá-lo, conferindo ao chefe do executivo, em casos particulares de urgência e relevância, a possibilidade legítima de legislar, sendo que na Itália tem abrangência até mesmo em matéria penal, na criação de tipos. Por todas essas razões, a análise que resta ao caso é a do conteúdo da medida, e não do ato de sua edição em si.

A seguir, ressalta a situação de crise econômica pela qual passa o país, situação essa que legitimaria a vedação à concessão de liminares em determinadas matérias, o que não feriria completamente o direito de ação, uma vez que não impede o curso da ação cautelar, apenas postergaria seus efeitos, e também não impediria o curso da ação principal. Apresenta também diversos argumentos já apresentados por outros ministros.

E, assim, considera não estarem presentes a relevância e a conveniência da propositura da medida cautelar, pelo que não concede a liminar.

O ministro Néri da Silveira, presidente, antes de seu voto faz um esclarecimento devido a notícias veiculadas pela imprensa da época, no sentido de que não houve qualquer consulta prévia por parte do poder Executivo ao Supremo Tribunal Federal sobre a validade das medidas que compunham o Plano Cruzeiro, esclarecendo se tratar o tribunal de órgão julgador, e não consultivo.

Em seu voto, afirma que, em sede cautelar, só seria possível suspender, de imediato, eficácia de algum ato normativo caso houvesse nele manifesta contrariedade ao texto constitucional, o que, segundo ele, não ocorre no caso da medida provisória ora impugnada.

Assim, aduz que analisará apenas na decisão definitiva se há ou não incoerência da medida provisória com o preceito constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, apesar de já adiantar que há situações em que tal preceito é limitado.

Esclarece também que se furta a analisar questões de oportunidade e conveniência, exclusivas ao juízo da administração, não tendo, assim, competência para analisar se a medida em questão é boa ou não para o país.

Conclui afirmando que, em juízo prévio, não se configurou conflito entre a norma em questão e a constituição, e nem se demonstra o *periculum in mora* do risco de dano irreparável, pelo que indefere a liminar.

O tribunal, portanto, indeferiu, por maioria, o pedido liminar, mantendo a eficácia da medida provisória 173, vencidos o ministro Celso de Mello integralmente e o ministro Paulo Brossard, relator, parcialmente.

Análise Parcial:

Decisão com fundo político e conseqüencialista, na qual houve a opção pelos ministros de apostar na decisão do poder Executivo, tendo a questão da urgência (e a da relevância, em menor grau) sido analisada mais de forma implícita nos argumentos e, assim como no primeiro caso, por vezes confundida com o *periculum in mora*.

Obviamente não se pode deixar de considerar o contexto em que se passa esse julgamento, da criação, em meio a uma situação de extrema crise econômica e insegurança, de um plano que, quando da impugnação da medida que o protegia, sequer havia ainda sido integralmente aprovado pelo Congresso Nacional, e que, como todo plano econômico, necessita de certa garantia de estabilidade para se fixar, situação que certamente não se configuraria com um sem-número de ações individuais com efeito de cumprimento imediato o atacando.

O voto em que o conflito dos ministros entre legalidade (previsão constitucional do direito de ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional) e política fica mais claro sem dúvida é o do ministro Sepúlveda Pertence, que

só é vencido, numa aparente reviravolta em seu próprio voto, pela situação político-econômica, após fazer longas ressalvas e reconhecer os argumentos jurídico-formais, referentes ao devido processo legal, apresentados pelos seus dois primeiros colegas.

Aliás a inafastabilidade do controle jurisdicional, não sem razão obviamente, parece ser uma das garantias mais prezadas pelos ministros, sendo que o que talvez tenha tornado a decisão um pouco mais fácil foi a observação de que não havia se esgotado a fonte jurisdicional, sendo o controle difuso apresentado como uma válvula de escape e citado como uma espécie de conselho àqueles que eventualmente fossem prejudicados com o indeferimento da liminar. Talvez uma das decisões mais difíceis já tomadas pelos ministros, forçoso reconhecer que provalmente não houvesse outra solução que poderia ser apresentada.

ADI-MC 525: Caso do reajuste salarial

O caso:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade impetrada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), visando, em julgamento definitivo, à declaração de inconstitucionalidade da medida provisória 296/1991, que "*altera a remuneração dos funcionários civis e militares da União e dá outras providências*", estando excluídos dessa medida "*os vencimentos dos Ministros de Estado, e do pessoal das autarquias federais e fundações, do magistério e das carreiras da Auditoria do Tesouro, da polícia Federal e da Polícia Civil do Distrito Federal, de Finanças e Controle, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e de Técnico Administrativo das Instituições Federais de Ensino*".

O impetrante alega que a medida fere o artigo 37, inciso X da constituição, que prevê "*a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares*".

Alega ainda que a medida trata diferencialmente os servidores civis de carreira diplomática e os demais servidores civis e militares, ferindo também o artigo 39, parágrafo 1º da constituição, que diz que "*a lei assegurará aos*

servidores da administração direta isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou local de trabalho".

Por fim, afirma que já há projeto de lei de mesmo conteúdo no Congresso, tramitando inclusive em regime de urgência, o que torna desnecessária a edição da medida provisória impugnada. O pedido cautelar, por sua vez, baseia-se no fato de a medida provisória ter eficácia imediata, alterando assim todo o sistema de pagamento, pelo que requer a suspensão imediata dos efeitos de tal norma.

Há também uma discussão paralela, referente à ADI 526, que trata da mesma medida provisória, sobre a admissão dessa ação ou não, pelo fato de ser ou não a entidade que a impetrou – a FENASTRA – entidade de classe, pelo que se esclarece desde já que argumentos referentes a tal questão não serão analisados ou considerados, por não serem de interesse do objeto da pesquisa.

A decisão:

O ministro Sepúlveda Pertence, relator, logo no início de seu voto já rejeita a alegação de que não há relevância e urgência na medida devido ao fato de já haver lei semelhante em trânsito no Congresso.

Quanto à alegação de ofensa ao artigo 37, inciso X da constituição e, conseqüentemente, ao princípio da isonomia, também não aceita tal alegação, e justifica nos seguintes termos:

> "*O art. 37, X, da Constituição, que impõe se faça na mesma data "a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares", é um corolário do princípio fundamental da isonomia; não é, nem razoavelmente poderia ser, um imperativo de estratificação perpétua da escala relativa dos vencimentos existente no dia da promulgação da Lei Fundamental: não impede, por isso, a nova avaliação, por lei, a qualquer tempo, dos vencimentos reais a atribuir a carreiras ou cargos específicos, com a ressalva expressa da sua irredutibilidade (CF, art. 37, XV).*

(...) O que no art. 37, X, se veda é o reajuste discriminatório, que, à vista de um fator comum a todo o universo dos servidores públicos – qual, a depreciação da moeda -, cuidasse de remediar apenas a perda do poder aquisitivo de retribuição de alguns segmentos dele ou, embora beneficiando a todos, o fizesse com índices diversos.

(...) Mas, no caso das reavaliações questionadas, à primeira vista, nem se pode concluir que, como tal, sejam desarrazoadas" (págs. 19/20).

O exemplo do caso dos diplomatas, segundo o ministro, apenas reforça esse entendimento, na medida em que exercem atividade extremamente especializada e específica, o que justifica a diferença na gradação remuneratória de seus cargos. O mesmo vale para a diferenciação feita pela medida provisória na remuneração dos cargos de natureza especial.

Após, reconhecendo não possuir e nem querer critérios para analisar desde logo, em sede cautelar a questão do aumento discriminatório de alguns vencimentos em detrimento de outros, o ministro prefere optar pela não suspensão dos efeitos da liminar, uma vez que, ao fazê-lo, retiraria os benefícios de quem já os legitimamente recebeu, porém em nada beneficiaria àqueles que foram excluídos, Por outro lado, também não vê utilidade em se declarar inconstitucionalidade por omissão parcial, na medida em que isto não faria com que os benefícios se estendessem a todos os funcionários, mas sim levaria a mera comunicação da omissão ao Legislativo.

Assim, opta por indeferir a liminar.

O ministro Marco Aurélio traz em seu voto uma posição polêmica: a de que, em sua opinião, não deveria haver, em princípio, controle de medidas provisórias por meio de ação direta de inconstitucionalidade, mas passa a analisar o caso, pois reconhece ser opinião vencida:

"*Senhor Presidente, já sustentei, no Plenário, o ponto de vista a respeito do não cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo menos a princípio, contra medida provisória. E hoje nos defrontamos com uma hipótese em que o provimento desta Corte, no campo ainda preliminar, inicial, seja qual for, está fadado a viger – se chegarmos a uma decisão, hoje – apenas por alguns dias. Mas sou ponto de vista isolado quanto a esta tese, muito embora o artigo 62 revele aspectos conducentes, a meu ver, porque não estou convencido do contrário, à impertinência da admissibilidade*

da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Refiro-me ao fato de a medida provisória resultar, sempre, de relevância da matéria e da urgência da disciplina. Refiro-me à circunstância de o caput do artigo 62 aludir à obrigatoriedade de a medida ser submetida "de imediato" (a expressão é essa) ao Congresso Nacional que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para reunir-se no prazo de cinco dias. Já o parágrafo único do artigo 62 disciplina matéria que, mais uma vez, a meu ver, confirma a impertinência da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra medida provisória. Está ligada à obrigatoriedade que tem o Congresso Nacional de disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida, no interregno entre a edição e a rejeição pelo decurso de prazo.

A Corte afirmou e reafirmou o cabimento da Ação e, por isso, ressalvando opinião pessoal, já não insisto no entendimento que formei sobre o tema. Na verdade, nesses processos em que se tem como objeto mediato a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória, nós nos limitamos, praticamente, a atuar no campo do exame do pedido de liminar, porque, de duas, uma: ou se tem, posteriormente, a medida fulminada pelo próprio decurso do prazo, regulando o Congresso as relações jurídicas no tocante ao período em que vigeu, ou então temos a conversão em diploma legal" (págs. 28/29).

No sentido do voto do ministro Sepúlveda Pertence, afirma que a medida em questão buscou corrigir, por meio de reajuste, distorções de vencimentos que eram aplicados para setores que exerciam diferentes funções, e que recebiam salários efetivamente incompatíveis com a atividade, como no caso dos militares e dos diplomatas, sendo que para ele não é possível fazer correções sem um tratamento desigual.

Reconhece, também como o ministro Sepúlveda, não estarem presentes nos autos elementos que comprovem a ofensa ao princípio da isonomia ou de tratamento diferenciado entre servidores que exercem a mesma função.

Por estas razões, acompanha o relator e indefere a liminar.

Para o ministro Carlos Velloso, diferentemente do relator, o fato de haver projeto de lei, proposto também pelo presidente, em trâmite em regime de urgência no Congresso impede que a mesma autoridade emita medida provisória de mesmo teor, a não ser que surja fato novo, o que, segundo o ministro, não ocorreu no caso.

Só isso, para ele, já configuraria razão para deferir a medida cautelar, porém o ministro analisa também o mérito do pedido. Apresenta números que demonstram uma disparidade no reajuste de vencimentos entre os setores, o que para ele, fere o artigo 37, inciso X da constituição, devendo o governo eleger outro meio para corrigir distorções, o estabelecimento de planos de carreira, previsto pelo artigo 39 da constituição.

Afirma também que a inconstitucionalidade se deu por ação da medida provisória, que propositadamente deu tratamento diferenciado aos servidores, e que falar em inconstitucionalidade por omissão impediria a propositura de ações pelos indivíduos por meio do modelo difuso.

Quanto ao *periculum in mora*, afirma que este existe não só pelo fato de que a medida tem efeito imediato após sua edição, mas também porque, quando de sua entrada em vigor, não se sabe quando haverá outro ato normativo que reparará o prejuízo causado àqueles que foram excluídos do reajuste.

Por fim, reconhecendo que o último argumento utilizado foi eminente político, mas afirmando também que ao juiz do Supremo Tribunal Federal é possível fazer esse juízo, vota pelo deferimento da medida liminar.

O ministro Celso de Mello, após fazer uma análise sobre o princípio da igualdade, distinguido a "igualdade na lei" da "igualdade perante a lei", afirma que o texto do artigo 37, inciso X da constituição não pode impedir que os vencimentos sejam reajustados a fim de alcançar a igualdade prevista no texto constitucional como um todo. No mais, quanto à possível ocorrência de omissão, que se furta de analisar em juízo de delibação, vota no sentido do ministro Sepúlveda Pertence para, em sede cautelar, indeferir o pedido liminar.

O ministro Carlos Velloso pede explicações ao ministro Celso de Mello sobre o teor de seu voto, ao que este afirma que pode até ser reconhecida em sede definitiva a inconstitucionalidade da medida, porém que decidiu mais pensando nos riscos daqueles que foram beneficiados com o reajuste ficarem sem seus direitos. O ministro Carlos Velloso, então, traz uma justificativa do que tentou fazer em se voto, e mais uma vez explica por que, por vezes, as decisões do Supremo Tribunal Federal são essencialmente políticas:

"*O Sr. Ministro* ***CARLOS VELLOSO:*** *- Acho que não haveria iniqüidade na suspensão, em relação aos beneficiários, porque a suspensão teria o condão, ademais, de motivar o poder político por excelência, que é o Congresso Nacional, nesta semana que ainda lhe resta, a impedir a ocorrência dessa inconstitucionalidade por omissão, que parece defluir, na verdade, do voto tanto do Sr. Ministro Relator quanto do de V.Exa.. Eu quis apenas deixar este pormenor bem claro, acentuá-lo e registrá-lo para inclusive acalmar dúvida. Muito obrigado.*

O Sr. Ministro ***MARCO AURÉLIO:*** *- Mas Exa., a função da Corte não é essa.*

O Sr. Ministro ***CARLOS VELLOSO:*** *- A meu ver sim, já que estamos em sede de jurisdição constitucional concentrada; hoje, estamos representando, na verdade, o grande papel de Corte constitucional que, nesta posição, põe-se acima do próprio Poder Judiciário. A Corte constitucional, Supremo Tribunal Federal, decidindo, no exercício de jurisdição constitucional concentrada, como Corte constitucional, põe-se acima do próprio Supremo Tribunal Federal como Corte do Poder Judiciário.*

Neste tipo de jurisdição, creio que podemos desenvolver argumentos que, ao juiz comum, poderiam parecer simplesmente políticos. Nessa jurisdição, como Corte constitucional, todavia, é razoável o raciocínio, para o fim de evitar danos à ordem jurídica, ou coibir esses danos no nascedouro" (págs. 49/50).

O ministro Paulo Brossard, em seu voto, demonstra a situação de desigualdade de vencimentos em que se encontram diversos servidores de ministérios que exercem as mesmas funções, e critica a análise isolada do artigo 37, inciso X, da constituição:

"*Importa isto em dizer que a aplicação pura e simples do preceituado no art. 37, X, sem que se tivessem processado as correções no sentido de tratar os iguais com igualdade, eternizaria as anomalias existentes no serviço público, o que já seria um absurdo em si mesmo e é um absurdo em face do texto constitucional que, evidentemente, não propugna e não quer o prejuízo de uns e o benefício de outros servidores que ocupam cargos iguais e desempenham iguais funções, e muito menos pode querer que o serviço público abrigue e mantenha contradições irracionais*" (pág. 54).

E traz à discussão o artigo 24 do ADCT, que dispõe que "*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no art. 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados de sua*

promulgação", sendo que o artigo 39 da constituição prescreve que "*a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas*".

E acrescenta que, decorrido o prazo previsto de dezoito meses, nenhuma lei havia sido promulgada nesse sentido, o que para o ministro não significa, todavia, que com o decurso do prazo haja ocorrido uma preclusão, esgotando a eficácia da norma transitória, sendo que a medida provisória impugnada teria por objetivo cumprir esse papel, de dar eficácia ao artigo 24 do ADCT.

Caberia, então, a discussão de se o conteúdo dessa norma é legítimo ou se busca apenas conceder privilégios, porém, para o ministro, tal questão não deve ser analisada em sede cautelar, havendo ainda uma questão anterior, que para ele faria com que a medida em si não pudesse ter eficácia: o fato de já haver outra norma, de mesmo conteúdo e de data anterior, a requisição também do presidente da República, em trâmite no Congresso Nacional, não tendo ocorrido nenhum fato novo que justificasse a edição da medida provisória apenas 20 dias depois da criação do projeto de lei, ainda que, devido ao prazo previsto pela ADCT já ter decorrido, se tenha urgência na resolução desse problema e que a urgência, muitas vezes, justifique a relevância de uma medida.

Assim, com base nesse impedimento formal, o ministro defere o pedido cautelar para suspender a eficácia da medida.

O ministro Célio Borja acompanha o ministro relator para indeferir a liminar, apenas respondendo ao ministro Paulo Brossard que, apesar de o presidente já haver encaminhado projeto de lei ao Congresso, esse passa necessariamente ainda por um juízo de admissibilidade, o que não garante que será aprovado, pelo que não considera haver conveniência de deferir o pedido.

O ministro Octavio Gallotti reconhece a relevância do pedido cautelar, na medida em que alega problema grave, de eventual desigualdade na distribuição de proventos de alguns servidores. Porém, não reconhece haver urgência no pedido (que confunde com o *periculum in mora)*, uma vez que o

provimento cautelar nada pode fazer para estender os benefícios a esses eventuais prejudicados, pelo que indefere a liminar, nas razões do ministro Sepúlveda Pertence.

Para o ministro Néri da Silveira, assim como a Constituição prevê a necessária conversão da medida provisória em lei pelo Congresso para que esta possa continuar vigendo depois de 30 dias, e veda a promulgação imediata de medida provisória com teor idêntico a uma rejeitada pelo Congresso, tudo com o fim de limitar o poder legislativo do presidente da República, não pode também, analogamente e com base na separação de poderes, o presidente editar medida provisória quando já requereu, em regime de urgência, o trâmite no Congresso de lei de igual conteúdo, e que ainda não teve o prazo de sua aprovação decorrido:

"*Da mesma forma, cumpre entender que, se o Poder Executivo envia projeto de lei ao Congresso Nacional, sobre certa matéria, com a solicitação de urgência, não lhe cabe, sem fato novo, durante o decurso do prazo previsto no § 2º do art. 64, da Constituição, e enquanto no Congresso Nacional se desenrola o processo legislativo correspondente, editar medida provisória sobre o mesmo assunto. Isso importaria interceptar a deliberação do Congresso Nacional, antecipando efeitos de lei ao projeto, nele, em tramitação. Não só importa esse procedimento em uma forma de interferência na deliberação do outro Poder, como criaria inequívoca perturbação no processo legislativo, que se desenvolve, atento a prazo exíguo, que atende ao juízo de urgência, tal como a Constituição prevê nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 64*" (pág. 69).

Assim, bem como o ministro Paulo Brossard, por essa razão exposta vota pela concessão da liminar.

