

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD) - MESTRADO

ERMANO JOSÉ LEITE MONTEIRO JÚNIOR

Eficiência do processo legislativo

*Uma abordagem da função legislativa, típica e atípica, nos Poderes
Executivo e Judiciário*

São Paulo/SP

2020

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD) - MESTRADO

ERMANO JOSÉ LEITE MONTEIRO JÚNIOR

Eficiência do processo legislativo

*Uma abordagem da função legislativa, típica e atípica, nos Poderes
Executivo e Judiciário*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho, na área de concentração, linha de pesquisa 1, “Justiça, e o Paradigma da Justiça”, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Guilherme Amarin Campos da Silva

São Paulo/SP

2020

Monteiro Júnior, Ermano José Leite.

Eficiência do processo legislativo: uma abordagem da função legislativa, típica e atípica, nos Poderes Executivo e Judiciário. / Ermano José Leite Monteiro Júnior. 2020.

121 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. Guilherme Amorin Campos da Silva.

1. Eficiência legislativa. 2. Processo legislativo. 3. Técnica legislativa.

I. Silva, Guilherme Amorin Campos da. II. Título.

CDU 34

Ermano José Leite Monteiro Júnior

**Eficiência Do Processo Legislativa Uma
Abordagem Da Função Legislativa, Típica
E Atípica, No Poder Executivo E Judiciário**

Dissertação apresentada ao
Programa de Mestrado em
Direito da Universidade Nove
de Julho como parte das
exigências para a obtenção do
título de Mestre em Direito

São Paulo, 09 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA



Assinado de forma digital por
GUILHERME AMORIM CAMPOS DA
SILVA:15115777894
Dados: 2021.06.10 17:12:39 -03'00'

Prof. Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva
Orientador
UNINOVE

MARCELO
BENACCHIO:07729055848

Assinado de forma digital por
MARCELO
BENACCHIO:07729055848
Dados: 2021.06.10 07:34:58 -03'00'

Prof. Dr. Marcelo Benacchio
Examinador Interno
UNINOVE



Prof. Dr. Fabricio Muraro Novais
Examinador Externo
UniRV

Dedicatória

Dedico este trabalho a todos aqueles que se interessam e/ou participam de alguma maneira do processo legislativo, o domínio e excelência nesse procedimento pode tornar a sociedade mais humana e justa. A boa política florescerá.

"Leis são obras humanas, imperfeitas como os autores."

Machado de Assis

Agradecimentos

Agradeço à Universidade Nove de Julho, na pessoa de seu reitor José Eduardo Storópoli por possibilitar a realização desse mestrado, colaborando com oportunidades para a formação acadêmica de vanguarda no país.

Agradeço às orientações, a confiança e paciência do professor Dr. Guilherme Amorim Campos da Silva, que possibilitaram a realização dessa dissertação.

Agradeço também a todos os professores que compartilharam de seus conhecimentos e contribuíram, não apenas para a realização de minha dissertação, mas para o meu aperfeiçoamento como pessoa e profissional.

Agradeço aos meus pais, Maria José, mãe querida e amada, que me iniciou por sua influência no caminho do Direito. Ermano, pai zeloso, exemplo de coragem e dedicação. A vocês a minha eterna gratidão.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à minha família. Professora Mestra Daniela, minha esposa, pelo amor, companheirismo, cumplicidade e direta incentivadora nessa formação. Orgulho e privilégio em dividir os dias com você. Sem você, nada faria sentido. Aos pequenos Evelin e Gabriel, meus amados filhos, desculpe-me pelos momentos de convivência a que os privei. Fica a esperança de que sigam o exemplo e a dedicação nos estudos, como seus pais.

A todos vocês a minha incondicional gratidão.

Sumário

Introdução.....	11
CAPÍTULO 1 – Estado e governo.....	12
1.1. Estado.....	12
1.2. Governo.....	19
CAPÍTULO 2 – Processo Executivo e Judiciário.....	30
2.1. Poder Executivo.....	30
2.1.1. Aspectos históricos.....	30
2.1.2. Poder de agenda.....	31
2.1.3. Função legislativa atípica – medidas provisórias – lei delegada	38
2.2. Poder Judiciário	45
2.2.1. Aspectos históricos.....	46
2.2.2. Guardião da Constituição.....	46
2.2.3. Harmonização sistemática de leis.....	46
2.2.4. Judicialização da política – Ativismo – Consequencialismo.....	50
2.2.5. Função legislativa atípica – súmula vinculante- interpretação.....	66
CAPÍTULO 3 – Processo legislativo e fatores de ineficiência.....	71
3.1. A lei.....	71
3.2. O componente político nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.....	74
3.3. O componente econômico-fiscal.....	82
3.4. Processo legislativo.....	85
3.5. Técnica legislativa.....	89
3.6. Conversão de medidas provisórias em lei.....	95
3.7. Fatores que levam à ineficiência no processo legislativo.....	104
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116

Abreviaturas

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advocacia Geral da União
ARP – Assessoria de Articulação Parlamentar
CCJ – Comissão de Constituição e Justiça
CD – Câmara dos Deputados
CF – Constituição Federal
CN – Congresso Nacional
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito
LC – Lei complementar
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentária
LOA – Lei Orçamentária Anual
MC – Medida Cautelar
MS – Mandado de Segurança
MPV – Medida Provisória
PEC – Projeto de Emenda à Constituição
PL – Projeto de Lei
PGR – Procurador Geral da República
PLS – Projeto de Lei do Senado
PLV – Projeto de Lei de Conversão
PPA – Plano Plurianual
PR – Presidente da República
RE – Recurso Extraordinário
RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados
RISF – Regulamento Interno do Senado Federal
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SF – Senado Federal
STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TCU – Tribunal de Contas da União

