

**Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
UNILEGIS / Senado Federal
Curso de Pós-Graduação Latu Sensu em
Direito Constitucional**

Fernando Aurélio de Azevedo Aquino

**A partição dos Poderes da União e a
necessidade de equilíbrio institucional como
elemento de sustentabilidade do Estado
democrático de direito**

**Brasília – DF
2009**

Fernando Aurélio de Azevedo Aquino

**A partição dos Poderes da União e a
necessidade de equilíbrio institucional como
elemento de sustentabilidade do Estado
democrático de direito**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. José Eduardo Rangel de Alckmin

**Brasília – DF
2009**

Fernando Aurélio de Azevedo Aquino

**A partição dos Poderes da União e a
necessidade de equilíbrio institucional como
elemento de sustentabilidade do Estado
democrático de direito**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Especialista em Direito
Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em 31/03/2010, com menção 10
(dez).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof^ª. Christine Oliveira Peter da Silva

Integrante: Prof. André Pires Gontijo

Dedicatória

*Ao único que é digno de louvor e glória, Jesus Cristo;
aos meus pais, Tersandro e Iracema, a quem rendo
minha admiração; à minha amada Leila; a meus
filhos Fernando e Filipe; à minha nora, Jéssica, e ao
meu neto, Pedro Aurélio.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1 ESTADO	6
1.1 Estado de direito	8
1.2 Democracia	9
1.3 Estado democrático de direito	12
2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES	13
3 A TEORIA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	17
4 SITUAÇÕES QUE CONDUZEM À REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL	21
4.1 A edição de medidas provisórias no sistema presidencialista pode se tornar uma intervenção ilegítima do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo	21
4.2 O risco de o ativismo judicial irromper em invasão de função	26
4.3 Discricionariedade administrativa e legitimidade de revisão plena dos atos administrativos pelo Poder Judiciário	27
4.4 Vício de iniciativa de proposição legislativa talvez seja a mais comum das formas de subtração de prerrogativa pelo Legislativo	29
4.5 A validação pelo Supremo Tribunal Federal de resolução do Tribunal Superior Eleitoral em razão da inércia do Congresso Nacional ante a fidelidade partidária	30
4.6 A recalcitrância do Poder Legislativo em cumprir decisões judiciais fere o princípio da separação de poderes	37
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

RESUMO

O conceito de Estado é apresentado aqui a partir da renúncia do direito que o indivíduo em estado de natureza faz ao buscar segurança, estabilidade. É, portanto, um conceito dinâmico. O Estado de direito, por sua vez, é apresentado como aquele dotado do monopólio do poder de legislar, julgar e executar conforme as leis, sempre tendo em vista o bem da sociedade que o constituiu. A democracia, após algumas considerações, é reconhecida como o sistema em que a maioria governa e a minoria tem seus direitos assegurados, de onde se evolui até se atingir a definição de Estado democrático de direito. Uma reflexão, mesmo que perfunctória, das teorias da partição dos Poderes da União e da intervenção mínima de um Poder nas funções de outro Poder da União, revela a importância do equilíbrio institucional, sem o qual o Estado democrático de direito nada mais seria do que uma construção imaginativa de uma sociedade ideal, fundamentada em leis justas e em instituições político-econômicas verdadeiramente comprometidas com o bem-estar do povo, um sonho, uma quimera. Essa assertiva é analisada sob a luz de conjunturas factuais e ficcionais apresentadas neste trabalho tais como edição de medidas provisórias no sistema presidencialista de governo, decisões judiciais, ações e omissões do Poder Legislativo. Embora se tratando de um ensaio acadêmico, cuja liberdade de opinião não deve ser limitada, evitou-se aqui apresentar manifestação apaixonada e expressões ácidas, especialmente quando se tratou de circunstâncias concretas.

Palavras-chave: Conceito de Estado. Estado democrático de direito. Teoria da partição dos Poderes da União. Teoria da intervenção mínima. Usurpação de função. Equilíbrio institucional.

ABSTRACT

The concept of State is here presented based on the renunciation of the rights that the individual has – in a state of nature – when seeking security and stability. It is, therefore, a dynamical concept. Nevertheless, the rule of law is presented as having the power to legislate, to judge and to enforce the laws. It always focuses on the well-being of society. After some consideration, democracy is recognized as the system in which majority rules and minority has its rights preserved, evolving to a point in which there is a definition of the democratic rule of law. A reflexion, albeit perfunctory, upon the theory of the partition of Branches and the minimal intervention of one Branch into the sphere of another, shows the importance of institutional balance. Without such balance the democratic rule of law would be nothing but an imaginative exercise of the ideal society, based on fair laws and on political and economic institutions truly committed to the well-being of the people, that is, a dream, an illusion. This assertion is analyzed in the light of the factual and fictional circumstances presented in this work, such as the publishing of provisional measures in the presidential system, judicial decisions, and actions and omissions of the Legislative Branch. Although this is an academic essay-whose freedom of opinion must not be limited – we avoided presenting passionate views and acid expressions, specially when dealing with concrete circumstances.

Keywords: Concept of State. Democratic Rule of Law. Theory of Partition of Branches. Theory of Minimal Intervention. Usurpation of Function. Institutional Balance.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por principal objetivo suscitar um debate a respeito da necessidade de equilíbrio institucional entre os Poderes da União, observados os princípios da separação de Poderes e da intervenção mínima, em que “le pouvoir arrête le pouvoir”, tal qual reclama o Estado democrático de direito.

Diante da teoria da separação de Poderes – há muito idealizada e de certo modo aperfeiçoada pelo tempo e ocasiões – e considerando a teoria da intervenção mínima, surge a discussão sobre a possibilidade de usurpação de funções de um Poder sobre outro, seja mediante a edição de medida provisória de maneira indiscriminada e sem observância dos requisitos constitucionais, seja por meio das decisões da Corte Constitucional que, buscando ocupar vácuo deixado pelo Congresso Nacional – mesmo sem ter a representatividade necessária –, passa a editar normas de caráter geral, com suporte no exercício do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato de normas, seja, ainda, pelas Casas do Legislativo cometendo vício de iniciativa na edição de normas ou na recalcitrância em cumprir determinações judiciais claras, diretas e objetivas.

Não haverá neste trabalho qualquer receio de se divergir de decisões do Supremo Tribunal Federal, de ações do Presidente da República ou de omissões do Congresso Nacional. Nem por isso se cogita aqui faltar-lhes com o devido respeito, ao contrário. Por ser o meio acadêmico um dos refúgios da liberdade de pensamento, não há razão para não se debater os acertos e até os erros de tão relevantes instituições.

De modo que, ao se analisar cada uma daquelas possibilidades, exemplos reais e ficcionais são apresentados a fim de tornar mais compreensível a discussão, mantendo firme o convencimento obtido mediante provas ou razões íntimas, sempre sem tergiversar, ainda que venha correr o risco de parecer ousado demais.

Não há aqui a presunção, contudo, de se esgotar o assunto, que é, por si mesmo, rico e apaixonante. Há sim, a intenção de se abrir um espaço para reflexão sobre a necessidade de, a cada dia, aperfeiçoar o já muito bom atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e o processo legislativo diante da separação dos Poderes, tendo em vista a utilização dos freios e contrapesos, onde o

Poder freia o Poder, evitando que os ocupantes de elevado múnus público sejam seduzidos a usurpar do povo aquilo que lhe pertence: todo o Poder.

1 ESTADO

Já se disse que os homens nascem livres, iguais, senhores de si e do que possuem, porém, ao se organizarem em sociedade, abdicam desse direito ou desse poder quase absoluto. Mas uma interrogação inquietante surge: o que os move a renunciar a esse poder para se submeterem a uma condição de resignação como a que ocorre quando se reúnem em sociedade?

Acometido dessa inquietação, Locke¹ faz a seguinte observação:

123. Se o homem no estado de natureza é tão livre como se disse, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e de suas posses, igual ao maior de todos e súdito de ninguém, por que abandona sua liberdade, esse império, e se submete ao domínio e controle de algum outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza ele tenha tal direito, ainda assim o gozo dele é muito incerto e está constantemente exposto à violação por parte de outros... Isso o faz querer desistir dessa condição que, embora livre, está cheia de medos e perigos constantes; e não é sem razão que ele procura de boa vontade unir-se em sociedade com outros que já estão reunidos ou têm a intenção de se unir para a mútua preservação de suas vidas, de suas liberdades e bens, aos quais chamo pelo nome genérico de propriedade.

124. A finalidade maior e principal, portanto, de os homens unirem-se em Estados e submeterem-se a um governo é a preservação de sua propriedade, para o que o estado de natureza carece de muitas coisas. Primeiro, falta-lhe uma lei estabelecida, estável, conhecida...

125. Em segundo lugar, o estado de natureza carece de um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para solucionar todas as diferenças de acordo com a lei estabelecida...

126. Em terceiro lugar, o estado de natureza carece, com freqüência, de um poder para apoiar e sustentar a sentença quando justa e para dar-lhe a devida execução...

Percebe-se que Locke passa a expor uma série de necessidades experimentadas pelo indivíduo no estado de natureza que o conduzem a decidir abrir mão de um poder absoluto de autodeterminação para a aceitação de um estado de dependência, uma autotomia.

Com isso, se estabeleceria um conjunto de indivíduos submissos ao desejo e ditame da coletividade, em troca de preservação e segurança contra o possível ataque de outros.

Mais, Locke deixa claro que esses indivíduos, ao se organizarem em sociedade, objetivam a instituição de leis claras, com juízes conhecidos e imparciais, que sentenciem segundo essas leis, e um governo capaz de por em prática o que as

¹ MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Tradução de Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira, Claudia Berlier; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Culha. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 149.

leis e as sentenças nelas fundadas determinam, ou seja, a criação de um Estado com organização e poder interno.

Ora, se é verdade que o homem em estado natural pode declinar de seu direito de autodeterminação, sujeitando-se aos interesses da coletividade que optou participar, a fim de obter proteção e garantias, esta mesma sociedade poderá transferir para uma ou mais pessoas esse direito, como também será verdade que uma sociedade politicamente organizada poderá se submeter a outra com aqueles mesmos objetivos. Esta é a conclusão a que chegou Hugo Grócio²:

Um homem pode, por sua própria ação, tornar-se o escravo de um outro, como se evidencia no Direito Romano e no Hebreu. Então, por que um povo não pode fazer o mesmo, de modo a transferir todo o Direito de governá-lo para uma ou mais pessoas?... Tampouco é pertinente alegar as inconveniências que se seguem ou poderiam se seguir de tal curso; porque, qualquer que seja a forma de governo que se tome, nunca se escapa da inconveniência.

2. Porém, assim como existem muitas maneiras de viver, umas melhores do que as outras, e assim como cada homem é livre para escolher aquela que lhe agrada, cada nação também pode escolher a forma de governo que desejar; e seu direito nessa questão não deve ser medido pela excelência desta ou daquela forma, em relação às quais as opiniões podem ser diversas, mas sim por sua escolha.

3. Tampouco é difícil conceber causas pelas quais um povo pode renunciar por completo ao poder de seu governo e transferi-lo para um outro; como, por exemplo, se estiver em grande perigo e não puder encontrar um defensor em outras condições; ou se estiver em privação e não puder encontrar subsistência de outra maneira...

4. Acrescente-se a isso o fato de que, assim como Aristóteles diz que certos homens são escravos por natureza, algumas nações também são mais propensas a serem governadas do que a governar...

