

O Supremo Tribunal Federal e seu poder contramajoritário sobre as medidas provisórias

The Federal Supreme Court and Its counter-majoritarian power over the Provisional Measures

Daniel Barile da Silveira Correio

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (FD/UnB). Professor do curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília (Unimar) e de Direito Constitucional do Centro Universitário Toledo (UniToledo). E-mail: danielbarile@hotmail.com.

Recebido em 01/07/2015 e aceito em 17/11/2015

Resumo

O presente artigo busca estudar o comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) em face das medidas provisórias, durante o período de 1988-2011. Neste sentido, a intenção é de diagnosticar qual o poder de veto que o STF se utiliza para barrar ou não estas políticas, exercitando sua função de "accountability" horizontal na separação de poderes.

Palavras-chaves: Supremo Tribunal Federal; poder de veto; medidas provisórias.

Abstract

This article aims to study the legal behavior of the Brazilian Supreme Court in the trial of the Direct Unconstitutionality Action (ADIs) on the provisory measures during the period 1988-2011. In this sense, the intention of this work is diagnosticate what is the veto power that the Supreme Court uses to prevent or not prevent that policies, practicing its accountability function on the separation of the powers. Independence, political relations and judicial practice of tripartite powers: an analysis of the judgment in the Supreme Court of Direct Unconstitutionality Actions on the power of presidential decree (Provisory Measures).

Keywords: Supreme Court; veto power; provisional measures.

Introdução

É cediço atualmente que a existência de um Poder Judiciário independente e que se pauta em conformidade com um conjunto de regras jurídicas que regulam seus procedimentos e decisões indicam forte sinal de maturidade democrática. Desta forma, boa parte da filosofia política e do constitucionalismo modernos vislumbra ser justamente a fiel observância a essas regras que garante a harmonia entre os poderes, permitindo o regular funcionamento da vida social, tendo a magistratura um papel centralizador e protetor desse jogo, especialmente na salvaguarda do direito das minorias.

Ocorre que tal visão preconizada pela leitura jurídica clássica, embora fundamental para qualquer análise normativa do Direito, certamente pouco esclarece como essas regras, e as decisões por elas baseadas, são efetivadas perante uma comunidade de atores dispersos em um cada vez mais complexo núcleo de ações políticas. Aquela ótica tradicional, de certa forma, projeta perenemente sobre o sistema jurídico um lastro de confiabilidade decisória a partir de uma matriz causal independente, sem se considerar os *custos políticos* que as decisões impactam na sociedade, especialmente gerenciada pelos atores que a produzem.

E, de fato, todas as decisões prolatadas por um órgão jurisdicional comportam reflexos sociais, em sua grande parte no contexto político. Assim, é de se entender que toda ordem de uma autoridade judicial provoca necessariamente uma transformação no universo social, por mínima que seja. Daí que a análise dos *custos políticos*, somada à condição de *suportabilidade de decisões judiciais no universo social*, são, sem dúvida, variáveis que merecem um atento olhar no pano de fundo em que se desenrolam os conflitos sociais judicializados. Certamente um texto pioneiro, tal qual de Ferdinand Lassale (2002), ou mesmo na leitura sobre o problema da interpretação jurídica, como visto nos trabalhos de Hans Kelsen (2000), um normativista clássico, já trouxeram consigo essas preocupações fundamentais para a ciência jurídica, relevando o fato de que *regras e decisões judiciais não dependem de si próprias para sobreviver no sistema social*, carecendo em boa

parte de seus aplicadores para tornarem seus comandos exigíveis. Destarte, seu suporte de aplicação em um ambiente social passa por uma questão política insolúvel, a qual traz consigo riscos inerentes e pungentes. Com efeito, ante uma compreensão que aqui se espousa, entende-se que *regras são cumpridas porque demandam interesses dos agentes políticos em observá-las*. Tanto Przeworski (2006), como Barry Weingast (2001), Maravall (2003), ou ainda Foucault (2000) já sabiam que o *interesse* no cumprimento ou não das regras é tão maior quanto for o poder dos agentes presentes na arena política em se apoderar delas e convertê-las para si, intervindo na aplicação do direito.

O mesmo pode ser dito da ação dos tribunais quando interferem no comportamento político de enfrentamento de interesses, socialmente difusos, conflitantes e refletores da dinâmica dos grupos sociais. A efetividade de suas decisões apenas ganha aporte social quando encontra um determinado lastro de aceitabilidade no extenso campo de conflitos presentes na arena política. Isto porque não somente a normatividade, mas também a medição das forças presentes em uma comunidade política, proporcionam a legitimidade e o cumprimento de decisões judiciais em um ambiente democrático, assolado por interesses sociais mais diversos. Assim, são estes os reais vetores do comportamento judicial quando da concepção de um ato decisório que se propugna a impedir a continuação de conflitos. Não é à toa que nos trabalhos de McCormick (1995) e Atienza (2005), bem como Chaim Perelman (2005), é possível vislumbrar o uso constante por parte dos tribunais de “argumentos consequencialistas”, demonstração mais exata de que os custos políticos de uma decisão influenciam sobremaneira o mecanismo pelo qual se produz uma sentença, notadamente ao se pensar em sede de cortes constitucionais. A regra aparentemente clara de direito, norma jurídica geral e abstrata, e os princípios ordenadores do círculo jurídico, revelam-se, nesta abordagem, como *um dentre vários* vetores argumentativos e legitimatórios que embasam as decisões judiciais, por mais determinantes e cogentes que aquelas sejam para a natureza das relações sociais postas *sub judice*.

Desta forma entendida, é possível, portanto, encontrar nas cortes constitucionais situações exemplares da análise de custos políticos nas

decisões, mormente porque são esses tribunais que normalmente adotam um mecanismo assumido em decidir os casos a partir das regras jurídicas com base em um convívio democrático. A ponderação entre os influxos advindos da arena política e a justificação resolutória dos conflitos a partir de um discurso jurídico normativo encontram convergência no espaço dos tribunais constitucionais, cuja linha limítrofe entre os campos do Direito e da Política pode se constituir como problema fundamental.

Assim, é no cerne do jogo de forças políticas que tal decisão jurídica vai se construindo lentamente, de modo a encontrar maior ou menor grau de assentamento institucional, cuja consequência mais imediata pode ser uma expansão das funções judiciais para a consolidação de uma produção jurisdicional mais livre e sua afirmação institucional na relação de poderes, ou ainda, a timidez de enfrentamento das forças predominantes na arena política, permitindo a assunção de um comportamento mais restritivo e menos criativo por parte de tais cortes constitucionais. Neste círculo decisório, tanto a dinâmica do relacionamento entre os Poderes quanto a correlação entre maiorias e minorias no controle interinstitucional são elementos importantes a serem considerados, pois são os eixos de análise sobre os quais recaem esta compreensão mais específica.

Para tanto, nossa hipótese é de que quanto mais o Tribunal atua no sentido de perfilhar-se ao jogo de coalizões existente na esfera política, menos chance de confrontamentos institucionais ocorrerá. Isto pode abrir espaço para a asserção de uma jurisprudência mais harmoniosa e fulcrada em precedentes jurídicos estáveis e conservadores, posto que reproducentes de um padrão de consentimento adotado sistematicamente no acompanhamento de conjunturas de coalizão mais consistentes. Prevalece, nestes casos, a autorrestrição enquanto módulo de comportamento da Corte. Trata-se, de fato, de um comportamento de autocontenção, a fim de não provocar desgastes institucionais, mantendo-se a Corte mais referendária das políticas majoritárias.

Ao revés, em um cenário em que o tribunal se posiciona avidamente contra esta base majoritária, isto ocorrerá pelo fato de que existe suporte

político pulverizado para a decisão, de maneira que o Tribunal não age somente contra o principal *policy-maker*, mas usa sua força decisória apoiada por outros agentes opositoristas para produzir uma decisão mais arredia às intenções da política predominante. Neste sentido, com amplo lastro decisório a seu favor, a Corte tenderia a se posicionar de forma mais livre de pressões, o que propiciaria momentos de ativismo explícitos, fortalecendo o Tribunal a divergir e assumir posturas menos tradicionais e mais combativas.

De outra forma, a hipótese em debate é de que, em situações de governo unificado, há a tendência mais silente por parte do Judiciário, eis que também haveria uma concentração de forças políticas tendentes a usar imperativamente poderes de constrangimento em face do tribunal, caso utilizasse mais diretamente sua força para barrar as ações advindas de bases sólidas de coesão. Já em conformações de governo dividido, ter-se-ia o inverso, isto é, mais espaço para ativismos e enfrentamentos, posto que a suportabilidade das decisões prolatadas pela Corte encontraria espaço em determinadas forças dispersas, dificultando uma represália sobre seus arestos de maneira mais concentrada.

Assim, do pressuposto de avaliação apresentado, a noção de independência aqui encetada, não pode estar amparada somente por uma garantia formal e jurídica presente nas Constituições, como uma fórmula autóctone, começo e fim da constatação ensejada. O entendimento de independência propriamente desenvolvida opera no sentido de atuar cada vez mais livremente de jogos institucionais marcados pela prevalência de uma força uníssona de atores institucionais predominantes, como é o caso, no Brasil, da base majoritária do Executivo e sua repercussão no Legislativo. Quanto mais independentemente se comportar nessa relação praticamente binária, mais se constrói um nível de institucionalização pela independência judicial que se aproxima do ideal.

Neste estudo, optou-se por buscar uma abordagem comportamental da leitura das decisões judiciais. A perspectiva aqui encerrada é comportamental e interrelacional, diante de que busca compreender a ação dos tribunais na relação entre os Poderes, independentemente da técnica

jurídica empregada. Trata-se de outro ângulo de abordagem, válido para explicar comportamentos e não determinar a justificação de julgamentos.