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

Resumo

Essa dissertação, em consonância com a área de concentração: Justiça, Empresa e Sustentabilidade, e à Linha 1 de pesquisa: Justiça e o Paradigma da Eficiência, do programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho, objetiva analisar a eficiência normativa sob a luz da obediência e adequação ao processo de produção legislativa nos Poderes Executivo e Judiciário. O atendimento de normas procedimentais legalmente previstas para a boa técnica legislativa e o cumprimento do devido processo legal legislativo. Aspectos históricos, competências, atribuições, o relacionamento entre os três Poderes e o processo legislativo também serão abordados. Percebe-se a crescente quantidade de ações destinadas ao controle de constitucionalidade abstrato, visando suspender a validade de normas, por vezes esta atitude tem motivação política. O grande volume de questionamentos judiciais levanta dúvida quanto à eficiência das formas de controle prévio de constitucionalidade existentes em todo o processo legislativo. A técnica na elaboração normativa será aferida sob a luz do conjunto normativo vigente, especialmente, a Lei Complementar n.95/98, os regimentos internos das Casas Legislativas e demais normas procedimentais. Serão também analisados os recursos que os legitimados com iniciativa legislativa dispõem para produzir leis, como por exemplo, as consultorias e assessorias jurídico legislativas. Será estudada a medida provisória, o seu processo de conversão em lei e a apresentação de emenda sem pertinência temática ao objeto, popularmente conhecido como Jabutis. O trabalho terá suporte em análise bibliográfica, dados estatísticos de órgãos oficiais, legislação aplicável e julgados de casos concretos com pertinência ao tema.

Palavras-chaves: eficiência legislativa – processo legislativo – técnica legislativa

Abstract

This dissertation, in line with the concentration area: Justice, Business and Sustainability, and to Line 1 of research: Justice and the Efficiency Paradigm, of the Master's program in Law at Nove de Julho University, aims to analyze normative efficiency under the in the light of obedience and adequacy to the legislative production process in the Executive and Judiciary branches. Compliance with procedural norms legally provided for good legislative technique and compliance with the due legislative legal process. Historical aspects, competences, attributions, the relationship between the three Powers and the legislative process will also be addressed. It is noticed the growing number of actions aimed at controlling abstract constitutionality, aiming at suspending the validity of norms, sometimes this attitude has political motivation. The large volume of judicial inquiries raises doubts as to the efficiency of the forms of prior control of constitutionality that exist throughout the legislative process. The technique in the normative elaboration will be verified in the light of the current normative set, especially, the Complementary Law n.95 / 98, the internal regulations of the Legislative Houses and other procedural norms. The resources that those legitimated to legislate will have to produce laws will also be analyzed, such as, for example, legal consultants and legal advisors. The provisional measure, its process of conversion into law and the presentation of an amendment without thematic relevance to the object, popularly known as Jabutis, will be studied. The work will be supported by bibliographic analysis, statistical data from official department, applicable legislation and judged on specific cases with relevance to the theme.

Keywords: legislative efficiency - legislative process - legislative technique

Introdução

Esta dissertação tem como hipótese os fatores que possam interferir na produção legislativa, típica e atípica, dos Poderes Executivo e Judiciário e que tenham potencial para comprometer a constitucionalidade e legalidade, através da provocação do tribunal constitucional para que se manifeste a respeito da validade da norma em ação de controle de constitucionalidade concentrado.

A sobrecarga do Supremo Tribunal Federal não é fato novo, a Constituição Federal de 1988 registrou como atribuição do pretório excelso, entre outras, o controle concentrado em abstrato da constitucionalidade da produção normativa nacional.

Serão estudados no primeiro capítulo o Estado e o governo, partindo de uma visão histórica e passando para uma análise de sua estrutura e funcionamento. Serão analisadas a estrutura e organização constitucional do Estado, as áreas que demandaram a atenção específica do legislador constitucional e as finalidades a serem atingidas.

O governo será analisado a partir de entendimentos dogmáticos, suas peculiaridades e o pragmatismo dos atos de governo. Aspectos elementares que influenciam diretamente para o sucesso ou fracasso de um governo também serão examinados.

Seguindo o trabalho, os Poderes Executivo e Judiciário terão a abordagem de seus aspectos históricos, peculiaridades e função legislativa atípica.

A análise do Poder Executivo se fará sobre o poder de agenda, liderança, governança e a iniciativa legislativa, por meio de medida provisória.

Examinar-se-á o Poder Judiciário em sua atribuição de guardião da Constituição e de harmonização sistemática das leis e a função legislativa atípica, de suas decisões e súmula vinculante.

O terceiro capítulo tratará do processo legislativo em si, com abordagens acerca da lei, o componente político atuante em cada Poder legitimado e o componente econômico-fiscal.

O processo legislativo, suas técnicas, o processo de conversão de medidas provisórias e os fatores que levam à ineficiência no processo legislativo encerrarão o trabalho.

CAPÍTULO 1

Estado e governo

1.1. Estado

Para ARISTÓTELES (1999:143), o Estado é uma comunidade estabelecida com finalidade:

A observação nos mostra que cada Estado é uma comunidade estabelecida com alguma finalidade, uma vez que todos sempre agem de modo a obter o que acham bom. Mas, se todas as comunidades almejam o bem, o Estado ou comunidade política, que é a forma mais elevada de comunidade e engloba tudo o mais, objetiva o bem nas maiores proporções e excelência possível.

Buscou-se na antiguidade as lições do discípulo de Platão sobre a excelência da atividade do Estado, que existe não por outro motivo, senão, para o bem-estar daqueles que o compõem.

A eficiência do processo legislativo está estreitamente ligada ao Estado, governo e suas articulações políticas com os demais Poderes da República.

Questão que desperta polêmica é o que seria o bem-estar? Certamente, não se conseguiria consenso nessa definição, que comporta subjetividades e diversos entendimentos.

A tormentosa definição de bem-estar encontra resposta no segmento político, o que aumenta ainda mais as inquietações sobre esse tema. Correntes dos mais variados pontos do espectro político têm concepções diametralmente diversas sobre o assunto.

É com base nessa concepção de bem-estar, que os condutores da política organizam e estruturam o Estado, na busca por alcançar a satisfação da população, ao menos, da maioria.

O tamanho da estrutura estatal deve ser adequado para atender às funções a que se destina. Não deve ser muito reduzida a ponto de não atender de maneira satisfatória à sua finalidade, nem tão grande que a torne ineficiente, morosa e de elevado custo de funcionamento.

Para MALUF (2018:66): “O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar”.

Em outra visão, o Estado é tido como instituição responsável pela ordem social, o que faz através do Direito, e nesse ponto, tem-se a lei como o instrumento utilizado pelo Estado para se atingir esse objetivo.

Prever as estruturas que irão compor o Estado, com suas atribuições e divisões, assim como definir os objetivos, princípios e fundamentos é tarefa daqueles responsáveis para a condução dos rumos da máquina estatal.