A existência de uma estabilidade mínima (soberania) capaz de manter e sustentar um grupo de indivíduos é condição essencial para a formação de um Estado, pois quando não mais se tem soberania, não se pode também cogitar a existência de um Estado soberano.

O conceito de Estado sempre esteve em debate pelos doutrinadores, exigindo, para sua definição, a presença de três elementos, a saber: povo, território e governo, não podendo faltar, ainda, na formulação de cada conceito, a soberania como condição indispensável de sua independência e autonomia.

Thomas Hobbes, porém, à respeito da instituição do Estado, assim se pronuncia³:

Diz-se que um Estado foi instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um, que a qualquer homem, ou assembléia de homens, a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles (isto é, de ser seu representante), todos,

² MORRIS, Clarence (Org.). Obra citada, p. 83.

³ MORRIS, Clarence (Org.). Obra citada, p. 116.

tanto aquele que votou a favor como aquele que votou contra, autorizarão todos os atos e decisões desse homem, ou assembléia de homens, como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz entre si e de serem protegidos dos outros homens.

Há, porém, os que admitem como Estado qualquer comunidade hierarquicamente organizada e estabelecida em um território, e os que só reconhecem esta sociedade politicamente organizada como Estado a partir do momento em que for demonstrado e detalhado seu Poder interno e externo.

Ultrapassando esse obstáculo e apresentando sob vários prismas o conceito de Estado, temos uma verdadeira coletânea de definições formada por Hely Lopes Meirelles⁴:

1.1.1 *Conceito de Estado.* O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do modo de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário (Jellinek); sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção (Malberg); sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana (Biscaretti di Ruffia); na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 41, I). Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público, pois a teoria da dupla personalidade do Estado acha-se definitivamente superada.

1.1 Estado de direito

Se o Estado pode ser considerado o conjunto de indivíduos que se reuniu em um determinado território, renunciando aos direitos próprios do estado de natureza, com um propósito comum de obter proteção, segurança, estabilidade mínima, o Estado de direito há de ser tido por aquele dotado do monopólio do poder de instituir leis claras e conhecidas, julgar as situações com fundamento nestas leis e apoiar e executar as sentenças que observarem tais leis, sempre tendo em vista o bem da sociedade que o constituiu.

Uma leitura apressada poderia dizer então que esse ente Estado, no Estado de direito, seria o detentor absoluto do poder. Veja-se, porém, quantas limitações são impostas a ele, a começar pela lei. O Estado é o detentor do monopólio do poder de criar lei. Contudo, estará a ela submetido. Ao criar a lei, o Estado deverá

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 61.

ter em vista o bem da coletividade e a sua execução terá que seguir o estabelecido pela mesma lei.

Sobre esse ponto é preciso transcrever o que registram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet⁵:

Quanto às suas origens e ao seu desenvolvimento histórico, juristas, filósofos e cientistas políticos, sem discrepâncias, indicam o surgimento do Estado de Direito no momento que se consegue pôr freios à atividade estatal por meio da lei, vale dizer, no instante que o próprio Estado se submete a leis por ele criadas, ainda que isso possa parecer um paradoxo, e tão embaraçoso paradoxo que o citado Legaz y Lacambra, como vimos, chegou a dizer que o Estado de Direito era um dos mistérios da ciência jurídico-política e compará-lo ao mistério teológico do Deus-Homem, que não obstante tenha criado a Natureza, a ela estaria submetido.

A respeito do Estado de direito e sua concepção atual, aqueles juristas⁶ assim se pronunciam:

Por isso, quando hoje em dia se fala em Estado de Direito, o que se está a indicar, com essa expressão, não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se viva sob o primado do Direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais:

- a) Império da lei, lei como expressão da vontade geral;
- b) Divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial;
- c) Legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e
- d) Direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

1.2 Democracia

Como já foi dito, uma inquietação soa forte na alma do indivíduo que vive em sociedade e que se vê igual aos demais, tendo, porém, de se submeter ao comando de outro. Ao apresentar seu pensamento sobre a idéia de democracia, Hans Kelsen⁷ comenta essa condição:

Na idéia de democracia – e é dessa idéia que queremos tratar primeiro, e não da realidade política mais ou menos próxima dela – encontram-se dois postulados da nossa razão prática, exigem satisfação dois instintos

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1104.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada, p. 1104.

⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução dos originais em alemão por Vera Barkow, dos originais em inglês por Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla e dos originais em italiano por Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

primordiais do ser social. Em primeiro lugar, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra a vontade alheia diante da qual é preciso inclinar-se, o protesto contra o tormento da heteronomia. É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo de vida de quem é obrigado a obedecer: "Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim?" Assim, a idéia absolutamente negativa e com profundas raízes anti-heróicas de igualdade trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade.

Da idéia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia, como Cícero, mestre da ideologia política, expressa na frase famosa: "itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet: qua quidem certe nihil potest esse dulcius et quae, si aequa non est, ne libertas quidem est."

Se a idéia de liberdade pode tornar-se um princípio dessa organização social – de que antes era negação – e finalmente um princípio de organização estatal, isso só é possível através de uma mudança de significado. A negação absoluta de qualquer vínculo social em geral, e portanto, do Estado em particular, leva ao reconhecimento de uma forma especial desse vínculo, a democracia, que, com seu contrário dialético, a autocracia, representa todas as possíveis formas do Estado, aliás, da sociedade em geral.

A afirmação apresentada por Kelsen de que a democracia é caracterizada pela síntese da liberdade com a igualdade soa, em princípio, contraditória e insustentável. É que a liberdade de autodeterminação do indivíduo o conduz a uma atuação contra o Estado, contra a coletividade, parecendo impossível a coabitação desses dois elementos em um só instituto. Contudo, Kelsen faz um convite para que se abra o ângulo de visão e se possa compreender sob outro prisma a liberdade, não mais como algo absoluto, rígido, incapaz de se curvar às circunstâncias novas, mas flexível feito a guta-percha que, após ser purificada e coagulada pelo seringueiro, se transforma num objeto capaz de suportar e absorver duros impactos, transformando-os em energia.

Para Rousseau⁸, defensor intransigente da liberdade, somente a unanimidade seria capaz de refletir a liberdade, como no caso do contrato inicial do Estado e, portanto, em um governo de maioria, não haveria qualquer possibilidade de se falar em liberdade. Com isso, assume uma posição completamente cética em relação à democracia, e diz:

Se tomarmos o termo no sentido estrito, nunca houve uma verdadeira democracia, e jamais haverá. É contra a ordem natural a maioria governar e

⁸ MORRIS, Clarence (Org.). Obra citada, p. 228.

a minoria ser governada. É inimaginável que o povo deva permanecer sempre em assembléia para dedicar seu tempo aos assuntos públicos, e está claro que não se poderiam estabelecer comissões com esse propósito sem mudar a forma de administração...

... Não há governo algum tão sujeito às guerras civis e às agitações internas como o governo democrático ou popular, pois não há outro que tenha uma tendência tão forte e contínua para mudar de uma forma à outra, ou que exija mais vigilância e coragem para ser mantido tal como está...

Se houvesse um povo de deuses, seu governo seria democrático. Governo tão perfeito assim não é para os homens.

Todavia, ressalta Kelsen que o conceito aplicado à liberdade não deve ser o da anarquia (absoluto), mas o da democracia (flexível), onde esta sequer exige unanimidade, mas se contenta com o desejo da maioria, que nesse caso será considerada garantia da liberdade individual. Nesse ponto assevera Kelsen⁹:

Mas, mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo, o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida. Por isso, o princípio democrático de liberdade parece exigir que a possibilidade de uma decisão imposta à minoria se reduza ao mínimo; maioria qualificada, possivelmente unanimidade, são consideradas garantias da liberdade individual. Entretanto, a oposição dos interesses, que é um dado da experiência, torna-se tão inadmissíveis para a vida política corrente, que até um apóstolo da liberdade como Rousseau exige a unanimidade apenas para o contrato inicial que funda o Estado. (...) A democracia, em favor da elaboração de uma ordem social ulterior, renuncia à unanimidade que, hipoteticamente, poderia ser aplicada à sua fundação por contrato e contenta-se com as decisões tomadas pela maioria, limitando-se a aproximar-se de seu ideal original. O fato de se continuar falando de autonomia e considerando cada um como submisso à sua própria vontade, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da idéia de liberdade.

Mas mesmo aquele que vota com a maioria já não está submetido unicamente à sua vontade. Isso ele percebe quando muda de opinião. E, como essa mudança não traz conseqüências jurídicas, perceberá claramente que está submetido a uma vontade alheia ou, sem metáforas, a uma ordem que tem valor objetivo. Para que ele, indivíduo, fosse novamente livre, seria necessário encontrar uma maioria a favor da sua nova opinião. E essa concordância entre vontade do indivíduo e vontade do Estado é tanto mais difícil de se realizar, e essa garantia de liberdade individual é tanto menor quanto mais qualificada é a maioria necessária para modificar a vontade do Estado. Tal acordo seria impossível se fosse necessário decidir unanimemente as modificações na vontade do Estado. Aqui se apresenta uma ambigüidade singular no mecanismo político. Aquilo que antes, durante a fundação da ordem estatal, era escrupulosamente executado segundo uma idéia de liberdade e servia à proteção da liberdade individual torna-se uma prisão para o indivíduo quando ele não pode subtrair-se a essa ordem. A fundação do Estado, a criação original da ordem jurídica ou da vontade do Estado, não entra na prática social. A maioria das pessoas nasce numa ordem estatal preexistente para cuja criação não contribuiu e que deverá, a seguir, mostrar-se como vontade alheia. O problema que se apresenta é apenas o do aperfeiçoamento dessa ordem, das modificações a lhe serem feitas. Nesse ponto de vista, o princípio da maioria absoluta (e não qualificada) representa a aproximação relativamente maior da idéia de liberdade.

⁹ KELSEN, Hans. Obra citada, p. 30 e 31.

Verifica-se, portanto, que o conceito de liberdade não pode ser tido como absoluto, senão não se aplicaria em nenhum regime político, muito menos na autocracia. Porém, se for preciso relativizá-lo, então, nenhum outro regime político dará mais liberdade ao indivíduo que a democracia.

A democracia, não a pura ou direta objurgada por Rousseau, a lapidada pelo tempo, pela experiência, pela doutrina, é hoje o sistema em que “se procura realizar o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e os governados. Isto para que todo ser humano continue livre no Estado, sujeitando-se a um poder de que também participe”¹⁰. Nesse caminho, passou-se da democracia direta para a indireta ou representativa. Mais que isso, passou a ser reconhecida como o sistema em que a maioria governa e a minoria tem seus direitos assegurados.

Nossa Constituição Federal de 1988 adotou um sistema híbrido, onde o povo se pronuncia por meio de seus representantes eleitos, todavia, em determinados momentos e formas o povo pode se pronunciar diretamente, mediante referendo, iniciativa popular de lei.

1.3 Estado democrático de direito

O Estado democrático de direito é mais que uma expressão de peso, constitui-se no fundamento do constitucionalismo brasileiro e carrega em sua estrutura semântica princípios indisponíveis como a dignidade da pessoa humana, a legalidade, a equidade, a soberania do Estado, a separação dos Poderes da União, o voto direto, periódico e universal, onde esteja assegurado “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”¹¹.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 69.

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p. 11.