O ministro Moreira Alves e o ministro Sydney Sanches também votam pelo indeferimento da liminar sob o argumento político de que não se pode retirar de todos o benefício simplesmente porque uma minoria não o recebeu.

Análise parcial:

Como se vem concluindo cada vez mais claramente, os ministros possuem plena consciência dos efeitos de suas decisões, o que faz com que decidam muitas vezes de forma política e também, como no caso,

conseqüencialista, pensando, num contexto de crise inflacionária e de grande contenção de gastos pelo governo, que é melhor alguns terem o benefício do que ninguém.

É notório que muitos se abstém de votar pela inconstitucionalidade da medida pensando no mecanismo institucional, o ministro Sydney Sanches até mesmo reconhecendo que, caso a medida fosse barrada, o governo poderia transferir a culpa de não haver aumento, alegando que "*afinal de contas, mandou a mensagem, tentou conceder o aumento e o Judiciário o impediu*" (pág. 74).

É certo que o STF tem o poder de decidir politicamente, mas daí pode-se pressupor que qualquer razão pode ser apresentada? A razão acima exposta pelo ministro é válida? Acredita-se que não, pois de um órgão a quem foi dada a função de garantir a legalidade dos atos normativos e a justiça em seu sentido mais amplo deve ser exigida melhor justificativa do que a da isenção de culpa, mesmo o raciocínio uilitarista feito pelos demais ministros, do bem da maioria (o que, no contexto da crise, não foi uma justificativa tão inverossímil).

Mas, há ainda outras justificativas, com base na análise da urgência e da relevância, que poderiam ter sido apresentadas tanto para rejeitar a medida quanto para aprová-la, porém tal consideração dos requisitos mostrou-se um pouco superficial. Percebe-se que o foco está mais em pensar como fazer menos mal, agora que a medida já havia sido criada, do que em questionar o porquê da demora no reajuste e do privilégio de alguns grupos em detrimento de outros, como os próprios ministros detectaram. Como foi dito, os ministros têm consciência dos efeitos de suas decisões, porém sua consciência quanto ao poder de persuasão sobre o poder Executivo ainda está em desenvolvimento. A tradicional concepção da separação de poderes ainda limita bastante os votos.

De interesse para a análise é também o questionamento da utilidade do controle jurisdicional de medidas provisórias pelo ministro Marco Aurélio, posição de que passa a divergir em outros casos, muitas outras vezes, inclusive, votando pela inconstitucionalidade de medidas, como, por exemplo, no caso "apagão" (ADC-MC 9 e ADC 9).

ADI-MC 1715: Caso dos Depósitos Bancários

O caso:

Ação impetrada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que queria ver declarada a inconstitucionalidade da medida provisória 1597/1997, convertida na lei 9526, do mesmo ano. A norma impugnada previa um prazo para que se reclamasse recursos existentes em contas de depósitos cujo cadastro não foi atualizado. Após esse prazo, previa o recolhimento desses valores ao Banco Central, com eventual posterior transferência dos mesmos para o patrimônio da União, sendo garantido, todavia, prazo para que os titulares apresentassem contestações a esse recolhimento, e cabendo recurso com efeito suspensivo da decisão que indefere tal contestação.

O partido requerente alega ofensa a diversas garantias individuais, previstas pelo artigo 5º da constituição federal, quais sejam:

- Ofensa ao direito de propriedade, previsto pelo *caput* e pelo inciso XXII, ao se criar norma que objetiva à transferência de recursos individuais ao patrimônio da União;
- Ao princípio da legalidade, previsto pelo inciso II, decorrente do fato de que a medida se baseou em instrumentos infralegais (as Resoluções 2025 e 2078) sem poder coercitivo, para impor obrigações aos cidadãos;
- Ao inciso XXX, que trata do direito de herança, uma vez que não se pode privar os eventuais herdeiros de depositários já falecidos desse direito;
- Ao inciso XXV, que garante que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, na medida em que é possível a norma infraconstitucional prever prazos prescricionais, porém o previsto pela norma em questão é muito pequeno (seis meses), o que indica *animus* de afastamento da apreciação judicial;

- Ao ato jurídico perfeito, previsto pelo inciso XXXVI, uma vez que se desconstituiriam os contratos de depósito bancário perfeitamente formados pelas partes;
- E, por fim, ao devido processo legal (inciso LIV), pois expropria bens sem qualquer justificativa além de "presunção de irregularidade"

Quanto ao mérito da cautelar, alega estar presente o *fumus boni iuris* demonstra-se pelas mesmas razões que apresenta para demonstrar a inconstitucionalidade, e que o *periculum in mora se dá pelo fato de a ação ter sido interposta apenas três dias antes da entrada em vigor da medida provisória, que começa a gerar seus efeitos imediatamente.*

Foram requeridas informações ao presidente da República e a Procuradoria Geral da União emitiu parecer favorável à medida, refutando as alegações apresentadas pelo impetrante na inicial.

A decisão:

O ministro Maurício Correia, relator, esclarece que a existência de ato normativo que preveja prazos e formas para que o estado transfira bens do patrimônio de particulares para o seu patrimônio já era recorrente quando da promulgação da medida provisória, dando como exemplo as leis 2314/1954 e 8749/1993, sendo que não se pode, simplesmente por esses motivos, declarar de pronto a inconstitucionalidade da lei, devendo-se analisar seu conteúdo.

Passa então a analisar cada uma das alegações feitas pelo requerente.

Quanto ao direito de propriedade, cita diversos autores que trazem a idéia de que o depósito bancário tem natureza irregular, por envolver objeto fungível, de modo que o depositante não está obrigado a devolver a mesma coisa que guardara, mas sim outra de igual gênero, qualidade e quantidade. Assim, afirma que o depositante perde, com o depósito, a qualidade de proprietário do bem (no caso, do dinheiro), "*passando a mero titular do crédito equivalente ao depósito e eventuais rendimentos, assumindo a condição de credor do depositário*" (pág. 17), sendo que a ação que se confere ao depositante nesses casos é de caráter pessoal, diferente do caso de direito de propriedade, que

leva a direito de ação de natureza real. Com base nesse raciocínio, nega a primeira alegação, a de ofensa ao direito de propriedade.

Quanto ao princípio da legalidade, afirma ser o Conselho Monetário Nacional órgão plenamente competente para, por meio de Resoluções, disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e formas. Além disso, ressalta o ministro que,

"*no caso em exame, são depósitos que não foram objeto de recadastramento para identificação do depositante e permaneceram sem movimentação desde 1993, sem que ninguém viesse reclamar os saldos ou mesmo sacá-los, caracterizando o abandono. Diante de tal inércia, cumpre ressaltar que a lei não visou a regulamentação dessas contas, como inovação no sistema, mas a redisciplinamento, visto encontrar-se em vigor a Lei nº 2.313/54, que delas, em parte, cuidou*" (pág. 19).

São os argumentos que usa para rejeitar também a ofensa ao princípio da legalidade.

Quanto ao direito de herança, assemelha a situação dos herdeiros àquela em que há a perda de um imóvel por seu abandono. Todavia, não afirma que isso impeça a possibilidade dos mesmos de a pleitearem em juízo, uma vez que, segundo a constituição, a declaração de vacância não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem.

Quanto à inafastabilidade do controle jurisdicional, não acredita que esta tenha sido afastada pelo prazo previsto pela medida para interposição de contestação (de seis meses), visto que a carta política não trata especificamente de prazos prescricionais justamente para deixá-los a cargo da legislação ordinária, sendo que há prazos prescricionais muito menores (como o de interposição de mandado de segurança, de 120 dias) que nunca foram declarados inconstitucionais.

A alegação de ofensa a ato jurídico perfeito também não procede ao seu ver, uma vez que a medida prevê justamente os casos em que houve a falta de recadastramento, um descumprimento não só ao contrato, mas a normas de ordem pública.

Quanto ao devido processo legal, este se vê assegurado, entre outras coisas, pela publicação no Diário Oficial da União do edital relacionando os

valores recolhidos e indicando o nome do banco depositário, bem como o rito do contencioso administrativo e o recurso ao Poder Judiciário.

E conclui seu voto atentando para a função social da transferência:

"Melhor sorte, entendo, não se deveria dar às contas não recadastradas, muitas, por certo, porque escondem atos ilícitos, e outras tantas pela insignificância dos saldos abandonados, que seguramente destinados a projetos sociais cumprem a verdadeira função social do que se enfatizou no pedido inaugural como propriedade a ser protegida pelo Estado" (pág. 23).

Com base nesses argumentos, não reconhece existente o *fumus boni iuris* e indefere o pedido cautelar.

O ministro Nelson Jobim traz em seu voto importante consideração: a da razão pela qual foi criada essa exigência de recadastramento de depósitos bancários: o escândalo dos depósitos de 1992 e 1993, que culminou no *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello:

"Sr. Presidente, 1992 e 1993 foram anos em que emergiram, no Brasil, as questões relativas a depósitos bancários e movimentação de contas bancárias que deram origem, inclusive, ao processo de "Impeachment" do Presidente Fernando Collor de Mello e, depois, às famosas ações da CPI da Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional. A partir daquele momento, identificou-se que os estabelecimentos bancários e as instituições bancárias brasileiras tinham um nível de liberalidade muito grande no que diz respeito à abertura de contas.

(...) A partir de janeiro de 1993, começou uma operação em termos de identificação de todas as operações bancárias, no Brasil, no sentido de se manter registro. Esse processo de "limpeza" do sistema bancário brasileiro acabou culminando, em 3 de março de 1998, com a publicação da Lei nº 9.613, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos, valores e movimentos.

(...) Dentro desse procedimento está, evidentemente, a necessidade de se estabelecer - e isso foi claramente percebido pelo Sr. Relator - uma linha de limpeza de todos os depósitos existentes, a partir de 1993, que não tenham sido movimentados. Vejam que esta medida provisória, convertida em lei, estabelece a possibilidade de reclamação, junto aos estabelecimentos bancários até novembro de 1997, por todos aqueles depósitos iniciados em 93, uma vez que em janeiro de 1993 criou-se a obrigação da identificação de clientes, conforme estabelecia o Banco Central. Ou seja, todos os depósitos de 1993 a 1997 - que não foram recursos de

contas-depósito - que não sofreram o recadastramento, em obediência à Resolução 2.025/93, deveriam ser recolhidos ao Banco Central do Brasil, e, após o recolhimento pelo Banco, diz a lei que se publique no Diário Oficial um edital, marcando-se um prazo de trinta dias, contados da data da publicação do mesmo, para que os respectivos titulares contestem o recolhimento efetuado, ou seja, cumpram as exigências da Resolução 2.025, para que, após serem identificados pelo Banco Central, possam reaver os depósitos" (págs. 24-27).

Acompanha o ministro Maurício Correia quanto à natureza de depósito irregular do depósito bancário e, durante o resto de seu voto, faz uma longa justificativa da existência da norma impugnada, colocando-a no contexto de uma política legislativa que, juntamente com a legislação que adviria em 1998 sobre lavagem de dinheiro, e a legislação de combate ao narcotráfico, faz parte de um compromisso assumido pelo Brasil na Convenção de Viena de 1988 e nos tratados internacionais posteriores, não havendo assim, inconstitucionalidade na medida a seu ver.

O ministro Ilmar Galvão, apesar de afirmar que os créditos também fazem parte do direito de propriedade, no mais acompanha as razões do ministro Maurício Correia para afirmar que ao seu ver não houve lesão a nenhum dos princípios mencionados, posicionando-se pela constitucionalidade da medida provisória.

O ministro Marco Aurélio vê no fato de a medida provisória impugnada ter sido reeditada no vigésimo nono dia de sua vigência, "driblando" seu prazo de vigência, vício formal que não desapareceu nem mesmo com a sua conversão em lei.

Crê ainda que, devido à realização dos contratos de depósito ter sido feita sob a égide de legislação anterior à da medida fez com que estes se configurassem em atos jurídicos perfeitos, que não podem ser atacados por lei posterior.

Por fim, reconhece ofensa ao devido processo legal, visualizando na medida diversos meios que impedem ou limitam um procedimento correto, havendo para ele inclusive ofensa à privacidade ao se publicar dados pessoais e bancários no diário Oficial. Diz ainda que, apesar de ser importante o interesse da sociedade na segurança jurídica, os fins não podem justificar os

meios, passando-se por cima do arcabouço constitucional e dos direitos individuais, pelo que suspende a eficácia da medida provisória.

O ministro Sepúlveda Pertence explicita uma limitação do Supremo Tribunal Federal ao fazer o controle de medidas provisórias, ainda mais quando estas convertem-se em lei:

> "*Ainda que jamais tenha dado um "**bill**" de indenidade ao controle jurisdicional às medidas provisórias, o Tribunal tem reafirmado a excepcionalidade da verificação judicial de seus pressupostos de revelância* (sic) *e urgência. Quando já convertida a medida provisória em lei, mais se impõe essa auto-contenção. Só em casos absolutamente tonitruantes de abuso, creio, poderia chegar o Tribunal a sobrepor o seu juízo ao critério dos dois Poderes políticos*" (pág. 43).

Mas diz não ser o caso da medida provisória atacada.

Em seguida, afirma que há situações em que legitimamente é limitado o direito de propriedade, principalmente quando esta limitação visa a que a propriedade cumpra sua função social, cabendo ao devido processo legal a apreciação dos casos em que esta limitação está sendo abusiva, o que, para ele, não ocorre no caso.

Quanto à questão do ato jurídico perfeito, prefere furtar-se a examiná-la em sede cautelar, postergando a análise da questão para a decisão definitiva, não se pondo, para ele, *periculum in mora* em não se analisar tal questão uma vez que caberia ao Banco Central, órgão legítimo, a responsabilidade pelas contas caso a medida se mantivesse eficaz. E é o que proclama, ao conceder, de sua parte, a liminar.

O ministro Néri da Silveira não vê problema em norma que preveja a paralisação momentânea na movimentação de depósitos bancários. Porém sua opinião é divergente quanto à cláusula da medida que extingue, após o prazo determinado, o contrato de depósito, transferindo os bens que lá constam ao patrimônio da União, pois isto, para ele, só poderia ocorrer mediante o devido processo legal, devido à proteção constitucional ao direito de propriedade, sendo que o próprio contrato em si já seria um bem, assim como os valores monetários que ele regula.

Porém, considera que a lei já está cumprindo seus efeitos, sendo que diversos contratos já foram cancelados. Também afirma que a não concessão

da cautelar não impede que os indivíduos pleiteiem seus direitos mediante o controle difuso. Por essas razões, afirma não ser presente o requisito do *periculum in mora*, pelo que não defere a cautelar, seu voto acompanhando a fundamentação do ministro Sepúlveda Pertence.

Assim, termina a ação, por maioria de votos, por indeferir o pedido liminar, vencido o ministro Marco Aurélio.

Análise Parcial

Não há muito o que falar sobre a questão da urgência da medida, que foi pouco aprofundada e pareceu óbvia aos olhos dos ministros, mas, em tema de relevância, é interessante observar como uma questão apresentada na inicial meramente como de ofensa a direitos individuais levou, no decorrer dos votos, a tamanha consideração do interesse público, e para defender o contrário do que havia sido pleiteado.

Todavia, apesar de ser alegada ofensa a diversos princípios, não se observou explicitamente um exercício de sopesamento por parte dos ministros, que talvez até o tenham feito de forma implícita, ao considerarem mais importante manter uma norma que faz parte de uma política, segundo eles, de combate à corrupção, em detrimento da invasão na esfera patrimonial de particulares pelo estado.

Depreende-se que o raciocínio principal foi de que, se se retira a norma do ordenamento devido à proteção de eventual de direito de propriedade, perde também qualquer eficácia a exigência de cadastramento de depósito bancário feita pelo governo, acabando por funcionar essa lesão ao patrimônio individual como uma espécie de sanção àqueles que não regularizam sua situação perante a administração, ganhando ainda essa medida, após o julgamento dos ministros um contorno de função social da propriedade, ao se destinar os bens, nessa interpretação, a fins mais legítimos. Porém, não houve discussão quanto à eficácia da medida, quanto à existência de outras possibilidades de conter a corrupção e a lavagem de dinheiro que fossem menos prejudiciais aos clientes honestos, enfim, um exercício sobre a utilidade

da medida. A situação fática parece ter acabado impedindo que se questionasse a qualidade da medida.

Da análise das razões que levaram à decisão, não se sabe se esta teria sido mais fácil após a promulgação da emenda constitucional nº 32, uma vez que ela veda a edição de medida provisória que vise a regular "a detenção ou seqüestro de bens, de poupança ou qualquer outro ativo financeiro", e os ministros ficariam na complicada situação de ter que retirar a eficácia da parte da medida que consideram justamente ser a sanção que lhe dá efetividade, garantindo o recadastramento.

ADC-MC 9 e ADC 9: Caso "Apagão"

O caso:

Tratam-se de ações impetradas pelo presidente da república, a primeira com o intuito cautelar de pedir que ações do controle difuso que retirassem a eficácia dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da medida provisória 2148-1/2001 tivessem seus efeitos suspensos até a decisão da ação principal, e a segunda pedindo pela declaração de constitucionalidade de tais artigos.

A medida provisória em questão criava a Câmara de Gestão da Crise de Energia elétrica, e os artigos a serem protegidos (que eram os maiores objetos de impugnação em diversas ações de inconstitucionalidade) previam, dentre outras disposições, grupos de metas de consumo de energia elétrica, e respectivos bônus ou punições para cada grupo de consumo, sendo que a pena final para o descumprimento sucessivo de tais metas seria o corte do fornecimento de energia elétrica ao agente descumpridor. Tais disposições estavam sendo atacadas por diversas ações individuais, bem como por 3 ações diretas de inconstitucionalidade.

Para fins de esclarecimento, transcreve-se o teor dos artigos:

*"**Art. 14**. Os consumidores residenciais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a:*

I - cem por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja inferior ou igual a 100 kWh; e

II - oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja superior a 100 kWh, garantida, em qualquer caso, a meta mensal mínima de 100 kWh.

***§ 1o** - Na impossibilidade de caracterizar-se a efetiva média do consumo mensal referida neste artigo, fica a concessionária autorizada a utilizar qualquer período dentro dos últimos doze meses, observando, sempre que possível, uma média de até três meses.*

***§ 2o** - Os consumidores que descumprirem a respectiva meta mensal fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.*

***§ 3o** - O disposto no § 2o não se aplica aos consumidores que, no mesmo período, apresentarem consumo mensal inferior ou igual a 100 kWh.*

***§ 4o** - A suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 2o observará as seguintes regras:*

I - a meta fixada na forma de Resolução da GCE será observada a partir da leitura do consumo realizada em junho de 2001;

II - será o consumidor advertido, por escrito, quando da primeira inobservância da meta fixada na forma do caput;

III - reiterada a inobservância da meta, far-se-á, após quarenta e oito horas da entrega da conta que caracterizar o descumprimento da meta e contiver o aviso respectivo, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, que terá a duração:

a) máxima de três dias, quando da primeira suspensão do fornecimento; e

b) mínima de quatro dias e máxima de seis dias, nas suspensões subseqüentes.