Dessa forma, a lei primeira a ser elaborada por um Estado é a sua Constituição, da qual todas as demais normas irão derivar, e cujo alinhamento é mandamental. Como sabido, o ordenamento jurídico é conjunto único e harmônico e as divisões por matérias são meramente para fim didático.

Constituir é dar forma a algo, é definir e delimitar a existência e a atuação, sobretudo, limitar o poder de atuação, no caso do Estado.

Nos dizeres de FERREIRA FILHO (1999:11), tem-se como conceito de constituição total:

Aplicado ao Estado, o termo “Constituição” em sua acepção geral pode designar a sua organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica. E na verdade tem ele sido empregado – às vezes – para nomear a integração de todos esses aspectos - a Constituição total ou integral.

Para o autor, o que se acompanha, há uma interdisciplinaridade na organização, que deve abranger diversas áreas, de forma a prever integralmente toda a atuação estatal, que deve ser prevista nesse documento de formalização da constituição.

Essa previsão estrutural fornece parâmetros específicos de objetivos e procedimentos a serem seguidos por todos os demais órgãos que compõem a estrutura do Estado, vinculando os governantes a esses ditames.

A constituição é o conjunto de normas originária do poder constituinte, que estrutura o Estado e seus órgãos, atribuindo-lhes competência, prevendo o seu funcionamento e controle de suas atividades, disse MENDES (2017:66).

Nesse ponto, destacou-se o poder constituinte, que legitima as deliberações e decisões tomadas pelo grupo de pessoas a quem cabe fazer a estruturação do Estado, sendo o controle de suas atividades institucionais um ponto sensível que merece maior atenção.

Diante dessa previsibilidade, a constituição confere garantia aos cidadãos, ao prever a estrutura do Estado e ao criar órgãos com atribuições específicas, delimitando esferas de competência e limites de atuação, busca-se com isso, coibir distorções de atuação e excessos que possam ser cometidos na atividade estatal.

Como visto, a estruturação do Estado através da elaboração de um Constituição, geralmente, se dá por meio de documento formal e escrito, por uma assembleia que irá decidir pela melhor forma de se construir os seus objetivos e fundamentos.

Repita-se que a constituição é a lei mais importante entre todas, e as demais normas a serem criadas, a ela, devem estar alinhadas. Por esse motivo, a técnica é imprescindível na sua elaboração e o cuidado não deve se restringir apenas na qualidade da redação, mas nos atendimentos aos preceitos de logística.

Estudando a história do processo de elaboração da Constituição de 1988, extrai-se que o legislador constituinte deixou-se nortear mais por seus ideais do que por critérios técnicos legislativos para a (re)construção do Estado naquele momento.

Ao que parece, há uma percepção de que a articulação política se sobrepôs à técnica legislativa durante a elaboração da constituição.

É o que se extrai dos registros de LIMA (2000:22):

O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de reconstrução nacional, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (1964 a 1984). [...] Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. [...] Assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas. Contudo, deu sequência às promessas de Tancredo Neves, enviando ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembleia Nacional Constituinte, proposta que foi aprovada como Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985. Em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.1987, na sede do Congresso Nacional. Ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembleia Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Esse procedimento provocou amplas controvérsias. De um lado, ficaram os que adotaram tal qual foi apresentada. De outro, os que reivindicavam uma Assembleia Nacional Constituinte, plena, exclusiva e desvinculada do Congresso Nacional, mas funcionando concomitantemente com este.

A convocação de um Congresso ao invés de uma Assembleia Constituinte poderia ter sido o início de tormentoso questionamento sobre a atecnia legislativa e, o centro de efusivas

discussões acerca da legitimidade e soberania daqueles que foram os responsáveis pela elaboração do texto constitucional.

Notadamente os ideais políticos dominantes deixaram em campo secundário a boa técnica legislativa - talvez ainda desconhecida, e isso poderia comprometer sobremaneira o texto constitucional, quiçá a sua eficiência.

Já abordado, a Constituição norteará a elaboração das demais normas, de forma a vincular o legislador aos objetivos previstos em sua estrutura.

Além da previsão constitucional sobre o processo legislativo, há ainda a lei complementar que disciplina a técnica a ser utilizada, que se soma aos regimentos internos das Casas Legislativas para disciplinar a elaboração de projetos de lei – lato sensu -, seus debates e os ritos de tramitação no Congresso Nacional.

A previsibilidade dos efeitos das normas inseridas no ordenamento jurídico passa a ser uma preocupação dos legisladores. É isso que se percebe na AVALIAÇÃO DE IMPACTOS LEGISLATIVOS (2017:68):

Embora a ordem constitucional que rege o processo legislativo garanta a diversos atores a prerrogativa para a iniciativa de projetos de lei, a faculdade de aprová-los ou não é do Congresso Nacional. Desse modo, no Poder Legislativo se concentra o foco da decisão, especialmente no que tange aos resultados futuros que advirão da aprovação das proposições. Para que tal decisão seja bem instruída, é fundamental o aprimoramento no nível informacional a fim de que os parlamentares tenham condições efetivas de debater e opinar.

Nesse recente panorama de cuidado com a qualidade da produção legislativa, o Estado passa a investir e dispor de informações e técnicas para se basear nas diversas fases do processo legislativo, dando suporte às decisões tomadas pelos legisladores.

No Brasil, embora o Poder do Estado seja uno, tem atuação descentralizada, ramificada em complexa organização especializada, de onde emanam normas regulatórias mais específicas, sem que passem pelo rigor da tramitação comum.

Ainda sobre o reflexo sobre a eficiência legislativa, segundo o REFERENCIAL BÁSICO DE GOVERNANÇA (2020:14), uma publicação do Tribunal de Contas da União, aplicável às organizações públicas e outros entes a ele jurisdicionados, se extrai importante reflexão sobre organização pública e estruturas de Estado.

Toda e qualquer organização pública deve existir somente em decorrência da necessidade dos seus serviços ou das políticas públicas que implementa. Estruturas de Estado dissociadas dessa realidade, pesadas, caras, lentas e burocráticas não coadunam com os objetivos a que se propõem, nem com os resultados que delas se esperam. Em boa parte do mundo, há esforços significativos para rever as estruturas de Estado, de modo a aumentar a capacidade de entrega dos resultados demandados pela sociedade, em termos de serviços e políticas públicas, a reduzir o seu custo e a melhorar o gerenciamento dos seus riscos. A governança pública serve exatamente para isso: aumentar e preservar o valor que o Estado entrega aos que o mantêm.