2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Em 18 de novembro de 2008, no Senado Federal, abrindo ciclo de palestras sobre a necessidade de equilíbrio entre os Poderes, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso salientou que o Poder Judiciário acordou para a força que a Constituição Federal lhe confere, principalmente por meio do mandado de injunção. O estadista chamou atenção ao afirmar que o Congresso Nacional precisa criar mecanismos para evitar uma hipertrofia dos Poderes da República pois, só assim, em sua visão, a sociedade poderá perceber que há poder no interior do Parlamento.

O forte discurso do eminente estadista reverberou entre os parlamentares e produziu efeitos visíveis no Congresso Nacional. Os presidentes das duas casas do legislativo nacional iniciaram uma reação à paralisia provocada pelo excesso na edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo. Na Câmara Alta, pela primeira vez uma medida provisória foi devolvida ao seu autor sem que sequer fosse convocada comissão especial para sobre ela emitir parecer; e na Câmara Baixa estabeleceu-se que não são todas as proposições parlamentares atingidas pela determinação de sobrestamento no caso de demora na deliberação das medidas provisórias.

Nesse debate vence o povo, de quem emana todo poder, que passa a se beneficiar do desejável equilíbrio entre os Poderes da União.

O filósofo inglês John Locke¹² sustentava que todos os poderes do Estado são subordinados e permanecem nas mãos do povo. Não importa se se está a falar de um Estado assentado em suas próprias bases e agindo conforme sua própria natureza, onde um único soberano produz e executa as leis, pois, mesmo nesse caso, se o poder concedido em confiança para o bem e preservação da comunidade for manifestamente negligenciado ou contrariado, a confiança será retirada e o poder devolvido às mãos daqueles que o concederam, que passarão a quem melhor julgarem capaz de exercê-lo para sua segurança e proteção.

Locke reconhecia que os legisladores não são capazes de prever e prover, por meio de leis, tudo quanto possa ser útil para a comunidade, sendo necessário, sobretudo como ocorre nas monarquias moderadas e nos governos bem

¹² MORRIS, Clarence (Org.). Obra citada, p. 151.

constituídos, que o executor das leis, com o poder em suas mãos, que a lei lhe confere, use-o para o bem da sociedade.

Sendo, portanto, como se é de esperar, que o exercício das atividades institucionais se dê para o bem do povo, não seria admissível que um dos poderes do Estado viesse a usurpar a função de outro, para deleite próprio.

Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu¹³, integrante da aristocracia, que de modo marcante influenciou o constitucionalismo ocidental, em sua obra “O Espírito das Leis”, cuja essência paradoxalmente fortaleceu a burguesia na luta pelo poder e declínio da predominância da nobreza, preceitua ser prescindível qualquer parcela de probidade para dar sustentabilidade a um governo monárquico ou despótico, pois a força da lei em um e a força do braço em outro lhes são suficientes. Todavia, em um estado popular é imprescindível a presença visível da virtude. A virtude seria o alicerce da república, da mesma maneira que a honra seria da monarquia e o medo o seria do governo despótico, tal qual descreve Barão de Montesquieu¹⁴:

Assim como a virtude é necessária numa república, e a honra numa monarquia, o medo é necessário num governo despótico; em relação à virtude, não há ocasião para ela, e a honra seria extremamente perigosa. Aqui, o imenso poder do príncipe é transferido por inteiro àqueles a quem lhe apraz confiar a administração. Pessoas capazes de dar valor a si mesmas, provavelmente, criariam perturbações. Por conseguinte, o medo deve deprimir seus espíritos e extinguir até mesmo o menor senso de ambição...

Em sua visão, o poder pertencente ao povo, e ainda que seja exercido, mediante representação, por alguns indivíduos ou instituições do Estado, sempre deverá atender o bem da comunidade que o delegou. E assim, o indivíduo possuidor do poder, uma vez inserido na comunidade, deixa de ser seu proprietário, uma vez que passou a pertencer à coletividade, que é a real proprietária.

Percebe-se, com isso, não ser desejável que um único indivíduo ou instituição do Estado seja o representante supremo do poder, até mesmo para que não caia na tentação de usurpá-lo de seu real proprietário: o povo.

Octaciano Nogueira¹⁵ faz uma feliz reflexão sobre os pensamentos de Locke e Montesquieu a respeito do tema “separação dos poderes”:

Ao preconizar como essencial aos regimes democráticos o princípio da separação de poderes que o consagrou, doutrina que permanece atual,

¹³ MORRIS, Clarence (Org.). Obra citada, p 160.

¹⁴ MORRIS, Clarence (Org.). Obra citada, p. 161.

¹⁵ NOGUEIRA FILHO, Otaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*. Edições Unilegis de Ciência Política. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2007, v. 2, p. 162.

para a qual ainda não se encontrou sucedâneo, e a propósito da qual há dois séculos se especula, Montesquieu não estava inovando, pois vimos que Locke já o invocara, com a diferença de que, em vez de se referir ao Judiciário, o filósofo inglês aludia ao poder "federativo" que, na definição que ele usa, referia-se às relações externas do Estado. A originalidade do francês está na alusão explícita que faz ao poder de julgar que segundo suas próprias palavras, no capítulo 6 do Livro XI, parte II de *O Espírito das Leis*, "tão terrível entre os homens se torna por assim dizer invisível e nulo, porque não está ligada a nenhuma profissão ou a qualquer grupo da sociedade". Essa alusão, segundo Aron "parece indicar que, como o Poder Judiciário é essencialmente o intérprete das leis, deve ter o mínimo possível de indicativa e personalidade". Não é, segundo Montesquieu, um poder de pessoas, mas um poder das leis. Para ele, "o que se teme é a magistratura, não os magistrados."

Sua concepção do princípio da separação de poderes inclui muitas outras peculiaridades. O Poder Legislativo coopera com o Executivo e, neste sentido, deve examinar em que medida as leis estão sendo aplicadas corretamente por este último. Outro aspecto diz respeito ao orçamento, e ao argumento que utiliza para sustentar que deve ser votado anualmente: "Se o Poder Legislativo estabelece o levantamento dos dinheiros públicos de modo permanente e não a cada ano, corre o risco de perder sua liberdade, pois o Poder Executivo deixará de depender dele". Logo, a votação anual do orçamento passa a ser, para ele, uma condição essencial para a liberdade do Legislativo. Muito se tem comparado aos textos de Locke e Montesquieu, em relação à organização dos poderes do Estado e sua separação, mas entre ambos existe uma diferença essencial de objetivos. O do filósofo inglês é limitar o poder real e demonstrar que, se o rei ultrapassa os limites que lhe são demarcados ou desrespeita certas obrigações que assume com o povo, detentor da soberania, este tem o direito de reagir. A idéia do francês, lembra Aron, "não é a separação de poderes no sentido jurídico, mas o que se poderia chamar de equilíbrio dos poderes sociais, condição à liberdade política".

A teoria da separação dos Poderes, desde Montesquieu e John Locke, apresenta como fundamento impedir a concentração de poder em uma só pessoa ou órgão, para distribuir cada uma das funções do Estado entre órgãos ou conjuntos de órgãos¹⁶, haja vista a impossibilidade de o povo exercê-lo, em sua plenitude, diretamente, ainda que todo poder seja dele (o povo) emanado. É que a concentração de poder conduz ao absolutismo, à ditadura, ao despotismo.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, imposta ao rei pelo movimento que livrou a França do "Ancien Régime" (Antigo Regime) e derrubou a Bastilha, em seu artigo 16 estatui que: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem uma Constituição".

¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de Magalhães. *A teoria da separação de poderes*. Jus Navegandi, jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>>. Acesso em: 10 set. 2009.

Ao dizer da relevância do princípio da separação dos Poderes, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet¹⁷, assim registraram:

Para avaliarmos a importância desse princípio, nada melhor que invocar as palavras de Montesquieu, um dos seus formuladores e, certamente, o maior responsável pela sua expansão na vaga do constitucionalismo que tomou conta do Ocidente a partir do Século das Luzes:

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”.

O impacto dessa teoria foi sentido e incorporado pelo constitucionalismo ocidental moderno. A Carta da República de 1988, recepcionando a teoria da partição dos Poderes, reafirma ser do povo todo o poder, condicionando seu exercício por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos em que delimita. Embora, ao partilhar o Poder entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a Constituição use o termo independente, não o faz no sentido de serem herméticos, mas autônomos, senão, não haveria possibilidade de também serem harmônicos entre si.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada, p. 1104.

3 A TEORIA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Uma vez reconhecida a imprescindibilidade da separação dos poderes no Estado democrático de direito, cada Poder, como órgão ou conjunto de órgãos constitucionalmente definidos, deve ter função clara, o que não quer dizer, contudo, que um não possa intervir no funcionamento do outro. Aliás, a possibilidade de intervenção mínima representa um mecanismo institucional nomeado por Montesquieu como “le pouvoir arrête le pouvoir” ou, em uma tradução livre, “o poder freia o poder”, cuja finalidade é impedir que os investidos em um dos Poderes, ao sucumbir à tentação de suplantar os demais, estabeleça uma tirania.

Não obstante o autor de “O Espírito das Leis” dizer que o poder de julgar (poder executivo das coisas que dependem do direito civil) é neutralizado em si mesmo, em razão do modo em que são formados os tribunais e o modo de decidir dos juízes, permanece a essência de seu pensamento a respeito de o poder frear o poder.

Não se pode olvidar, contudo, que esse pensamento de Montesquieu é mais visível entre o poder de legislar e o poder de executar, onde, em sua visão, há um maior compartilhamento de funções entre si.

Montesquieu preceitua que o poder de legislar, exercido pela Câmara Alta (formada pela nobreza) e pela Câmara Baixa (formada pelos representantes eleitos), possui a função de estatuir, o que não é sinônimo de criar leis, mas de descobri-las. E, à semelhança do poder de julgar, também o poder de legislar é neutralizado em si mesmo, quando a Câmara Alta exerce o papel moderador, ao exercer a função de impedir. Porém, esta função de impedir pode também ser exercida pelo poder de executar, quando o rei entende por vetar a lei proposta pelo poder de legislar que, segundo Montesquieu, também exerce a função de estatuir, quando resolve não impedir (vetar).

Há de se considerar o momento histórico vivenciado por Montesquieu para, em pó, observar as dessemelhanças entre seu postulado e o que estabelece nossa Carta Republicana.

No modelo por ele idealizado, o Judiciário é um poder neutro e o Executivo, passivo, exceto na função de vetar; o Legislativo, embora bicameral e com a função

moderadora, deve se conformar à palavra de veto do rei. Contudo, “O Espírito das Leis” representa um inegável precursor do sistema constitucional adotado pelas principais democracias modernas.

É bem verdade que a rigidez imposta pelo princípio da separação dos poderes se deu em razão de circunstâncias históricas que não se verificam nos dias atuais. Contudo, ainda que sua flexibilização seja imperiosa para a adequação às situações modernas, como a possibilidade de o Executivo ser detentor da iniciativa legislativa (art. 61, § 1º, CF) e ter o poder de editar medidas provisórias com força de lei (art. 62, CF), ou o Legislativo julgar o Chefe do Poder Executivo, nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF), ou ainda o Judiciário com poder de veto por meio do controle de constitucionalidade, verifica-se que são estas exceções incapazes de descaracterizar sua essência.