***§ 5o** - A GCE poderá estabelecer prazo e procedimentos diversos dos previstos nos §§ 1o, 2o e 4o deste artigo.*

***Art. 15**. Aplicam-se aos consumidores residenciais, a partir de 4 de junho de 2001, as seguintes tarifas:*

I - para a parcela do consumo mensal inferior ou igual a 200 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL;

II - para a parcela do consumo mensal superior a 200 kWh e inferior ou igual a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de cinqüenta por cento do respectivo valor;

III - para a parcela do consumo mensal superior a 500 kWh, a tarifa estabelecida em Resolução da ANEEL acrescida de duzentos por cento do respectivo valor.

***§ 1o** - Aos consumidores residenciais cujo consumo mensal seja inferior à respectiva meta conceder-se-á bônus individual (Bn) calculado da seguinte forma:*

I - para o consumo mensal igual ou inferior a 100 kWh, Bn=2(Tn-Tc), onde:

a) Tn corresponde ao valor, calculado sobre a tarifa normal, da respectiva meta de consumo, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta; e

b) Tc corresponde ao valor tarifado do efetivo consumo do beneficiário, excluídos impostos, taxas e outros ônus ou cobranças incluídas na conta;

II - para o consumo mensal superior a 100 kWh, Bn será igual ao menor valor entre aquele determinado pela alínea "c" deste inciso e o produto de CR por V, sendo:

a) CR=s/S, onde s é a diferença entre a meta fixada na forma

do art. 14 e o efetivo consumo mensal do beneficiário, e S é o valor agregado destas diferenças para todos os beneficiários;

b) V igual à soma dos valores faturados em decorrência da aplicação dos percentuais de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo e destinados ao pagamento de bônus, deduzidos os recursos destinados a pagar os bônus dos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo;

c) o valor máximo do bônus por kWh inferior ou igual à metade do valor do bônus por kWh recebido pelos consumidores de que trata o inciso I deste parágrafo.

***§ 2o** - O valor do bônus calculado na forma do § 1o não excederá ao da respectiva conta mensal do beneficiário.*

***§ 3o** - A GCE poderá alterar as tarifas, os níveis e limites de consumo e a forma do cálculo do bônus de que trata este artigo.*

***§ 4o** - Os percentuais de aumento das tarifas a que se referem os incisos II e III do caput não se aplicarão aos consumidores que observarem as respectivas metas de consumo definidas na forma do art. 14.*

***§ 5o** - Caberá às concessionárias distribuidoras, segundo diretrizes a serem estabelecidas pela GCE, decidir sobre os casos de consumidores residenciais sujeitos a situações excepcionais.*

***Art. 16**. Os consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo B constante do inciso XXIII do art. 2o da Resolução ANEEL no 456, de 2000, deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.*

§ 1o *- Caso o consumo mensal seja inferior à meta fixada na forma do caput, o saldo em kWh, a critério do consumidor, será acumulado para eventual uso futuro ou a distribuidora poderá adquirir a parcela inferior à meta, através de mecanismo de leilões na forma a ser regulamentada pela GCE.*

§ 2o *- Caso o consumo mensal seja superior à meta fixada na forma do caput, a parcela do consumo mensal excedente será adquirida junto às concessionárias distribuidoras ao preço praticado no MAE ou compensada com eventual saldo acumulado na forma do § 1o.*

§ 3o *- Os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica, caso inviabilizada a compensação prevista no § 2o.*

§ 4o *- A suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 3o terá como critério de aplicação de um dia para cada três por cento de ultrapassagem da meta.*

§ 5o *- A GCE poderá alterar os critérios e parâmetros fixados neste artigo em razão de eventual modificação da situação hidrológica ou de outras circunstâncias relevantes.*

Art. 17*. Os consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo A constante do inciso XXII do art. 2o da Resolução ANEEL no 456, de 2000, deverão observar metas de consumo de energia elétrica correspondentes a percentuais compreendidos entre setenta e cinco e oitenta e cinco por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, na forma estabelecida pela GCE, que disporá inclusive sobre as hipóteses de regime especial de tarifação e de suspensão e interrupção do fornecimento de energia elétrica decorrentes do descumprimento das respectivas metas.*

Art. 18*. Os consumidores rurais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a noventa por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000.*

§ 1o *- Os consumidores que descumprirem a respectiva meta fixada na forma do caput ficarão sujeitos a suspensão do fornecimento de energia elétrica.*

§ 2o *- À suspensão de fornecimento de energia elétrica a que se refere o § 1o será aplicado o critério de um dia para cada seis por cento de ultrapassagem da meta."*

O relatório da ação, feito pelo ministro Néri da Silveira, descreve os principais argumentos apresentados pelo requerente, no caso o presidente da

república. Ao defender-se da acusação de que a medida ofenderia os princípios da ampla defesa e do contraditório, o requerente alega que tais princípios não podem ser considerados no caso de medidas tarifárias de energia elétrica, que sempre foram alteradas por meio de atos auto-executórios.

Afirma ainda que a defesa do consumidor é apenas prevista pela constituição federal como um princípio, sendo suas regras previstas no código do consumidor, lei infraconstitucional e que, portanto, não pode servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade da medida provisória em questão.

As alegações principais pela inconstitucionalidade são no sentido de tentar derrubar a presunção de constitucionalidade que envolve atos legislativos como as medidas provisórias. São arroladas para esse fim diversas ações propostas em diversos estados do país questionando a constitucionalidade da medida, argumento que, do outro lado, o impetrante utiliza para demonstrar o requisito necessário à proposição de ações diretas de constitucionalidade, que é o da existência de controvérsia judicial do ato normativo em âmbito nacional.

A decisão cautelar (ADC-MC 9):

Logo no início da ação cautelar, o ministro Néri da Silveira, relator, já reconhece como presentes os requisitos, para ele formais, de relevância e urgência para a criação da referida medida provisória (art. 62 da CF), utilizando-se dos seguintes argumentos:

> *"A Medida Provisória busca, no caso, disciplinar situação tida como de emergência, baseada em relatórios técnicos e fatos, quanto à necessidade de se estabelecerem diretrizes e programa de enfrentamento da crise de energia elétrica, ora existente no país, propondo o órgão a tanto criado medidas de natureza urgente para fazer face à atual situação hidrológica crítica, compatibilizando a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica, tal qual se anuncia na Medida Provisória em análise".*
> (pág. 24)

Na análise do mérito, todavia, não dá provimento ao pedido cautelar, sob as alegações de que não se trata o provento a ser cobrado de tarifa, pelo

fato de esta ser um preço público, cujo valor deve ser repassado à concessionária, o que não ocorre com o valor da cobrança da medida, que é devolvido aos usuários como uma espécie de bônus, o que faz com que tal cobrança tenha natureza de tributo, pelo que não é meio adequado a medida provisória para instituir tal cobrança, e sim apenas lei complementar. Além disso, afirma que o valor a ser cobrado não respeita o princípio da proporcionalidade, tendo tal medida apenas caráter punitivo.

O ministro Marco Aurélio, em seguida, também rejeitou o pedido cautelar, nos termos do voto do ministro relator e com base no princípio da anterioridade tributária.

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, concorda com o cumprimento dos requisitos de existência de controvérsia judicial e de relevância e urgência na proposição da medida.

Para ela, nesse caso, a relevância e a urgência:

"(..) *são patentes, pois nenhum governo adotaria as medidas altamente impopulares, sem que a isso fosse compelido pela inapelabilidade dos fatos. A seca se prolonga, os reservatórios encontram-se em seu limite mínimo, além do que não poderá ser possível rodar as turbinas que geram energia. A proposição de medidas que objetivam a poupança de consumo para obter, assim, a continuidade regular do fornecimento de energia elétrica só tem sentido diante da necessidade imperiosa*" (págs. 41/42).

Todavia, discorda do relator, concedendo a liminar. Afasta a tese de que a medida atinge matéria tributária, reconhecendo tratar-se de política tarifária com destinação específica e finalidades pré-definidas, e que respeita à proporcionalidade, conforme os trechos:

"*Com toda a vênia, não vejo também qualquer quebra ao princípio isonômico no tratamento diferenciado entre consumidores frugais e consumidores perdulários. As normas, ao revés, promovem o direito de todos a consumir - ao menos um mínimo - em época de escassez e objetivam evitar o desbaratamento de recursos escassos*" (...)

"*Inocorre agressão, mas, muito ao contrário, há preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se moderadamente de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa*" (págs. 44/45).

Ao defender que a sobretarifa e o eventual corte de energia não caracterizam dupla punição, a ministra inclusive elogia o modo como foi feita a medida:

"*Aqui, mais uma vez se revela a marcada preocupação que tiveram os redatores da medida, com a redistribuição entre os cidadãos dos ônus decorrentes da situação de carência ora enfrentada. Tudo para que os consumidores com maior poder aquisitivo que poderiam, portanto, manter-se indiferentes ao acréscimo de custo, tenham presente a possibilidade de serem levados, pela via coercitiva, ao exercício da solidariedade social mínima e não venham, como lembrou a inicial, a seguir aquecendo piscinas ociosas, até que falte a energia necessária para que se acenda uma simples lâmpada na residência pobre*" (pág. 45).

O ministro Nelson Jobim também opta pelo deferimento da liminar, nos termos da ministra Ellen Gracie e com base em cálculos que, segundo ele, comprovariam a proporcionalidade dos quesitos e metas previstos para cada setor da economia pelos artigos mais atacados da medida provisória. Também defende a suspensão do fornecimento em casos específicos, terminando seu voto nos seguintes termos:

"*Devemos lembrar que o direito subjetivo, eventual, que possa se ter em relação ao fornecimento de energia elétrica é do que se tem, porque aqui estamos perante o direito a uma prestação e não um direito potestativo. É um direito que se satisfaz por meio de uma prestação e esta depende da capacidade de oferta. Se a capacidade de oferta reduziu-se, devem-se ajustar os consumidores a esta capacidade de oferta. Se não tivermos a possibilidade da suspensão no fornecimento, aquele que tem capacidade financeira de se manter acabará pagando os 50% ou os 200%, porque tem capacidade para fazê-lo, em relação à remuneração dos demais. E, aí, o que vamos ter? Vamos ter a impossibilidade da manutenção do parâmetro do ajustamento adequado da demanda e teremos os cortes gerais de energia. Ora, não é possível se pensar dessa forma*" (pág. 53).

O ministro Maurício Correia, sem entrar na discussão sobre se a cobrança imposta pela medida provisória tratava-se de espécie tributária ou não (assim como o ministro Nelson Jobim), também vota pela concessão da liminar e, apesar de reconhecer que a medida impõe diversos ônus à população, que necessita da energia elétrica, entende os requisitos de relevância e urgência que levaram à promulgação da medida não apenas como

formais, mas sim como justificadores da imposição desse ônus à população, justamente pelo seu caráter de necessidade e transitoriedade:

"*Tais providências devem ser entendidas sob o ângulo de sua estrita essencialidade, em face de seu caráter inadiável, imediato e intransferível*" (pág. 55).

Para ele, houve "*correta aplicação do princípio da proporcionalidade*", estando a hipótese "*em consonância com os fins a que essas medidas se destinam*". Reforçando seu argumento, afirma que a medida está justificada também pelo fato de que a maioria das pessoas (inclusive dos ministros), teria se submetido às regras da medida sem questioná-las. Assim dispõe:

"*O povo brasileiro entendeu as providências urgentes que impunham ser tomadas em face da gravidade da situação pela qual passa o País, a respeito da presente crise de energia elétrica, fazendo o seu julgamento sobre a conveniência das providências em caráter de urgência que foram tomadas*" (pág. 56).

E termina seu voto afirmando ser esta legitimidade dada pelo povo à medida que impede que o Supremo Tribunal Federal a retire do ordenamento.

"*Seria o maior absurdo que o STF derrubasse as regras emergenciais ora em implantação quando o próprio povo já as aprovou. Assim penso que a sociedade brasileira já proclamou, na sua alta compreensão, a constitucionalidade das medidas, se por nada mais, pelo menos explicando-as pela submissão do princípio da justa proporcionalidade*" (págs. 56/57).

O ministro Carlos Veloso, logo de início, ressalta a importância de se reconhecer a situação em que se encontra o país:

"*É preciso considerar, primeiro que tudo, que atravessa o País séria crise de energia elétrica, decorrente de sua escassez. É dizer, a energia elétrica que temos vem de usinas hidroelétricas. Em razão da acentuada falta de chuvas, os reservatórios dessas usinas estão praticamente vazios. Teria havido imprevisão por parte de órgãos governamentais? Isto não interessa discutir aqui. Certo é que vivemos uma crise de energia elétrica. Essa é a situação de fato existente*" (págs. 58/59).

Após, retoma em seu voto a discussão sobre tarifa ou tributo, tentando, inclusive, ao afirmar que se trata de tarifa, unir esta espécie de cobrança aos elementos de urgência e relevância, com base no artigo 175, III da constituição federal, que prevê a capacidade do poder público de instituir políticas tarifárias:

"*Parece-me procedente, de outro lado, o argumento no sentido de que, em sistema de escassez do serviço, possa o legislador, realizando a política tarifária que lhe incumbiu a Constituição, cobrar mais caro pelo serviço que excede à cota destinada ao consumidor. Tudo isso comporta-se no conceito de política tarifária, tornando-o realidade no mundo das coisas*" (pág. 60).

E, por fim, retoma a linha de argumentação do ministro Maurício Correia:

"*Realmente, a sociedade brasileira tem compreendido a situação. Tanto isto é verdade, que os jornais noticiam a redução no consumo de energia elétrica em praticamente todos os Estados membros, nos limites e circunstâncias estabelecidos, o que revela que tais disposições, inscritas na medida provisória, não são desarrazoadas, não são desproporcionais. A sociedade brasileira compreendendo a realidade, que é de escassez de energia elétrica, realiza o que essas disposições propõem"* (pág. 61).

Em seu voto, o ministro Sepúlveda Pertence descreve duas tendências do tribunal quanto ao controle de constitucionalidade de medidas provisórias:

"*Nesses anos todos, em grande número de casos, o Tribunal se tem dividido entre duas tendências: os que se autocontêm e entendem fora de sua função qualquer apreciação sobre a conveniência política da edição desta ou daquela medida provisória; e os que não temos resistido à oportunidade de profligar o abuso*" (pág. 62).

O ministro se coloca no segundo grupo, porém decide por conceder a cautelar que protege a medida provisória. Em síntese, defende que a cobrança prevista pela medida trata-se de "tarifa especial com finalidade extrafiscal ou política", defendendo também como razoável a previsão de eventuais cortes no fornecimento aos usuários descumpridores. Assim como os outros ministros que defendem a norma, também atenta para a situação fática do país, que justifica uma política como a descrita pela medida provisória:

"*Há uma crise de oferta de energia elétrica no País, ninguém a desconhece, ninguém a nega, sequer os partidos e entidades que provocaram, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal pelas ações diretas de inconstitucionalidade em julgamento. Já se disse aqui, à exaustão, que não está em causa a responsabilidade política por esse estado de coisas. A resposta à crise não depende da responsabilidade política desse ou daquele Governo, ela é um fato e para esse fato se faziam necessárias medidas extraordinárias, dentro, é claro, dos moldes constitucionais*" (pág. 62).

O ministro Sidney Sanches é mais um dos que engrossam a lista dos que aprovam a medida provisória, com base no argumento de cooperação popular apresentado pelo ministro Maurício Correia, e também em análise conjunta ao artigo 175 da constituição, porém, diferentemente do ministro Carlos Veloso, com base no inciso IV do parágrafo único deste artigo, que prevê a continuidade do serviço público, inciso que, para ele, só continuaria efetivo se não fosse cancelado o racionamento de energia previsto pela medida provisória.

O ministro Moreira Alves começa seu voto descrevendo a curiosa situação de que seus argumentos sobre a natureza da tarifa (se é apenas preço público ou também pode caracterizar preço político, que não precisa ser repassado às concessionárias, tendo caráter social) em ações anteriores foram utilizados como jurisprudência para ambos os lados nesse julgamento. Após, afirma que a posição que tem hoje é a de que a tarifa pode ser utilizada com finalidade política, como é o caso previsto por esta medida, sendo a mesma constitucional.

Após segue-se uma longa discussão entre todos os ministros, especialmente os ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Ellen Gracie, sobre os efeitos que deveriam ser dados à decisão sobre a ação direta de constitucionalidade, se *ex tunc* ou *ex nunc*. O ministro Moreira Alves vota pelos efeitos *ex tunc* para suspender todas as outras ações em curso, sejam no mesmo sentido ou no sentido contrário, sendo suspensos também os efeitos das decisões já proclamadas.

O ministro Marco Aurélio então, apesar de já ter proferido uma curta decisão, após observar o resultado da votação decide refazer seu voto. Passa então a criticar os artigos da medida, criticando também o caráter, segundo ele, "sociológico" com que foi decidida a questão. Observe-se o seguinte trecho, de necessário destaque:

> "*Por que digo que a medida provisória é uma medida em que aqueles predicados a que me referi – não sei se seriam predicados, mas defeitos -, o caráter temporário e precário, estão potencializados? Porque notamos que ela parece ter sido editada sem uma crença maior no que nela se contém, já que esse superórgão foi criado com a competência de alterar praticamente tudo que está estabelecido nessa*

medida provisória. Verificamos que a GCE poderá alterar as tarifas, os níveis e limites de consumo e a fórmula do cálculo do bônus de que trata esse artigo. Isso está no § 1º do artigo 5º. Poderá, ainda, a GCE alterar os critérios e parâmetros fixados neste artigo, em razão de eventual modificação da situação hidrológica e de outras circunstâncias relevantes. E prossegue a medida provisória, encerrando uma delegação, a meu ver, que contrasta com o texto da Carta da República. Esta realmente excepciona a vedação de delegar-se atribuições, mas o faz em preceitos que encerram exceção. Confira-se com os atos compreendidos na competência privativa do Presidente da República e de forma específica com o que se contém nos incisos VI, VII e XXV. Mas quem sabe? A crise tudo justifica. E perdem-se, com isso, os parâmetros próprios ao Estado Democrático de Direito" (págs. 84/85).