A estrutura estatal deve ser arquitetada de forma a atender aos objetivos fundamentais prescritos na Constituição Federal, conforme a sua organização político-administrativa e de acordo com os ditames de eficiência. Nota-se um movimento relativamente novo com relação à preocupação com a governança pública, pela otimização de recursos e o aprimoramento da técnica legislativa.

Não apenas o legislador ordinário deve ter cuidado com a boa técnica legislativa, mas, todo aquele que, de forma típica ou atípica exerce a atribuição de criar leis, em sentido amplo.

Membros do Poder Executivo, no exercício da atividade regulatório, por exemplo, também deve-se guiar pelos preceitos de Legística, a fim de garantir a eficiência legislativa e a constitucionalidade das normas expedidas.

Vale lembrar que as leis gozam do pressuposto de constitucionalidade, e a palavra final acerca desta condição cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Ainda na esteira da estruturação, segundo BOBBIO (2000:401 v1), o Estado contemporâneo deve levar em conta as múltiplas relações com o complexo social e captar os efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político.

O autor ressalta que os direitos fundamentais estão compreendidos nas liberdades, pessoal, política e econômica.

Os direitos e liberdades individuais são garantias que foram conquistadas ao longo de anos, em decorrência da demanda popular por limitação do Estado absolutista.

Ocorre que o mandato concedido àqueles escolhidos para representar o povo e apresentar as suas demandas pode ser desvirtuado, de forma a se tornar dissonante da vontade dos representados que o elegeu.

Atuações destoante de mandatários, não raro inebriados pelo poder e suas complexas relações, agem pelo Estado, e por vezes, deixam a dúvida da sua real finalidade.

Seria o Estado um fim em si mesmo, ou deve ele servir àqueles que o compõem? Evidentemente, a resposta mais acertada aponta a segunda opção, mas nem sempre é o que se percebe.

Recorre-se a FERREIRA FILHO (1995:19), que traz interessantíssimas considerações sobre a “Constituição-dirigente”:

As linhas mestras dessa visão podem ser resumidas nos seguintes pontos. O primeiro é ser a Constituição necessariamente de amplitude política, econômica e social, dada a inter-relação desses três aspectos. Assim, repudia-se a tese clássica de que a matéria constitucional era exclusivamente o estatuto do Poder. Outra, dever a Constituição conter, além da organização do Poder, programas de mudança principalmente econômica e social, integrados num plano visando ao estabelecimento da “transição para o socialismo”. Com isso, valorizam-se os elementos principiológicos e as normas programáticas, ao contrário do constitucionalismo clássico que os depreciava. Terceiro, predeterminar em consequências a atuação dos sucessivos governos no sentido para a marcha ao socialismo. Sim, porque teriam estes de cumprir a Constituição e esta assim comandaria. Essa atuação poderia ser, inclusive, judicialmente imposta, por intermédio da ação de inconstitucionalidade por omissão. Acatando a procedência desta, em vista da omissão de cumprir um programa qualquer, o tribunal constitucional jungiria o governo de fazê-la.

As ideais colocadas pelo autor apontam que na Constituição vigente há uma vinculação dos governos aos objetivos e normas programáticas, e que em caso de inobservância do dirigismo constitucional, o presidente poderia ser compelido pelo tribunal constitucional a atender o comando posto.

O dirigismo constitucional foi um caminho adotado pelo legislador constituinte brasileiro, trazendo limites ao livre direcionamento do governante que, caso resista em dar andamento à marcha constitucionalmente prescrita, poderá ser coagido a observar a lei maior.

A presença de elementos principiológicos e dogmáticos é marcante na Constituição brasileira, que guarda capítulos de denso conteúdo ao tratar de aspectos políticos, sociais e econômicos, confirmando as percepções do autor.

Ao prever as linhas gerais que impõem limitações às ações de governos futuros, por meio dos elementos principiológicos e dogmáticos, a atuarem sob os ditames da Constituição Cidadã, houve o engessamento de políticas, como constatado por FERREIRA FILHO.

Os descumprimentos dos preceitos constitucionais por eventuais futuros governos, como concebido pelo legislador constitucional de 1988, encontrou previsão na Carta, com a

possibilidade de apreciação pelo Judiciário, que como guardião da Lei maior, deve declarar a inconstitucionalidade – caso exista – assim como a declaração de nulidade da norma.

Esse fenômeno é perceptível nos acontecimentos contemporâneos, onde o Poder Judiciário passou a ter protagonismo na seara política.

Conforme observado por FERREIRA FILHO, a não continuidade da marcha ditada pela Constituição acarretaria questionamentos jurídicos, o que contemporaneamente se observa, sob o argumento de retrocesso nas políticas sociais.

Essa versão, sobre o dirigismo, encontra comprovação histórica nos relatos de LIMA (2000:19):

Como se sabe, o Presidente José Sarney não encaminhou o anteprojeto da Comissão à Assembleia Nacional Constituinte; e não o fez por duas razões contrárias ao seu pensamento político, quais sejam, o forte conteúdo social progressista e a adoção do sistema parlamentarista de governo. Apesar disso, tendo mandado publicar o anteprojeto no Diário Oficial da União, os constituintes nele se abeberaram para fazer suas propostas constitucionais. Daí decorreram claras influências do anteprojeto que se materializaram no texto da Constituição.

Verifica-se com isso que os objetivos e a estrutura do Estado brasileiro estão pautados por ventos progressistas e de forte atuação social, impondo obrigações com as quais não têm condições de arcar.

O que se verifica é que o *welfare state* permeou, sob o verniz progressista, a vontade do legislador constituinte de 1988, ao conceber uma estrutura estatal, recém-saída de um regime autoritário, de ampla atuação social, possivelmente, com a intenção de reparar resquícios do passado plúmbeo.

Neste sentido, FERREIRA FILHO (1995:4) discorre sobre a denominada crise de sobrecarga, para o autor: “Uma, a mais visível, é a já mencionada crise de sobrecarga, que para uns traduz mera crise fiscal. Consiste em o Estado não dar conta, ou não dar conta adequadamente, das tarefas que assume no presente”.