Na verdade, o pensamento expresso por Montesquieu nas páginas de “O Espírito das Leis” é considerado por muitos como um dos maiores colaboradores para a Revolução Francesa, como assevera o professor Octaciano Nogueira¹⁸:

Sintetizando, o tema essencial da sociologia política do nobre francês é a de que nenhum poder seja ilimitado. E nisto acompanhou Locke, para quem só poder limita o poder. Talvez Montesquieu seja o único filósofo que defendendo a aristocracia e a nobreza a que pertencia, serviu ao povo francês, ajudando a erodir o absolutismo de que Luís XIV foi a melhor expressão ao proclamar com imprudência, mas com razão: “L’État c’est moi” (O Estado sou eu). Em nenhum momento se confessou revolucionário, embora sua obra contenha conceitos que revolucionaram a filosofia e a sociologia do Estado. Raymond Aron, seguindo a interpretação de Althusser, para quem haveria uma enorme contradição “entre seu gênio inovador e suas opiniões reacionárias”, diz que há nela uma parte de verdade, pois, “nos conflitos de ideologias do século XVIII, Montesquieu pertence a um partido que se pode qualificar efetivamente de reacionário, porque ele recomendava o retorno a instituições que tinham existido em passado mais ou menos lendários”. A despeito de todos esses julgamentos, não podemos esquecer que foram montados em suas idéias que os revolucionários franceses destruíram a Bastilha...

Discorrendo sobre a necessidade de adequação histórica do pensamento e não de uma negação da importância de sua essência, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet¹⁹, em o Curso de Direito Constitucional, asseveram que:

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juizes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas

¹⁸ NOGUEIRA FILHO, Otaciano da Costa. Obra citada. p. 163.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada, p. 1104.

de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*²⁰, lembra com muita pertinência o posicionamento de Montesquieu a respeito da necessidade de haver equilíbrio entre os Poderes, quando afirma:

Como salientava Montesquieu, o verdadeiro espírito da igualdade está longe da extrema igualdade, tanto quanto o Céu da Terra. O espírito de igualdade não consiste em fazer que todo mundo mande, ou que ninguém seja mandado; consiste em mandar e obedecer a seus iguais. Não procura não ter chefe; mas só ter como chefes seus iguais. No estado natural, os homens nascem bem na igualdade; mas não poderiam permanecer assim. A sociedade os faz perdê-la, e eles não se tornam de novo iguais senão por meio das leis. Tal é a diferença entre a democracia regrada e aquela que o não é: nesta, só se é igual como cidadão; na outra, também se é igual como magistrado, como senador, como juiz, como pai, como marido, como senhor.

Neste sentido orientou-se o legislador constituinte ao prever a existência de imunidades e garantias aos agentes políticos, que serão analisadas adiante, exercentes das precípuas funções estatais, visando ao bom e harmônico funcionamento e perpetuidade dos Poderes da República e à salvaguarda dos direitos fundamentais.

Ao prelecionar sobre a divisão dos poderes, Montesquieu mostrava o necessário para o equilíbrio dos Poderes, dizendo que para formar-se um governo moderado, “precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir... Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto”.

Na prática, não é fácil diferenciar intervenção mínima – essência da idéia de freios e contrapesos – de invasão ou usurpação de um Poder em outro Poder, especialmente porque sempre haverá a figura humana para suscitar risco para o sistema.

O grande risco, sem dúvida, é o de se sucumbir ao vício da vaidade, o qual não permite ao homem que se conforme em ser igual, equivalente, equipotente, senão estar acima, além. Um vício que parece acometer a natureza humana, sua essência, fazendo-o não se contentar com a condição de estabilidade do lago, exigindo ser e estar além do semelhante, na crista da onda do mar, onde o semelhante precise ser menor, inferior, pouco importando o quanto alto já esteja. Com isso, gera-se uma espiral danosa em que o desejo do menor não é o de simplesmente alcançar o maior, mas suplantá-lo.

²⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Atlas S.A, 2006, p 386.

É nesse contexto que a intervenção mínima ou o “le pouvoir arrête le pouvoir” se mostra uma ferramenta eficiente para o equilíbrio dos Poderes e, por conseguinte, fortalece e reafirma o Estado democrático de direito.

4 SITUAÇÕES QUE CONDUZEM À REFLEXÃO SOBRE A NECESSIDADE DE EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL

Faz-se aqui uma digressão com o objetivo de melhor demonstrar a importância do equilíbrio institucional como elemento de sustentabilidade ao Estado democrático de direito. São reflexões sobre questões factuais e ficcionais, sem pretensão de denegrir ou conspirar a imagem dos órgãos e instituições mencionadas, mas o desejo verdadeiro de ver esses mesmos órgãos e instituições cada vez mais hígidos e respeitados para que, com isso, o povo, por eles representados, tenha por retribuição o bem que tanto almeja.

4.1 A edição de medidas provisórias no sistema presidencialista pode se tornar uma intervenção ilegítima do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo

A Constituição Federal de 1988 inseriu no processo legislativo a figura da Medida Provisória - MP, instrumento previsto nos sistemas parlamentaristas de governo, não obstante tenha estabelecido o presidencialismo como sistema nacional.

Esse fato tem servido para um paradoxo pois, no parlamentarismo, rejeitada a MP pelo Parlamento, uma das principais conseqüências é a dissolução do Gabinete (chefe de governo) por ter, em tese, perdido a maioria representativa. Contudo, entendendo o Primeiro-Ministro não ser o caso, propõe a dissolução da Câmara que rejeitou a MP, cabendo ao eleitorado arbitrar, mediante eleição, o dissídio entre o Gabinete e o Parlamento. De sorte que a edição de uma MP no sistema parlamentarista é sempre medida excepcional, da qual se lança mão apenas em casos de reconhecida urgência e relevância. Por sua vez, no presidencialismo, como é o nosso caso, a rejeição de uma MP pelo Parlamento quase nunca traz reflexos políticos práticos ao Poder Executivo, não se podendo dizer o mesmo em relação ao Congresso Nacional que fica com a responsabilidade de regulamentar as

relações jurídicas havidas no interstício em que vigeu a MP, além de – talvez seja esta a mais grave – ver-se maniatado, pois a não apreciação de uma MP no prazo de até quarenta e cinco dias de sua publicação, por uma das Casas do Congresso Nacional, fará com que a MP entre em regime de urgência, sobrestando todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando, paralisando o Parlamento em sua função primeira, a de legislar (§6º, do art. 62, da CF).

A imprensa não cansa de divulgar a apatia e paralisia do Congresso Nacional em razão da avalanche de medidas provisórias editadas pelos diversos governos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O parlamento brasileiro não consegue produzir, são um sem-número de bons projetos esperando um intervalo entre a apreciação de uma medida provisória e a edição de outra nova.

Não seria então o caso de dizer-se que o Poder Executivo estaria, a despeito de dispor de uma prerrogativa constitucional, intervindo ilegitimamente no Poder Legislativo, quando edita uma quantidade não razoável e desproporcional de medidas provisórias?

Parece que sim. A questão é tão relevante que mereceu do Senador Garibaldi Alves, ex-presidente do Congresso Nacional, não poucos pronunciamentos alertando o Presidente da República para o excesso e conseqüente violação da Constituição com a edição indiscriminada de medidas provisórias. Sua Excelência não foi ouvida!

Em sessão plenária do Senado Federal, do dia 19 de novembro de 2008, o então Presidente Garibaldi Alves decidiu devolver a Medida Provisória nº 446/2008 ao seu autor, antes mesmo de designar comissão mista de deputados e senadores cuja atribuição seria a de examinar a MP e sobre ela emitir parecer (§9º, do art. 62, da CF).

O Líder do Governo no Senado Federal, senador Romero Jucá, recorreu da decisão do Presidente Garibaldi Alves para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. O fato teve repercussão imediata na imprensa e constrangeu o Chefe do Executivo, mas não tanto quanto o excesso na edição de medidas provisórias tem arranhado a imagem do Congresso Nacional.

Seguindo o caminho aberto pelo Senado, de não se resignar diante da avalanche de medidas provisórias e seu nefasto efeito à regular atividade legiferante do Congresso Nacional, o Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer,

respondendo questão de ordem proposta pelo deputado Regis de Oliveira, apresentou nova interpretação sobre quais seriam as proposições referidas na expressão “deliberações legislativas” contidas no § 6º do artigo 62 da Constituição Federal de 1988, dizendo serem aquelas, teoricamente, passíveis de regramento por medida provisória, excluindo, portanto, as propostas de emenda constitucional, projeto de lei complementar, resoluções e decretos legislativos.

O posicionamento corajoso de Michel Temer foi vergastado pelos deputados federais Fernando Coruja, Ronaldo Caiado e José Aníbal em mandado de segurança movido perante o Supremo Tribunal Federal, cujo relator é o ministro Celso de Mello.

Michel Temer apresentou com clareza as razões de seu ato, como revela o voto do ministro Celso de Mello²¹:

Dou um fundamento para esta minha posição.

O primeiro fundamento é de natureza meramente política. Os senhores sabem o quanto esta Casa tem sido criticada, porque praticamente paralisamos as votações em face das medidas provisórias. Basta registrar que temos hoje 10 medidas provisórias e uma décima primeira que voltou do Senado Federal, porque lá houve emenda, que trancam a pauta dos nossos trabalhos. Num critério temporal bastante otimista, essa pauta só será destrancada no meio ou no final de maio, isso se ainda não voltarem para cá outras medidas provisórias do Senado Federal, com eventuais emendas, ou, ainda, outras vierem a ser editadas de modo a trancar a pauta.

Portanto, se não encontrarmos uma solução, no caso, interpretativa do texto constitucional que nos permita o destrancamento da pauta, nós vamos passar, Deputadas e Deputados, praticamente esse ano sem conseguir levar adiante as propostas que tramitam por esta Casa que não sejam as medidas provisórias. Aqui, estou me cingindo a colocações de natureza política. Eu quero, portanto, dar uma resposta à sociedade brasileira, dizendo que nós encontramos, aqui, uma solução que vai nos permitir legislar.

.....
Fechada a explicação de natureza política, eu quero dar uma explicação de natureza jurídica que me leva a esse destrancamento. A primeira afirmação que quero fazer, agora sob o foco jurídico, é uma afirmação de natureza genérica. (...).

Uma primeira é que esta Constituição – sabemos todos – inaugurou, política e juridicamente, um estado democrático de direito. Não precisamos ressaltar que nasceu como fruto do combate ao autoritarismo. Não precisamos ressaltar que surgiu para debelar o centralismo. Não precisamos repisar que surgiu para igualar os poderes e, portanto, para impedir que um dos poderes tivesse uma atuação política e juridicamente superior à de outro poder, o que ocorria no período anterior à Constituinte de 1988.

.....

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.931/DF. Voto do relator ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117925&caixaBusca-N>>. Acesso em: 16 jan. 2010.

E, na seqüência, estabeleceu uma igualdade absoluta entre os poderes do Estado, ou seja, eliminou aquela ordem jurídica anterior que dava prevalência ao Poder Executivo e, no particular, ao Presidente da República.

.....
 Ao distribuir essas funções, a soberania popular, expressada na Constituinte, estabeleceu funções distintas para órgãos distintos. Para dizer uma obviedade, Executivo executa, Legislativo legisla e Judiciário julga. Portanto, a função primacial, primeira, típica, identificadora de cada um dos poderes é esta: execução, legislação e jurisdição.

.....
 No caso do Legislativo, essa atividade foi entregue ao órgão do poder chamado Poder Legislativo. Pode haver exceção a esse princípio? Digo eu: pode e há. Tanto que, em matéria legislativa, o Poder Executivo, por meio do Presidente da República, pode editar medidas provisórias com força de lei, na expressão constitucional.
 É uma exceção ao princípio segundo o qual ao Legislativo incumbe legislar.