Repete o argumento utilizado anteriormente de que a cobrança prevista pela medida provisória trata-se de espécie tributária, e afirma ainda que o bônus da isenção de tarifa que está sendo oferecido não atinge quase nenhuma parcela da população, na medida em que quase ninguém consegue restringir-se ao consumo mínimo de 100Kw por mês. Segue-se então uma longa discussão com o ministro Nelson Jobim, em que este novamente tenta explicar o funcionamento da medida com base em cálculos, chegando à conclusão de que um grande grupo será beneficiado. O ministro Marco Aurélio, todavia, não se convence, e termina o seu nos seguintes termos:

"***O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE*** *– Racionamento, então, não cria obrigações? Não é possível racionar?*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – *Não, Excelência, não se pode transferir ao povo a culpa e ele pagar por ela.*

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE *– Então se queimem os governantes para se fazer termelétrica.*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) *– Não, Excelência, não é isso. É a potencialização, no Brasil, a mais não poder, do econômico, do financeiro em detrimento do social; é somente isso. E agora se quer, desta ou daquela forma, descontar mediante a cobrança dessa parcela, que não é sobretaxa. Tanto que ela será objeto de devolução aos usuários, sabe Deus quando, mas talvez o seja*" (págs. 102/103).

Assim, foi concedida a liminar, por maioria de votos, para suspender ações que atacassem a medida provisória 2152-2/2001, agindo, quanto aos efeitos, nos termos do que foi proposto pelo ministro Moreira Alves.

A decisão definitiva (ADC 9):

Quando do julgamento definitivo da declaração de constitucionalidade da medida provisória 2152-2/2001, esta, sob égide da emenda constitucional nº 32, já havia sido reeditada algumas vezes, a fim de que não perdesse sua eficácia, estando agora, com o mesmo texto, porém sob o número 2148-1/2001.

O único voto cujo raciocínio foi desenvolvido mais extensamente foi o do ministro relator da cautelar, Néri da Silveira que, apesar de reconhecer na medida uma tentativa legítima do governo de controlar o problema da escassez de energia elétrica, retoma os argumentos por ele apresentados em sede cautelar para continuar votando pela inconstitucionalidade da medida provisória:

"*Todo esse complexo de medidas e providências tem a marca dos atos de gestão e administração que ao Governo cabe conceber e implementar na solução de problemas que dizem imediatamente com os fins próprios da Administração Pública, a quem cabe, de forma preponderante, a promoção de políticas concernentes ao desenvolvimento do País e ao bem-estar do povo.*

(...) *Embora se compreendam os propósitos do ilustre autor da Medida Provisória, no sentido de encontrar caminhos que levem à redução de consumo de energia elétrica, em um momento de dificuldades quanto às reservas hidrelétricas, o que tem, de resto, contado com verdadeiro espírito cívico do povo, de compreensão e colaboração, não vejo como constitucionalmente possível estipular, pela causa apontada, suspensão do fornecimento de serviço público a certos consumidores que atendem às tarifas estabelecidas. Estar-se-ia, ademais, sem causa legítima, estabelecendo discriminação entre consumidores, o que atenta contra o princípio da isonomia. De outra parte, no que concerne ao art. 15, II e III, da Medida Provisória em análise, cumpre considerar, como antes examinado, que não se destina a tarifa especial a remunerar a atividade privada de concessionária na exploração do fornecimento de energia elétrica, mas, sim, basicamente, a constituir reserva, para*

remunerar os consumidores com o bônus a que se refere o § 1º do art. 15, a teor do que estabelece o art. 20, II, da Medida Provisória nº 2152/2001. Somente 2% do total arrecadado constituirão provisão para a cobertura de custos adicionais das concessionárias distribuidoras com a execução das resoluções da GCE. Nada tem com o fornecimento ou melhoria do fornecimento da energia elétrica, tal qual se entende necessariamente presente, na hipótese de tarifa ou de seu aumento, como, de resto, está disciplinado na Lei nº 8987, de 1995, que, regulamenta o art. 175 da Lei Maior. Não procede, pois, a assertiva de que serão destinados os recursos provenientes da aplicação da "tarifa especial acrescida" à remuneração das concessionárias distribuidoras ou ao desenvolvimento dos serviços de fornecimento de energia elétrica" (págs. 44/45).

No mais, o teor dos votos dos ministros foi no sentido de pacificar o entendimento que já havia sido definido na ação cautelar. Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence:

"*Sr. Presidente, como freqüentemente ocorre nos processos de controle abstrato, a matéria ficou exaurida na discussão da medida cautelar*" (pág. 51).

Análise parcial:

Da análise desse caso, observa-se que, tanto em sede cautelar quanto definitiva, embora se trate de discussão com argumentos substantivos, poucos deles foram detectados como de análise da medida em si. Houve reconhecimento da relevância da matéria tratada e da urgência de norma nesse sentido, parecendo inclusive ter sido a situação fática de necessidade em que se encontrava o país (escassez de recursos hídricos, risco de "apagão") quem teve grande importância no deslinde da questão. Porém, tal argumento sobrestou outras questões, como a de se a cobrança prevista pela medida tratava-se de tarifa ou tributo, ou se, mesmo apesar da situação, a medida provisória seria o meio mais adequado para dispor sobre o tema (que, no final das contas, é uma política pública), se o fez de forma proporcional e, mais ainda, se uma medida tem capacidade para criar um órgão de apoio ao governo. Tais questões foram tocadas por alguns ministros, especialmente pelos que eram contrários à medida, mas tiveram importância secundária na

decisão. Note-se que, apesar de serem questões com fundo no texto legal (a da proporcionalidade nem tanto), seria de grande importância que fossem resolvidas ou pelo menos que fosse indicada uma solução pelos ministros, até mesmo para uma melhor aplicação da medida na realidade, e para evitar novas contendas no Judiciário, quanto à própria medida, e quanto a outras de semelhante natureza que eventualmente pudessem aparecer.

Também se demonstra praticamente o esgotamento dos argumentos dos ministros ainda em sede cautelar, sobrando pouca discussão para a decisão definitiva, que praticamente apenas retoma e confirma a decisão anterior. Apesar de acreditar-se que muitas outras questões, como as apresentadas acima, poderiam ter sido discutidas, não se pode deixar de perceber que os ministros já não esperam a decisão da ação principal para expor seus argumentos, esforçando-se para esgotar o máximo possível da problematização ainda na ação cautelar, o que demonstra que já possuem mais prática no controle de medidas provisórias do que nas ações mais antigas, pois sabem que quase nunca se chega à decisão final.

ADI-MC 2213: Caso Reforma Agrária

O caso:

Trata-se de ação impetrada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), visando à impugnação dos dispositivos da medida provisória 2027/2000, reeditada como a medida provisória 2183/2001, que introduziram o artigo 95-A e parágrafo único na lei 4504/64 (Estatuto da Terra), e os parágrafos 6º, 7º, 8º e 9º no artigo 2º da lei 8629/93, leis essas que tratam de questões agrárias e, em sede cautelar, a suspensão dos efeitos de tais dispositivos até decisão final.

Os dispositivos atacados possuem o seguinte teor:

"MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.027-38, DE 4 DE MAIO DE 2000. *Acresce e altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, da Leis nºs 4.504, de 30 de novembro de 1964, 8.177, de 1º de março de 1991, e 8.629, DE 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências.*

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

(...)

***Art. 2º** A Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

'(...)

*'**Art. 95-A**. Fica instituído o Programa de Arrendamento Rural, destinado ao atendimento*

complementar de acesso à terra por parte dos trabalhadores rurais qualificados para participar do Programa Nacional de Reforma Agrária, na forma estabelecida em regulamento.

***Parágrafo único**. Os imóveis que integrarem o Programa de Arrendamento Rural não serão objeto de desapropriação para fins de reforma agrária enquanto se mantiverem arrendados, desde que atendam aos requisitos estabelecidos em regulamento.' (NR)*

(...)

***Art. 4º** A Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*'**Art. 2º** (...)*

***§ 6º** O imóvel rural objeto de esbulho possessório ou invasão motivada por conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo não será vistoriado nos dois anos seguintes à desocupação do imóvel.*

***§ 7º** Na hipótese de reincidência da invasão, computar-se-á em dobro o prazo a que se refere o parágrafo anterior.*

***§ 8º** A entidade, a organização, a pessoa jurídica, o movimento ou a sociedade de fato que, de qualquer forma, direta ou indiretamente, auxiliar, colaborar, incentivar, incitar, induzir ou participar de invasão de imóveis rurais ou de bens públicos, ou em conflito agrário ou fundiário de caráter coletivo, não receberá, a qualquer título, recursos públicos.*

***§ 9º** Se, na hipótese do parágrafo anterior, a transferência ou repasse dos recursos públicos já tiverem sido autorizados, assistirá ao Poder Público o direito de retenção, bem assim o de rescisão do contrato, convênio ou instrumento similar.' (NR)"*

A medida foi por vezes reeditada, porém sem que se alterasse seu conteúdo normativo. As alegações do impetrante são no sentido de que:

– Não houve observância dos pressupostos de urgência e relevância necessários à edição de medidas provisórias, sob o argumento de que:

"em que pese a importância e a relevância da questão fundiária, resgate-se que o tema é objeto de intenso debate no Congresso Nacional há anos, não sendo admissível que o Governo, 'na calada da noite', edite uma Medida Provisória para tratar do tema que poderia e deveria ser objeto de debate com a sociedade brasileira, posto que não se caracteriza a urgência requerida pela Constituição Federal." (pág 22);

- Os dispositivos estariam em conflito com diversas garantias constitucionais, quais sejam as previstas pelo artigo 5º, incisos VIII, IX, XVII, XVIII, XIX, XXIII, XXXV, XXXVI, LIII, LIV, LV e LVII, pelo artigo 6º, pelos artigos 184, 185, incisos I e II, 186, incisos I, II, III e IV e pelo art. 193;
- O artigo 95-A introduzido pela medida teria criado *"um novo tipo de propriedade insuscetível de desapropriação"*, ferindo o disposto no artigo 185, também da constituição, que prevê um rol exaustivo desse tipo de propriedade;
- Os novos artigos 6º e 7º previstos pela medida (fundidos apenas no artigo 6º quando de sua reedição), teriam criado obstáculos jurídicos incompatíveis com os artigos 184 e 185 da constituição federal, frustrando a concretização da função social da propriedade rural, uma vez que, segundo o impetrante, a ocupação de terras com o intuito de acelerar o processo de reforma agrária não é esbulho, e sim ato legítimo;
- Os artigos 8º e 9º criados pela medida seriam supostamente conflitantes com os postulados constitucionais das liberdades do pensamento (CF, art. 5º, VIII e IX), de associação (CF, art. 5º, XVII, XVIII e XIX), da intangibilidade do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), do juiz natural (CF, art. 5º, LIII), do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da amplitude de defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da presunção juris tantum de não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII);

- E, por fim, que todos os dispositivos vulnerariam o princípio da proporcionalidade e o postulado que veda o retrocesso social.

Houve também pedido de informações ao presidente da República, que enviou uma série de justificativas da constitucionalidade da medida, e apresentação de parecer da Procuradoria Geral da República, que vai no mesmo sentido.

A decisão:

O ministro Celso de Mello, relator, utiliza-se em seu voto de argumentação doutrinária já apresentada por ele em outros casos (nessa monografia, mencionada no caso da prisão temporária), sobre a importância da separação de poderes, que culmina numa limitação ao poder legislativo do presidente da República na edição de medidas provisórias, limitação essa que, em tom de crítica, diz vir sendo constantemente desrespeitada:

"*Todas essas considerações justificam-se ante a maneira pródiga com que Chefes do Poder Executivo da União, em tema de medidas provisórias, têm exercido a competência extraordinária que lhes foi outorgada pelo art. 62 da Carta Política.*

Não podemos ignorar que a crescente ***apropriação institucional*** *do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado* ***graves*** *preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a* ***utilização excessiva*** *das medidas provisórias* ***causar*** *profundas* ***distorções*** *que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo*" (grifos do ministro – pág 28).

E embasa sua crítica com apresentação de alguns dados relevantes (o trecho transcrito é grande, porém muito interessante):

"*Os* ***dados*** *pertinentes ao número de medidas provisórias editadas e reeditadas pelo Presidente da República,* ***desde*** *05 de outubro de 1988* ***até*** *a presente data,* ***evidenciam*** *que o* ***exercício compulsivo*** *da competência extraordinária de editar medida provisória culminou por introduzir, no processo institucional brasileiro, verdadeiro* ***cesarismo governamental*** *em matéria legislativa, provocando graves* ***distorções*** *no modelo político e gerando sérias* ***disfunções*** *comprometedoras da* ***integridade*** *do princípio constitucional da separação de poderes, como tive o ensejo*

*de enfatizar, **quando** do julgamento do **RE 239.286/PR**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**RDA** 219/323-329).*

*Não se pode ignorar que os **diversos** Presidentes da República - no período compreendido **entre** 05/10/88 (data da promulgação e vigência da Constituição Federal) **e** 03/09/2001 (data da **última** atualização) -, **valendo-se** do instrumento excepcional da medida provisória, **legislaram mais de duas (2) vezes** que o próprio Congresso Nacional, em **igual** período. **Impõe-se enfatizar** que, nesse lapso de tempo (**quase** 13 anos), o **Parlamento** brasileiro, com estrita observância dos princípios democráticos que regem o processo de elaboração das leis, **aprovou** proposições de que resultou a edição de **2.591 leis ordinárias**.*

Apenas** quatro (4) Chefes do Poder Executivo da União, no entanto, **foram responsáveis**, somente eles, em **idêntico** período (05/10/88 **a** 03/09/2001), pela edição originária **ou** por reedições sucessivas de **6.088** medidas provisórias (**média** de 470 medidas provisórias **por ano**), circunstância esta que - **além** de concentrar, **indevidamente**, na Presidência da República, o foco e o eixo das decisões legislativas - tornou **instável** o ordenamento normativo do Estado brasileiro, que passou, em conseqüência, a viver **sob o signo do efêmero.

*De outro lado, e tendo presente esse **anômalo** quadro de **disfunção** dos poderes governamentais - de que deriva, **em desfavor** do Congresso Nacional, o **comprometimento** do relevantíssimo **poder de agenda**, por acarretar a **perda** da capacidade de o Parlamento condicionar e influir, mediante regular atividade legislativa, na*

*definição e no estabelecimento de políticas públicas -, **cumpre ressaltar** que, **somente** no período compreendido entre 1995 **e** a presente data, o Presidente da República - **entre edições e reedições** - promulgou, **sozinho**, um total de medidas provisórias (em torno de 5.276), total esse **equivalente** a mais do que o **dobro** de decretos-leis (**precisamente 2.272** decretos-leis) editados pelos generais-Presidentes, ao longo de **todo** o regime de exceção, que, no Brasil, vigorou entre 1º de abril de 1964 **e** 15 de março de 1985.*

***Vale dizer**, no período assinalado (1964/1985), os curadores do regime autoritário editaram, ao longo de vinte e um (21) anos, 2.272 decretos-leis, **o que corresponde**, aproximadamente, a 43% do total de medidas provisórias, que, em **apenas** sete (7) anos, foram editadas/reeditadas, pelo **atual** Presidente da República, **numa evidente atestação** de que o Chefe do Poder Executivo da União transformou-*

se, definitivamente, em verdadeiro ***legislador solitário da República****.*" (grifos do ministro – págs. 31-33).

Após longa consideração sobre o tema, reconhecendo, então, que ao poder Judiciário cumpre o controle desses atos normativos, dentre outros meios, pela análise dos requisitos de urgência e relevância, passa assim à consideração de tais requisitos. Quanto à relevância da matéria, diz ser esta indiscutível, tendo sido até mesmo reconhecida pelo impetrante da ação, sendo a questão fundiária do país de grande discussão e relevo há vários anos.

Quanto à questão da urgência, traz à tona os argumentos apresentados pela Exposição de Motivos Interministerial nº 002/2000, subscrita pelos Ministros de Estado do Desenvolvimento Agrário, da Fazenda, da Justiça e do Planejamento, e juntada pelo presidente aos autos quando da prestação de informações. O cerne desses argumentos, segundo o ministro está na declaração de que a medida tem urgência em ser editada com base:

"(...) *no objetivo de* ***neutralizar****, de modo eficaz, os alegados excessos cometidos por movimentos de trabalhadores rurais* ***que transformaram****, o esbulho possessório, praticado contra bens públicos ou contra a propriedade privada, em instrumento de pressão – nem sempre legítima - sobre o Poder Público,* ***com grave ofensa*** *a postulados e a valores essenciais* ***resguardados*** *pela ordem constitucional vigente em nosso país*" e "*na* ***necessidade inadiável*** *de aperfeiçoar, em sede normativa primária, os* ***instrumentos de defesa*** *do patrimônio público federal, em relação a situações de* ***injusta*** *agressão* ***e de arbitrária*** *invasão da propriedade imobiliária da União*" (grifos do ministro – págs. 48/49).

Argumentos esses que adota para si ao considerar também presente o requisito da urgência e rejeitar a alegação de vício formal na promulgação da medida.

Ao analisar questão preliminar apresentada pelo presidente da República, de que não houve fundamentação do requerente para que fosse impugnado o *caput* do artigo 95-A, devendo o tribunal deixar de analisar tal questão, o ministro reconhece que realmente não houve, na petição inicial, fundamentação contra esse dispositivo, pelo que acolhe a suscitação preliminar do presidente.

Passa então para a análise da alegação de confronto a dispositivos constitucionais.

Quanto ao artigo 185, não vê com ele confronto, uma vez que, em sua opinião, nem ele prevê um rol taxativo (uma vez que o requisito de cumprimento da função social é em parte subjetivo, o que pode ampliar a lista de propriedades a que o artigo se refere), nem se criou, com a medida, novo tipo de imóvel insuscetível de desapropriação, uma vez que os imóveis que fazem parte de programa de arrendamento já possuem, por si sós, imunidade à ação expropriatória da União, visto que já fazem parte de um sistema de implementação do acesso à terra, o que faz com que cumpram sua função social e garantam a sua não-desapropriação, sendo que a medida, ao prever tal disposição, apenas dá efetividade a um fato concreto já existente.

Além disso, acredita ser a matéria de desapropriação do âmbito da discricionariedade do presidente da República, sendo que este:

"***mesmo*** *diante de estudos técnicos elaborados pelo INCRA,* ***que recomendem*** *a desapropriação, para fins de reforma agrária,* ***ainda assim*** *não está obrigado a expedir o decreto consubstanciador da declaração expropriatória,* ***pelo fato*** *de submeter-se, a prática desse ato, ao* ***exclusivo*** *critério da autoridade presidencial*" (grifos do ministro – pág. 68).

Por essas razões, rejeita a primeira alegação.