É por tais motivos que se enveredará pela abordagem estratégica na relação entre os Poderes como módulo de entendimento da variável de independência, que aqui se mostra apta a caracterizar o processo de institucionalização do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, buscou-se estudar um mecanismo de análise que pudesse posicionar o Tribunal em uma situação típica de *veto player*, e em especial nas relações que identifiquem os interesses políticos predominantes, na base de testar o Tribunal como um agente de *accountability* com poder de veto em uma situação de enfrentamento direto.

Como é sabido, o Tribunal julga dezenas de milhares de processos ao ano, no interior de dezenas de competências totalmente distintas umas das outras. Para tanto, pensou-se em por em relação direta, primeiramente, o Supremo Tribunal Federal com a maior força política existente, que é o Executivo, principal *policy-maker* na assimetria original que caracteriza nossa divisão de Poderes. Assim, recorreu-se a buscar um veículo que expressasse mais diretamente esse poder político do Executivo, qual seja, *as medidas provisórias*, elemento fundamental de manifestação do poder do Presidente em termos jurídicos, cujo controle pode ser submetido ao Tribunal em caso de questionamento sobre vícios que o maculam. Destarte, para tal análise, buscou-se estudar o conjunto de *ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelos legitimados em face das medidas provisórias*, dados coletados de fontes primárias e secundárias. O resultado pretendido é a medição de enfrentamento do Tribunal para com o Executivo (e sua base parlamentar) em julgamentos, denotando seu potencial de veto e verificando como se posiciona a partir de comportamentos estratégicos nessa relação de poderes. Todos estes modelos interpretativos estão a levar para a conclusão sobre a ideia interacional de independência antes exposta.

1. O STF e as ações diretas de inconstitucionalidade em face de medidas provisórias

Notadamente, as medidas provisórias são medidas típicas de uso de poder de decreto presidencial a fim de realizar seus propósitos mais específicos. Elas estão disciplinadas no art. 62, da CF/88 e têm a seguinte conformação legal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III - reservada a lei complementar;

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do

Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Malgrado as discussões jurídicas referente a algumas características das medidas provisórias, faz-se importante entender a função política que exercem. Diante de uma sistemática tradicional de divisão de Poderes, o poder de legislar não é de incumbência típica do Executivo, mas lhe constitui como medida excepcional. Em estudo realizado por Katia de Carvalho (2000), assim como o de Leon Fredja Szklarowsky (2012), identifica-se que as medidas provisórias têm aplicação corrente em muitos países democráticos contemporâneos, tais como o México, Uruguai, Argentina, Suíça, Espanha, França, Alemanha, Estados Unidos, dentre muitos outros. Assim, por mais que se coloque em situação extravagante, verifica-se que a inserção de medidas provisórias na lógica constitucional tem como condão de permitir a participação do Executivo na elaboração legislativa, especialmente em situações em que a mora do processo de debate político inviabilizaria a edição de leis consideradas comuns. Ou seja, medidas provisórias são medidas urgentes, aptas a garantir governabilidade em situações especiais. No Brasil, a medida provisória é descendente do decreto-lei existente na Constituição de 1967, e é um verdadeiro instrumento colocado à disposição do Presidente para atuar em situações relevantes e, sobretudo, urgentes. Nesta conformação, sabe-se que o instituto das medidas provisórias é um instrumento de decreto do Presidente que é frequentemente utilizado para fazer valer as pretensões

governamentais de imediato, postergando a negociação política acerca de sua aprovação, fase esta normalmente invertida na edição das demais leis ou atos normativos. Como denomina a literatura especializada, trata-se de um “poder de decreto constitucional”, fenômeno que transmite o custo de rejeição do ato ao Legislativo, excluindo-o do Executivo, como de praxe (CAREY; SHUGART, 1998)¹.

Ademais, ao se analisar o fato de que o sistema político brasileiro é difuso quanto a existência de muitos partidos e formas diferentes de interesses comungados, o poder de decreto é um instrumento eficaz de ultrapassar essas relações intrincadas e fazer valer a vontade premente do Executivo, inclusive afastando o revide das bases oposicionistas que podem forçar uma negociação prévia mais árdua em temas de grande repercussão popular, muitas vezes inviabilizando a ação executiva pretendida. Assim, a medida provisória tem a função de estreitar a negociação política e viabilizar medidas entendidas necessárias pelo Governo, de imediato².

Entretanto, para a validade dessas medidas, deverá seu texto submeter-se ao aval do Congresso, como estabelece a Constituição. Diferentemente das demais espécies normativas, a análise das medidas provisórias é feita tardiamente pelo Congresso, o que permite que os parlamentares façam embutir na sua análise *a posteriori* os custos políticos institucionais e as consequências populares relativas à sustação de seus efeitos. Por outro lado, com a formação de base majoritária pelo Executivo, no Congresso Nacional, é tendencioso de que a aprovação da medida provisória

¹ Assim esclarecem os autores: “Definimos poder de decreto como a autoridade do executivo de estabelecer lei no lugar do legislativo. O decreto não se refere, portanto, a ações executivas que regulamentam e administram leis estabelecidas pela assembléia. Por outro lado, iniciativas de política do executivo são consideradas decretos mesmo que eventualmente necessitem de ratificação pela assembléia, desde que as iniciativas passem a ter efeito antes da ação legislativa. Até mesmo esta definição aparentemente simples e clara carrega em si uma complexidade empírica significativa” (1998, p. 151).

² Neste mesmo diapasão, esclarece Argelina Figueiredo e Fernando Limongi: “A inversão do decurso de prazo visava garantir a participação efetiva do Legislativo na produção legal e, ao mesmo tempo, inibir o recurso do Executivo à sua prerrogativa de emitir decretos. Dado o limitado prazo de vigência do decreto, ao emití-lo o Executivo precisaria calcular as chances de vê-lo aprovado dentro desse mesmo prazo. Emitir um grande número de decretos poderia prejudicar a própria chance de vê-los aprovados. Com isso, o recurso à prerrogativa seria reservado para medidas efetivamente extraordinárias e para cuja aprovação o Executivo estivesse relativamente certo de contar com apoio político” (1999, p. 132-133).

tenha seu curso indelével, dado o amplo lastro que o Presidente possui para editar as medidas com uma baixa chance de sofrer derrota parlamentar posterior, dado o apoio politicamente gerenciado (FIGUEIREDO, LIMONGI, 1999; SANTOS, 1997).

Destarte, se por um lado a maioria parlamentar, comandada pelo principal ator político, detém a certa aprovação deste instrumento legislativo-governamental, ao revés, as minorias parlamentares, ou mesmo a sociedade civil, desgostosa com os efeitos da medida, acabam sendo sufocadas no discurso político por não obterem voz para dar azo ao bloqueio político das medidas provisórias consideradas inválidas por vícios inerentes, sejam formais (procedimentais) ou mesmo substanciais (de conteúdo). Como que à margem de participarem do poder de veto político destes atos normativos, vêm-se derrotados na disputa, e somado ao fato de que as medidas tramitam em regime célere (note-se que 45 dias após publicada e não votadas entram em regime de urgência), nem sempre a discussão sobre a validade do ato normativo ganha amadurecimento nessas bases deliberativas. Por uma lógica democrática assolada na votação majoritária e pela sistemática constitucional das medidas provisórias, uma vez havendo apoio parlamentar à intenção executiva, é comum a base governista agir em bloco na aprovação das medidas provisórias, alijando questionamentos políticos minoritários.

Nesta conjuntura é que o Supremo Tribunal Federal é provocado por múltiplos atores legitimados (art. 103, CF, 88)³ com o propósito de ser chamado a adentrar nessa relação entre Poderes como árbitros da legalidade, no intuito de dirimir questões controversas acerca da constitucionalidade das medidas provisórias e dar posicionamento cabal sobre a validade do ato normativo recém produzido⁴. Por outra perspectiva, podem atuar como

³ “Art. 103, CF/88: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁴ Sobre este ponto Carey e Shugart asseveram: “Finalmente, a existência de um judiciário independente com autoridade para regular sobre a legalidade e constitucionalidade dos

instrumentos de uso dessas minorias desfavorecidas no debate público, com a missão de decidir a querela controversa e ser a última voz que estes grupos possuem para arguir questionamentos sobre o ato normativo em cujo debate político sofrem esmagamento por não deter a coalizão necessária para agirem com poder de veto. Portanto, uma vez provocado, grande oportunidade tem o Tribunal de exercer sua *accountability*, sob o crivo de corrigir manifestas violações ao Texto Magno, sendo seu guardião, e, ao mesmo tempo, quando for o caso, exercer o veto na missão de proteção das minorias desfavorecidas pelo uso indiscriminado do poder político majoritário, materializado a partir da edição deste instrumento legislativo eficaz. E o remédio jurídico específico para esta atuação é a ação direta de inconstitucionalidade em face de medidas provisórias, com cabedal constitucional previsto no art. 102, do Texto Magno, regulamentado, por sua vez, pela Lei Federal nº. 9.868/99, que dispõe sobre o processamento e julgamento desta ação no Supremo Tribunal.