.....
 Então, volto a dizer: toda vez que há uma exceção, esta interpretação não pode ser ampliativa. Ao contrário. A interpretação é restritiva. Toda e qualquer exceção retirante de uma parcela de poder de um dos órgãos de Governo, de um dos órgãos de poder, para outro órgão de Governo, só pode ser interpretada restritivamente.

Muito bem. Então, registrado que há uma exceção, nós vamos ao art. 62 e lá verificamos o seguinte: que a medida provisória, se não examinada no prazo de 45 dias, sobresta todas as demais deliberações legislativas na Casa em que estiver tramitando a medida provisória. Mas, aí, surge uma pergunta: de que deliberação legislativa está tratando o texto constitucional? E eu, aqui, faço mais uma consideração genérica.

A interpretação mais prestante na ordem jurídica do texto constitucional é a interpretação sistêmica. Quer dizer, eu só consigo desvendar os segredos de um dispositivo constitucional se eu encaixá-lo no sistema.

É o sistema que me permite a interpretação correta do texto. A interpretação literal - para usar um vocábulo mais forte - é a mais pedestre das interpretações. Então, se eu ficar na interpretação literal, 'todas as deliberações legislativas', eu digo, nenhuma delas pode ser objeto de apreciação. Mas não é isso o que diz o texto. Eu pergunto, e a pergunta é importante: uma medida provisória pode versar sobre matéria de lei complementar? Não pode. Há uma vedação expressa no texto constitucional. A medida provisória pode modificar a Constituição? Não pode. Só a emenda constitucional pode fazê-lo. A medida provisória pode tratar de uma matéria referente a decreto legislativo, por exemplo, declarar a guerra ou fazer a paz, que é objeto de decreto legislativo? Não pode. A medida provisória pode editar uma resolução sobre o Regimento Interno da Câmara ou do Senado? Não pode. Isto é matéria de decreto legislativo e de resolução. Aliás, aqui faço um parêntese: imaginem os senhores o que significa o trancamento da pauta. Se hoje estourasse um conflito entre o Brasil e um outro país, e o Presidente mandasse uma mensagem para declarar a guerra, nós não poderíamos expedir o decreto legislativo, porque a pauta está trancada até maio. Então, nós mandaríamos avisar: só a partir do dia 15 ou 20 de maio nós vamos poder apreciar esse decreto legislativo. Não é? Então, em face dessas circunstâncias, a interpretação que se dá a essa expressão 'todas as deliberações legislativas' são todas as deliberações legislativas ordinárias. Apenas as leis ordinárias é que não podem trancar a pauta. E ademais disso, mesmo no tocante às leis ordinárias, algumas delas estão excepcionadas. O art. 62, no inciso I, ao tratar das leis ordinárias que não podem ser objeto de medida provisória, estabelece as leis ordinárias sobre nacionalidade, cidadania e outros tantos temas que estão elencados no art. 62, inciso I. Então, nestas matérias também, digo eu, não há trancamento da pauta.

Esta interpretação, como V. Exas. percebem, é uma interpretação do sistema constitucional. O sistema constitucional nos indica isso, sob pena de termos que dizer o seguinte: (...) a Constituinte de 1988 não produziu o Estado Democrático de Direito; a Constituinte de 1988 não produziu a igualdade entre os órgãos do Poder. A Constituinte de 1988 produziu um sistema de separação de Poderes, em que o Poder Executivo é mais relevante, é maior, politicamente, do que o Legislativo, tanto é maior que basta um gesto excepcional de natureza legislativa para paralisar as atividades do Poder Legislativo. Poderíamos até exagerar e dizer: na verdade o que se quis foi apenar o Poder Legislativo. Ou seja, se o Legislativo não examinou essa medida provisória, que nasceu do sacrossanto Poder Executivo, o Legislativo paralisa as suas atividades e passa naturalmente a ser chicoteado pela opinião pública.

Por isso que, ao dar esta interpretação, o que quero significar é que as medidas provisórias evidentemente continuarão na pauta das sessões ordinárias, e continuarão trancando a pauta das sessões ordinárias, não trancarão a pauta das sessões extraordinárias (...).

Era necessário dar uma resposta à sociedade que já não mais admitia a vexatória condição em que o Parlamento havia se metido. Sim, é preciso que se diga que o Congresso Nacional é o principal responsável por essa situação pois, não obstante a figura da medida provisória ter surgido no nosso ordenamento jurídico com a Assembléia Constituinte, somente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, se estabeleceu o regime de urgência e consequente sobrestamento das deliberações legislativas.

O ministro Celso de Mello foi contundente ao dizer da excepcionalidade das medidas provisórias e da imperiosa necessidade de observância de razões constitucionais para a edição de medida provisória, quando proferiu seu aludido voto pela denegação da segurança e pela interpretação conforme ao art. 62, § 6º, da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Eventuais dificuldades de ordem política – exceto quando verdadeiramente presentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material - não podem justificar a utilização de medidas provisórias, sob pena de o Executivo, além de apropriar-se, ilegitimamente, da mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, converter-se em instância hegemônica de poder no âmbito da comunidade estatal, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de checks and balances, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República.

A maneira descordada dos diversos governos brasileiros em editar medidas provisórias, emperrando a funcionalidade do Parlamento no que lhe é a razão primeira de sua existência, demonstra claramente a imprescindibilidade de mecanismos que promovam minimamente o “le pouvoir arrête le pouvoir”. Pois não há dúvida que a edição de medidas provisórias no sistema presidencialista pode se tornar uma intervenção ilegítima do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo, como dúvida não há de que um caloroso debate sobre o tema será travado entre os

ministros do Supremo Tribunal Federal, especialmente considerando o pedido de vista dos autos pela ministra Cármen Lúcia após o brilhante voto do ministro Celso de Mello.

4.2 O risco de o ativismo judicial irromper em invasão de função

É bem verdade que a teoria da partição de Poderes não estabelece regras rígidas e exclusivas, mas preponderâncias nas funções exercidas por cada Poder, sendo compreensível e esperado que o Judiciário possa elaborar o regimento interno de seus tribunais, e mesmo ser detentor de prerrogativa de iniciativa legislativa nos casos em que há previsão constitucional; ou o Legislativo criar e organizar a sua própria polícia, administrar os bens e serviços que dão funcionalidade a suas atividades fins; ou o Executivo manter funções jurisdicionais em seus órgãos administrativos.

O que não se deseja e nem se admite é a usurpação, violação, invasão de competências e atribuições claramente estabelecidas na Carta Política da República de um Poder em relação a outro Poder.

Por mais que se espere do juiz uma resposta eficaz à questão posta, jamais estará ele autorizado a usurpar a atribuição conferida constitucionalmente a membro de outro Poder, ainda que se reconheça a elasticidade da função hermenêutica. Assim, em uma lide entre um cidadão e o município onde ele mora, ao juiz poderá ser lícito determinar ao prefeito que pague certa quantia referente a cumprimento de direito fundamental da parte demandante, mas não será lícito, porém, ao mesmo juiz dizer ao Chefe do Executivo local de qual rubrica do orçamento deverá retirar a quantia para o devido cumprimento do édito, sob pena de se violar o poder discricionário conferido com exclusividade ao alcaide e usurpar atribuição que não foi conferida à função judicante.

É da função judicante que o magistrado determine ao governador de estado que assegure o tratamento médico com fornecimento gratuito de remédios a portadores do vírus HIV. Todavia, não poderá o juiz ordenar ao chefe do executivo estadual que adquira os mencionados remédios retirando verba destinada à publicidade, por lhe parecer ser uma rubrica menos essencial.

A pertinência do exemplo é realçada, principalmente, diante dos questionamentos a seguir: e se a publicidade contratada pelo governo do estado fosse uma campanha de conscientização da sociedade sobre os meios de se evitar a contaminação com o vírus HIV, ou mesmo uma inocente campanha de vacinação de crianças contra a paralisia infantil, febre amarela, dengue? Nesse caso, os gastos destinados à publicidade seriam considerados menos essenciais? A estas perguntas somente quem está no exercício da gestão pública é capaz de responder, função não atribuída ao juiz.

Qualquer decisão desse quilate fere o princípio da partição dos Poderes, porque invade função claramente definida e assegurada pela Constituição Federal a outro Poder, no caso o Executivo.

4.3 Discricionariedade administrativa e legitimidade de revisão plena dos atos administrativos pelo Poder Judiciário

Havendo discricionariedade, não será lícito qualquer controle judicial sobre o ato administrativo que não se refira à observação de sua forma e procedimentos essenciais, sob pena de se violar o princípio da separação de poderes.

A controvérsia, porém, surge com força real no conceito de discricionariedade administrativa apresentado por alguns eminentes juristas, como por exemplo Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual defende que a discricionariedade administrativa abarca não apenas a liberdade para o administrador que, diante de mais de uma solução válida, decide por uma delas.

Para Bandeira de Mello, portanto, não seria legítima a intervenção judicial no mérito do ato que impõe pena de demissão a um servidor público federal acusado de aplicação irregular de dinheiro público, por ser vago e fluido o conceito de regularidade na aplicação de dinheiro público. Como lembra Flávio Henrique Unes Pereira²²:

²² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, jul./ago./set. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2009.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a presença de conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) podem viabilizar a discricionariedade administrativa, especialmente, quanto à finalidade da norma. Assim, conclui o autor que se estaria diante de uma discricção administrativa tanto na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos.

Não há de ser assim. No exemplo apontado, o administrador não terá mais de uma opção válida. Haverá de concluir pela demissão ou não, mas sempre aplicando juridicamente a norma abstrata ao caso concreto e não realizando um mero juízo de conveniência e oportunidade.

Por outro lado, quando uma lista com três nomes distintos é submetida ao talante do Presidente da República para a escolha do próximo Procurador-Geral da República, insuscetível de controle judicial será a decisão que optar por qualquer dos três nomes listados, caso toda formalidade e processamento tenham sido observados. É que quaisquer das três opções serão consideradas igualmente válidas ou igualmente justas, cabendo à cúspide da Administração Pública um simples juízo de conveniência e oportunidade.

O conceito de discricionariedade administrativa não abarca a “fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma” como quer fazer crer Bandeira de Mello, e se não é discricionária a decisão, então deve se sujeitar ao controle judicial, como ministra Flávio Henrique Unes Pereira²³:

Dessa forma, sustentar a existência de discricionariedade administrativa quando presente “fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma”, nas hipóteses em que se pode admitir mais de um ponto de vista razoável ou que haveria dúvida ineliminável, é ignorar a existência de um plano de justificação (legislação) que se diferencia do plano de aplicação das normas.

O fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público.

Com efeito, e ressalvado o âmbito de planificação administrativa (juízos de prognose), a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação e aplicação da norma – juízo de legalidade – e não uma mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Neste caso, há uma restrição a priori do controle sobre a opção administrativa, enquanto que naquele está em pauta o exame da existência e qualificação jurídica de fatos.

Conclui-se, portanto, que não há liberdade de escolha quando se impõe decisão adequada às circunstâncias concretas, mesmo que esteja presente fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma, tampouco há que se falar em

²³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Ibid.*

discricionariedade. E não havendo discricionariedade, o controle judicial do ato administrativo será legítimo e não ferirá o princípio da separação de poderes.