Percebe-se que os preceitos da Legística, quando dos primeiros passos na construção dos objetivos constitucionais, não foram totalmente observados, sobretudo, com relação às obrigações a que o Estado em (re)estruturação pudesse atender.

Nesse ponto, e em decorrência da inobservância à Legística, especialmente pela falta de previsões, o legislador constituinte acabou por criar mais obrigações do que a estrutura do Estado pudesse suportar, acarretando a crise de sobrecarga percebida.

Tem-se, portanto, na falta de projeções futuras das obrigações de natureza social constitucionalmente previstas, forte indício da origem da crise de sobrecarga do Estado, esta, uma das possíveis responsáveis por desvios e distorções no processo legislativo nacional.

Ao que se denota, o legislador constituinte guiou-se livremente por seus anseios e ideais, sendo que, os constituintes mais progressistas, mesmo em menor número na assembleia, conseguiram melhor articulação política e com isso, fizeram valer as suas propostas, dando à Constituição de 1988 os já conhecidos contornos sociais.

Percebe-se ainda que foi arquitetada, ao menos nos ditames constitucionais, uma estrutura na qual se previu forte atuação social do Estado criando grandes obrigações de assistência.

Como visto, o viés político e econômico, bem como o social, articulados em grande proximidade com os objetivos definidos ao Estado estão opor dirigir a atuação futura de governos, independente do posicionamento no espectro político.

Essas disposições constitucionais, aliadas a outras previsões procedimentais, estão em consonância com o dirigismo, que apenas pode ser modificado – se não se opuser à cláusulas pétreas, caso atenda à quórum qualificado, de maioria absoluta, para a modificação de texto constitucional.

Essa intrincada estrutura é que dá suporte ao início deste estudo, que passará a analisar o fator humano, responsável por gerir o Estado.

1.2. Governo

Após uma breve passagem sobre a estrutura do Estado brasileiro, foi possível perceber uma carência de técnica ao legislar, passa-se ao estudo de seu componente humano, o governo.

Recorre-se à classificação de ARISTÓTELES, sobre os governos (1999:224):

“Os nomes para as constituições justas são: monarquia (quando um homem governa objetivando o bem comum); aristocracia (governo de mais de um, mas para poucos; assim chamado porque os melhores homens governam ou porque têm como finalidade o que é melhor para o Estado e seus membros); politeia (governo exercido pela maioria dos cidadãos, para o bem de toda a comunidade)”.

Para o pensador, que classificou os governos como monarquia, aristocracia e politeia, chama-se a atenção para o que o pensador classificou como desvio de cada governo: “...a tirania, governo único para benefício de um único governante; oligarquia, em benefício aos homens de posses; democracia, para benefício dos homens sem posse”.

O decaimento dos governos constituídos pode ser entendido, modernamente, como desvio de finalidade, e nessa condição, as leis por eles produzidas poderiam vir a ser questionadas e eventualmente anuladas em razão dessa mácula.

A inconstitucionalidade de leis já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, sob a fundamentação de desvio de finalidade do legislador.

Esse desvio de finalidade cometido, não raro, representa uma aposta do governante legislador, ao assumir os riscos advindos de possíveis questionamentos sobre a constitucionalidade de atos expedidos.

De forma lógica e pragmática, governos sopesam as consequências imediatas resultantes de uma lei sabidamente inconstitucional, que aos desconsiderar etapas da Legística e alertas dos órgãos de consultoria legislativa, apostam, nos benefícios da vigência normativa de seu interesse, mesmo que de forma breve.

O problema é que esse risco calculado, na prática, resulta em ineficiência legislativa, uma vez que, se a lei em questão vier a ser anulada por desvio de finalidade, além de deixar de regular a matéria para a qual foi elaborada, deve ter como consequências a exclusão da norma do ordenamento jurídico.

Some-se ainda a questão da constituição dirigente, vista anteriormente, na qual o texto da Lei Maior estaria disposto de forma que os governos futuros fossem formados a dar continuidade a certas ações previstas de maneira principiológica, sob pena de vir a ser compelido pelo Poder Judiciário a seguir conforme previsto na Constituição.

Esse dirigismo pode ser percebido nas disposições sociais, econômicas e políticas do texto Constitucional, e a fundamentação para a continuidade dessas ações repousa no princípio da vedação ao retrocesso.

MISES (2018:153-155) tem uma visão pragmática de governo. Para ele, o constitucionalismo marcou o ideal altruísta como fundamento, ao estabelecer o bem-estar da coletividade como uma preocupação de todo cidadão honesto.

A identidade e comunhão de pensamentos sobre um problema unia pessoas em cooperação, e estas eram as bases de partidos, entretanto, inicialmente, as estruturas

partidárias não eram permanentes, em razão da mudança de pensamentos dos participantes que às compunham.

Ainda de acordo com MISES, no início do constitucionalismo, não havia uma estruturação política sedimentada em instituições, apenas a ideologia unia as pessoas de pensamento semelhante, estes, tentavam persuadir as demais.

Não deveria o governo intervir nas condições econômicas do Estado. Mas, com o passar do tempo, grupos organizados de pressão fomentaram a ideia de ser dever do Estado assumir uma posição intervencionista, desvirtuando a sua função e criando benesses a determinados segmentos sociais.

Pela visão liberal, ao Estado se restringiria à missão de manutenção da ordem social, deixando a economia se autorregular por meio das leis de mercado.

A produção de normas se restringiria aos atos mínimos necessários de controle social, o que não necessariamente resulta em eficiência.

No contraponto da visão liberal, MARX (2008:13) via o Estado moderno como o resultado decorrente de anos de lutas de classes no qual a burguesia saiu-se vencedora.

Compreendia ainda que o Estado – e aí, pode se entender governo - não passava de um comitê que administra os negócios comuns da burguesia, e esta representava o império da mercantilização.

Para MARX o objetivo central do Estado era a concentração do poder e capital para poucos, atuando como uma ferramenta de controle social.

O capital gera a fonte recursos para o Estado atuar. Se os objetivos estatais forem mais amplos, num estado de bem-estar social, o volume dos recursos financeiros para custeio de tais ações aumentam exponencialmente.