Para a análise referenciada, em um primeiro plano, foram pesquisados estudos quantitativos acerca das medidas provisórias, sendo os dados aqui coletados de forma secundária. Logo em seguida, na tentativa de expandir esses referenciais, produziu-se pesquisa própria com base em dados primários, contributo inovador neste aspecto. Como se diagnostica, os trabalhos sobre medidas provisórias e poder de decreto presidencial não são tão esparsos no país, mas a literatura mais específica tem se desnudado pelos meandros da Ciência Política, sendo os trabalhos jurídicos concentrados mais em sua prática formal do que das consequências ou implicações políticas da edição de tais atos normativos. Para o que importa neste trabalho, importantes estudos discutem o impacto das medidas no cenário institucional brasileiro, sendo

decretos executivos deve contribuir para a atratividade dos mesmos para os legisladores. Tribunais ou agências de arbitragem similares, como o Ministério Público, os conselhos constitucionais ou os tribunais administrativos, têm tipicamente o poder de decidir se os executivos excederam o escopo da autoridade a eles delegada. Os procedimentos para indicar juízes, assim como seus mandatos, determinam em grande parte o grau de independência do judiciário. Estes fatores variam de forma significativa entre sistemas políticos. Nosso *insight* básico diz respeito ao fato de que as assembléias deveriam relutar em delegar poder de decreto ao executivo quando elas esperam que, em casos de disputa entre a assembléia e o executivo, os tribunais seguirão necessariamente as preferências do executivo. Assembléias devem ser tão mais inclinadas a delegar poderes quanto mais independentes do executivo forem os tribunais” (1999, p. 155-156).

destacáveis os trabalhos de Maranhão (2003), Diniz (2005), Santos (1997), Da Ros (2007, 2008), Carvalho Neto (2000), Figueiredo e Limongi (1999), Szclarowsky (2012), Carvalho (2000). Todos estes trabalhos já produziram bastantes elementos quantitativos para os propósitos desta pesquisa, razão pela qual se optou por coletar estes dados para a utilização da hipótese aqui ventilada, previamente à exposição dos dados produzidos.

Neste sentido, todos estes trabalhos apresentam que a edição de medidas provisórias é o meio mais eficaz para a realização da agenda governamental do Executivo, posto que, comparado ao tradicional instrumento legislativo, tem eficácia executiva imediata e pouco recebe veto do Parlamento, especialmente porque o mecanismo de coalizão do presidencialismo brasileiro força a composição de alianças para a geração da governabilidade desejada, razão pela qual, conquistada a maioria, o poder de execução do Presidente se torna uma força praticamente inquebrantável nessa seara política. Nessa linha de argumentação, Octavio Amorim Neto e Paulo Tafner (2002) indicam que existem basicamente três explicações genéricas para estas relações entre Executivo e Legislativo se firmarem de tal maneira.

O primeiro deles é o que o autor denomina de relação política *subordinativa* entre Executivo e Legislativo, na medida em que as forças de enfrentamento deste para aquele, quando detentor de maioria avassaladora, é ínfima. Tal pensamento é estabelecido na ideia de que os partidos brasileiros têm comportamento previsível e organizam-se na lógica de bancada, fornecendo apoio incondicional ao Presidente na manutenção de políticas governamentais, inclusive na edição de medidas provisórias. Fabiano Santos (1997), por sua vez, é categórico ao afirmar que o uso das medidas provisórias é instrumento unilateral do Executivo para dar azo a suas políticas sem o concurso de nenhum outro agente político, posto que parcas são as chances de alteração de sua força executiva. Acir de Almeida (1998), nesta mesma linha de entendimento, assevera que esta força executiva é herança histórica de primazia do Executivo sobre os demais Poderes, mecanismo formalmente excepcional, porém pragmaticamente usual, de “usurpação dos poderes legislativos constitucionais”.

Em uma segunda linha de pensamento, denominada por Amorim Neto e Tafner (2002) de *abdicativa*, reforça-se a tese de que, devido à grande fragmentação das bases partidárias nacionais, haveria dificuldade da consolidação de forças majoritárias estáveis, sendo o Congresso passivo na edição de medidas provisórias. Como diriam os autores, “tratar-se-ia apenas de uma correção funcional da inércia decorrente dos problemas de ação coletiva enfrentados pelo Poder Legislativo”, não podendo ser vista como uma tentativa do Executivo de emascarar o Legislativo (2002, p. 02).

Por último, em uma corrente discriminada como de *delegação implícita*, no sentido de que o Legislativo se imiscuiria de arcar com o peso político de determinadas ações políticas, sendo silentes à sua promoção pelo presidente da República, que estaria responsabilizado singularmente pela promoção desta tarefa (AMORIM NETO, TAFNER, 2002). Figueiredo e Limongi (1999), que endossam essa concepção, atestam que o comportamento legislativo é estratégico pois relega ao Executivo a função de desgastar-se politicamente em temas sensíveis e cujo reclame popular poderia ser revertido como um peso político para estes atores, preferindo manterem-se consentes na transferência desta função legislativa para o Presidente, que assume todos os riscos da operação.

Por fim, caberia agregar o posicionamento daqueles autores citados, os quais constituiriam uma quarta corrente sobre as medidas provisórias. Para Amorim Neto e Tafner (2002), existiria uma *delegação explícita* do Legislativo para o Executivo para a edição destes atos normativos, a fim de que o presidente legisle por meio de medidas provisórias em assuntos cuja maioria parlamentar detivesse preferência, reduzindo as tarefas legislativas, como que em um acordo. Entretanto, se o Presidente usurpasse esse acordo existente, legislando além destas preferências parlamentares, acionar-se-ia o gatilho da revisão legislativa pelo Congresso, através de um mecanismo que os autores chamam de “alarme de incêndio”, isto é, um alerta sobre a necessidade de revisão das medidas provisórias com a provável preocupação de alterá-la ou emendá-la, a fim de garantir que as preferências parlamentares não fossem perdidas e no sentido de controlar esse “acordo” bilateral encerrado entre

esses Poderes. Tratar-se-ia de um mecanismo de monitoração *a posteriori*, no sentido de garantir o consenso sobre temas relevantes.

Destarte, não obstante as clivagens conceituais referentes a estas três linhagens teóricas sobre a natureza política das medidas provisórias, como asseverado anteriormente, existe um comum acordo tácito destes autores em atestar que as chances de uma edição de medida provisória sofrer revides congressistas é relativamente baixa, demonstrando-se elevada porcentagem de “sucesso presidencial” nestas investidas. Diante de tal conjectura, o grau de *accountability* horizontal do Congresso em face do Executivo para a análise destes instrumentos normativos é fraca, permitindo-se a realização quase que livremente da agenda presidencial, fazendo instituir suas políticas preferenciais quase que imperativamente.

Diante de tais pressupostos consolidados, é corrente na literatura a expressão “sucesso presidencial” para referenciar à concretização da intenção inicial da Presidência em emitir medidas provisórias e obter êxito na sua aprovação. Por certo que esta aprovação poderá ser *total*, representada pela admissão de todo conteúdo legislativo editado, ou *parcial*, relativa a alterações congressistas no texto de lei, porém com sua final aprovação, o que revela a aprovação em parte da medida anteriormente produzida. Já o seu revés, “fracasso presidencial” representa a soma de todas as medidas provisórias que não chegaram a ter vigência, isto porque foram *revogadas*, *rejeitadas*, declaradas *prejudicadas* ou *sem eficácia*.

Trabalhos como os de Diniz (2005), Carey e Shugart (1998), Carvalho Neto (2000), Da Ros (2008), inspirados ainda em estudos estrangeiros sobre o tema, como os de Helmke (2002), Timothy Power (1998), dentre outros, têm analisado o fenômeno das medidas provisórias, a fim de constatar a eficácia de tais ações governamentais. Muitos atribuem esse sucesso a atributos excepcionais do Presidente, derivados de seu poder de persuasão ou carisma pessoal, notas que contribuem para uma vertente mais personalista na definição de sucesso presidencial (NEUSTADT, 1960). Entretanto, no interior da abordagem institucionalista que se adota, fatores pessoais são importantes, mas a consciência e manipulação das regras do jogo reforçam estes atributos,

moldando o sucesso presidencial em relações organizacionais (CAMERON, 2000; JONES, 1994; PETERSON, 1993). Como bem esclarece Simone Diniz:

A perspectiva centrada no sistema político, por sua vez, sugere que a Presidência e o Congresso operam em uma arena (legislativa), cuja fronteira é circunscrita tanto pelo Congresso quanto pela Presidência.

As duas instituições funcionariam de forma articulada, e o desempenho do presidente seria decorrente de um jogo estratégico, no qual o resultado legislativo final seria estruturado, em grande parte, pelas escolhas feitas pelo governo. Suas consequências seriam totalmente calibradas pela Presidência através de consultas ou períodos de julgamentos de reações antecipadas. [...]

O sucesso presidencial seria decorrente do processo de formação de coalizões, ponto crucial de toda política coletiva, e do uso de ações estratégicas por parte do presidente. [...]

Para a perspectiva institucional, o poder presidencial ou a capacidade para definir uma determinada política não é uma qualidade individual. Atributos pessoais podem ter alguma influência sobre o poder presidencial, mas esses operam dentro de limites específicos e de circunstâncias estratégicas. Compreender o poder presidencial significa atinar para os jogos estratégicos que os atores políticos jogam e, para isso, é necessário identificar os instrumentos de barganha que operacionalizam esse jogo (2005, p. 333-335).

Pensando neste instrumental metodológico, os estudos indicam que, de todas as medidas provisórias editadas após a promulgação da Constituição de 88 até o ano de 2007, contabilizadas em número de 619, 535 obtiveram sucesso presidencial e 84 fracasso. Isto é, de todas estas medidas provisórias submetidas ao Congresso Nacional, mais de 85% não foram alteradas pela frente legislativa, sendo convertidas em lei (DA ROS, 2007). Conclusões semelhantes foram extraídas por Ernani de Carvalho Neto (2000), durante os períodos de 1995-1998.