4.4 Vício de iniciativa de proposição legislativa talvez seja a mais comum das formas de subtração de prerrogativa pelo Legislativo

A teoria da separação dos Poderes, quando idealizada, não cogitava a possibilidade de a iniciativa legiferante ser atribuída a outro poder que não o “poder de legislar”. Como dito antes, a participação do rei na formação das leis era, sobretudo, passiva ao não impedir (sancionar) e ativa apenas quanto ao impedir (vetar). De modo que a iniciativa legislativa era exclusividade do “poder de legislar”, o qual, na verdade, não criava leis, mas tão somente as descobria.

Com a modernização das bases do princípio e adequação imprescindível para sua aplicação em nossos tempos e circunstâncias, a iniciativa legislativa deixou de ser exclusividade do Poder Legislativo. A Constituição Federal de 1988 confere a iniciativa das leis complementares e ordinárias a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos.

A iniciativa popular para apresentação de proposições, desde que subscritas por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, passou a ser considerado um dos mais importantes símbolos da Carta Política de 1988.

Há, porém, proposições cuja iniciativa é exclusiva do Poder Executivo, como é o caso de leis que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, devendo ser considerada inconstitucional, por vício de iniciativa, a lei que não observar esse preceito.

Talvez essa seja a invasão mais corriqueira do Poder Legislativo nas funções e prerrogativas afetas a outro Poder.

Uma grande queixa que se tinha até pouco tempo em relação à Câmara Distrital era exatamente o grande número de leis declaradas inconstitucionais por vício de iniciativa.

4.5 A validação pelo Supremo Tribunal Federal de resolução do Tribunal Superior Eleitoral em razão da inércia do Congresso Nacional ante a fidelidade partidária

Decisão do Supremo Tribunal Federal não se discute, apenas se cumpre. Há quem sustente como dogma a declaração. Não parece sensato, porém, a idéia de que se deva tratar essa matéria com tal inflexibilidade, exatamente porque há espaços – como o meio acadêmico – onde se pode, com liberdade e responsabilidade, debater os acertos e até os erros dos ilustres membros das Cortes Supremas. Sim, pois até os que sustentam com higidez plena as decisões da Corte Constitucional são capazes de afirmar que é ela quem detém o direito de errar por último. Ademais, a evolução da jurisprudência é um sinal claro da possibilidade de discussão a respeito das decisões tomadas em última instância.

Essa pequena justificativa é apresentada com o objetivo de legitimar o pequeno debate ou busca de reflexão sobre as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema “Fidelidade Partidária” e seus reflexos, especialmente, no controle de constitucionalidade exercido sobre a Resolução do Tribunal Superior Eleitoral nº 22.610, de 30 de outubro de 2007, que estabelece o rito processual a ser observado nos pedidos de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

O instituto da fidelidade partidária foi objeto de atenção e calorosos discursos do irlandês de pai protestante e mãe católica Edmund Burke, que adotou como pátria a Inglaterra. Burke, integrante da Câmara dos Comuns pelo partido “whig” (liberal), quando foi dissolvido o gabinete de Lord Rockingham, apresentou resposta a um folheto do ex-Primeiro-Ministro Greville que acusava seu sucessor de ter arruinado o país. Nesta resposta, intitulada *Observations on the Present State of the Nation* (Observações sobre o presente estado da nação), Burke, além de refutar

as acusações, apresentou algumas idéias que passaram a ser o centro de seus principais pronunciamentos, onde, dentre elas podemos destacar:

(a) a importância dos partidos, num regime de liberdade; (b) a imprescindível unidade de critérios do gabinete; (c) a lealdade partidária; (d) a condenação vigorosa dos trãsfugas políticos; (e) o perigo nas propostas de reformar a constituição e a simples crítica a ela que minam a confiança popular em sua eficácia e, finalmente (f) a necessidade de tratar dos povos do império, como ingleses que têm espírito livre²⁴.

Alguns críticos de Burke o acusam de pregar o que se recusara cumprir na prática, especialmente por ter ocupado grande parte de sua vida lutando contra os movimentos libertários da Europa, sobretudo os que culminaram na revolução francesa (1789). Porém, essa atitude de Burke não foi capaz de turvar sua contribuição, como descreve Octaciano Nogueira²⁵:

As razões que levaram Burke a condenar a revolução foram objeto de muitas discussões. Para alguns era uma contradição com os princípios que ele defendeu durante toda a vida. Para outros, não chegou a representar uma incoerência, pois sempre teria defendido a liberdade com o olhar e o sentimento de um conservador. Seus critérios podiam ser de um “whig”, mas seus sentimentos seriam de um “troy”. Isto não quer dizer que não adotasse posições claras em defesa da liberdade, como ele a entendia devesse ser desfrutada. Como, por exemplo, quando condenou os que na Inglaterra queriam aplicar remédios jurídicos aos revoltosos da América, ao argumentar: *Não se trata que um jurista me diga o que posso fazer, mas sim que a humanidade, a razão e a justiça me digam o que devo fazer.* Talvez por isso, reprovasse a excessiva participação dos juristas na política de forma clara e vigorosa: *Homens habitualmente intrometidos, ousados, sutis, ativos, de disposição litigiosa e mentes inquietas,* como os definia, haveriam, segundo o seu julgamento, de preferir a satisfação de seus interesses privados aos do serviço público.

Insofismável, portanto, foi a contribuição que Burke deu a respeito da necessidade de fortalecimento dos partidos políticos e repulsa aos trãsfugas que, não raramente, deixam a agremiação partidária por interesses escusos, merecendo, na visão do parlamentar da Inglaterra, severa punição. Octaciano conclui que: “Não é sem razão que, mesmo não sendo um filósofo, Burke ocupa um lugar de honra na história da filosofia política”²⁶.

Em 2007, três mandados de segurança (nº 26.602 – rel. min. Eros Grau, nº 26.603 – rel. min. Celso de Mello e nº 26.604 – rel. min. Carmen Lúcia), impetrados perante a Corte Constitucional brasileira, retomaram a discussão sobre o tema fidelidade partidária. Retomaram porque desde 1989, no Mandado de Segurança nº 20.927-5, sob a relatoria do ministro Moreira Alves, se discute o tema, cujo desfecho, por apertada maioria, veio a ser o de que “A inaplicabilidade do princípio da

²⁴ NOGUEIRA FILHO, Otaciano da Costa. Obra citada, p. 208.

²⁵ NOGUEIRA FILHO, Otaciano da Costa. Obra citada, p. 212 e 213.

²⁶ NOGUEIRA FILHO, Otaciano da Costa. Obra citada, p. 214.

fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes”. Na ocasião, o ministro Francisco Rezek, em lapidar manifestação, concluiu que a omissão do constituinte em estabelecer a fidelidade partidária com a mesma clareza que o fez sobre outros temas menores se deveu ao fato de que à época da feitura da Carta da República ainda pairava sobre o ar a névoa cinzenta dos acontecimentos de 1964. Contudo, com uma visão transcendente, o eminente ministro Francisco Rezek profetizou: “Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos ministros Celso Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches”.

Agora, em larga maioria, distante dos tempos idos de 1964 e não tendo mais só experimentado o sabor da abertura política, o STF, julgando os três aludidos mandados de segurança, decidiu que a fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal, sendo direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais, assegurando-se o direito à ampla defesa e contraditório ao parlamentar que se desfilia do partido político pelo qual foi eleito, modulando-se, ainda, os efeitos da decisão em razão da preservação da segurança jurídica, haja vista a evolução da jurisprudência sem alteração legislativa sobre o tema, para estabelecer a data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 1.398/2007 (27.3.2007) como marco inicial de seu alcance. Por fim, e nesse ponto inicia-se a seqüência de ponderações que considero importante trazer à reflexão, pois o STF estabelece que o “abandono de legenda enseja a extinção do mandato do parlamentar, ressalvadas situações específicas, tais como mudanças na ideologia do partido ou perseguições políticas, a serem definidas e apreciadas caso a caso pelo Tribunal Superior Eleitoral”.

O Tribunal Superior Eleitoral, diante do que decidiu o STF naqueles três mandados de segurança, editou a Resolução nº 22.610, de 30 de outubro de 2007, cujo relator foi o ministro César Peluso, também integrante do STF e que participou efetivamente do julgamento dos *writs*.

A Resolução do TSE nº 22.610/2007 não se restringiu a apenas definir as situações específicas que ensejariam a extinção ou não do mandato do parlamentar, mas estabeleceu rito processual próprio, com prazo, forma, competência, legitimidade, de maneira que o Partido Social Cristão – PSC e o Procurador-Geral da

República se viram no dever de ingressar com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3999 e ADI nº 4086). É que, diferentemente do que ocorria nas constituições anteriores, inclusive a de 1967/69, que garantiam o monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República, a Carta Política de 88 estendeu o direito de ação no controle concentrado de constitucionalidade ao Presidente da República; às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas; ao Governador de Estado; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; a Partido político com representação no Congresso Nacional e à Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Carta de 1988, carinhosamente denominada por Ulysses Guimarães como a Constituição Cidadã, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, pôs fim ao monopólio da legitimidade ativa *ad causam* conferido ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69.

Em seu artigo 103, a Constituição Federal estendeu também a diferentes órgãos da sociedade o direito/poder de propor ação direta de inconstitucionalidade, dentre esses órgãos, partido político com representação no Congresso Nacional. E foi com suporte naquele dispositivo que o Partido Social Cristão – PSC propôs a ADI nº 3999, requerendo a inconstitucionalidade da Resolução do TSE nº 22.610/2007, o que não inviabilizou ao Procurador-Geral da República, por também considerá-la inconstitucional, ingressar com a ADI nº 4086.

O chamado modelo misto de controle de constitucionalidade idealizado pelo sistema de 1967/69, agora com a Constituição de 1988, firmou-se inquestionavelmente com o enfraquecimento do controle incidental ou difuso e o fortalecimento do controle concentrado, este efetivado principalmente com a ampliação da legitimação e a atribuição de celeridade ao seu processamento, como certificaram Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet²⁷, ao afirmarem:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Não há dificuldade em reconhecer que o Supremo Tribunal Federal é o órgão escolhido pela Constituição de 1988 para realizar o controle constitucional concentrado e abstrato de normas idealizado por Hans Kelsen, que ressaltou: “se a

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada, p. 1104.

Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico”²⁸. Diz-se idealizado por Hans Kelsen, embora se saiba que a Bíblia registre que há milênios o Sinédrio era o órgão responsável por guardar e fazer cumprir a Lei (Decálogo), contra a qual nenhuma tradição ou norma poderia prevalecer, bem observável no diálogo travado entre Jesus e os anciãos da época:

Então chegaram ao pé de Jesus uns escribas e fariseus de Jerusalém, dizendo: Por que transgridem os teus discípulos a tradição dos anciãos? Pois não lavam as mãos quando comem pão.
Ele, porém, respondendo, disse-lhes: Por que transgredis vós também o mandamento de Deus pela vossa tradição?
Porque Deus ordenou, dizendo: Honra a teu pai e tua mãe; e: Quem maldisser ao pai ou à mãe, morra de morte.
Mas vós dizeis: Qualquer que disser ao pai ou à mãe: É oferta ao Senhor o que poderias aproveitar de mim; esse não precisa honrar nem a seu pai nem a sua mãe, e assim invalidastes, pela vossa tradição, o mandamento de Deus.²⁹

Diante das várias espécies existentes de controle concentrado contempladas pela CF (ação direta de inconstitucionalidade genérica, interventiva, por omissão; ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi a espécie escolhida na provocação da Corte Constitucional pelo PSC e o Procurador-Geral da República.