O Estado é o detentor legitimado do interesse público, e com tal, age através dos atos de governo, nas atividades de administração pública e nas relações com o particular, valendo-se de situação privilegiada e de supremacia.

O destaque e protagonismo do presidente frente ao Poder Legislativo é percebido por MEDAUAR (2018:17).

Nesse ponto, entende-se que a estrutura de Estado desenhada na Constituição Federal de 1988 assegurou ao presidente da República os instrumentos necessários para – caso queira¹ – desempenhe papel de liderança na condução da política.

¹ A condicional volitiva da condução está diretamente ligada ao perfil de liderança do presidente.

Confirma esse posicionamento LASSANCE (2015:86), ao afirmar: “Desde a Constituição promulgada em 1988, os atos unilaterais dos presidentes são os decretos e as medidas provisórias. No presidencialismo brasileiro o presidente é dotado de invejável gama de poderes...”.

Poder concentrado foi a razão pela qual surgiu a ideia da divisão dos poderes. O presidente concentra o poder político, ou seja, a ele cabe a escolha dos rumos a serem seguidos e o controle das finanças do Estado.

Traz-se o entendimento de LOCKE (2002), que questionou qual seria a fonte do Poder político, atribuindo a esta a dominação pela força:

Entendo, pois, por poder político o direito de elaborar leis, incluindo a pena de morte, e portanto, as demais penalidades menores, no intuito de regular e conservar a propriedade, e de utilizar a força da comunidade para garantir a execução de tais leis e para protege-la de ofensas externas. E tudo isso visando só o bem da comunidade. LOCKE (2002:22)

Nas considerações de LOCKE o poder político propicia ao seu titular a condição de tomar as decisões que disciplinarão, através de leis, diversos setores da sociedade, desde a regulação da propriedade até matéria de extrema importância, por exemplo, a disposição sobre a pena capital.

LOCKE também mencionou o bem da comunidade, em possível referência ao que mais tarde viria a ser o *welfare state*. Percebe-se que o pensador reconheceu a lei como instrumento utilizado pelo governante para implementar a política de Estado.

Estado, governo e política se relacionam de maneira indissociável. O governo é exercido pela atividade político-administrativa decorrente dos interesses dos Poderes constituídos.

O tamanho do aparato estatal espelhará na atuação do governo, conforme às características de atuação do Estado, guiada inicialmente pelo Liberalismo, após a queda do Absolutismo e evoluindo para o contemporâneo Estado de bem-estar.

A guinada do Estado liberal para providencialista, que se aplica ao brasileiro, foi percebida por FERREIRA FILHO (1997):

A extensão do direito de voto às camadas mais numerosas e necessitadas da população, entre outros fatores, veio substituir a concepção liberal do Estado pela concepção providencialista: o *Welfare State* substitui o *État-gendarme*. Tendo o Estado uma missão positiva, intervindo na vida econômica e social para a todos assegurar um mínimo, prevalecendo o princípio (pelos liberais consagrado) de que só a lei obriga, forçosamente esta haveria de ter mudado o seu sentido. Ganhou, então, ela o caráter instrumental que tem hoje, passou a ser um meio de modificação as sociedade, um processo de realização de uma política. FERREIRA FILHO (1997:154-155):

A Constituição Federal de 1988 registrou a opção pela forte atuação social, o que foi percebido pelo autor, em claro alinhamento ao *welfare state*.

Entre as mudanças trazidas pela Carta de 1988, destacam-se nos campos político e trabalhista, respectivamente, a extensão do direito ao voto facultativo aos menores de 16 anos e os analfabetos, a redução do tempo da jornada de trabalho que passou de 48 para 44 horas semanais, entre outras.

A administração da extensa malha de serviços e programas públicos fica a cargo do Poder Executivo, com definição e decisão direta dos rumos a serem tomados, pelo presidente da República, auxiliado por seus ministros.

Além da manutenção dos programas e serviços já existentes - como mencionado por FERREIRA FILHO, quando tratou acerca da Constituição-dirigente -, setores organizados da sociedade e grupos de pressão são responsáveis por crescente demanda de novas políticas públicas.

Para que o Estado consiga atender aos objetivos constitucionalmente prescritos, em atuação providencialista, haverá o aumento da criação de comandos positivados para a sua concretização. É a lei em sem seu caráter instrumental.

Esse aumento do número de leis para o funcionamento do Estado – sobretudo sem o atendimento dos preceitos da Legística -, pode ser fonte de ineficiência em sua produção.

Através dos atos de governo o presidente impõe a sua liderança, agindo e comprometendo-se pessoalmente para o sucesso da implementação de sua agenda de interesse.

A governabilidade é a possibilidade de ação governativa eficaz, que ocorre quando o governo consegue cumprir aquilo que se propôs na condução dos negócios públicos.

Disse FERREIRA FILHO (1995:2-5) sobre a governabilidade: “O sucesso ou fracasso de um governo está diretamente ligado à sua capacidade de oferecer soluções aos problemas da população, e esta resulta de fatores políticos, econômicos e sociais”.

Desde a redemocratização, em 1988, foram percebidos diferentes padrões de governança na presidência.

Embora o regime de governo presidencialista brasileiro, batizado de presidencialismo de coalizão, seja alvo de críticas com relação à adequação e eficiência, a necessidade de arranjos político-partidários para dar suporte à realização da agenda do governo não parece ser uma particularidade exclusiva do Brasil.

LASSANCE (2000:90) define as atuações administrativistas e regulatórias:

Presidências administrativistas têm gestão orientada fundamentalmente pelo protagonismo do setor público em áreas declaradas estratégicas. O braço da administração pública acaba sendo o mais proeminente. As presidências de perfil regulatório, por sua vez, mantêm a atuação do Estado não como vanguarda, mas como retaguarda do desenvolvimento, trabalhando essencialmente na criação de ambiente favorável para que prosperem as atividades do setor privado, conforme suas prioridades de investimento e expansão. A regulação é tida como sua missão essencial.

Numa presidência com perfil gerencial administrativista há o fortalecimento da presença do Estado, enquanto na regulatória, o Estado dá espaço à prevalência das atividades do setor privado, atuação de forma regulatória.

O presidente pode marcar uma atuação de maior destaque por meio de ativismo individual, neste caso, o desempenhará uma presidência maximizadora, ou no oposto, uma atuação minimalista.