2. Análise Empírica das ADIs em face das Medidas Provisórias (1988-2011)

Em complementação à abordagem destes autores, esta obra buscou atualizar estes dados, através de pesquisas que geraram elementos quantitativos

primários. De informações colhidas junto ao banco de dados da Presidência da República, dos anos de 2007 (1º de janeiro) a 2011 (31 de dezembro), foram editadas 213 medidas provisórias. Destas, 162 foram convertidas em lei, 32 foram rejeitadas e 19 estão em tramitação sem análise definitiva⁵. Isto indica, excluídos os números dos processos em tramitação, que os dados levados em consideração são na ordem de 194 medidas provisórias, o que simboliza em termos percentuais 83,5% de sucesso presidencial e, consequentemente, 16,5% de índice de rejeição presidencial. Tal atualização dos dados demonstra que, de fato, há continuidade em ritmo muito similar e estável do índice de aprovação presidencial desde o início da Constituição de 88 até os dias atuais. Deste modo, mesmo ante o amadurecimento democrático e todas as transformações vivenciadas nesse período, inclusive com o advento da EC/32 que alterou o regime das medidas provisórias, o poder de decreto presidencial é alto em face da edição destes atos normativos, constituindo como uma força linear perante o Congresso Nacional. Assim, se identifica no quadro abaixo:

Quadro 1. Quadro de sucesso e fracasso Presidenciais perante o Congresso Nacional no pós-88 referente à edição de Medidas Provisórias (1988-2011)

PERÍODO	SUCESSO PRESIDENCIAL	FRACASSO PRESIDENCIAL	TOTAL DAS MEDIDAS EDITADAS E ANALISADAS
out. 1988 - dez. 2006	535 - 86,4 %	84 - 13,6%	619
jan. 2007 - dez. 2011	194 - 83,5%	32 - 16,5%	194

Fonte: O autor, mediante sítios da Presidência da República, do Senado Federal e Câmara dos Deputados e Da Ros (2007).

Deste modo, conforme demonstrado na hipótese teórica anterior, a análise dos dados referenda que os índices demonstram uma baixa rejeição do

⁵ Há de se fazer referência também às medidas provisórias nº. 394 e nº. 395. A primeira teve suspensão sua eficácia por força de cautelar no Supremo Tribunal Federal (ADIN nº. 3.964-4, Rel. Min. Ayres Britto), pendente de julgamento. Já a segunda teve expirado seu prazo de vigência, sendo prejudicada a matéria e arquivada. Tais informações, a título de esclarecimento, não constam nos arquivos da Presidência da República, sendo estes dados obtidos através do Portal de Atividade Legislativa da Câmara dos Deputados. Acesso em 02.01.12. Para tanto, foram incluída a primeira como “em tramitação” e a segunda como “rejeitada”, para a quantificação dos números.

Congresso Nacional em face da edição das medidas provisórias presidenciais. A média é que, de cada seis medidas provisórias aprovadas, uma é rejeitada ou perde sua eficácia ou é prejudicada ou então revogada. Se fôssemos analisar apenas os índices de rejeição direta do Congresso Nacional sobre as medidas provisórias a diferença percentual é maior ainda. Novamente se excluindo os projetos em tramitação, das 192 medidas provisórias editadas entre janeiro de 2007 a dezembro de 2011, apenas 9 obtiveram rejeição deliberada do Congresso. Tais dados reforçam ainda mais que o poder de decreto executivo é forte o bastante para fazer valer a agenda presidencial veiculada por essas medidas provisórias, exercendo-se de maneira singular e contingente o poder de veto legislativo em face de tais atos normativos. Sendo o principal instrumento de política legislativa executiva, marcando seu posicionamento perante o sistema político, dada unilateralidade da qual advém, o uso das medidas como instrumento de afirmação das políticas encontra massa majoritária para ter sua efetividade em grau quase que absorto de freio. Considerando ser um dos principais, senão o mais forte, instrumento de validação das preferências executivas, a baixa rejeição do Legislativo sobre o Executivo indica, em uma análise conjuntural, que existe um forte grau de coesão no presidencialismo de coalizão brasileiro, sendo que as pretensões executivas raramente são refreadas pela base governista, ainda que possam existir momentos de maior ou menor densidade de tal bloco aliado.

Não obstante, em meio a esse grupo quase que unívoco, é possível que as minorias vencidas no terreno da discussão política sejam afastadas do debate público e vislumbrem no Judiciário a última medida para resguardar seus interesses ou mesmo a validade jurídica destes instrumentos normativos. Nesta percepção, por refletirem fortemente as pretensões executivas, as medidas provisórias levadas à discussão no Supremo Tribunal Federal encontram a oportunidade para este se configurar como um *locus* contestatório da decisão política majoritária, podendo o decreto enfrentar a possibilidade de ser contraposto pela decisão judicial independente. Importante saber, portanto, como o Tribunal se posiciona nas polias institucionais no sentido de ser um efetivo guardião de eventuais desajustes

encontrados nesse bloco mais ou menos homogêneo, referentes às relações do Executivo e do Legislativo, fazendo, pois, equilibrar suas ações ante o mecanismo de freios e contrapesos constitucionalmente responsável⁶.

Assim, passa-se à análise do enfrentamento do Tribunal em face de tais medidas, cujo objeto recai sobre o estudo das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) propostas em face das medidas provisórias. Para tal, faz-se necessário efetuar apenas uma consideração inicial: para o estudo dessa *accountability* horizontal realizada pelo Tribunal, importante mencionar que a Corte poderá se manifestar em duas grandes oportunidades com técnica de poder decisório, isto é, uma quando da *decisão final*, terminativa de mérito do processo que declara válido ou não o ato normativo impugnado (seja total ou em parte), e outra, referente às *liminares*, quando solicitadas nos autos, as quais antecipam uma decisão, de caráter provisório, a fim de resguardar direitos ante a aparente existência do direito impugnado (*fumus boni iuris*) e diante da cautela conquanto a evitar que a decisão final faça fenecer direitos pela mora do provimento jurisdicional (*periculum in mora*).

Mais uma vez tomando de empréstimo os dados coletados pelos trabalhos primários antes mencionados, de outubro de 1988 a dezembro de 2006, foram efetivamente julgadas 339 ações diretas de inconstitucionalidade cujo objeto é atacar a validade das medidas provisórias, cujo mérito recai sobre questões referentes a procedimentos de sua criação, conteúdo jurídico e suas vedações, pressupostos presentes na Constituição (art. 62). Pensando nesse numerário, a média de acionamento é de praticamente 18 ações por ano, havendo em torno de 1,5 demanda por mês (1,76 antes da EC nº. 32/01, e 0,97 depois) (DA ROS, 2008, p. 117 et seq.). Note-se que a média de criação das medidas provisórias gira em torno de 4,0 (antes da EC nº. 32/01) e 5,3 (após a EC 32/01) por mês, o que reflete, em termos absolutos, que, a cada três medidas provisórias criadas, uma é contestada perante o STF. Assim, o

⁶ Sobre a importância do debate, ainda, capitaneadas pela leitura da judicialização da política no país, em que esta intervenção do Judiciário na vida pública seria uma aparição típica do STF neste cenário atualmente vivenciado. Como bem tematizam Luiz Werneck Vianna et al., “[...] as medidas provisórias constituem o terreno específico em que se realiza o processo clássico de judicialização da política, opondo interesses com representação majoritária e minoritária” (1999, p. 143).

que se vislumbra desses apanhados é de ser frequente o ingresso de ações perante o STF para questionar a validade destes atos normativos, o que pode ser indicador de, uma vez vencida a base minoritária no discurso legislativo, tal ato contestatório migre para o Judiciário, esperando dele receber uma voz final sobre a questão. Isto posto, sinais indicam que, por mais que as bases majoritárias ajam em bloco e praticamente ausentem o veto parlamentar às medidas provisórias, certo é de que as minorias remanescentes não estão silentes ao debate, buscando na decisão judicial um instrumento último de oposição. Por outra ótica, os dados podem indicar também que, com base no amplo rol de legitimados do art. 103, da CF/88, a sociedade civil organizada ou mesmo setores independentes do Estado, como o Ministério Público, podem estar utilizando o Tribunal como forma de ingressar no terreno político, judicializando atos produzidos nestas esferas no intuito de dar azo às vozes populares ou ao resguardo da proteção do ordenamento jurídico vigente.

É aí que se parte para o perfil de legitimados que acionaram o STF, a fim de entender como se processam esses caminhos que chegam à Corte, no sentido de esclarecer as hipóteses levantadas. Conforme os dados até então apresentados, o perfil dos legitimados que ingressaram com estas ações divide-se predominantemente em dois grandes núcleos: o de partidos políticos e de grupos sociais organizados, o que sinaliza para comportamentos contestatórios que se originam na discussão política e nas bases sociais. Quantificando tais informações, Da Ros (2008, p. 119) apresenta que, de 1988-2006, 53% (180 ações) das ADIs foram propostas por partidos políticos, tal qual 35,7% (121 ações) por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos dos legitimados do art. 103 da Constituição. As demais ações assim se seguem: 6,5% do Conselho Federal da OAB, 2,4% do Procurador-Geral da República, 1,5% dos Governadores e 0,9% das Mesas das Assembléias Legislativas dos Estados e do DF. Por óbvio, a Presidência, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa do Senado Federal não interpuseram ações (0%). Ademais, dos partidos políticos ingressantes com ações, 96,7% são de partidos oposicionistas (174 ações), o que revela que o nível de retaliações judiciais é realmente provocado pela minoria descontente com os propósitos

governistas, sendo o Tribunal o funil para desaguar a disputa política judicializada.

Ante tal litigiosidade, qual o posicionamento do Tribunal? Será que a Corte reproduz a majoritariedade do Congresso ou força o enfrentamento institucional, ou ainda se posiciona estrategicamente a partir da lógica de poder presente no contexto da separação dos poderes? Qual o melhor momento para serem extraídas tais conclusões?