Ao julgar a ADI nº 3999, preliminarmente, o relator ministro Joaquim Barbosa firmou o seu convencimento sobre a possibilidade de exame concentrado e abstrato do texto normativo contido na Resolução do TSE nº 22.610/2007, uma vez que, em sua visão, ela “traz normas gerais e abstratas relativas ao processo de perda do cargo por infidelidade partidária (...) possui densidade normativa própria e suficiente”. Não houve unanimidade, neste ponto, divergiu o ministro Marco Aurélio, entendendo que ela apenas reproduzia e, de certa forma, compilava dispositivos de legislação cogente, mas restou voz solitária no julgamento preliminar.

Antes de seguir no exame do mérito, porém, o ministro Joaquim Barbosa trouxe à lembrança de que não vê a “apregoadada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular” e mais, que “em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 300 e 301.

²⁹ BÍBLIA. Evangelho de Mateus, capítulo 15, versos de 1 a 6. ed. rev. e cor. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-o irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos”. Mas a ADI tinha por objeto o alcance do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral e não o tema da fidelidade partidária.

Prosseguiu o relator em seu voto e apresentou a nosso ver (com a vênua devida) um contra senso inquietante ao afirmar que, em virtude do princípio da representatividade popular, compete ao Congresso Nacional processar adequadamente as tensões advindas do processo político e criar normas destinadas a estabilizar a expectativa dos cidadãos, especificamente a atividade de produzir leis, citando Montesquieu que alertava sobre dever de se evitar que um dos Poderes usurpe as prerrogativas funcionais de outro Poder, pois todas as vezes que isso ocorre o resultado é a tirania, sendo, portanto, o debate legislativo o ambiente adequado para questões eminentemente políticas; porém, concluiu Sua Excelência que, em atenção ao princípio da colegialidade que deve guiar a conduta dos membros de Cortes Constitucionais, e por ter sido vencido no julgamento do tema da infidelidade partidária, a “atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo”, considerando válida a resolução adotada pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria.

O ministro Joaquim Barbosa desta vez foi vencedor, mesmo diante do espanto demonstrado pelo ministro Eros Grau que, com a serenidade e lucidez que lhe são peculiares, divergindo do relator, retorquiu:

TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição.³⁰

Esse julgamento não impressiona apenas pelo fato de o TSE não ter atribuição constitucional para editar norma definidora de legitimidade, competência, estabelecer prazos e ritos, mas pelo voto condutor do membro da Corte Constitucional reconhecer que embora a prerrogativa funcional seja exclusiva do Poder Legislativo, excepcionalmente ratifica como constitucional a Resolução do

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico nº 71, divulgado em 16 abr. 2009, publicado em 17 abr. 2009. v. 2356-01, p. 99.

Tribunal Superior Eleitoral nº 22.610/2007 até que aquele o Congresso Nacional resolva se manifestar.

Não se pode olvidar a importância do princípio da disciplina colegial que deve nortear os trabalhos das Cortes Constitucionais, mas não é exato que tal princípio exija, sobretudo *in casu*, a violação do princípio do livre convencimento do juiz, da preservação da independência, da autonomia, da separação e da harmonia entre os Poderes da República.

Ora, se os partidos políticos não detêm a representatividade da vontade do eleitor – como acredita o ministro Joaquim Barbosa – qual é a representatividade que possui o Tribunal Superior Eleitoral para editar uma norma geral e abstrata estabelecendo forma e rito processual? Ou – no que tanto admirou o ministro Eros Grau – qual é a representatividade do Supremo Tribunal Federal para distribuir competência legislativa ao TSE? Como dito, no sistema presidencialista de governo, mesmo o detentor da maioria representativa pode perder a legitimidade quando passa a editar medidas provisórias indiscriminadamente, impedindo o Parlamento de exercer sua principal função.

De mais a mais, nas ações de inconstitucionalidade propostas pela agremiação partidária e pelo Procurador-Geral da República não estava em discussão o tema “fidelidade partidária”, mas sim se o TSE detinha competência ou prerrogativas funcionais, ainda que temporariamente, para editar norma abstrata com aquela amplitude. O que, portanto, não impunha a qualquer dos eminentes membros da Corte Constitucional o princípio da disciplina colegial, pois sobre o assunto jamais houve decisão.

No caso em análise, fica claro que a Advocacia Geral da União, que se pronunciou contra o provimento dos pedidos apresentados pelo Procurador-Geral da República e do Partido Social Cristão, não obstante sua atribuição estabelecida no art. 131, CF, o de representar a União, não representou os interesses do Congresso Nacional, certamente por sua vinculação direta ao Poder Executivo.

A sentida ausência do Poder Legislativo no debate promovido nas ADIs nº 3999 e nº 4086 perante a Suprema Corte, quando sequer o Advogado-Geral do Senado Federal se fez presente, mesmo na figura de “*amicus curiae*” que, de regra, é uma participação facultativa, poderá, no futuro, por suas conseqüências, revelar que, em casos como o tal, a participação do Congresso Nacional deverá ser efetiva

como litisconsorte passivo necessário, representado por quem tenha de fato com ele vinculação.

4.6 A recalitrância do Poder Legislativo em cumprir decisões judiciais fere o princípio da separação de poderes

A cassação do senador Expedito Júnior (PSDB-RO) esteve nas manchetes de inúmeros veículos de comunicação do país. Discussões acaloradas foram travadas, episódios lembrados, indignações e posicionamentos defendidos.

O senador Expedito Júnior foi julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Rondônia, que determinou, por unanimidade³¹, a cassação de seu registro de candidatura e diploma de senador, haja vista ter realizado a conduta glosada pelo artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, ao oferecer e entregar dinheiro aos empregados da empresa de sua família em troca do voto. O TRE/RO determinou, ainda, a execução imediata da decisão, não admitindo efeito suspensivo aos recursos interpostos.

O Senado Federal da República foi comunicado da decisão e notificado para declarar a vaga do cargo de senador e empossar o segundo colocado no certame eleitoral de 2006, mas não cumpriu a ordem judicial, entendendo ser necessário o seu trânsito em julgado.

O Tribunal Superior Eleitoral confirmou, por unanimidade³², a decisão do TRE/RO que cassou o registro e diploma do senador Expedito Júnior e renovou a comunicação à Mesa Diretora do Senado Federal para cumprimento imediato da ordem judicial. Esta, por sua vez, manteve o posicionamento anterior de aguardar o esgotamento de eventuais recursos judiciais.

A essa altura, o segundo colocado na corrida eleitoral pela cadeira de senador nas eleições majoritárias de 2006, em Rondônia, Acir Marcos Gurgacz, impetrou o Mandado de Segurança nº 27.613, com pedido liminar, perante o Supremo Tribunal Federal, mas o pedido liminar foi negado.

³¹ RONDÔNIA. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. RP nº 3.329. Acórdão nº 439/2008. Relatora: Des. Ivanira Feitosa Borges. Diário de Justiça, v. 156, de 22 ago. 2008, p. 29/30.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO nº 2.098. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Diário de Justiça Eletrônico, Tomo. 147/2009, de 04 ago. 2009, p. 103 a 104.

O impasse estava formado.

Casos semelhantes ocorreram em todo o país, sendo o primeiro e, talvez, o mais emblemático deles o da cassação do mandato do senador João Alberto Rodrigues Capiberibe³³.

João Capiberibe teve seu registro de candidatura e diploma de senador cassado pelo Tribunal Superior Eleitoral³⁴ por ter violado o disposto no artigo 41-A da Lei nº 9.504/97, acrescentado pela festejada lei de iniciativa popular que trouxe maior moralidade às eleições.

O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do Tribunal Superior Eleitoral mantendo a cassação do registro e diploma de senador de João Capiberibe e determinando a imediata execução da decisão pela Mesa Diretora do Senado Federal.

Naquela oportunidade, o Senado Federal, ao receber a notificação do Supremo Tribunal Federal para o imediato cumprimento da decisão, independente de publicação do acórdão, resolveu atender a ordem da Suprema Corte sem oferecer no âmbito interno, ao então parlamentar, o direito à ampla defesa prevista na Carta Política da República, cassando-lhe o mandato para dar posse ao senador diplomado em seu lugar, Gilvam Pinheiro Borges.

Não resignado com a decisão do Senado Federal, que a seu sentir lhe negou o direito à ampla defesa, o ex-senador João Capiberibe ingressou com mandado de segurança³⁵ perante o mesmo Supremo Tribunal Federal que havia determinado a execução imediata do decisum.

O Supremo Tribunal Federal por meio do ministro Marco Aurélio, ao examinar o *mandamus*, assim se pronunciou ao conceder a liminar, *ipsis literis*:

No caso, não cabe elucidar o alcance, em si, dos ofícios encaminhados ao Senado Federal, dando conta do julgamento procedido no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal, bem como da solução emprestada à Questão de Ordem sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Cumpre apenas ter presente a Lei Fundamental, o que previsto no artigo 55 dela constante:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 446.907/AP. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Diário da Justiça nº 193, de 6 out. 2006, p. 33.

³⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 21.264/AP. Relator: Min. Mário Carlos Velloso. Diário da Justiça nº 111, de 11 jun. 2004, p. 94.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.623-1/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça nº 215, de 9 nov. 2005, p. 6.

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º - Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

Pois bem, quer se trate da perda do mandato, presentes os incisos I, II e VI, quer verse a situação a extinção ante as previsões dos incisos III a V, tem-se como autores dos atos, respectivamente, o Plenário da Casa e a Mesa, assegurada, em ambas as situações, a ampla defesa. As discussões travadas no Senado Federal revelam o afastamento do impetrante sem que observados os ditames constitucionais, sem que observada a Lei Fundamental da República, que a todos, indistintamente, submete, considerado o devido processo legal. Frise-se, por oportuno, que à época da cassação do registro e diploma, o impetrante já estava no exercício do mandato de Senador, não cabendo conferir à parte final do inciso V do artigo 55 da Carta Federal – "... nos casos previstos nesta Constituição" – interpretação gramatical, simplesmente verbal, sob pena de se chegar a verdadeiro paradoxo. Estando o pronunciamento judicial calcado nesta última, de envergadura maior, ter-se-ia a incidência do preceito do § 3º do citado artigo, enquanto a fundamentação em norma estritamente legal dispensaria o atendimento às formalidades estabelecidas. A óptica não se sustenta.

3. Concedo a liminar pleiteada para afastar os efeitos do ato atacado. Com isso, restabeleço a situação jurídica anterior, viabilizando ao impetrante, ainda na qualidade de Senador da República, o exercício do direito de defesa.

Diante da liminar concedida, a Mesa Diretora do Senado Federal autuou a notificação para cumprimento imediato da decisão que cassou o registro e diploma do ex-senador João Capiberibe como Representação nº 1, de 2005, elaborou uma proposta de rito procedimental³⁶ a ser observado pelo Senado Federal em tais casos, a fim de conceder ampla defesa e devido processo legal, como exigia a ordem judicial ao interpretar o texto do art. 55, V, da Constituição Federal. Após a indicação do rito procedimental, a Mesa do Senado Federal encaminhou a proposição à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para análise da juridicidade, constitucionalidade e adequação.