Nesse sentido, recorre-se novamente à LASSANCE (2000:90):

Conforme seu grau de ativismo unilateral, as presidências podem ser minimalistas (de menor ativismo no uso de decisões unilaterais) ou maximizadoras (de maior ativismo). O grau de ativismo pode ser medido pela taxa de ativismo resultante da divisão do número de atos unilaterais baixados por um presidente pelos dias de mandato.

Exemplo de instrumento do ativismo unilateral é a edição das medidas provisórias, largamente utilizadas pelos presidentes e, que serão melhor estudadas mais adiante.

A presidência de República conta com diversos órgãos técnicos capazes de prestar consultoria e assessoraria ao presidente no processo de elaboração de atos unilaterais e iniciativas legislativas. É por meio desses atos que o mandatário imprime a governança.

Com já visto, a Constituição Federal estruturou o Estado brasileiro com obrigações de forte atuação no campo social, sinônimo de bem-estar social, proporcionado por meio de programas e prestação de serviços.

Em termos práticos, o estado de bem-estar social resulta estabilidade econômica, baixos níveis de desemprego e aumento de renda. Historicamente, presidentes que conseguiram proporcionar períodos de bonança socioeconômica conseguiram boas avaliações de seus governos.

O resultado dessa condição econômica favorável se verifica no maior consumo, o que resulta em aquecimento da economia e altos índices de satisfação popular – que uma vez tendo as suas necessidades satisfeitas, tendem a manter no poder o governante que propiciou essas condições, independentemente da forma como foi alcançada a condição de benefícios.

O presidente conduz a administração pública e age por meio dos instrumentos que dispõe para a implementação das políticas públicas de seu interesse, conforme o seu plano de governo e que deve estar alinhado com os objetivos constitucionais.

De acordo com o Referencial de Básico de Governança Organizacional para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU (2020:15), define-se governança pública:

"Governança pública organizacional compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade."

Essa condução da administração é resultado dos atos unilaterais do presidente, denominados governança. Pouco mais adiante será examinada a estrutura da Presidência da República e os órgãos de consultoria e assessoria que dão suporte ao ato unilaterais do presidente.

O conjunto dos atos de governança se tornam o inventário da governança presidencial. Lembra-se que todo e qualquer ato oriundo do Estado, em respeito ao princípio da legalidade, deve ter a lei como instrumento.

A eficiência dessa lei passa pelo respeito à adequação de processos preceituados pela Legística.

LASSANCE (2015:78-82) faz considerações importantes sobre a estruturação dos organismos estatais e as estrutura de governança.

A construção do Estado é a estruturação de organismos estatais e suas estruturas de governança, o que significa criação de organismos; recrutamento e formação de burocracias; e montagem de sistemas e processos de interação social e de planejamento, decisão, implementação, financiamento e controle da própria atividade estatal. As políticas econômicas e sociais são áreas finalísticas para o desenvolvimento, enquanto a construção das estruturas de governança estatais são meios para o desenvolvimento – ainda que essenciais às próprias capacidades estatais.

Ainda segundo LASSANCE, cinco são os atos unilaterais de prerrogativas do presidente da República, são eles: atos de inovações institucionais, de mudanças incrementais, de gestão, de coordenação e de relações exteriores.

Atos de inovações institucionais são os que criam regras, políticas, programas ou outras novidades que imprimam a marca do governo.

As inovações são implementadas através das leis que manifestam a vontade do governante e, devem estar alinhadas aos preceitos de Legística.

Os atos de mudanças incrementais são aqueles que modificam algo anteriormente implementado por outro governo, atribuindo nova roupagem e caracterizando ao governo que o modifica.

Bastante comuns nessas paragens, os programas são batizados de forma a lembrar aquele que o criou, proporcionando *recall* político.

Rebatizar programas eficientes, alterando minimamente a sua estrutura, também é recurso utilizado. Como as alterações se fazem por meio de leis, novamente a inobservância de etapas de boas práticas legislativas podem comprometer a eficiência.

Os atos de gestão são procedimentos operacionais que seguem forma determinada em norma vigente.

Atos de coordenação são os preparatórios para o estudo e execução de projetos e programas destinados à implementação da agenda pública, como a formação de grupos de trabalho. Esses atos possuem natureza técnica, são conduzidos entre os ministérios e seus procedimentos estão mais alinhados à cultura implementada pela Legística.

Por fim, os atos de relações exteriores. No caso brasileiro cabe ao presidente, que acumula a função de chefe de Estado, representar o país junto a outros Estados e organismos internacionais.

É certo que a principal fonte de financiamento de um governo se faz por meio dos tributos, que historicamente são impopulares.

O grande desafio encontrado pelos governos brasileiros tem sido a obtenção de fonte de receitas para custear a manutenção de programas continuados e a realização de novos programas e obras.

A escassez de recursos deve fazer redobrar a atenção do governante com a eficiência, e esta, inicia-se com leis que devem ser precedidas da análise de adequação e viabilidade.

O levantamento de recursos para o financiamento de programas de governo e políticas públicas é questão tormentosa e exige habilidade daquele que o conduz.

As decisões tomadas pelo Executivo se materializam por meio de atos administrativos e, a execução desses se faz através de atos da administração, de natureza política e de governo.

Ato da administração, segundo BANDEIRA DE MELLO (2014:387-394), é ato político ou de governo que são praticados com discricionariedade e em obediência normativa, sendo o mais relevante a iniciativa de lei do Poder Executivo.

Nos atos da administração praticados pelo presidente há certa discricionariedade para que ele possa priorizar as áreas previstas em políticas públicas previstas em sua agenda política, esses atos devem estar estruturalmente vinculados aos objetivos constitucionais.

Entende-se haver vinculação estrutural aos objetivos constitucionais, que são abertos e admitem amplitude de interpretação.

Diante da insuficiência de recursos e impossibilidade de atender à todas as obrigações, entende-se que a vinculação ao objeto da Constituição se faz mitigada, proporcionando discricionariedade ao presidente, pelo fato da real necessidade de escolha do que fazer.

Ainda sobre o ato da administração, para DI PIETRO (2019:448), é aquele praticado no exercício da função administrativa, abrangidos nestes os atos normativos, como portarias, decretos, resoluções, regimentos etc.

Portanto, o Poder Executivo materializará a execução de sua agenda política por meio de atos administrativos, através de leis *lato sensu*.