Primeiramente, de forma diversa do que pode se pensar sobre os julgamentos, importante esclarecer que não são as decisões finais, terminativas de mérito, que revelam o real comportamento do Tribunal perante os demais agentes políticos, no sentido de medir seu poder de veto. Ao revés, como bem sinalizaram Vianna et al. (1999), ou mesmo Taylor (2004), as decisões finais das ADIs, por mais que encerrem derradeiramente o conflito judicializado, poderão sofrer influências diversas e mudanças de posicionamento conjunturais durante todo o decorrer do processo. Como normalmente os processos demoram em sua tramitação, o eventual impacto político de uma decisão desta natureza restringe o potencial de enfrentamento, posto ser possível uma série de fatores atuar na consolidação de uma decisão vitoriosa ou não do Autor daquela ação. Custos políticos são embutidos nesta equação, bem como a composição do jogo de forças desenrolado durante todo o proceder da demanda, podem ou não alterar o resultado processual, o que faz com que a análise de *veto player* seja comprometida. Assim, as pressões que incidem sobre o posicionamento do Tribunal são deficitárias quanto à análise de comportamento judicial pela decisão final de mérito, já que a demora no veredito dificulta a análise do momento político perante a decisão manifestada.

Ao revés, o momento ideal para a análise desse poder de veto se mostra quando da prolatação da *liminar*, isto é, medida inicial e temporária solicitada para suspender os efeitos da medida provisória impugnada, a fim de que ela não produza efeitos até o deslinde final da causa. Isto porque é na liminar o ponto concreto em que a Corte pode se pronunciar mais diretamente acerca do ato presidencial, podendo se constituir um avaliador mais autônomo

e independente da conjuntura política que se formará a partir do ajuizamento daquela ação, de uma certa maneira isentando-se dos contornos tomados após a edição da MP. Na liminar, o posicionamento do Tribunal é significativo e a possibilidade de enfrentamento é direto. Ademais, a medida provisória tem vigência temporária, pode perder sua eficácia pelo decurso do tempo, bem como sofrer rejeição legislativa, ser substituída ou mesmo revogada. Diante destes fatores, prejudicada é a apreciação do mérito sem que se coloque em tela outros elementos avaliativos que muitas vezes foge da alçada do Tribunal analisar. Por força do pedido liminar, de caráter facultativo, porém corrente nos processos (em média, somente de 4 a 5% dos pedidos não contêm pedido liminar nesta classe processual), é que o Tribunal tem seu contato primeiro com a causa, podendo posicionar-se mais firmemente conquanto seu poder de ator com poder de veto. Assim se vê no quadro abaixo (DA ROS, 2008, p. 139):

Quadro 2. Quadro do julgamento de liminares em ADIs em face de medidas provisórias no Supremo Tribunal Federal (1988-2006)

Resultado	Frequência	Percentual
Deferida	26	7,7%
Deferida em parte	22	6,5%
Indeferida	83	24,5%
Prejudicada	156	46%
Não conhecida	05	1,5%
Sem pedido de liminar	14	4,1%
Aguardando julgamento	33	9,7%
Total	339	100%

Fonte: Da Ros (2008).

Pelos dados colhidos, das ADIs propostas perante o Tribunal nos anos de 1988 a 2006, de um total de 339 ações, apenas 14,2% de vezes (48 decisões) é que a Corte se pronunciou como efetiva atora com poder de veto sobre os decretos do Presidente da República. Tal percentual foi obtido da somatória dos dados referentes à concessão de liminar integral e parcialmente, compondo essa constatação. Note-se que, das liminares efetivamente julgadas, tem-se 38,7% (são 131 decisões, dentre deferidas, deferidas em parte e indeferidas), sendo o restante todas situações não decididas em seu mérito pelo Tribunal (61,3%). O percentual de indeferimento

das liminares é de 24,5% (83 casos). Outro fator notório é o conjunto de ações não julgadas por motivos externos ao mérito, como os julgamentos prejudicados e não conhecidos. Ambos totalizam 161 casos, 47,5% das situações. Se se excluir as ações sem pedido de liminar e cujo julgamento está sendo aguardado, os números ultrapassam ao longe os 60% dos casos. Isto é, mais da metade dos processos analisados pela Corte não são efetivamente decididos em seu mérito, seja se tomando posicionamento a favor, seja contra a concessão da liminar, arguindo-se questões processuais que impedem a decisão de mérito.

Diante de tais informações, resolveu-se complementar esses dados, atualizando-os. Seguindo metodologia semelhante, buscou-se revelar como se desenrolavam esses quantitativos durante o período de 01.01.2007 a 31.12.2011⁷. Foram encontradas exatas 60 ações diretas de inconstitucionalidade em face de MPs, sendo assim se mostradas nos quadros:

Quadro 3. Quadro de liminares em ADIs em face de medidas provisórias (2007-2011)

Deferidas	3	5%
Deferidas em parte	0	0%
Indeferidas	0	0%
Prejudicadas	20	33,3%
Aguardando julgamento	37	61,7%
TOTAL	60	100%

Fonte: O autor, mediante sítios da Presidência da República, do Senado Federal e Câmara dos Deputados.

⁷ Para tanto, por sugestão dos próprios consultores de jurisprudência do site do STF na internet, através de correspondência enviada, foi consultado no campo “Jurisprudência” > “ADI, ADC, ADO, ADPF”, escolhendo-se o marcador “ADI” e inserindo as palavras “medida adj2 provisoria”. Esta pesquisa foi feita no dia 05.01.12, ocasião em que se consultaram todos os documentos encontrados nesse período, o que totalizou 79 processos. Assim, todos os dados foram baixados no mesmo dia e catalogados, servindo de material de consulta e análise. Destes, verificou-se que muitas das entradas continham ações referentes a medidas provisórias, mas não se tratava de objeto de ADI referente a este caso (ex.: ADI contra MP estadual, ou ainda se encontrou no meio da decisão a referência à palavra “medida provisória” etc.). Destas 79, foram filtradas as ações realmente direcionadas em face de MPs, objeto da pesquisa, contabilizando 60 ações.

Quadro 4. Quadro de resultado final em ADIs em face de medidas provisórias (2007-2011)

Deferido	0	0%
Não deferido	0	0%
Extinto o processo sem julgamento do mérito - Prejudicado	20	33,3%
Aguardando julgamento	40	66,7%
TOTAL	60	100%

Fonte: O autor, mediante sítios da Presidência da República, do Senado Federal e Câmara dos Deputados

Quadro 5. Quadro dos motivos da extinção do processo sem julgamento do mérito em ADIs em face de medidas provisórias (2007-2011)

Revogação da medida provisória	8	40%
Não aditamento da inicial	4	20%
Ilegitimidade da parte	3	15%
Decurso do prazo “in albis” da MP	2	10%
Rejeição da MP pelo Congresso	2	10%
MP possui efeitos concretos, não podendo ser objeto de ADI	1	5%
TOTAL	20	100%

Fonte: O autor, mediante sítios da Presidência da República, do Senado Federal e Câmara dos Deputados.

Diante dos dados renovados é possível perceber que houve uma continuidade na manutenção da jurisprudência do Tribunal, permitindo-se algumas alterações pelo grande número de processos não julgados, dado o tempo recente de cálculo desses quantitativos. Veja-se que a análise recaiu sobre processos protocolizados até 31.12.11. No entanto, se se desconsiderar os processos cujo julgamento está sendo aguardado, tem-se 23 casos. Desses, 3 houve decisão de liminar, todas deferidas, o que representa 13% dos casos, sendo, por consequência os 87% dos casos todas situações de prejudicialidade. Assim, a atuação do Tribunal como poder de veto neste período foi inclusive reduzida, passando para pouco mais de dez por cento das decisões. Note-se que, quanto ao resultado final do processo, todos (100%) os casos não tiveram decisão final, sendo julgados extintos sem apreciação do mérito. Entretanto, é

preciso perceber que, conforme os elementos colhidos nesta pesquisa, no mesmo período (2007-2011), foram produzidas 194 medidas provisórias, com média de 3,2 ao mês. Com 60 ações judiciais ingressas nos 5 anos, tem-se a média de 1 ao mês, o que corrobora a afirmação de que, em face dos trabalhos produzidos anteriormente, houve continuidade na forma produção de MPs e de sua judicialização perante Supremo Tribunal. Por fim, os legitimados têm aproximação daqueles dados anteriormente colhidos. Veja-se que assim se apresenta os dados:

Quadro 6. Perfil dos legitimados ativos em ADIs em face de medidas provisórias (2007-2011) - art. 103, CF

Presidente da República	0	0%
Mesa do Senado Federal	0	0%
Mesa da Câmara dos Deputados	0	0%
Mesa da Assembleia Legislativa dos Estados ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	0	0%
Governador de Estado ou do Distrito Federal	0	0%
Procurador-Geral da República	3	5%
Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	0	0%
Partido político com representação no Congresso Nacional	40	67,8%
Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional	16	27,2%
TOTAL	59 ⁸	100%

Fonte: O autor, mediante sítios da Presidência da República, do Senado Federal e Câmara dos Deputados.

É notório que a maior porcentagem dos ingressos com ações é de partidos políticos, seguidos dos membros da sociedade civil constituídos em confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A participação da OAB, dos Governadores e as Assembléias estaduais ou da Câmara Distrital, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Presidência fora nenhuma, destacando-se, entretanto, um baixo desempenho do Ministério Público. Quanto aos partidos, no jogo maioria e minoria é de se perceber que a maior parte foi proposta pela coalizão PSDB, PFL/DEM e PPS. Os demais partidos

⁸ O número total não atingiu os 60 processos esperados porque, em um dos casos, uma cidadã ingressou com a ação, não sendo conhecida pelo Tribunal por não acomodar-se no rol dos legitimados do art. 103, da CF/88. Trata-se da ADI nº. 4185. Contabilizou-se na porcentagem, também, com exclusão desse processo.

correram à margem desse processo. Considerando que nesse período teve-se o centro do Governo Lula e início da gestão Dilma, ambos do PT, é notória a polarização com partidos da oposição utilizando o STF como veículo de afirmação da base oposicionista, contrapondo a maioria governista vencedora no debate político. Diferentemente dos dados anteriores em que o forte acionamento advinha do PT, oposição aos governos anteriormente existentes, agora o cenário se inverte com nenhuma proposição deste partido. Se se analisar, entretanto, o bloco oposicionista formado por PSDB, DEM e PPS chega-se a 87,5% dos acionamentos no Tribunal. Assim se vê:

Quadro 7. Perfil dos partidos políticos autores em ações diretas de inconstitucionalidade em face de medidas provisórias (2007-2011), cf. art. 103, CF/88

Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)	18	45%
Democratas (DEM)/ Partido da Frente Liberal (PFL)	8	20%
Partido Popular Socialista (PPS)	5	12,5%
Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)	2	5%
Partido Verde (PV)	1	2,5%
Coligação DEM, PSDB, PPS (litisconsortes ativos)	6	15%
TOTAL	40	100%

Fonte: O autor, mediante sítios da Presidência da República, do Senado Federal e Câmara dos Deputados.