³⁶ BRASIL. Diário do Senado Federal ano LX – nº 193 – quinta-feira, 24 de novembro de 2005 – Brasília-DF, p. 40836 e 40837.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, empós análise detida da proposição, emitiu o Parecer nº 2.018, de 2005³⁷, pela constitucionalidade e regimentalidade da decisão da Mesa do Senado Federal, que aprovou o rito procedimental com vistas à apreciação da Representação nº 1, de 2005, para os fins do disposto no art. 55, V, da Constituição Federal.

Este, portanto, era o rito procedimental observado pelo Senado Federal em casos em que qualquer senador viesse a ter registro, diploma ou mandato cassado por decisão da Justiça Eleitoral.

Esse precedente deu origem a outro caso, também emblemático, em que o Tribunal Superior Eleitoral rejeitou os embargos de declaração opostos pelo deputado estadual Jorge Elson Souza, do Estado do Amapá, contra o acórdão no Recurso Ordinário nº 1447³⁸ daquela Corte, que cassou o registro e diploma daquele parlamentar amapaense, com conseqüente cassação de seu mandato de deputado estadual, determinando a execução imediata do aludido acórdão, independente de publicação ou trânsito em julgado.

A questão estava em se saber se haveria de se observar a ampla defesa também no caso de cassação de registro, diploma ou mandato de deputado estadual membro da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá.

É que a Constituição do Estado do Amapá, em seu artigo 98, praticamente transcreve os mesmos termos contidos no artigo 55 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 98. Perderá o mandato o Deputado:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias, salvo licença ou missão autorizada pela Assembléia;
Inciso com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 35, de 21.03.2006.

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos na constituição Federal;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º Além de outros casos a serem definidos no regimento Interno, considerar-se-á incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas ao Deputado, ou a percepção, no exercício do cargo, de vantagens indevidas, e o envolvimento em crimes definidos como hediondos e a tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

³⁷ BRASIL. Diário do Senado Federal ano LX – nº 193 – quinta-feira, 24 de novembro de 2005 – Brasília-DF, p. 40834 e 40835.

³⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO nº 1447/AP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça Eletrônico, v. Tomo 174/2009, de 14 set. 2009, p. 86.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda de mandato será decidida pela assembléia Legislativa, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da Mesa ou de partido político representado na Assembléia, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos dos incisos III, IV e V, a perda será declarada pela Mesa, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado na Assembléia Legislativa, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º.

§ 4º acrescentado pela Emenda Constitucional nº. 35, de 21.03.2006.

Léo Ferreira Leoncy³⁹, ao discorrer sobre a reprodução das normas constitucionais federais nas constituições estaduais, assim esclarece:

No ordenamento federal, ensina Raul Machado Horta, “a primazia da Constituição Federal, como centro de normas, confere ao ordenamento do Estado Federado o caráter de ordenamento derivado, quando recebe e acata as normas originárias da Constituição Federal, para projetá-las no próprio ordenamento, mediante atividade de simples recepção do constituinte estadual”.

Em casos tais, o poder constituinte decorrente limita-se a transpor as normas da Constituição Federal sobre uma dada matéria, de modo a também torná-las normas constitucionais estaduais, formal ou materialmente idênticas àquelas, dando origem, assim, às chamadas normas constitucionais estaduais de reprodução ou, simplesmente, normas de reprodução.

Um dos fundamentos da viabilidade dessa transposição está em que, ainda que não se transcrevessem essas normas para o texto da Constituição Estadual, teriam elas validade em todo o território do Estado-membro e vinculariam os Poderes Públicos locais, independentemente de sua absorção pelo ordenamento constitucional local, visto que se enquadram naquela categoria de normas diretamente aplicáveis aos entes federativos componentes da Federação como um todo.

Integradas ao ordenamento constitucional do Estado-membro, as normas de reprodução “refletem a expansividade do modelo federal”, e “decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior”.

Mais adiante continua o autor:

A despeito disso, é possível encontrar situações em que, embora a Constituição Federal não discipline determinada matéria de forma vinculativa para os Estado, estes, no exercício de sua autonomia constitucional e de forma deliberada, acabam por adotar, em suas Constituições, normas de caráter formal ou materialmente idêntico àquelas existentes no parâmetro constitucional federal, sem que o façam, ressalte-se, por uma imposição do constituinte federal.

Essas normas constitucionais federais não obrigatórias para os Estados-membros, quando inseridas no ordenamento constitucional destes por um processo de transplantação, podem ser denominadas normas constitucionais estaduais de imitação ou, simplesmente, normas de imitação.

E conclui:

Insertas na Constituição Estadual, as normas dessa natureza “exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior”.

³⁹ LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25 a 31.

Aqui, a conclusão é a de que seja o artigo 98 da Constituição do Estado do Amapá norma de reprodução ou norma de imitação, o direito assegurado aos membros do Congresso Nacional, no tocante à ampla defesa em rito procedimental próprio e específico nos casos de cassação de registro, diploma ou mandato, pela Justiça Eleitoral, também se aplicaria aos membros da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá.

Se fosse, portanto, dar cumprimento à decisão que cassou o registro e diploma daquele deputado estadual, haveria também de se convocar reunião da Comissão Diretora com o objetivo de se estabelecer rito procedimental, ouvindo a Comissão de Constituição e Justiça, de maneira a assegurar a ampla defesa e o devido processo legal exigido pela Constituição Federal e pela Constituição do Estado do Amapá, como interpretado pelo eminente ministro Marco Aurélio na decisão liminar proferida no MS nº 25.623/STF. Contudo, diante do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a expressão “ampla defesa” prevista no artigo 55, V, da Constituição Federal, e repetida no artigo 98, V, da Constituição do Estado do Amapá, deve ser entendida como direito a ser observado no processo judicial e não em um procedimento interno no parlamento.

Mesmo diante da decisão de mérito tomada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do MS nº 27.613/STF, a Mesa Diretora do Senado Federal, estranhamente, decidiu manter o procedimento estabelecido quando da decisão do eminente ministro Marco Aurélio no MS nº 25.623/STF.

A atitude impensada dos integrantes da Mesa Diretora do Senado Federal – Casa conhecida pela serenidade inerente a seus membros – provocou forte reação de juristas, de instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil, da Associação dos Magistrados do Brasil e da imprensa brasileira, forçando o senador cassado Expedito Júnior a desistir de seu recurso interno na Casa Alta do Congresso Nacional.

Não há mais dúvidas. A única interpretação possível à expressão “ampla defesa” existente no artigo 55, V, da Constituição Federal, segundo a Corte Constitucional brasileira, é que a Carta Política exige que seja assegurada “ampla defesa” nos processos judiciais em que mandato de congressista possa vir a ser cassado, cabendo ao Congresso Nacional, no caso, tão somente, verificar se realmente foi proferida decisão judicial a respeito.

De toda sorte, é de se reconhecer que a norma transplantada por imitação à Carta Política do Estado do Amapá possui plena eficácia e aplicação, devendo ser observado o direito de ampla defesa ao parlamentar estadual, nos casos de cassação de mandato pela Justiça Eleitoral, por meio da mesma hermenêutica dada à expressão assegurada aos membros do Congresso Nacional. Porém, mostra-se gravíssimo o episódio protagonizado pelos integrantes da Mesa Diretora do Senado Federal. Pois, no estado democrático de direito não se pode cogitar que aqueles que integram a cúspide dos Poderes da União deixem de cumprir as prescrições da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A liberdade imanente ao ser humano em seu estado de natureza, condição de autodeterminação, é um bem ilimitado, um poder quase absoluto, porém instável, efêmero. Por isso, é renunciada apenas para que, em um convívio social, possam todos os indivíduos a ele ligados serem igualmente beneficiados com segurança e bem estar. E é a partir daí que se forma o que denominamos de Estado.

E se o Estado nasce para garantia do indivíduo, nenhum outro sistema político será mais legítimo que o democrático de direito, onde as garantias individuais são fundamento, a legalidade e liberdade são princípios e a manutenção do equilíbrio institucional dos Poderes é uma busca constante.

É certo que os legisladores não são capazes de prever e prover, por meio de leis, tudo quanto possa ser útil para a comunidade, porém, não é menos certo que o executor das leis está limitado a usar o poder que estas leis lhe conferem para o bem daquela comunidade da qual ele, executor, é um ser igual, evitando-se assim que um único indivíduo ou instituição do Estado seja o representante supremo do poder, até mesmo para que não se esqueça que o seu real proprietário é o povo.

O equilíbrio institucional entre os Poderes da União, no Estado democrático de direito, porém, a despeito de ser essencial para a independência e harmonia entre eles, não reclama exclusividade de função, atividade ou competência, nem a ausência de intervenção de um em outro. Ao contrário, conforme dispõe a teoria da intervenção mínima, mais que desejada, a interpenetração de um Poder em outro é imprescindível ao equilíbrio institucional, haja vista que sua finalidade é impedir que os investidos em um dos Poderes, ao sucumbirem à tentação de suplantar os demais, estabeleçam uma tirania.

E como já dito, o sucumbir ao vício da vaidade – mal que parece espreitar o homem, fazendo-o não se contentar com a condição de igualdade, mas reclamando posição superior a de seu semelhante – produz excesso, usurpação de prerrogativa e função que conduzem ao absolutismo, à ditadura, ao despotismo e à tirania que, invariavelmente, submetem o povo à opressão violenta.

É certo, também, que esta usurpação não costuma surgir aberta e abruptamente, mas, quase sempre travestida de legalidade, exigindo daqueles

investidos no Poder cuidado e reflexão permanentes para não cederem à tentação de ultrapassarem o frágil limite entre a intervenção mínima e o excesso.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Evangelho de Mateus. ed. rev. e cor. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Barueri/SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. Diário do Senado Federal ano LX – nº 193 – quinta-feira, 24 de novembro de 2005 – Brasília-DF.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. REspe nº 21.264/AP. Relator: Min. Mário Carlos Velloso. Diário da Justiça nº 111, de 11 jun. 2004, p. 94.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO nº 1447/AP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Diário da Justiça Eletrônico, v. Tomo 174/2009, de 14 set. 2009, p. 86.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. RO nº 2.098. Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares. Diário de Justiça Eletrônico, Tomo. 147/2009, de 04 ago. 2009, p. 103/104.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 27.931/DF. Voto do relator ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=117925&caixaBusca-N>>. Acesso em: 16 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.623-1/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário da Justiça nº 215, de 9 nov. 2005, p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Diário de Justiça Eletrônico nº 71, divulgado em 16 abr. 2009, publicado em 17 abr. 2009. v. 2356-01, p. 99.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 446.907/AP. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Diário da Justiça nº 193, de 6 out. 2006, p. 33.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

HANS, Kelsen. *A democracia*. Tradução dos originais em alemão de Vera Barkow; dos originais em inglês de Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HANS, Kelsen. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de Magalhães. *A teoria da separação de poderes*. Jus Navegandi, jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>>. Acesso em: 10 set. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Atlas S.A, 2006.

MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito*. Tradução de Reinaldo Guarany; revisão da tradução Silvana Vieira, Claudia Berlier; revisão técnica Sérgio Sérvulo da Culha. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NOGUEIRA FILHO, Otaciano da Costa. *Introdução à Ciência Política*. Edições Unilegis de Ciência Política. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2007. v. 2.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, jul./ago./set. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 15 set. 2009.

RONDÔNIA. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. RP nº 3.329. Acórdão nº 439/2008. Relatora: Des. Ivanira Feitosa Borges. Diário de Justiça, v. 156, de 22 ago. 2008, p. 29/30.