Sobre a alegação de ofensa pelos artigos 6º e 7º (posteriormente fundidos apenas no artigo 6º) aos artigos 184 e 185 da constituição, repete a argumentação utilizada para atestar presente o requisito de urgência:

"(...) *as normas em questão buscam neutralizar os excessos a que têm dado causa grupos organizados de trabalhadores rurais, que transformaram, o esbulho possessório, praticado contra bens públicos ou contra a propriedade privada, em instrumento de ação política e de pressão social - nem sempre legítima - sobre o Poder Público, com grave ofensa a postulados e a valores essenciais* ***resguardados*** *pela ordem constitucional vigente em nosso país*" (grifo do ministro – pág. 70), sendo que há jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece como esbulho o ato "***praticado****, mediante ação coletiva, por movimentos de trabalhadores rurais*" e que o tribunal "***não hesitou em censurar essa ilícita manifestação*** *de vontade política,* ***ao mesmo tempo*** *em que* ***invalidava*** *o decreto presidencial*

consubstanciador da declaração expropriatória de imóveis rurais, ***pois****, com a* ***arbitrária*** *ocupação de tais bens,* ***não se viabiliza*** *a realização de vistoria destinada a constatar* ***se*** *a propriedade invadida* ***teria*** *atingido, ou não, coeficientes mínimos de produtividade fundiária*" (grifos do ministro – pág. 72).

Complementando, passa a uma explicação sobre qual considera o meio legítimo pelo qual se dá a reforma agrária. Primeiro, conforme o ministro, deve haver a desapropriação por interesse social, cumpridos determinados requisitos técnico-administrativos longamente justificados pelo ministro (sendo que para ele a exigência prevista pela medida provisória, de que não tenha havido ocupação ilícita, faz parte desses requisitos) e observado o devido processo legal. Após, passa-se à redistribuição dessas terras legitimamente desapropriadas. Apesar de reconhecer a importância de se efetuar a reforma agrária, acredita que deve haver respeito às previsões legais, o que veda o exercício arbitrário das próprias razões, que é o que ocorre para ele quando se tenta garantir o acesso à terra por meio de invasões ilegítimas.

Portanto, acredita que a disposição dos artigos 6º e 7º, que impede que terras ocupadas ilegitimamente sejam declaradas improdutivas e assim aptas ao fim de reforma agrária, tem amparo legal, na medida em que não cria novo tipo de imóvel inexpropriável, mas apenas prevê mais um requisito cujo cumprimento é exigido para que possa haver desapropriação, pelo que não ofende os artigos 184 e 185 da constituição. Também afasta a idéia alegada de que a invasão serviria como instrumento de tensão social suficiente para legitimar processo expropriatório, pois ao seu ver um meio ilícito não pode ser utilizado para legitimar um fim, ainda que lícito e necessário, como é o da reforma agrária.

Quanto à alegação de que os artigos 8º e 9º, que prevêem que não haverá apoio de recursos públicos a entidades que promovam ou incentivem invasões, prevendo também retenção desses recursos caso já tenham sido enviados, ofendem diversas garantias individuais previstas pelo artigo 5º da constituição e de que ofendem também ao princípio da proporcionalidade e ao postulado que veda o retrocesso social, o ministro afirma que não conhecerá da questão sob o aspecto das garantias, visto que estas foram simplesmente colocadas nos autos sem maiores fundamentações.

Quanto ao princípio e ao postulado, apesar de também não considerar a relação entre esses preceitos e a medida bem fundamentada pelo impetrante, resolve conhecer da reclamação para dizer que acredita não haver ofensa a esses dois preceitos, na medida em que considera inconcebível que possa haver, em algum caso de expropriação ilícita, como é o caso das invasões, envio por parte do poder público de recursos a entidades que apóiem tais atos, funcionando os recursos públicos como uma espécie de patrocínio a atos revestidos de ilicitude, sendo que, além de haver exigência de motivação da administração ao impedir o repasse desses recursos, sempre caberia às partes direito de recorrer ao Judiciário caso não fosse essa a situação.

Rejeita, assim, também a alegação de inconstitucionalidade dos artigos 8º e 9º introduzidos pela medida provisória, dando improcedência total ao pedido formulado na inicial.

O ministro Maurício Correia e o ministro Sepúlveda Petrence atêm-se a acompanhar as razões do voto do ministro relator, no que tange às questões de relevância e urgência.

O ministro Nelson Jobim utiliza-se de argumento baseado na "vontade do legislador constituinte" para afirmar que a constituição apenas descreve quais sejam os critérios para que um imóvel seja considerado cumpridor da função social da propriedade, sendo que não obriga, mas apenas dá a possibilidade à União de promover a desapropriação daqueles imóveis que não cumpram essa função social, inclusive vedando que, mesmo que descumpridoras da função social, a pequena e a média propriedade sofram desapropriação, não tendo assim a administração a obrigação de criar requisitos para desapropriação dos imóveis latifundiários que restam, função que fica a seu critério discricionário exercer ou não, por meio de legislação.

Cita ainda, assim como o ministro Celso de Mello existência de jurisprudência do Supremo no sentido de que não é possível proceder à desapropriação de imóvel invadido, mas não porque estando invadido estaria fora do universo de desapropriação, e sim porque não se teria nem como avaliar, em primeiro lugar, se está dentro ou fora desse universo, uma vez que não é possível, nesses casos, proceder nem mesmo à prévia notificação para

vistoria. Assim, a regra que exclui, temporariamente a vistoria, e só a permite para efeitos de avaliação e da verificação do cumprimento, ou não, da reforma agrária, dois anos depois da desocupação, está em acordo com aquilo que já é previsto pelo tribunal, não havendo aí inconstitucionalidade.

Demonstra também a estratégia política por trás da medida:

"*De outra parte, essa regra também tem um objetivo de política pública, que é exatamente no momento em que sinaliza que o imóvel, objeto da invasão, não será desapropriado durante aquele período, está fazendo com que o poder público retome o comando efetivo da formação de política pública de reforma agrária, já que, na hipótese de haver a invasão, ela estará desestimulada, porque impedirá o exercício do ato discricionário do poder público, a partir da definição dos imóveis que deverão, ou não, serem desapropriados*" (pág. 133).

Declara, portanto, não haver inconstitucionalidade nos artigos 6º e 7º. Quanto aos artigos 8º e 9º, acompanha na íntegra o voto do ministro relator, reforçando a idéia de contradição no fato de o próprio governo financiar atos expropriatórios ilícitos.

O ministro Maurício Correia volta a votar, agora para analisar as demais questões, porém não muda o sentido de seu voto, continuando a acompanhar na ínegra o ministro relator.

Para o ministro Ilmar Galvão, a invasão, por si só, constitui motivo de força maior que impede que se proceda à desapropriação, sendo que o prazo previsto pelo artigo 6º, de dois após a ocupação, para que possa ser efetuada a vistoria serviria para que o proprietário do imóvel pudesse reorganizar a situação da propriedade, tornando-a novamente produtiva, e se nesse prazo ainda assim não o fizesse, o imóvel se tornaria suscetível de desapropriação, não havendo, na norma, nova hipótese de impedimento de expropriação-sanção.

O ministro Marco Aurélio ainda questiona o que ocorreria caso com a invasão se desse o aumento da produtividade, sugerido que talvez fosse melhor retirar-se essa norma que prevê prazo imune a vistoria e observar-se a produtividade caso a caso, porém o ministro Ilmar Galvão apenas impugna a parte que prevê prazo dobrado (de quatro anos) no caso de reincidência de invasão, por considerar prazo abusivo, que só tende a beneficiar àquele cuja

terra provavelmente já era improdutiva antes do esbulho e, no mais, indefere o pedido cautelar.

O ministro Carlos Velloso afirma haver uma presunção de que um imóvel invadido terá queda na sua produtividade, pelo que considera válido o prazo de dois anos após a desocupação para que o proprietário recupere as características anteriores de produtividade do imóvel. De resto, acompanha o sentido do voto do ministro Celso de Mello, indeferindo a liminar.

Assim como o ministro Maurício Correia, o ministro Sepúlveda pertence volta a interferir no julgamento para tratar agora da matéria dos artigos impugnados. Aparentemente convencido pelo ministro Marco Aurélio, afirma ser inconstitucional o prazo de dois anos sem que se possa fazer vistoria em imóvel ocupado, afirmando que a produtividade deve ser analisada caso a caso, como já o tem feito o tribunal. No mesmo sentido, vota pela inconstitucionalidade da expressão "a qualquer título" trazida pelo artigo 8º, na medida em que acredita que esta expressão impede que o envio de recursos seja feito a entidades que, conforme o caso concreto, provem a legitimidade no recebimento desses recursos.

O ministro Néri da Silveira atenta para o fato de que o requisito da função social da propriedade existe apenas para os imóveis rurais, e não apenas para que se force a sua produtividade, mas também para proteger aqueles que são produtivos da expropriação arbitrária do governo. Logo, o que se vê é que há uma proteção da propriedade contra a violência, de forma que o prazo de imunidade de vistoria e de desapropriação previsto pela medida provisória é coerente com essa idéia, criando assim, não só uma vantagem para quem teve seu imóvel invadido, mas também uma sanção para aquele que tentou ocupar um imóvel de forma violenta (e ressalta que isso vinha ocorrendo muito à época), pois terá que esperar mais pela sua desapropriação legítima, o que, ao seu ver, juntamente com a presunção de produtividade do imóvel, permite que se faça essa previsão de imunidade abstratamente, sem necessidade de considerar o caso concreto, que todavia não verá impedido seu acesso à jurisdição.

Nesses termos, acompanha o ministro relator.

O ministro Moreira Alves também vota nesse sentido, apenas acrescentando que acredita ser a idéia principal da lei o impedimento de que as invasões se tornem, por meio da ameaça de conflitos armados, instrumentos violentos e ilegais de coerção para que se proceda à desapropriação de imóveis.

Divergindo de outros ministros, o ministro Marco Aurélio afirma que a constituição não pode ter de um lado a reforma agrária como garantia e, de outro, a desapropriação como mera opção discricionária da União.

Tratando do teor dos artigos, afirma ser o artigo 95-A inconstitucional, por não ter a medida provisória força para regular arrendamento rural, e nem para criar imunidade de desapropriação, que é o que acredita que o artigo faz, assim como o artigo 6º, que prevê a imunidade de vistoria, sendo este também para ele inconstitucional, nos termos do voto do ministro Sepúlveda Pertence. Quanto ao artigo 8º, afirma ser a atividade de ocupar terras improdutivas um direito natural, e o fato de ser financiada por recursos do governo como um investimento de interesse social, declarando também a inconstitucionalidade do dispositivo. Assim dispõe:

"A meu ver, a cláusula encerra uma indesejável coerção política: de um lado, o Estado não implementa o que quis o legislador constituinte de 1988, não providencia, com a largueza suficiente, a reforma agrária; de outro, para evitar certo exercício – que considero como um direito natural - de ocupar terras improdutivas, os latifúndios - , impõe uma coerção política, obstaculizando, portanto, o fluxo de numerários que visem a este ou àquele benefício inicialmente de cunho social – e presumo que todos sejam de cunho social -, isso diante da necessidade de ter-se, no repasse de recursos públicos, sempre envolvido o interesse público primário, que é o interesse de toda a sociedade" (pág. 169).

E, numa relação de causalidade, declara também a inconstitucionalidade do artigo 9º, que prevê a retenção dos recursos caso já tenham sido enviados, o que para ele é sinônimo de autorizar a "justiça pelas próprias mãos" por parte do estado.

Por essas razões, vota pelo deferimento da liminar na sua integralidade, com a suspensão de efeitos de todos os artigos impugnados.

Assim, por maioria indeferiu-se, por maioria de votos, o pedido liminar, vencidos, na integralidade o ministro Marco Aurélio, e em parte o ministro Sepúlveda Pertence e o ministro Ilmar Galvão.

Análise parcial:

Mais uma decisão importante, visto que nela estava em jogo a legalidade ou não das invasões de terras feitas por movimentos organizados, ao ser usada como forma de forçar o governo a tomar medidas na efetivação da reforma agrária.

Curiosa é a participação na ação do ministro Celso de Mello, que, em seu longo voto, ao tratar das questões de relevância e urgência, ao mesmo tempo em que atenta para o abuso patente na edição de medidas provisórias por parte do Executivo, inclusive tendo o trabalho de colher dados empíricos, parece não crer que sua função de membro do poder Judiciário lhe dê maior capacidade do que a de "alerta" ao governo, já que vota pela existência dos dois requisitos, inclusive baseando todo o seu voto, e especialmente essa análise da relevância e da urgência, praticamente apenas nos argumentos trazidos pela exposição de motivos da medida e pela prestação de informações do presidente da República, não fazendo exatamente um controle desses requisitos, controle esse que considera ser o remédio para se evitar o abuso de poder do presidente.

Decisão com bastante análise e interpretação do texto legal, uma vez que seu centro gravitou na conclusão de que a atividade de invasão limita ilegitimamente o direito de propriedade e, assim o fazendo, não serve para atingir qualquer fim, ainda que constitucional, tendo o ministro Marco Aurélio, ao reconhecer as invasões como instrumento de pressão, contradito sua máxima de que os fins não podem justificar ou legitimar os meios (é verdade que afirma que a invasão para ele é um direito natural, porém não fundamenta muito bem esse posicionamento).

Todavia, nota-se também na decisão um fundo político, identificado acima no argumento do ministro Marco Aurélio e também no voto do ministro

Nelson Jobim, elemento necessário ao se discutir matérias como a da reforma agrária, envolvida por alto grau de discricionariedade.

ADI-MC 3352: Caso do produto de lavra ilegal

O caso:

Ação direta de inconstitucionalidade, impetrada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra a medida provisória 225/2004, que autoriza a arrecadação e alienação de diamantes brutos que se encontravam em poder de indígenas.

A grande questão do caso está no fato de que os diamantes que se encontravam em poder dos indígenas foram produto de lavra em terreno protegido, no qual não é permitida a prática de mineração ou de qualquer ato extrativista.

Esta também é a principal alegação trazida pelo impetrante da ação, que indica ofensa aos artigos 49, inciso XVI e 231, parágrafo 3º, ambos da constituição, que prevêem que tanto a autorização da exploração dos recursos de terras indígenas quanto o aproveitamento desses recursos, com participação nos lucros por parte das comunidades que habitam o território, dependem de autorização exclusiva do Congresso Nacional, o que não se deu.

A decisão:

O ministro Sepúlveda Pertence inicia seu voto com o entendimento de que não importa o número de pessoas a que uma norma atinge para efeitos da análise jurisdicional, mas sim basta que haja subsunção de um fato à norma e, no caso do controle de constitucionalidade, suspeita de ameaça ou de afronta a norma constitucional.

Com base nas informações apresentadas pela Consultoria Geral, o ministro reconhece que o objetivo da medida não é o de tornar legal ou de legitimar a já ocorrida atividade de lavra em solo indígena sem autorização,

mas sim apenas de dar uma destinação aos bens percebidos, concedendo, para tal fim, autorização à Caixa Econômica Federal, em caráter excepcional e por prazo curto e determinado, para arrecadar e alienar em hasta pública os diamantes brutos já extraídos e em poder dos indígenas.

Segundo o ministro:

"A *situação de fato consumada, malgrado proveniente de atividade ilícita – a lavra não autorizada em terras indígenas -, não é, em si mesma, nem válida nem inválida: situa-se no mundo do ser, não, do deve ser e, por isso, simplesmente existe. E um problema de fato que existe pode ser solvido por lei, se, ao fazê-lo, não se infringe a Constituição*" (págs 10/11).

O ministro Marco Aurélio toma posição oposta à do relator. Afirma que, se não houve autorização do Congresso Nacional para o primeiro ato, da lavra dos diamantes em solo indígena, muito pior é se permitir, ainda mais por meio de medida provisória, a comercialização de tais produtos, simplesmente para que lhes seja dada uma destinação.

Repete então um argumento que sempre utiliza, de que os fins não podem justificar os meios, e vota pela inconstitucionalidade da medida provisória.

O ministro Carlos Britto afirma que, devido ao fato de o artigo 231, parágrafo 3º dispor que a participação nos resultados da lavra dever ser feita na forma da lei, pode-se, analogamente, regular tal matéria por meio de medida provisória, pelo que não concede a cautelar.

O ministro Cezar Peluso afirma que a autorização do Congresso se dará quando da conversão da medida provisória em lei, indeferindo também a liminar.

O ministro Gilmar Mendes afirma que, se tratando a lavra de fato consumado, a previsão feita pela medida parece ser a única solução cabível.

A ministra Ellen Gracie afirma que a situação emergencial faz com que seja cumprido o requisito de urgência da medida, pelo que indefere o pedido.

O ministro Nelson Jobim conclui o julgamento demonstrando o contexto fático em que foi editada a medida, e afirmando que a mesma prevê a única solução que evitaria que o provento da alienação dos diamantes acabasse advindo de comércio ilegal;

"No caso específico, houve o garimpo produzido, os garimpeiros fizeram esse garimpo, e os Cintas Largas apropriaram-se dos diamantes. Ora, os diamantes estão lá, nas mãos dos próprios Cintas-Largas. Se não houvesse a medida provisória, o que nós teríamos? Evidentemente, teríamos uma extraordinária negociação ilícita com relação a esses próprios diamantes. A solução dada pelo Executivo foi a única solução possível: instituir - como de resto já acontecia na experiência que tivemos em Serra Pelada, quando a Caixa Econômica Federal adquiria todo o ouro produzido e o negociava por meio dos Sindicatos dos Garimpeiros de Serra Pelada - a solução similar àquela questão, qual seja? Que esses diamantes seriam administrados, arrecadados compulsoriamente pela Caixa Econômica, e vendidos em hasta pública no comércio normal de diamantes, assegurado não só à comunidade indígena, se for o caso, ou ao próprio índio, pessoa física individual." (págs. 21/22).

E ressalta a dificuldade de se tomar esse tipo de situação em sede do Congresso Nacional, visto que é requerida agilidade, porém num Congresso democrático é necessário consenso:

"*Quero lembrar o seguinte: com relação à mora do Congresso Nacional, esse é um dos temas mais difíceis na formação de uma vontade majoritária dentro do Congresso. Não há propriamente mora no debate ao tema e à produção; há, dentro do processo democrático de formação da vontade da maioria, uma inviabilidade de formar vontades majoritárias, salvo se alguém pudesse chegar ao Congresso e dizer: "olha, temos de resolver e a solução é essa*"" (pág. 22).

E a questão é decidida, por maioria de votos, vencido o ministro Marco Aurélio, com o indeferimento do pedido liminar.

Análise parcial:

Ao se observar o teor da medida e o contexto limítrofe em que a decisão presidencial foi tomada, devendo ser rápida e político-discricionária, porém sem deixar de ser legal ou pelo menos justa, conclui-se mesmo intuitivamente que seria praticamente inevitável o afastamento da análise estritamente formalista em detrimento de análise política pelos ministros caso quisessem votar pela continuação da eficácia da medida, uma vez que partiu de fato, como disse o ministro Sepúlveda Pertence, que se deu no mundo do ser, fora do âmbito da constituição e até mesmo desrespeitando-a, porém gerou efeitos

que podem ser considerados dentro do âmbito legal, opção feita a fim de que se evitasse parecer que se está de olhos fechados para o que acontece nos terrenos protegidos, tornando-se estes "terra sem lei".

Nesse raciocínio, pode-se afirmar que essa foi uma das situações em que os ministros estiveram mais próximos de dilema semelhante ao do presidente, no sentido das opções e ferramentas de que dispunham, e da decisão a que se chegou.