3. O Supremo e a decisão de não decidir

Consequentemente, resta a pergunta: o que explicam tais dados? Existe uma justificativa razoável para baixo deferimento de liminares e, ainda, alto índice de não julgamento destas medidas? E ainda: qual a relação entre maioria, minoria e independência judicial? Certamente as respostas não podem estar somente calcadas em assuntos técnicos, palmeadas pelo uso singular da razão jurídica, uma vez que, sobre a possível veste técnica poderão subsistir comportamentos estratégicos diferenciais. Primeiramente, é preciso observar o não julgamento, ante a expressividade de seu número. De fato, de todos os casos estudados referentes aos pedidos liminares nos processos, eles foram

decididos como prejudicados ou não foram conhecidos pelos seguintes motivos: a) alteração da legislação prévia às liminares; b) ilegitimidade ativa do proponente; c) falha ou desistência do proponente; d) julgamento prévio de outras ADIs com mesmo teor (somente nos casos de 1988-2006). As demais situações são ocorrências referentes a procedimentos aqui entendidos como procrastinatórios do julgamento. Trata-se de situações em que a Corte utilizou jurisprudência no sentido de não julgar de imediato os casos, postergando a análise do pedido de suspensão da MP. Assim se distinguem três situações correntes: i) ações em que se necessitou aditar a inicial com novos documentos comprobatórios da alteração legislativa posterior, pelo fato da MP ter se transformado em lei ou ter sido reeditada, ainda que inalterada em seu teor; ii) utilização da assertiva de que, embora seja uma medida provisória, portanto ato normativo genérico editado pelo Presidente, esta medida não se caracterizaria como norma abstrata, possuindo caráter concreto, o que, portanto, não poderia se subsumir ao tipo de controle de constitucionalidade eleito pela ausência da via adequada (*v.g.*, ADI nº. 1716); iii) limitação da participação de associações civis, posto não se caracterizarem como “confederação sindical ou entidade de caráter nacional” (art. 103, IX, CF/88), adotando o Tribunal interpretação restritiva sobre tal conceito.

Como é possível apreender, em face de medidas provisórias para a concessão de liminares, o Tribunal apresenta desempenho baixo referente ao grau de julgamentos, isto porque se posicionou (negativa ou positivamente) em 17,8% dos casos, não se manifestando em outros 82,2%, durante os anos de 1988 a 2006, sendo 13% situações em que se posicionou e 87% de abstenção por prejudicialidade nos anos 2007-2011. Na concepção aqui esposada, como apresentado anteriormente, entende-se que o Tribunal comporta-se estrategicamente em face de outros Poderes a partir do gerenciamento de sua jurisprudência, confirmando a tese de que o uso dos julgados, além de referendar o respeito aos precedentes da Corte, serve para ajustar o discurso judicial à conjuntura momentaneamente experienciada, o que varia no depender da necessidade do caso. Neste sentido, é preciso entender que o uso sistemático de determinadas jurisprudências mencionadas

pelo Tribunal pode conduzir ao arrefecimento de determinadas questões no sentido de permitir que tais decisões sejam procrastinadas, em momento em que o calor do debate já se esvai do cenário público, permitindo-se que o Tribunal construa uma decisão menos imediata. Minimiza-se, portanto, os riscos de enfrentamento, eliminando-o em outros.

Um primeiro movimento jurisprudencial foi o desenvolvimento da análise interpretativa dos conceitos de “urgência” e “relevância”, presentes como requisitos para a produção de MPs (art. 62, CF/88, *caput*). Conforme paulatinamente foi se engendrando na Corte, a análise desses requisitos esbarram na noção de mérito administrativo do ato, devendo ser remetido tal controle ao agente político, ou seja, a quem edita e a quem aprova. Como bem asseverado pela Relatoria do Ministro Celso de Mello na ADI nº. 1.397, quanto aos requisitos de relevância e urgência, “[...] em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo a menos que a relevância ou a urgência revelar-se improcedente”. Este posicionamento consolidado, que tem fulcro constitucional inserto no art. 62, § 5º, do Texto Magno⁹, tal qual se funda na regra da divisão dos Poderes (art. 2º, da CF)¹⁰, primeiramente, exclui da apreciação judicial atos de natureza política, praticamente minando boa parte dos elementos normativos das medidas provisórias, já que uma parcela grande das discussões jurídicas submetidas ao tirocínio do Tribunal recaem sobre interpretações acerca da adequação razoável pelo Presidente da relevância e urgência.

Entretanto, esse comportamento estratégico de omitir-se a uma definição de conteúdo, relegando a outros Poderes o caráter decisório sobre a medida não pode ser comportamento judicial perenemente reproduzido, uma vez que a omissão constitucional de decidir, em larga escala, comprometeria a própria respeitabilidade da Corte, sua independência e espaço de poder no cenário institucional. Assim, paralelamente a esta tese, vem se desenvolvendo

⁹ “A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”.

¹⁰ “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

no Tribunal a análise do que aqui denominamos de “teoria dos excessos”, corolário do princípio jurídico da razoabilidade, no sentido de que, caso a urgência e relevância manifestem-se de forma excessiva, desarrazoada, na edição destas medidas, o Tribunal poderia intervir e eliminar estes eventuais abusos executivos. São exemplos de manifestações neste sentido as ADIs nºs. 1753, 2213, 2226, 4048, 4049¹¹. De fato, como a noção de “excesso” é um conceito indeterminado e depende da avaliação dos Ministros acerca da interpretação caso a caso, é possível verificar que o julgamento ocorre estrategicamente, no sentido de que a Corte pode escolher o que decidir nestes casos, justificando as razões da escolha, ou ainda, atribuir a decisão a outras esferas, bastando que se argua esta jurisprudência. A variação entre um comportamento e outro depende da conformação estratégica necessitada pelo Tribunal, o que varia diante dos julgamentos, mas propicia a formação de um verdadeiro mecanismo de alarde, um “gatilho analítico” utilizado toda vez que necessário se for acioná-lo, a fim de preservar a justiça do caso e, em alguns casos, a própria autonomia da Corte, quando necessário pacificar entendimento sobre os conceitos em eventuais alardes políticos que massivamente podem se dirigir à Corte para obter esse pronunciamento. Por outro lado, quando não importante à Corte a decisão com poder de veto, ou no risco de evitar a carga decisória dessa interpretação, o Tribunal relega a decisão ao Poder Executivo diante da discricionariedade que o governa,

¹¹ Vejam-se os exemplos das ementas citadas: “Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de ‘relevância’ e ‘urgência’ (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23-4-2004; ADI 1.647, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-3-1999; ADI 1.753-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12-6-1998; ADI 162-MC, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 19-9-1997).” (ADC 11-MC, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-3-2007, Plenário, *DJ* de 29-6-2007.) Ou ainda: “Medida provisória 2.226, de 4-9-2001. TST. Recurso de revista. Requisito de admissibilidade. Transcendência. [...] Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição” (ADI 2.527-MC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-8-2007, Plenário, *DJ* de 23-11-2007.).

limitando-se a pronunciar que este não está a cruzar o limiar da razoabilidade naquela situação, não invadindo, portanto, o terreno dos excessos.

Em outra situação também relevante e corrente em muitas oportunidades, os efeitos procrastinatórios exibem situação em que a Corte age de modo a aguardar o pronunciamento prévio do Congresso sobre a medida, para só então manifestar-se acerca da decisão liminar sobre o ato normativo impugnado. Assim, a Corte se posiciona de maneira cautelosa e subsidiária. Aponta para a oitiva de outro Poder, para então posteriormente posicionar-se em como agir de fato no pronunciamento do caso concreto. No que se refere à análise das medidas provisórias, o Tribunal tem aguardado o Parlamento se pronunciar sobre o mérito de seu texto, para só então decidir-se e decidir o caso. Assim, uma vez editada a MP, ela deve ser imediatamente submetida ao Congresso (art. 62, *caput*, CF/88). Isto significa que, uma vez analisada politicamente a questão controversa pelo Congresso, duas chances existem: a) a de rejeição da MP ou do transcurso de seu prazo *in albis*; e b) a aprovação da MP, com ou sem alteração legislativa.