ADIs 3289 e 3290: Caso do "*status* de ministro"

O caso

Essas duas ações diretas de inconstitucionalidade serão aqui analisadas conjuntamente devido ao fato de haverem sido julgadas conjuntamente e sob os mesmos argumentos. Foram impetradas, respectivamente, pelo Partido da Frente Liberal (PFL) e pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). Ambas tinham por objetivo declarar a inconstitucionalidade da medida provisória 207/2004 (convertida na lei 11036/2004) que alterou as disposições das leis 10683/2003 e 9650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de presidente do Banco Central ao de ministro de estado, o que, conseqüentemente, daria prerrogativa de foro de julgamento ao ocupante do cargo.

Resumidamente, as alegações dos partidos são no sentido de que, com essa medida, desaparece a subordinação do presidente do Banco Central à supervisão do Ministério da Fazenda, o que feriria o artigo 52 da constituição federal e o princípio da separação dos poderes; de que a medida provisória atinge matéria de interesse do Sistema Financeiro Nacional, pelo que teria ferido também o artigo 192 da constituição, invadindo campo reservado à lei complementar; de não estarem presentes os requisitos de urgência e relevância previstos pelo artigo 62, também da constituição. E, por fim, o PFL requer ainda que seja afastada a conotação processual decorrente da equiparação do cargo (prerrogativa de foro especial).

Em aditamento à petição inicial devido ao fato de a medida ter sido convertida em lei, o PFL alega ainda vício formal no trâmite da medida provisória, devido à ausência de sua discussão no âmbito da comissão mista.

A decisão:

O ministro Gilmar Mendes, relator das ações, preliminarmente conhece das mesmas.

Após, ao passar a examinar os requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias, expõe sua opinião sobre os momentos em que considera suas promulgações cabíveis:

"*Indaga-se, nos autos, porque semelhante medida não teria sido editada em outro momento, haja vista que o Presidente do Banco Central já teria a referida preeminência há muito tempo. Esse argumento é colocado na inicial da ADI 3289 e é incorporado no parecer do Ministério Público. Fosse correta tal impugnação, em muitas ocasiões se poderia impugnar uma Medida Provisória indagando porque ela não teria sido editada no primeiro dia de Governo. Esse não me parece um argumento consistente, pois desconsidera um aspecto básico, qual seja a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder Executivo*.

(...) *Por vezes há manifestações que parecem partir do pressuposto de que certas medidas provisórias foram editadas em razão de uma atitude pessoal, isolada e voluntarista do Presidente da República. Essa perspectiva desconsidera os inúmeros fatores que condicionam a prática dos atos de governo e o exercício do poder político. Há limitações de toda ordem. Por vezes o fator é interno à Administração. Exemplo disso seria a ineficiência do Governo em identificar problemas e propor soluções. E também há condições que são externas à estrutura do Executivo, como, por exemplo, a composição parlamentar que dá sustentação ao Presidente em determinado momento. Há inúmeros outros fatores, e alguns desbordam as fronteiras nacionais. Não há, diante de tais condicionamentos, um "momento ideal" para a edição de atos de governo*" (pág. 11).

Em seguida, justifica a urgência e a relevância da medida com base na conhecida importância do cargo de presidente do Banco Central e de se evitar que este seja julgado em foro comum:

"Em verdade, no caso em exame, considerada essa dimensão política e a situação singular do Banco Central, não me pareceria absurda uma justificativa explícita, pelo Presidente da República, no sentido de que a Medida ora impugnada teria sido editada tão-somente para conferir prerrogativa de foro ao Presidente do Banco Central. Também não seria disparatado se a exposição de motivos da MP 207 dissesse claramente que estaria sendo editada para o fim de afastar o Presidente do Banco Central de uma avalanche de ações ajuizadas na primeira instância do Poder Judiciário. Tal justificativa não traria, em si, um indício de abuso no poder de legislar.

Ora, estamos falando do Presidente do Banco Central! Todos sabemos o papel e a importância dessa autoridade na vida nacional. Todos sabemos que a escolha ou a destituição de um Presidente do Banco Central possui, via de regra, uma repercussão maior que uma mudança na chefia de vários ministérios" (págs 14/15).

Ressalta também a importância da existência do instituto da prerrogativa de foro, com base em lições doutrinárias, em institutos semelhantes do chamado direito comparado de outros países, e na descrição de alguns tipos de ações as quais vinha sofrendo o presidente do Banco Central, julgando serem questões das quais ele deveria estar protegido, devido à importância de sua função.

A seguir, rejeita sucintamente as alegações de vício formal no trâmite da medida e de que a norma envolveria matéria processual, afirmando neste último caso, que a conseqüência processual é apenas um reflexo de uma previsão administrativa, de mudança no quadro ministerial.

Afasta também a afirmação de que desaparecia a relação de subordinação do Banco Central ao Ministério da Fazenda, havendo confusão de competências:

"No caso do Banco Central, a competência decorre especialmente da previsão contida no art. 164 da Constituição. Já no caso do Ministério da Fazenda a competência está fixada no plano infraconstitucional. Ainda que houvesse superposição de competências no caso, o fato é que isto não seria algo incomum ou esdrúxulo em relação ao que normalmente ocorre no âmbito dos órgãos superiores da Administração Pública. Isso se verifica entre os próprios Ministérios, especialmente naqueles que atuam na chamada área econômica. Certamente há pontos de grande contato entre Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento, por exemplo. E por isso há as instituições de coordenação, como a Casa Civil da Presidência da República, e os

mecanismos legais de solução de controvérsias dentro do Poder Executivo. E as eventuais desinteligências na divisão de tarefas entre tais autoridades certamente são resolvidas pelas vias próprias, especialmente pelas regras de interpretação da legislação infraconstitucional. Não é um tema constitucional" (pág. 27)

Quanto à alegação de ofensa à separação de poderes, o ministro Gilmar Mendes diz não existir, uma vez que, assim como ocorreu no caso do cargo de Advogado Geral da União, também para o presidente do Banco Central será previsto um procedimento de sabatina pelo Senado, uma vez que o artigo 52, inciso III, que prevê a aprovação pelo Senado, é "reserva legal aberta", e teoricamente pode incluir qualquer membro da administração (inclusive ministros), mas por outro lado não impede que no caso do presidente do Banco Central, o presidente da República possa exonerá-lo a qualquer momento. Além disso, afirma que para o presidente do Banco Central são exigidos ainda outros requisitos, o que torna sua assunção ao cargo ainda mais rigorosa. O ministro também afirma que não fere a separação de poderes a alteração do foro de julgamento, uma vez que há membros subordinados a ministérios, que nem ministros são, e que são julgados diretamente pelo STF. E, por todas essas razões, acredita o ministro não haver ofensa à separação de poderes na alteração do *status* do cargo.

Utilizando novamente o argumento de que a previsão feita pela medida é de caráter meramente administrativo, afasta a hipótese de invasão de campo reservado a lei complementar, por ser de interesse do Sistema Financeiro Nacional.

E, por fim, defende também a idéia de que o status do cargo deve retroagir para beneficiar também os ex-presidentes do Banco Central, uma vez que se refere ao cargo, e não ao presidente em si, mais uma vez discorrendo sobre a importância da função e sobre a criação do instituto do foro privilegiado, e a quem acredita que ele deve proteger, citando precedentes do ministro Sepúlveda Pertence e próprios que tratam do tema da prerrogativa de foro.

E conclui:

"*Em síntese, não vejo qualquer argumento constitucional consistente a justificar a declaração de inconstitucionalidade dos atos impugnados. A par de não estarem*

configuradas as alegadas violações constitucionais, penso que, considerada a singularidade do cargo de Presidente do Banco Central, há razões constitucionais que recomendam a disciplina ora impugnada.

Concluo, portanto, o meu voto, no sentido de julgar integralmente improcedentes as ações diretas" (pág. 39).

O ministro Eros Grau vota nos termos do ministro Gilmar Mendes, ressaltando que considera presentes os requisitos de urgência e relevância justamente pela conversão da medida em lei, e reafirmando que o conteúdo da medida não abrange matéria financeira.

O ministro Joaquim Barbosa também vota no mesmo sentido, acentuando que a prerrogativa de foro funciona como instrumento de proteção ao funcionamento da administração, não havendo sentido em defender que o quadro ministerial seja visto de maneira estática, mas sim que se altere conforme situações de conveniência:

"*Tradicionalmente as Constituições brasileiras não fixam a organização dos Ministérios, por razões práticas óbvias. Assim é que não encontro em nossa história constitucional elementos aptos a justificar que a prerrogativa de foro dos ministros de Estado se fundamente na natureza específica de suas atribuições constitucionais.*

No regime presidencialista, como de resto no sistema parlamentar, a importância dos postos ministeriais varia em função do momento histórico. Temas que há trinta anos não se revestiam da dignidade administrativa necessária para sequer ser objeto de uma divisão em um Ministério hoje podem ser pastas ministeriais de primeira grandeza.

Para esse efeito, passa a ser determinante o juízo político efetuado pelo presidente ao apresentar projeto de lei que organiza a Presidência da República e conseqüentemente também os Ministérios" (págs. 42/43).

Já o ministro Carlos Britto, por sua vez, vota em sentido contrário. E o faz segundo análise de dispositivos legais em que o cargo de ministro vem necessariamente atrelado a um ministério e, não se enquadrando o Banco Central nessa segunda categoria, não seria possível a nomeação de seu presidente como ministro de estado. Assim dispõe:

"*Quanto ao mérito, porém, persisto no entendimento de que a própria Constituição Federal estabeleceu um vínculo funcional direto entre Ministro e Ministério, de sorte a me animar a dizer que, para todos os fins e efeitos, inclusive*

para atrair a competência penal desta egrégia Corte, só é plenamente Ministro quem dirige um Ministério. E, lembro-me, da última vez que a matéria foi discutida, citei pelo menos três dispositivos que fazem esse enlace funcional entre Ministro e Ministério. (...) De outra parte, é a própria Constituição quem estabelece que Ministro de Estado exerce a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da Administração Federal. Ora, se o Banco Central permanece como entidade, ou seja, um ser administrativo dotado de personalidade jurídica própria, no caso sob a forma autárquica, é porque essa entidade está sob a coordenação, supervisão e orientação de um Ministro de Estado. E se Ministro o Presidente do Banco Central passa a ser, como poderá continuar a sê-lo sem que o Banco Central seja elevado à condição de Ministério? Como esse Ministro - agente ministro, mas o órgão que não é ministério - passa a se submeter à coordenação, supervisão e orientação de um Ministério? Em suma, numa linguagem bem coloquial, entendo que, na matéria, o "kit" tem de ser completo: Presidente do Banco Central elevado à condição de Ministro e o Banco Central elevado à condição de Ministério para a Constituição ser respeitada" (págs. 46 e 47).

Por fim, esclarece que não é vedado à lei fazer equiparações para que se alcance determinados fins, mesmo administrativos, porém considera o meio utilizado no caso inconstitucional.

O ministro Cezar Peluso vota no sentido do ministro Gilmar Mendes, argumentando que só haveria alguma espécie de abuso caso a prerrogativa de foro fosse um privilégio, e não uma previsão constitucional, e caso a medida tivesse sido editada visando a beneficiar uma pessoa em especial, e não a um cargo, apesar de, assim como o ministro Gilmar Mendes, apresentar em sua fundamentação diversos argumentos conjunturais, relativos ao momento da edição da medida. Também refuta a tese do ministro Carlos Britto com base no artigo 87, parágrafo único, inciso I da constituição, que prevê aos ministros atribuições outras que não necessariamente a de dirigir um ministério.

A ministra Ellen Gracie, em poucas palavras, também acompanha o voto do ministro relator.

O ministro Marco Aurélio vota em sentido contrário à maioria. Logo de início, questiona a presença dos requisitos de relevância e urgência da medida:

"*Concordo com o que sustentado da tribuna. Passaram-se muitos anos sem que se cogitasse, mesmo em época de certo abandono dos parâmetros constitucionais,*

conferir esse título – realmente considerável – ao presidente de uma autarquia, ao Presidente do Banco Central. Eis que, de uma hora para outra, teria surgido no cenário nacional quadro a ensejar a edição dessa medida provisória.
(...) não vejo causa suficiente para atuar-se de forma imediata, lançando-se um ato com força de lei, deixando-se de encaminhar projeto - que poderia, inclusive, merecer a tarja de urgente - para a deliberação das Casas Legislativas" (págs. 57/58).

Afirma também a invasão pela medida de campo processual:

"*Mais do que isso, Senhor Presidente, acabou-se por legislar em campo processual, no campo do processo penal, porque escancarado o objetivo da mudança. Buscou-se o estabelecimento de competência, da competência do Supremo Tribunal Federal, e pouco importa que isso não esteja dito com todas as letras na medida provisória, hoje já convertida em lei. Não podemos ser ingênuos a ponto de olvidar o fim almejado mediante a disciplina*" (pág. 58).

Assemelha sua opinião à do ministro Carlos Britto sobre quem considera serem efetivamente ministros de estado e questiona também a exigência de submissão de ocupantes dos cargos de ministro à aprovação do Senado, sabatina obrigatória pela qual qualquer ocupante do cargo de presidente do Banco Central teria que passar, segundo o artigo 84 da constituição.

Diz ainda não ser contra as ficções jurídicas, porém que estas devem ser pautadas na realidade, o que, segundo ele, não ocorreu no caso, devido às diferenças nas atribuições de cada cargo, que tornam as duas atividades incompatíveis de serem praticadas por um mesmo agente, situação que, segundo ele, geraria extrema insegurança jurídica:

"*Em suma, o ministro de Estado é um auxiliar do presidente da República, sendo por este escolhido em ato único, sem que se tenha a participação do Legislativo, ao contrário do que ocorre relativamente à escolha do presidente e dos diretores do Banco Central – alínea "d" do inciso III do artigo 52 e artigo 87 da Constituição Federal. Diante dos termos da Carta da República, distintas são as atividades do presidente do Banco Central e de ministro de Estado*" (pág. 63).

E, com base no "princípio do terceiro excluído", segundo o qual duas afirmações conflitantes não podem gerar uma terceira, sendo que algo ou é, ou não é, afirma que haverá uma incongruência de interpretação na constituição caso o presidente do Banco Central, membro da administração

indireta, tenha, ainda que apenas formalmente, posição jurídica de ministro, função da administração direta:

"*Nesse contexto, o empréstimo da condição de ministro ao presidente do Banco Central surge conflitante com a Carta da República, flexibilizando-a, no que elastece a competência do Supremo Tribunal Federal. Dela discrepa quanto a uma nova óptica do que se passa a entender como ministro de Estado, contrariando-se o princípio lógico do terceiro excluído: ou bem se tem o cargo de presidente de uma autarquia, a integrar – repito – a administração indireta federal, ou bem se verifica a ocupação de cargo de ministro de Estado, ficando o titular submetido diretamente, como auxiliar, ao presidente da República.*

(...) Pouco importa, no caso, a origem da imaginação que conduziu a colar-se ao presidente do Banco Central o status de ministro, chegando-se à verdadeira fantasia. Pouco importa que se tenha querido outorgar pomposo título ou dotar-lhe de blindagem, em vista das ações em curso na primeira instância. O que cumpre perceber é a incongruência, dadas as balizas constitucionais que norteiam a vida no Estado Democrático de Direito. A incoerência e a inconstitucionalidade também estão no fato de alguém acumular a presidência de uma autarquia e um ministério, hipotético este, mas existente sob o ângulo formal, ou seja, um cargo na administração indireta e outro na administração direta" (págs. 64/65).

O ministro Carlos Velloso, primeiramente, faz uma pequena defesa do controle jurisdicional de medidas provisórias, que ele considera serem uma espécie de "delegação legislativa", e que segundo ele não se justificam apenas pela lentidão do poder legislativo:

"*Agora, Senhor Presidente, é preciso ficar bem claro que a legitimidade da delegação legislativa está no controle exercido sobre essa mesma delegação legislativa. Primeiro, o controle político, por parte do parlamento; segundo, nos sistemas como o* nosso, o controle jurisdicional, o **judicial review**.

De modo que, se não houver esse controle rigoroso, principalmente por parte do Poder Judiciário, a delegação legislativa tornar-se-á ilegítima" (grifo do ministro - pág. 72).

Ao passar para a análise de mérito, de pronto reputa inexistentes os requisitos de urgência e relevância:

"*A relevância e a urgência estariam, segundo se afirma, na relevância das matérias que integram a pauta de decisões do Presidente do Banco Central:*

formulação da política monetária do País e intervenção no sistema financeiro nacional. Isso está na exposição de motivos da Medida Provisória. Todavia, essas atribuições - foi dito da tribuna, está nos memoriais e na petição inicial - são exercidas pelo Presidente do Banco Central há cerca de quarenta anos; após tanto tempo descobre-se, num passe de mágica, que é urgente e relevante fazer do Presidente do Banco Central Ministro de Estado.

(...) Veja, eminente Presidente, dar ao Presidente do Banco Central o título de ministro, ministro que não tem ministério, que não dirige ministério nenhum, bem ressaltou o Sr. Ministro Carlos Britto, não tem relevância, o que me parece óbvio. E nem há urgência em fazer ministro uma autoridade que vem exercendo as funções do cargo há cerca de quarenta anos, sem necessitar do título de ministro" (págs. 72 e 74).

E propõe um erro na escolha do tema para o qual a discussão da ação foi levada:

"*Ora, Senhor Presidente, neste campo - está aqui o eminente professor de Direito Econômico, o nosso Colega Eros Grau -, o que é relevante e deve ser discutido é se ao Banco Central deve ser concedida autonomia relativamente ao governo; não é simplesmente fazer do Presidente do Banco Central Ministro de Estado, que continuará subordinado ao Presidente da República. O que é relevante é mesmo isto: deve-se conceder ao Banco Central autonomia relativamente ao governo? Muitos economistas respondem afirmativamente, o que, aliás, ocorre nos Estados Unidos da América. Este é o tema relevante, mas não é o tema que estamos cuidando nestas ações diretas*" (pág. 73).

Após, questiona também a medida provisória como meio cabível para a alteração do cargo, uma vez que, segundo ele, ao se mudar o *status* do cargo, mudam-se também as atribuições do presidente, o que interessa ao sistema financeiro nacional, pelo que há desrespeito ao artigo 192 da constituição. Além disso, afirma que o único requisito pelo qual deve passar o presidente do Banco Central é a sua aprovação pelo Senado, requisito pelo qual não passam os ministros de estado.

Assim, vota pela inconstitucionalidade da medida e, conseqüentemente, da lei em que se converteu.

O ministro Sepúlveda Pertence, ao tratar dos requisitos de relevância e urgência, rebate o argumento, utilizado por muitos ministros, de que não

haveria a urgência da medida, uma vez que o cargo de presidente do Banco Central existe há cerca de 40 anos. Para ele, esse fato comprovaria ainda mais a urgência da sua edição.

Em seguida, demonstra seu receio em basear-se no princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Constituição, para julgar uma ação:

"*A alegação de ofensa ao princípio da moralidade, quero deixar claro também que não acolho no caso. Confesso meu temor do uso, sem muita discrição, desse princípio constitucional, porque, por meio dele, podemos estabelecer o governo dos juízes, que não é, por ser de juízes, menos arbitrário que outros governos arbitrários*" (pág. 86).

E afirma não haver ofensa a esse princípio no caso:

"*No caso, porém, também me parece que, em si mesma, a elevação de um agente público à condição de Ministro de Estado e o conseqüente foro por prerrogativa de função não ofendem o princípio da moralidade porque – acentuou o Ministro Cezar Peluso –, em si mesma, a prerrogativa de foro não é um desvalor ético ou jurídico*" (pág. 86).

Também rejeita a alegação de que a mera alteração do *status* atinge matéria processual e desconsidera os efeitos que a elevação do cargo possa ter no sistema financeiro nacional.

O problema surge, para ele, no fato de a constituição ter distinguido claramente o cargo de presidente do Banco Central e o seu estatuto dos demais cargos de chefia de autarquias, tornando incompatível àquele a assunção da função de ministro:

"*Isso resulta, a meu ver, do cotejo dos incisos I e XXV com o inciso XIV do art. 84 da Constituição: nos primeiros se prevê que compete privativamente ao Presidente da República - no inciso I - nomear e exonerar os Ministros de Estado e - no inciso XXV - prover cargos públicos em geral. Mas o inciso XIV se dedicou especificamente a certo tipo de agentes públicos. Quais? O Presidente e os demais dirigentes do Banco Central, distinção que, a meu ver, se reforça com a cláusula posta pelo mesmo art. 84, XIV e já presente no art. 52, III, "d", da Constituição, que submete a nomeação do Presidente do Banco Central e dos demais diretores, ao contrário do silêncio a propósito de quaisquer outras autarquias, à prévia aprovação do Senado Federal*" (pág. 89).

Além disso, questiona a constitucionalidade não apenas da medida provisória, mas também da lei em que se converteu, visto que esta introduz um novo parágrafo que traz explicitamente a previsão da prerrogativa de foro aos ex-presidentes do Banco Central, aí sim segundo ele, criando um privilégio e atingindo matéria processual.

Assim, num sentido contrário do que parecia ir inicialmente, declara a procedência da ação e a inconstitucionalidade da medida.

O ministro Nelson Jobim, em um voto bastante curto, acompanha o ministro Gilmar Mendes, relator, no sentido da constitucionalidade da medida, esclarecendo apenas que a alteração do foro de julgamento do presidente do Banco Central não levará a situação de impunidade do mesmo.

Assim, foi julgada por maioria de votos integralmente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, mantendo-se a eficácia da medida, vencidos, na totalidade, os ministros Carlos Britto, Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, e, em parte, o ministro Celso de Mello, que somente julgava procedente a ação em relação ao parágrafo único do artigo 2º da lei 11036/2004.

Análise Parcial

Percebe-se nesse acórdão bastante discussão sobre os requisitos de urgência e relevância, bases da argumentação do voto do ministro Gilmar Mendes, ainda que para reconhecê-los. Voto, inclusive, que empresta seu conteúdo aos votos dos demais ministros que optam pela constitucionalidade da medida provisória, o ministro Joaquim Barbosa acrescentando ainda que considera a questão como sendo do âmbito da discricionariedade do presidente da república, conforme a sua conveniência. Note-se que a questão da urgência e relevância também foi tratada com grande importância pelos ministros que votam pela inconstitucionalidade da medida.

Também se mostra como elemento determinante para a decisão do ministro relator a sabida importância do cargo de presidente do Banco Central,

segundo ele um "cargo de natureza especial" que justificaria a edição da medida mesmo que simplesmente para "blindá-lo" (nas palavras do ministro Marco Aurélio) das diversas ações judiciais que vinha sofrendo, não parecendo importar muito para ele e para os demais ministros que o acompanham e aprovam a medida a incompatibilidade constitucional apresentada pelos ministros que a reprovam, qual seja a criação de uma espécie de cargo anômala, na qual se tem o *status* de ministro sem a direção de um respectivo ministério, exercendo o ocupante do cargo funções, ao mesmo tempo, da administração direta e indireta, e passando, para assunção do cargo, pelo procedimento de sabatina pelo Senado, que não é previsto para os outros ministros de estado.

Todavia, pode-se dizer que já não há mais aquele receio dos ministros em questionar o verdadeiro motivo da promulgação da medida, quando se limitavam a fazer uma comparação interpretativa de seu texto com o texto legal constitucional.

ADI-MC 3540: Caso do Código Florestal

O caso:

Diferentemente da maioria das outras ações de inconstitucionalidade aqui analisadas em seu teor, que foram impetradas por partidos políticos, a seguinte ação foi impetrada pelo Procurador Geral da República, que ataca o artigo 4º, *caput* e os parágrafos 1º a 7º, da Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal), cujas redações são dadas pela Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

E é o seguinte o teor das normas impugnadas:

"***Art. 4º*** *A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.*

§ 1º *A supressão de que trata o 'caput' deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do*

órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º *A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico.*

§ 3° *O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente.*

§ 4º *O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor.*

§ 5º *A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas 'c' e 'f' do art. 2° deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.*

§ 6º *Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA.*

§ 7º *É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa."*

O ministro Nelson Jobim, à época presidente do Supremo, já havia julgado a cautelar em decisão monocrática, decidindo por deferi-la e suspender os efeitos da medida provisória, com base no argumento principal de que o artigo 225, parágrafo 1º, inciso III da constituição apenas autoriza a supressão de área protegida mediante lei, e a medida provisória permite que tal autorização seja feita meramente por órgão administrativo ambiental regional.

Porém, o presidente da República pediu a reconsideração da decisão, pelo que a questão foi levada a Plenário.

Tais foram as alegações apresentadas pelo impetrante:

- de que os dispositivos ora atacados tornam possível a supressão de área de preservação permanente mediante mera autorização administrativa do órgão ambiental, quando, em verdade, o legislador

constituinte determinou que tal supressão somente poderá ocorrer por meio de lei formal;

- de que somente a lei em sentido formal e específica, entendida esta como o ato normativo emanado do Poder Legislativo e elaborada segundo os preceitos do devido processo legislativo constitucional, poderá autorizar a alteração e/ou supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos;
- de que o CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, com fundamento na Medida Provisória atacada está prestes a autorizar, por meio de resolução, que o gestor ambiental local apure a 'utilidade pública' de um empreendimento de mineração e autorize, sem lei, a supressão da vegetação em área de preservação permanente.
- de que tal fato poderá acarretar prejuízos irreparáveis ao bem ambiental, uma vez que fundado unicamente na discricionariedade do gestor ambiental de dizer o que é utilidade pública, quando essa avaliação evidentemente extrapola a questão ambiental. Abre-se, via de conseqüência, a porta, por exclusivos interesses econômicos, especialmente minerários, para a extinção de espaços territoriais protegidos e essenciais à proteção e defesa dos ecossistemas.
- e de que A 78ª Reunião do CONAMA seria realizada nos próximos dias, o que comprovava a necessidade de concessão de medida cautelar com base no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99, "*sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado*" (págs. 7 e 8).

Houve admissão dos estados de Minas Gerais, de São Paulo, do Espírito Santo, da Bahia, de Mato Grosso do Sul e do Amazonas, da Confederação Nacional da Indústria (CNI) e do Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM) na condição de *amici curiae* ao processo, todos se manifestando no sentido da constitucionalidade da medida.

Houve também parecer emitido pelo Consultor Jurídico do Ministério do Meio Ambiente, a pedido do presidente da República, de seguinte teor:

*"**I** - **as áreas de preservação permanente** incluem-se no conceito de 'espaços especialmente protegidos', **nos termos** do art. 225, § 1°, inciso III da Constituição Federal, **juntamente** com as Unidades de Conservação e a Reserva Legal;*

***II** - **a interpretação/aplicação** dos preceitos constitucionais em debate **não podem** desbordar da lógica do razoável. **Com efeito**, o preceito constitucional em foco **não poderá** conduzir à conclusão de que **qualquer** atividade humana, **em 'espaços territoriais especialmente protegidos'**, dependa, diretamente, de autorização legislativa. A **interpretação** do enunciado em tais termos **esvaziaria** a ação administrativa, **concentrando-a** no Parlamento;*

***III** - o texto constitucional em análise **expressa a necessidade** de lei especifica **para a alteração e a supressão** de espaços territoriais especialmente protegidos, **jamais** para a supressão **de vegetação** nestas áreas. **O corte de vegetação** em área de preservação permanente **não acarreta** a supressão da APP, **tanto** que o Código Florestal Federal reconhece, textualmente (art. 1°, § 2°, inciso II), a existência de área de preservação permanente, mesmo em espaços desprovidos de vegetação;*

***IV** - **não depende de lei** o ato administrativo que, **nos termos** da legislação que disciplina referido espaço, **nele** autoriza, licencia **ou** permite obras **ou** atividade;*

***V** – **o art. 225**, **§ 1°**, **inciso III** da Constituição Federal **determina** uma dupla condição para que se promovam alterações **ou** supressões de espaços territoriais especialmente protegidos: **a**) existência de prévia lei autorizativa **e b**) vedação de qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;*

***VI** - **a lei autorizativa** para uma eventual supressão de vegetação em área de preservação permanente estabelecida pelo artigo 4° **é o próprio** Código Florestal (art. 3°, § 1° e art. 4°). Portanto, **não há necessidade** de uma lei específica **que autorize** a supressão de vegetação em área de preservação permanente;*

***VII** - a **segunda** condição constitucional, **para** que se possa alterar **ou** suprimir um espaço territorial especialmente protegido, é que tal alteração ou supressão **não implique** qualquer utilização **que comprometa** a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. Tal dispositivo só pode ser compreendido em consonância com a exigência constitucional do licenciamento ambiental para obras ou atividades potencialmente poluidoras ou causadoras de degradação do meio ambiente;*

VIII *- **entender** que não é possível aos órgãos ambientais autorizar a supressão de vegetação em APP, cabendo tal possibilidade, exclusivamente, ao Poder Legislativo **é subverter** o sistema constitucional das competências dos três poderes, **atribuindo** ao Legislativo o que é de competência do Executivo. **Não depende de lei** o simples ato administrativo, que, vinculado à norma geral legal que disciplina o uso de determinado espaço territorial especialmente protegido, **decide** sobre obras ou atividades a serem nele executadas;*

IX *- **com as modificações introduzidas** na legislação ambiental, **as áreas de preservação permanente** se consolidaram como espaços em regra insuscetíveis de utilização, **ressalvados** os casos em que, **constatada** a presença dos requisitos previstos em lei, **o órgão ambiental competente** possa, com fulcro no interesse público, devidamente caracterizado e motivado em procedimento administrativo próprio, **autorizar** a retirada da vegetação e a conseqüente intervenção nesses locais;*

X *- assim sendo, **as disposições** do art. 4º do Código Florestal Federal **encontram-se em perfeita harmonia** com a Constituição Federal, **em especial** o seu art. 225, § 1°, inciso III.*" (grifos do ministro – págs. 10-12)

A decisão:

O ministro Celso de Mello, relator, destaca a importância da proteção aos direitos de terceira geração, grupo do qual o direito à preservação do meio ambiente faz parte, e de se evitar que interesses empresariais acarretem na supressão desse direito.

"*A **preocupação** com a preservação do meio ambiente – **que hoje transcende** o plano das presentes gerações, **para também atuar** em favor das gerações futuras (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "**Direito Ambiental Brasileiro**", p. 123/124, item n. 3.2, 13ª ed., 2005, Malheiros)- **tem constituído**, por isso mesmo, objeto de regulações normativas **e** de proclamações jurídicas, que, **ultrapassando** a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, **projetam-se** no plano das **declarações internacionais**, que refletem, em sua expressão concreta, o **compromisso** das Nações **com o indeclinável respeito** a esse direito fundamental que assiste **a toda** a Humanidade*" (grifos do ministro – pág. 19).

No mais, adota na integralidade as razões apresentadas pelo parecer do consultor do Ministério do Meio Ambiente, repetindo-as em seu voto, e acrescentando bastantes argumentos doutrinários no mesmo sentido, principalmente com o objetivo de afirmar que a medida em questão não atingiu matéria reservada à lei e nem sobrepôs outros interesses à proteção do meio ambiente, mas, muito pelo contrário, tomou providências no sentido de se evitar a ofensa a esse direito, na medida em que, criando a lei autorizadora de que fala o artigo 225, impôs condições (autorização do órgão ambiental estadual) e limites (utilidade pública e interesse social) à supressão das áreas protegidas, coisa que antes nem sequer era prevista.

Além disso, afirma, com base em argumentos apresentados pelo presidente da República, que a reserva legal se dá apenas quanto:

"(...) à *alteração e supressão* ***de espaços territoriais especialmente protegidos****. Em contrapartida, o texto normativo impugnado* ***autoriza****, mediante procedimento administrativo próprio,* ***a supressão de vegetação em área de preservação permanente***" (grifos do ministro – pág. 25).

Havendo, assim, para ele, uma diferença de âmbito territorial na classificação dos dois tipos de região, podendo a supressão da última ser autorizada, com base nos requisitos previstos, por autoridade competente.

Cita a si mesmo em jurisprudência anterior para afastar a alegação de *periculum in mora* na não concessão da liminar:

"*A* ***jurisprudência*** *do Supremo Tribunal Federal,* ***ao pronunciar-se*** *sobre esse específico aspecto concernente à questão do "periculum in mora",* ***já advertiu*** *que "O* ***tardio*** *ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando* ***já decorrido*** *lapso temporal considerável* ***desde*** *a edição do ato normativo impugnado,* ***desautoriza*** *- não obstante o relevo jurídico da tese deduzida –* ***o reconhecimento*** *da situação configuradora do* ***periculum in mora****, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada" (****RTJ 152/692-693****, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*" (grifos do ministro – pág.35).

E, na conclusão de seu voto, demonstra o requisito de urgência da medida nas razões apresentadas pelo presidente (o qual as classifica como razões de *periculum in mora*):

*"**Na verdade**, há a ocorrência de 'periculum in mora' inverso, **pois** o deferimento da liminar, **ao impor que qualquer supressão de vegetação** se dê **apenas** mediante lei em sentido estrito, **além de gerar** interferência indevida do Poder Legislativo em seara **que sempre pertenceu** ao Poder Executivo, **atingindo** o princípio federativo, **implicará** na paralisação de atividades econômicas, obras de saneamento básico e outros*

serviços.

*(...) **Todavia**, **esta situação já está se verificando**. **A Secretaria de Petróleo**, Gás Natural **e** Combustíveis Renováveis do Ministério de Minas e Energia, **através** do MEMO n° 165/05/SPG, em anexo, **lista os processos de emissão de licença ambiental** para a construção de gasodutos que estão suspensos em virtude da concessão da medida liminar: **são investimentos que variam** de US$ 172 milhões (cento e setenta e dois milhões de dólares) **a** US$ 1.300 milhões (um bilhão e trezentos milhões de dólares). **Ressalte-se** que a paralisação desses empreendimentos **poderá comprometer o abastecimento de energia elétrica da Região Nordeste** em 2007, **uma vez** que as usinas termelétricas representam cerca de 30% (trinta por cento) da energia elétrica ali consumida. **Com relação à Região Norte**, a implantação do gasoduto Urucu-Porto Velho permitirá a utilização de gás natural em substituição ao óleo diesel e ao óleo combustível no abastecimento das usinas termelétricas do Estado de Rondônia, **o que reduzirá** custos **e trará benefícios** ao meio ambiente, **através** da menor emissão de gases poluentes.*

***Esses são apenas alguns exemplos** dos impactos da medida deferida na presente ação direta. **São inúmeros** os empreendimentos de pequeno, médio **e** grande porte **que foram interrompidos** à espera do devido equacionamento dessa questão, que, mantida nos termos atuais, gerará prejuízos incalculáveis ao país."*

(grifos do ministro – págs. 37/38).

E, por todas essas razões, vota pela constitucionalidade da medida e pelo indeferimento da cautelar.

O ministro Nelson Jobim, ao analisar novamente a questão, afirma que havia concedido a liminar anteriormente por ter tido dúvidas quanto à abrangência dos termos "alteração" e "supressão" de que trata o artigo 225, porém admite após ouvir o voto do ministro Celso de Mello que a norma em questão quis apenas reconhecer em que situações é legítima ou não a exploração a área de preservação, pelo que vota no mesmo sentido do relator.

O ministro Eros Grau, apenas acrescenta que medidas provisórias também são lei em sentido abstrato, sendo que a supressão de espaços territoriais depende de lei em seu sentido formal, de atividade do Legislativo, porém a supressão da vegetação de áreas especialmente protegidas prescinde de tal requisito, pelo que também vota com o relator.

O ministro Carlos Britto afirma ser a medida provisória extremamente concessiva ao permitir que a supressão de vegetação em áreas protegidas se dê com mera autorização administrativa, sendo que prevê regra menos rígida para devastação de vegetação do que a que é prevista para desapropriar um imóvel, que depende de autorização legislativa.

Chamando a atenção para o problema da desertificação no Brasil, sugere então que seja dada interpretação conforme ao dispositivo para que fique claro que essa autorização não significa, em nenhum modo, desnaturar o espaço e, muito menos, extirpá-lo ou extingui-lo.

A sugestão leva a uma discussão de que participam os ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello, que não a acolhem, por acreditarem que a própria constituição impede, em seu artigo 225, qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, como o meio ambiente.

O ministro Carlos Britto responde então que essa previsão constitucional serve para ser parâmetro da lei, a qual insiste que não o observou, sendo sua previsão da possibilidade de supressão, nas palavras do ministro, muito "frouxa", dando muita margem à discricionariedade da administração. E defere o pedido liminar.

O ministro Cezar Peluso entende que a norma constitucional apenas se refere a alteração e supressão em sentido abstrato, mas que nada infirma sobre a regulamentação do uso, que aliás o ministro defende que seja feita por atos administrativos, menos estáticos e mais controláveis em sua legalidade do que previsões legais.

A ministra Ellen Gracie vota integralmente no sentido do relator, atentando ainda para a inviabilidade de diversos projetos em andamento que a concessão da liminar causaria.

O ministro Marco Aurélio alega limitação material à atuação da medida provisória nesse caso, que decorre de vício formal na sua criação:

"Faço esse registro para assentar, de início, que não havia campo à atuação do Chefe do Poder Executivo. Não lhe cabia disciplinar uma matéria que pode implicar prejuízo projetado no tempo, irrecuperável, como se urgência e necessidade concorressem para alterar-se Código, em vigor há muitos anos, mediante medida provisória.