Em uma primeira situação, caso rejeitada a medida ou decorrendo-se o prazo de análise em branco (60 dias, cf. art. 62, § 3º, CF/88), e não sendo prorrogado o prazo por igual período, será esta, portanto, arquivada. Por conseguinte, havendo sua extinção legislativa, imediatamente a ação proposta no Supremo se torna prejudicada, posto que perde seu objeto. Assim, a concessão de liminar, tal qual a própria decisão final de inconstitucionalidade, tornam-se prejudicadas, impondo-se ao Relator senão a medida de julgar o processo sem decisão de mérito (*v.g.*, ADI 1145)¹². Neste estudo realizado, constatou-se que o Tribunal tem se pronunciado com mora no enfrentamento

¹² Assim se exemplifica: “Ação direta de inconstitucionalidade – Questão de ordem – Impugnação a medida provisória que se converteu em lei – Lei de conversão posteriormente revogada por outro diploma legislativo – Prejudicialidade da ação direta. A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos. Precedentes.” (ADI 1.445-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-11-2004, Plenário, DJ de 29-4-2005.)

de liminares em face de medidas provisórias, com certa regularidade inclusive, especialmente porque uma atitude mais ativa e imediata forçaria a que os custos da cassação dos efeitos normativos responsabilizassem o Judiciário, colocando-o como um *veto player* indesejado contra a política prevalecente. A prudência em aguardar a pronúncia legislativa permite, ao revés, a diluição dos custos políticos de veto ao Congresso, sendo a barreira de contenção ali engendrada, isentando o Tribunal de qualquer peso político, salvo o de ser moroso. De outro modo, diante do posicionamento congressista, caberá, portanto, unicamente ao Judiciário arquivar o processo diante da decisão de um órgão com igual poder de veto externo, eliminando, então, toda a carga decisória que recairia sobre si, caso analisasse de imediato o processo isoladamente. Por certo que, ainda que decidindo de modo a suspender liminarmente a MP e, posteriormente, esta venha a ser suprimida pelo Congresso, inevitavelmente o peso do veto se mostra muito mais árduo no primeiro do que no segundo caso. Desse modo, preferível é o Tribunal aguardar esse prévio pronunciamento parlamentar para então posicionar-se, evitando desgastes institucionais no intuito de minimizar os riscos de enfrentamento sistemático.

Nestas situações é importante esclarecer que o comportamento independente do Tribunal acaba se orientando estrategicamente em volta da decisão do Congresso, no sentido de aguardar seu pronunciamento para então decidir. Como a pauta do Tribunal não é construída por uma lista linear de casos que deverão ser sequencialmente julgados, mas são postos à julgamento por ordem do Presidente em face da sinalização dos Ministros, isto faz com que a pauta do Tribunal possa ser construída de maneira a referendar tais práticas, atenção que fizera Oscar Vieira Vilhena atentar para esses poderes implícitos do Presidente na composição da pauta judicial (2010)¹³. Pelos dados

¹³ Dizia o autor: “Reduzidos os processos, um segundo desafio será reformular o modo pelo qual se constrói a agenda do tribunal. Hoje é difícil compreender a lógica. Alguns processos são julgados em 24 horas e outros permanecem sem decisão por anos. Como justificar isso? Esta, sim, seria uma questão sobre a qual a Transparência Brasil poderia se debruçar, com mais proveito. Por que o pedido de intervenção federal em Rondônia, em função de graves violações de direitos humanos, jamais foi apreciado, enquanto alguns *Habeas Corpus* são concedidos instantaneamente? É urgente que o STF seja capaz de estabelecer uma agenda mais

colhidos pode-se perceber que o alto índice de processos prejudicados é impactado por cálculos racionais de comportamentos desta natureza.

Já em um segundo caso tem-se a aprovação da medida provisória, seja total ou mesmo parcialmente. Nesta conversão pelo Congresso poderão ser feitas adições ao texto, ou ainda substituições, ocasião em que se tem a aprovação parcial do conteúdo da medida provisória. No que respeita à aprovação integral de seu texto, a jurisprudência da Corte tem se consolidado de que a conversão da MP em lei, sem alteração substancial do seu conteúdo, não impede o julgamento do feito, sendo que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade retroagem *ex tunc* (vide, v.g., ADI nºs. 1716, 3090, 4048, 4049 dentre outras)¹⁴.

Tal posicionamento não foi o sempre adotado. A discussão instaurada na MP nº. 144, de Relatoria no Min. Joaquim Barbosa, colocava a questão de que, uma vez convertida em lei, não caberia análise da MP pelo Supremo Tribunal Federal, posto que se perderia seu objeto sobre aquele ato normativo, posição tomada esta em uma primeira fase dos julgamentos de ADIs sobre MPs no Tribunal. Paulatinamente esta concepção foi alterada, suscitando-se a divergência e tendo sido arguida de quando em sempre para as causas em julgamento. De acordo com a jurisprudência atual, baseada de que é possível o julgamento *a posteriori* da conversão, a decisão de inconstitucionalidade de MP, convertida em lei, teria peso em dobro sobre o

transparente e criteriosa dos casos que serão apreciados ao longo do semestre ou do ano judiciário. Ele não pode ser tratado como um tribunal de pequenas causas, obrigado a responder imediatamente a tudo que lá chega”.

“Reduzido o número de casos e estabelecida uma agenda que permita à sociedade saber antecipadamente o que constará da pauta do tribunal, seria possível qualificar o seu processo de deliberação. Em primeiro lugar deveria reduzir ao máximo, senão eliminar, a possibilidade de decisões monocráticas. Um tribunal é, por definição, colegiado. Daí deriva grande parte de sua autoridade, que o excesso de decisões monocráticas coloca em risco”.

¹⁴ Exemplificativamente: “No caso de reedição da medida provisória, ou no caso de sua conversão em lei, poderá o autor da ação direta pedir a extensão da ação à medida provisória reeditada ou à lei de conversão, para que a inconstitucionalidade arguida venha a ser apreciada pelo STF, inclusive no que toca a liminar pleiteada” (ADI 1.125-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-2-1995, Plenário, DJ de 31-3-1995.). Ou ainda: “[...] medida provisória convertida em lei sem alterações: arguição não prejudicada. Não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia *ex tunc* e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto da arguição de invalidade” (ADI 691-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-4-1992, Plenário, DJ de 19-6-1992).

STF para atuar como poder de veto, posto que, caso convertida, estar-se-ia, em tese, derrubando a vontade majoritária do Presidente e do Congresso Nacional concomitantemente.

Entretanto, como medida cautelar, a Corte tem constituído nova jurisprudência de que, não obstante seja o prosseguimento da ação permitido (caso haja conversão da MP em lei), faz-se necessário que o Autor promova o aditamento da petição inicial, colacionando nos autos documentos referentes à nova lei convertida, e alterações, se houver, a fim de legitimar processualmente o pedido, após causa superveniente de alteração legislativa, ainda que sem alteração do conteúdo legislativo (mera conversão). Caso não atendido tal requisito procedimental, a Corte promove a extinção do processo sem análise de mérito, julgando prejudicado o assunto. Ademais, por prerrogativa regimental, reforçada pelo entendimento dos Ministros, nestes casos específicos, é prática prudente solicitar ao Congresso Nacional informações sobre a norma impugnada, oficiando-se-lhe. Tal estratégia processual, além de ter a função formal regularizadora do processo, auxilia o Tribunal a esmaecer o momento político do julgamento, decidindo por lançar à pauta de decisões no momento oportuno, bem posterior àquela calorosa situação de quando a norma está recente ingressa no ordenamento. Ademais, não são raros os casos em que o desinteresse do Autor em aditar a inicial é fato manifesto, normalmente porque não é interessante dar seguimento naquela demanda, posto que a medida provisória já foi convertida e, por vezes, o debate político mudou de rumo. Assim, maiores as chances do Tribunal não se pronunciar, diante da própria desídia do Autor, facilitada ainda mais por essas estratégias intestinas baseadas no comportamento programado em relação a outros Poderes. Neste caso, a responsabilidade é atribuída ao Autor, saindo o Tribunal ileso da função de decidir esse assunto controverso posto que o interessado não regularizou os instrumentos processuais adequados, não podendo, portanto, a Corte decidir (ainda que quisesse). Em tempos de reclames por redução processual, trata-se de um estímulo a mais para julgar o caso prejudicado, eliminando a fileira de processos, tal qual propiciando um comportamento de não enfrentamento institucional com base

na afirmação da independência judicial, o que contribui para a expansão dos poderes do Supremo Tribunal Federal no cenário nacional.

Em mesma situação complexa se coloca quando da conversão em parte da MP. Neste ângulo de visão o Tribunal compreende que, se a alteração é substancial a ponto de alterar o conteúdo legislativo, prejudicada estará a ação, devendo ser julgada sem pronúncia de mérito consoante a alteração de seu objeto. No mesmo sentido posiciona-se o Tribunal, com o fito de solicitar aditamento da petição inicial para juntar aos autos as alterações legislativas, constatando-se o mesmo *modus operandi* da situação antes explanada. Constatada a alteração da MP por outra medida provisória, ou instrumento legal compatível, o Tribunal não se pronuncia. Requer informações, transfere a responsabilidade do seguimento processual ao Autor e aguarda essas diligências para então julgar, fato que poderá ocorrer semanas ou meses após o ingresso da ação, o que arrefece o sentido da decisão que se buscara, no intuito de suspender as ações governamentais extravasadas por meio de MPs (v.g, ADI nº. 259)¹⁵. Assim, no mesmo entendimento que Pacheco (2006), vislumbra-se que, em muitos casos complexos, de alta repercussão inter-poderes, o Tribunal tem tomado postura diligente e procrastinatória, deixando para decidir com bastante atenção e desapressadamente esse conteúdo controverso. Trata-se de um posicionamento muito próximo daquilo que Robert Dahl (1999) denominaria de *delay players*, ou seja, são instrumentos de

¹⁵ Neste sentido: "Medida provisória. Lei de conversão. Alteração substancial. Prejudicialidade. A Medida Provisória 409, de 6-1-1994, convertida na Lei 8.852, de 4-2-1994, sofreu alteração substancial em seu conteúdo normativo, com repercussão imediata sobre o dispositivo impugnado (art. 4º, I), ao qual se conferiu nova redação, com modificação de seu alcance normativo, a par das inovações introduzidas em normas conexas. Caso em que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere à norma superveniente o efeito de tornar prejudicada, por falta de objeto, a ação direta instaurada com base na redação originária, não mais subsistente (ADI 383 e 691)." (ADI 991-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 26-5-1994, Plenário, DJ de 9-9-1994.). Ou ainda: "Já se firmou a jurisprudência desta Corte (assim, nas ADI 1.204-MC, 1.370-MC e 1.636-MC) no sentido de que, quando medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomarão os seus efeitos a medida provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar." (ADI 1.665-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 27-11-1997, Plenário, DJ de 8-5-1998.)

retardamento de implementação de determinadas ações políticas relevantes, procrastinando decisões cuja repercussão se refira a alto impacto social.

Considerações finais

Este comportamento referencial, como se mostrou mais aos detalhes na relação estabelecida entre maioria e minoria em sede de controle de constitucionalidade de medidas provisórias, principal instrumento legislativo do Governo e ferramenta expressa da veiculação de suas políticas, caracteriza-se por um baixo grau de enfrentamento, o que propicia a criação de comportamentos evasivos do Tribunal. Esta atitude, o que aqui se crê, não significa que o Tribunal é menos independente porque não ataca vorazmente as causas postas a seu tirocínio, mas, inclusive, revela um grau de conscientização política importante no qual a Corte “decide não decidir”, a fim de preservar, inclusive, o equilíbrio harmonioso dos poderes. Neste particular, o comportamento mais restritivo ou mais ativo do Tribunal depende do gerenciamento de sua jurisprudência. Assim, ações mais ativas normalmente estão associadas ao suporte político fragmentado, em que a Corte não enfrenta agentes políticos fortes, como o Congresso ou o Presidente da República.

Ao revés, como se viu, o revide ao julgamento das medidas provisórias se mostrou mais ativo em situações em que a manifestação do Congresso se deu previamente, sendo a decisão judicial escorada no apoio desse importante agente político. Em outros casos, as estratégias processuais adequaram a situação, a fim de o STF julgar o caso, mas não interferindo nele diretamente, em posição de confronto, lançando mão, para isso, de recursos processuais ou regimentais válidos para esquivar-se desse embate, o que foi mostrado na construção jurisprudencial da Corte a partir de saídas furtivas.

Por um outro lado, algumas ponderações merecem ser feitas. Aparentemente inverso do que o senso comum pode pensar, seletividade no julgamento de um Tribunal Constitucional é um dos requisitos talvez mais

indicativos de sua maturidade institucional. Isto porque, mesmo independentes juridicamente e autônomos, o relacionamento institucional entre os Poderes é duradouro e, portanto, decisões revoltosas e imediatistas em nada contribuem para o aperfeiçoamento das instituições democráticas. Por outro lado, estratégias de não enfrentamento refletem essa percepção sistêmica no sentido de que compõem uma ação cautelosa para o fim de preservar harmonia e equilíbrio entre os Poderes, na perspectiva de que embates diretos aumentam chances de rupturas institucionais, desgastam os Poderes e conduzem ao dispêndio de esforços que não contribuem para o amadurecimento do relacionamento interinstitucional e que podem trazer conflitos insuperáveis entre estes agentes políticos. Ao que parece subjazer as práticas coletivas da Corte, trata-se do desenvolvimento de uma sorte de solidariedade interinstitucional, presente na ordem de interação entre os órgãos do sistema político, no intuito de garantir sua estabilidade.

Por fim, entende-se que o não enfrentamento parece constituir uma estratégia velada do Tribunal de buscar sua afirmação e construção institucional, posto que a edificação de sua autonomia tem corrido paralelamente a uma postura mais conciliadora referente ao principal ator político, o Presidente, porém mais ativa em outros temas de grande impacto nacional, fazendo o Judiciário se aproximar do centro político da Nação como um órgão independente e forte, sem que contudo tenha de enfrentar diretamente este principal *policy-maker*. Caso ocorresse o embate direto, certamente teria o Tribunal dificuldade de ocupar este espaço privilegiado. Assim, uma hipótese ainda a ser considerada, é que comportamentos restritivos do Tribunal, por mais que aparentemente tendam a ser exemplos de baixa *accountability*, na realidade, alocam-se em um comportamento encapsulado para não se posicionar como órgão desafiador, sob o risco de enfrentamento direto, mas utilizando seletivamente esse poder de veto em situações em que possui amplo apoio político de outros atores institucionais, como o Congresso Nacional, ou sociais, como o povo ou mesmo movimentos fortalecidos, para decidir. Assim, além de conquistar um espaço de não contenção estatal, visto não entrar em guerra direta com agentes especiais,

amplia sua base legitimatória, conquistando novos espaços na política brasileira e, certamente, construindo estrategicamente a imagem do Judiciário perante o povo e as instituições políticas nacionais como um órgão forte e isento.

Por certo, como crítica a esta postura, alguma desídia estrategicamente calculada pode ter custos sociais grandiosos. Dado que a *accountability* do Congresso é baixa e a ação parlamentar em bloco pode deixar minorias desprotegidas em face da maioria tirânica, esse comportamento estratégico do Supremo em exercer baixo controle pode se tornar uma derrota a mais para estes grupos, não lhes restando senão buscar as vias judiciais como instrumento de oposição. Por mais que estrategicamente programados os comportamentos cautelosos e evasivos do STF em determinados casos, faz-se necessário se mensurar se esse exercício de sua independência e a construção institucional não podem inadvertidamente se tornar uma porta de entrada para alguma omissão judicial sobre direitos constitucionais legítimos. Deste modo, esse desamparo constitucional sobre alguns blocos de indivíduos pode lançar um pesado custo social, bem como reverter-se negativamente aos propósitos do Tribunal em preservar sua identidade e autonomia.

De tal forma, os riscos do desempenho da independência judicial sempre existem, para ambos os lados, e a forma mais acertada de gerenciamento destes riscos é o cálculo de consequências que o Tribunal realiza cotidianamente. Ao que se entende, buscar a conciliação entre crescimento institucional, independência e portar-se como um ator de veto são ainda elementos tensionais sobre o qual a Corte refletirá por ainda alguns anos, a fim de encontrar o caminho mais adequado à realização de seus deveres constitucionais e aspirações mais seletas.

Referências bibliográficas

ATIENZA, Miguel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*; Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Acir dos Santos. *A Escolha Constitucional dos Poderes do Presidente: O Caso da Medida Provisória*. (Dissertação de Mestrado em Ciência Política) IUPERJ, Rio de Janeiro, 1998.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de Coalizão e Mecanismos de Alarme de Incêndio no Controle Legislativo das Medidas Provisórias. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 1, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. RISTF (2011). *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF: STF, 2011.

_____. EC 32/98 (1988). *Emenda constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Lei Federal nº. 9.868/99*. Brasília, Senado, 1999.

CAMERON, Charles M. *Veto Bargaining: Presidents and the Politics of Negative Power*. Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Katia de. *Medidas provisórias no âmbito do direito comparado*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados: Centro de Documentação e Informação, 2000.

CAREY, John; SHUGART, Mathew. Poder de decreto: chamando os tanques ou usando a caneta?, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 13, n. 37, junho, 1998, p. 149-184.

CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. *Sua Majestade o Presidente da República: Estudo de Caso do Controle de Constitucionalidade dos Atos do Executivo* (1995 – 1998). Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Universidade Federal de Pernambuco Recife, 2000.

DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1999.

DA ROS, Luciano. Poder de decreto e accountability horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no pós-1988, *Revista de Sociologia e Política*, v. 16, n. 31, Nov., 2008, p. 143-160.

_____. Supremo Tribunal Federal como *veto player*? Judicialização da política e restrições à edição de medidas provisórias no Brasil pós-1988, 2007. *Jornadas – Unicamp*. Congresso Científico.

DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no Processo Decisório: Avaliando Sucesso e Fracasso Presidencial, *Dados*, abr.-jun., v. 48, n. 2., 2005, p. 333-369.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

HELMKE, Gretchen. The logic of strategic defection: court-executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. *American Political Science Review*, vol. 96, n. 2, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. [2002]

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MARAVALL, José Maria; PRZEWORSKI, Adam. Introduction. In: *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

MARANHÃO, Tatiana P. A. *Quando o Supremo Tribunal Federal discorda do Presidente da República*. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de Brasília, 2003.

MCGUIRE, Kevin T.. The insitucionalization of the U.S. Supreme Court. *Political Analysis*, v. 12, n. 2, 2004, p. 128-142.

NEUSTADT, Richard. *Presidential power: the politics of leadership*. New York: Wiley, 1960.

PACHECO, Cristina Carvalho. *O Supremo Tribunal Federal e a reforma de estado: uma análise das ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

PERELMAN, Chaim; OLBERECHTS TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação; a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETERSON, Mark A. *Legislating Together – The White House and Capitol Hill from Eisenhower to Reagan*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

POWER, Timothy J. The Pen Is Mightier than the Congress: Presidential Decree Power in Brazil. In: CAREY, J. M.; SHUGART, M. S. (orgs.), *Executive Decree Authority Executive Decree Authority*. New York, Cambridge University Press, 1998.

PRZEWORSKI Adam. Self-enforcing democracy. In: WITTMAN, Donald; WEINGAST, Barry. *The Oxford handbook of political economy*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 312-328.

JONES, Charles. *The Presidency in a Separated System*. Washington, D.C.: The Brookings Institutions, 1994.

SANTOS, Fabiano. Patronagem e Poder de Agenda na Política Brasileira. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997.

SZCLAROWSKY, Leon Fredja. *Medidas provisórias: instrumento de governabilidade*. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=126&rv=Direito>>. Acessado em 02.01.2012.

TAYLOR, Mathew MacLeod. *Activating judges: courts institutional structure and the judicialization of policy reform in Brazil (1988-2002)*. Tese (PhD em Government). George Town University, Washington, 2004.

TSEBELIS, George. *Veto players: how political institutions work*. Princeton: University Press, 2002.

VIANA, Werneck. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. São Paulo: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed., Rio de Janeiro, Revan, 1997.

VIERA, Oscar Vilhena. Quando menos é mais. *O Estado de São Paulo*, p. 2, 20 abr. 2010.

WEINGAST, Barry. The political foundations of democracy and the rule of law. *American Political Science Review*, vol. 39, n. 3, 2001.