Creio que se configura, de início, vício formal na normatização da matéria. O tema, evidentemente, deveria passar, considerado o conteúdo da medida provisória e por meio de projeto de lei, pelo crivo dos representantes do povo brasileiro – os deputados federais – e pelos representantes dos Estados – os senadores" (pág. 59).

Afirma ainda que não existem situações em que a constituição fala em lei em sentido abstrato, sempre que traz a expressão "na forma da lei", ela se refere a atos normativos emanados do poder Legislativo. Assim, não pode, ao seu ver, uma medida provisória regular a alteração prevista pelo artigo 225 (que não traz qualquer diferenciação territorial), nem muito menos delegar a alguém que o faça:

"O vocábulo "alteração" tem significado vernacular próprio, e o constituinte de 1988 não estabeleceu exceções quanto ao objeto dessa mesma alteração. Vale dizer: não fixou uma gradação no tocante à modificação a sofrer o espaço territorial preservado.

Não posso dizer que onde a lei fundamental exige a existência de uma lei, excepcionando algo que, para mim, salta aos olhos como salutar, que é a integridade ambiental nos mais diversos aspectos, é possível ler-se que a disciplina para a alteração, e alteração quanto à supressão de vegetação é de natureza substancial, possa ocorrer por meio de medida provisória. E o que é pior: a medida provisória não encerra, por si mesma, a alteração. Revela algo que foi rechaçado pela Carta de 1988, ou seja, a delegação ao Poder Executivo" (pág. 68).

E, criticando as razões eminentemente econômicas que fundamentaram as decisões de seus colegas, com exceção do ministro Carlos Britto, assim conclui seu voto:

"Termino dizendo: pobre Mãe-Terra, pobres gerações presente e futuras no que se acaba por olvidar os parâmetros da Carta da República, os parâmetros voltados à preservação, tanto quanto possível, do meio ambiente, à integridade do meio

ambiente, ao respeito ao meio ambiente, no que indispensável ao bem-estar do próprio homem.

Peço vênia a Vossa Excelência – aliás, não pediria se Vossa Excelência tivesse mantido o ato formalizado -, peço vênia ao relator e aos que o acompanharam, para assentar que, sopesados os valores relativos ao desenvolvimento econômico, à exploração – não no sentido pejorativo - econômica e à preservação visada pela Constituição Federal, vejo risco maior em manter-se essa avenida, em termos de delegação, aberta pela medida provisória.

E, repito, se a medida provisória vier a ser rechaçada pelo Congresso, o mal já estará consumado – e este, no Brasil, tem um efeito incrível - em termos de alteração que a Constituição Federal visa a afastar, que é a alteração do meio ambiente com a supressão da vegetação, devendo ser frisado que a vegetação é indispensável, em se tratando de território, é indispensável a ter-se como preservado o meio ambiente" (pág. 65).

Vencidos, portando, os ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, indefere-se, por maioria de votos, o pedido liminar.

Análise parcial:

Com pouca discussão sobre a urgência e a relevância, esta foi uma decisão baseada essencialmente na argumentação trazida pelo presidente da República, talvez pela insegurança da novidade que era o controle constitucional de direitos ambientais, e pela falta de prática em tal controle.

Quanto ao teor dos argumentos, especialmente no que tange à consideração sobre os efeitos da decisão, teve maior força o fato apontado pelo ministro Celso de Mello, de que a concessão da cautelar impediria a continuação de vários projetos econômicos já em andamento, tendo o ministro Marco Aurélio relatado o "estardalhaço da mídia" que a primeira decisão do ministro Nelson Jobim causou.

Mostou-se patente que o interesse do presidente em pedir a reconsideração daquela decisão não foi a mera urgência em regulamentar uma atividade que devastava o meio ambiente, mas sim a possibilidade de continuação da execução daqueles projetos sem ter que esperar pela decisão

final. Aliás, não fosse por essa discussão, de ponderação entre interesse econômico e proteção ao meio ambiente, o primeiro levando a vantagem no caso, este acórdão não se encontraria no rol das decisões substantivas, uma vez que a outra questão discutida foi o significado dos termos 'alteração' e 'supressão', e a quem cabia, conforme interpretação do texto legal, permitir esses atos. Assim, ainda que tenha sido para apoiar o ato presidencial, pelo menos a real razão desse ato foi descoberta, trazida à decisão, e questionada pelos ministros.

ADC-MC 11: Caso dos Embargos à Execução

O caso:

A ação, impetrada pelo governador do Distrito Federal, tinha por objetivo, em caráter definitivo (ainda não foi julgada), declarar a constitucionalidade do artigo 1º-B da Lei 9494/97, acrescentado pela medida provisória 2180-35/2001 e, em caráter cautelar, de pedir a suspensão de quaisquer outras ações que questionassem a constitucionalidade do referido artigo até a decisão final. A norma em questão ampliava para 30 dias o prazo previsto pelo Código de Processo Civil e pela CLT para interposição de embargos à execução.

O impetrante alega a validade da medida, por ser esta anterior à emenda constitucional nº 32 de 2001, que veda a criação de normas processuais por meio de medidas provisórias; demonstra também a existência da controvérsia judicial, devido à propositura de diversas ações impugnando o artigo defendido; e defende os requisitos de urgência e relevância por meio da alegação de que o aumento do volume de demandas não permitia que se aguardasse pelo lento processo legislativo em que estava em trâmite o projeto de lei 2689/96, que dispunha prazo semelhante.

A decisão cautelar

O ministro Cezar Peluso, ao julgar o mérito da liminar, utiliza os requisitos de relevância e urgência não apenas para concedê-la, mas também para justificar a constitucionalidade da medida:

"*Com efeito, é dotada de verossimilhança a alegação de que as notórias insuficiências da estrutura burocrática de patrocínio dos interesses do Estado, aliadas ao crescente volume de execuções contra a Fazenda Pública, tornavam relevante e urgente a ampliação do prazo para ajuizamento de embargos*" (pág. 5)

Após um breve debate entre a ministra Carmen Lúcia, o ministro Sepúlveda Pertence, o ministro Cezar Peluso e o ministro Gilmar Mendes sobre a capacidade do Supremo Tribunal Federal para apreciar o mérito dos requisitos de relevância e urgência na promulgação de medidas provisórias e sobre quem seria beneficiado com o aumento do prazo (págs. 7/9), o ministro Celso de Mello expõe sua opinião sobre o primeiro tema em seu voto, afirmando ser essencial tal análise em alguns casos, a fim de evitar abusos do poder executivo. Trata do tema durante quase todo o voto, mas traz-se aqui, dentre diversos, um trecho considerado importante:

"***Os pressupostos*** *em questão -* ***urgência*** *da prestação legislativa* ***e relevância*** *da matéria a ser disciplinada –* ***configuram*** *elementos* ***que compõem*** *a própria estrutura constitucional da regra de competência* ***que habilita*** *o Chefe do Executivo,* ***excepcionalmente****, a editar medidas provisórias.* ***Tais pressupostos****, precisamente* ***porque são*** *requisitos de índole constitucional,* ***expõem-se****, enquanto categorias de natureza jurídica,* ***à possibilidade*** *de controle jurisdicional.* ***É que*** *a carga de discricionariedade política,* ***subjacente*** *à formulação* ***inicial****, pelo Chefe do Executivo,* ***do juízo concernente*** *aos requisitos da urgência* ***e*** *da relevância,* ***não pode legitimar*** *o exercício* ***abusivo*** *da prerrogativa extraordinária de legislar*" (grifos do ministro – pág. 15).

No final, todavia, reconhece presentes, sem maiores justificativas, os requisitos da medida provisória, concedendo a liminar.

O ministro Sepúlveda Pertence vota no sentido de conceder a liminar para suspender os efeitos das ações pendentes, porém prefere não se manifestar sobre a constitucionalidade da medida, pois afirma que talvez esta possa beneficiar demais a Fazenda Pública, que, segundo ele, já é dotada de bastantes privilégios processuais.

Ao final, é concedida, por maioria de votos, a medida cautelar, sendo que a ação principal ainda não teve acórdão publicado.

Análise Parcial

No caso acima descrito, observa-se a preponderância dos elementos de urgência e relevância (lentidão do poder legislativo e importância da matéria) e, novamente, da consideração sobre os efeitos que a retirada da eficácia da medida geraria (ferir o contraditório da Fazenda Pública) na tomada da decisão, em detrimento de análise de questões estritamente legais como, por exemplo, de discussão sobre o meio adequado para se criar a norma processual impugnada, apenas resvalada por alguns ministros.

Tal discussão é aparentemente de pouca importância, devido à existência da emenda constitucional nº 32/2001, porém acredita-se que também deveria ter sido mais tratada, justamente para que se questionasse porque foi vedada a capacidade de medidas provisórias de tratarem de matéria processual, e porque esta medida atacada merecia ter sua validade mantida apesar dessa vedação.

IV) <u>Conclusão Final</u>:

Após as análises quantitativa e qualitativa, chegou-se a algumas conclusões importantes relacionadas ao objeto da pesquisa e à hipótese criada. Tais conclusões são apresentadas a seguir.

Logo de início, com a análise quantitativa e o cruzamento dos dados obtidos nas duas tabelas, percebeu-se que ainda é muito maior o número de medidas aprovado pelos ministros do que o rejeitado. Ainda da análise quantitativa depreendeu-se que é também maior o número de casos em que a análise das ações não ultrapassa a barreira da consideração dos requisitos formais, sendo poucas as ações em que há um estudo mais aprofundado do

mérito do pedido, e discussão sobre o teor da medida (sua redação, seus efeitos na realidade[16]). Ainda nesse âmbito, também se observou que a argumentação de mérito é mais freqüente quando a medida é rejeitada, o que pode representar um maior esforço argumentativo para justificar a retirada da medida do que para permitir que continue vigente.

Porém, não se podia, apenas a partir dessa primeira análise, retirar conclusões definitivas. Tentou-se então, por meio de análise qualitativa de algumas ações consideradas relevantes para a pesquisa, cujo recorte foi explicado no próprio capítulo, entender um pouco mais das razões dos ministros para afirmarem que uma medida provisória cumpria a função que lhe cabia, mercendo manter sua vigência. Tentou-se também, a partir dessa análise, extrair um pouco da idéia que os ministros do Supremo Tribunal Federal, em suas diversas combinações, tinham e têm de qual é o seu papel na engenharia da produção de medidas provisórias, papel que para essa pesquisa é considerado essencial e preponderante, mas que traz consigo o ônus da argumentação para que tenha utilidade, visto que executado por meio do controle de constitucionalidade[17].

Com a segunda parte da análise, todavia, observou-se alguns elementos que tornaram a conclusão bem mais amena do que poderia parecer apenas com a análise quantitativa. Tal conclusão se reforça especialmente quando se observa as ações de modo cronológico.

A primeira conclusão, e aparentemente mais óbvia, é a de que os ministros não só decidem politicamente (o que já se intuía, pela experiência tida na Escola de Formação, na análise de diversas ações do Supremo Tribunal Federal) mas de que, em casos de controle de constitucionalidade de medidas provisórias, essa parece ser a regra.

---

16 Quanto ao problemas que acredita-se que incorrem desse fato ver nota de rodapé nº 7.

17 As ações constitucionais (ações de constitucionalidade, mandado de injunção, entre outras) são, por sua natureza, ações objetivas, o que significa que não possuem partes interessadas. Todavia, não é por essa razão que se exclui delas a exigência de motivação por parte do juiz, mas pelo contrário, por não serem do interesse apenas de duas partes, são do interesse de todos, e talvez por isso se exija ainda mais de sua fundamentação. Em contrapartida, como a todo direito está atrelado um ônus, acredita-se que é também um dever dos interessados (e, portanto de todos nós), acompanhar os resultados dessas decisões, dever esse que não vem sendo amplamente observado.

Aliás, é extremamente necessário e reconhecível que assim seja, considerando-se a origem executiva e a natureza discricionária das medidas provisórias. O problema que aqui se configura é que, apesar de sempre terem havido razões políticas nas decisões dos ministros, nos primeiros casos estas se mostravam mais obscuras na apresentação do voto. No mais das vezes, o ministro que apresenta primeiro razões políticas é geralmente o que dá sentido à decisão, convencendo os demais, porém, nas primeiras ações os ministros pareciam forçados a encontrar razões fundamentadas em artigos legais para justificar suas decisões no acórdão. Isso muitas vezes, e ainda mais nos casos de improcedência da inconstitucionalidade, deixa a idéia de que os ministros que acolhem a medida na verdade simplesmente se abstém de efetivamente controlá-la, mantendo a decisão tomada pelo poder Executivo ao editá-la, e ainda atrelando algum artigo constitucional à sua existência.

Outro elemento, também muito recorrente nas primeiras ações e menos nas mais novas, é a preponderância de argumentos meramente baseados na prevalência da discricionariedade, conveniência e oportunidade da administração. Nesse sentido, as razões de urgência e relevância apresentadas pelo presidente muitas vezes acabaram sendo analisadas apressadamente ou sequer eram criticamente analisadas, e geralmente eram acolhidas, sem que os ministros fizessem sua própria análise, no mérito, do que consideravam relevante e urgente.

Se se considerar apenas os defeitos descritos, é questionável até que ponto o controle de constitucionalidade de medidas provisórias é útil. Talvez alguns respondam que um controle é útil quando se restringe a controlar a legalidade do ato. Mas, falando-se em um tribunal como o Supremo Tribunal Federal, é possível se delimitar até onde vai a legalidade? Um ato é legal, perante a constituição, meramente quanto à observância da lei em sua criação, ou podem ser considerados também as razões da sua criação e os efeitos que esse ato gera no mundo real como legais ou ilegais? Essa é uma grande discussão.

Porém, quando se opta pela segunda corrente, o que parece fazer o tribunal ao olhar a norma em todos os seus sentidos, então a argumentação

com base meramente na atuação discricionária da administração ou a acolhida imediata dos motivos de relevância e urgência apresentados excluem o controle jurisdicional de medidas provisórias, pois que empurram a atribuição do juízo de validade dessas normas para outro poder, que não o Judiciário.

Abster-se de contrariar as razões de oportunidade, conveniência não parece ser parte de um presidencialismo de coalizão[18]. A impressão que fica de uma decisão que não analisou tais questões com a devida atenção é a de que o tribunal não fez controle nenhum da medida, mas apenas deu um "carimbo" de legalidade ao ato do presidente. Até onde um tribunal constitucional pode se submeter à limitação dada pela separação dos poderes? Nunca é demais atentar para aquilo que já foi inclusive mencionado por diversos ministros: o fato de que a edição de medidas provisórias vem sendo praticada de forma abusiva pelos chefes do Executivo, ao longo de sua curta história.

Porém, como já se mencionou anteriormente, tal prátrica parece estar diminuindo ao longo da ainda curta história do controle de constitucionalidade de medidas provisórias. E, mesmo para os casos mais antigos, é importante reconhecer que há algumas possíveis justificativas para essa timidez dos ministros no controle de medidas provisórias.

Não se pode deixar de considerar que o Supremo Tribunal Federal recentemente viveu um período de decreto-lei, em que as decisões discricionárias do presidente não podiam ser questionadas, pelo que, talvez, o que houvesse, especialmente no início do controle, fosse um certo receio ou uma falta de prática do mesmo, o que, pela análise qualitativa e considerando a evolução das decisões no tempo, observa-se que vem diminuindo consideravelmente, à medida em que proporcionalmente aumenta a discussão explícita das reais razões de criação das medidas, bem como a rigidez na admissão dos requisitos de urgência e relevância.

Observa-se que já há também uma diferença na evolução do placar, que antes tendia para a quase unanimidade, mas parece cada vez mais equilibrado, o que pode ter se dado, inclusive, justamente pela grande modificação da composição do Plenário, com a entrada no Supremo de

---

18

ministros que não sofreram as restrições referentes ao decreto-lei e ao regime autoritário, juntamente com uma provável consciência de que é possível controlar os requisitos de relevância e urgência sob o aspecto substantivo do mérito, e não meramente admiti-los como se fossem uma obrigação a ser apresentada pelo presidente e que foi cumprida. Apesar de ainda haver certa quantidade de argumentação discricionária, de conveniência e de oportunidade, tornou-se quesito praticamente obrigatório em todos os votos passar pela análise da urgência e da relevância (ainda que para demonstrá-los existentes, mas cada vez mais com as próprias razões dos ministros) e, após esse passo, pela análise da qualidade da medida em contexto com a realidade, o que leva a melhor qualidade do julgado e a maior presença de transparência e de esforço argumentativo.

Além disso, a emenda constitucional nº 32/2001 trouxe diversas inovações à regulamentação das medidas provisórias, como limitação material clara ao texto das medidas, limitação temporal, instrumentos jurídicos de que não dispunham os antigos ministros e que, paulatinamente, observa-se que vêm sendo incorporados no controle de constitucionalidade, sendo que de certa forma algumas dessas previsões já eram utilizadas de forma intuitiva na argumentação. Fica apenas uma crítica à demora na promulgação de tal emenda, sendo compreensível que era necessária primeiro experiência da medida provisória no ordenamento para saber como seria utilizada na prática, porém, como depois de pouco tempo foi constatado claramente seu exercício abusivo, não há como reconhecer razão no prazo de 13 anos para que se tomasse alguma providência legislativa contra esse abuso, o que também pode ser um motivo dos que freou a atividade jurisdicional.

Assim, espera-se com o fim dessa monografia que fique claro que não se considera desimportante o controle judicial de medidas provisórias, porém é fato que não há razão para este controle quando é feito de maneira inócua, pois é o mesmo que não fazê-lo, com o agravante de ocupar a pauta já atarefada do Supremo Tribunal Federal com mais essa questão. Se foi prevista a capacidade do Supremo Tribunal Federal para exercer essa função de controlador da legalidade de medidas provisórias, é porque acreditou-se que

esse órgão era que tinha atributos para tão difícil tarefa, e requer-se que a mesma seja realizada com a devida diligência, pelo bom funcionamento do estado de Direito previsto pela Constituição Federal de 1988.

E, como demonstrado, há razões para se pensar que esse controle vem ganhando contornos mais fortes, e espera-se que cada vez seja mais eficaz como pretende ser no impedimento do abuso do poder presidencial de legislar.

V) Bibliografia

Ações Diretas de Inconstitucionalidade

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 259
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 425
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1442
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1454
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1647
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1716
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1922
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1976
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1998
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2003
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2065
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3289
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3290

Cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade

- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 272
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 358
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 359
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 525
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1125
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1135
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1204

- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1205
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1206
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1207
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1208
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1209
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1210
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1211
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1212
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1213
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1214
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1215
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1216
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1602
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1629
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1715
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1726
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1786
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1910
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1922
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1992
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1976
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2081
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2213
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2251
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº2332
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3352
- Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3540

Ações Diretas de Constitucionalidade

- Ação Direta de Constitucionalidade nº 9

Cautelares em Ações Diretas de Constitucionalidade

- Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 9
- Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 11