O papel pessoal cumprido por cada presidente da República, sua relação com os demais Poderes e o ambiente político pode contar muito sobre a história de um país e sua posição sob o aspecto de desenvolvimento.

Analisando os históricos é possível perceber a ocorrência de ciclos em que determinado posicionamento ideológico, social, político e econômicos são predominantes. Essa tendência se observa tanto no Brasil como nos demais países do mundo, é o chamado *establishment*.

BURTON (2015:115-119)² denomina esses ciclos como regimes políticos.

No Brasil, esses períodos são historicamente identificados como: Império (que durou entre 1882 e 1899); República Velha (entre 1889 e 1930); Era Vargas (de 1930 a 1945); República Liberal Populista (1946 a 1964); Regime Militar e Redemocratização (1985 a 1983) e; Responsabilidade Fiscal (de 1993 até os dias atuais).

Os regimes políticos seriam resultado de coalizões vitoriosas, formadas por ideologias e tendências que estariam inseridas em tempos políticos, o *establishment*³. Esse componente político será melhor examinado mais adiante.

O vocábulo, originário da língua de Shakespeare, encontra numa tradução livre e literal palavra que corresponderia à estabelecimento, se difundiu com o conceito trazido pelo jornalista Richard Rovere, por ocasião da publicação do artigo intitulado *The American Establishment*.

O escrito republicado em 1962 conceituou o fenômeno, que em síntese, é um termo comum entre profissionais do setor financeiro e de negócios, relacionado ao poder de influência, e independe de quem esteja no comando do poder político.

Presidentes são eleitos pelo voto da maioria da população, que através dos candidatos e de suas propostas manifestam-se pela continuidade, alterações de curso ou renovação dos rumos políticos.

Isso se dá com o passar do tempo e a mudança dos padrões morais e anseios da população.

BURTON apresenta a teoria dos regimes, pela qual, de acordo com o tempo político e as estratégias utilizadas pelos presidentes, se apresentariam em quatro fases.

A primeira fase seria a reconstrução, com o estabelecimento de novas forças políticas e sociais que ascendem ao poder.

Após, tem-se a fase de articulação, com a administração do regime implantado e estabelecido.

A terceira fase, chamada de preempção, é a de oposição ao regime estabelecido.

A quarta e última fase é chamada de disjunção, que seria a quebra com o regime estabelecido.

³ *'The Establishment is a general term for those people in finance, business, and the professions, largely from the Northeast, who hold the principal measure of power and influence in this country irrespective of what administration occupies the White House.'*

Os principais articuladores das fases do tempo político que resulta na mudança dos regimes estabelecidos são os presidentes eleitos.

A cada novo pleito eleitoral surgem candidatos que buscam a eleição ou a reeleição aos cargos do Executivo.

Governantes bem avaliados em seus mandatos utilizam-se de suas realizações para permanecerem no cargo, ou ainda, elegerem os seus sucessores, depositando nestes o patrimônio político amealhado durante o tempo em que o político exitoso esteve à frente do governo.

Por outro lado, candidatos à vaga de governantes mal avaliados apresentam-se às massas votantes com discursos contrários à continuidade do mandato antecedente.

Cada vez mais pessoas, geralmente celebridades, substituem os partidos na função de angariar votos, a ideologia perdeu espaço para qualidades pessoais e discursos de persuasão.

Finaliza-se este subtítulo com um apanhado.

O presidente imprime o seu ritmo de governo através de sua liderança, que se manifestará através dos ativismo unilateral, o que lhe trará patrimônio político resultante de avaliação positiva de seu governo. Vale o oposto.

Os governos atuarão de acordo com o momento político experimentado, chamados tempos, compreendidos em reconstrução, articulação, preempção/oposição e disjunção, que incidirão sobre o ciclo político vivido, este, identificável pela característica mais marcante da atuação estatal.

Governos podem marcar ciclos históricos na condução nacional, se positivos, demonstram a eficiência da liderança e da governança conduzida pelos padrões adotados.

Todo o assunto relativo à liderança e governança orbita, necessariamente, na esfera da Legística, vez que o sucesso da condução administrativa passa, necessariamente, pela produção legiferante.

CAPÍTULO 2

2.1. Poder Executivo

2.1.1 Aspectos históricos

Para MONTESQUIEU (2010:173): “O Poder Executivo deve estar na mão de um monarca, porque essa parte do governo, que quase sempre precisa agir imediatamente, é mais bem administrada por um do que por muitos”.

A para o pensador, a concentração do Poder Executivo numa só pessoa confere agilidade na tomada de medidas na administração pública.

Na constituição do Império de 1824, com governo monárquico, constitucional e representativo, a chefia do Poder Executivo era exercida pela dinastia de D. Pedro I.

Havia a previsão de um quarto Poder, o Moderador, que seria exercido pelo imperador, chefe supremo da nação.

A já republicana constituição de 1891 registrava que o presidente da República exerceria o Poder Executivo, como chefe eletivo da nação.

A Constituição de 1934 também trouxe o presidente da República como chefe do Executivo.

Na constituição de 1937, o presidente da República foi descrito com autoridade suprema do regime.

Nos diplomas de 1946 e 1967 constou apenas que o Poder Executivo seria exercido pelo presidente da República. A eleição do presidente era indireta na Constituição de 1967.

Historicamente se percebe que independentemente do regime político, muito antes do período ditatorial iniciado em 1964, o Brasil tinha por tradição a predominância do Poder Executivo em relação ao demais.

Para PEIXOTO (2015:26) essa preponderância do Executivo decorreria de característica do que seria necessário para a manutenção da comunicação política e legislativa entre os demais Poderes.

Conforme registros históricos da elaboração da Constituição Federal de 1988, a carta magna foi inicialmente idealizada para um regime de governo parlamentarista, tanto que vários artigos do Projeto B foram inicialmente redigidos com a previsão do cargo de primeiro-

ministro, o que foi suprimido no texto da versão final aprovada publicada no Diário Oficial da União⁴.

A redação final resultou na opção do presidencialismo, como regime de governo a ser adotado, ao invés do parlamentarismo – cuja estrutura ainda se percebe na Constituição.

2.1.2. Poder de agenda

O já existente protagonismo histórico do Executivo foi fortalecido pela crise enfrentada pelo Poder Legislativo que resultou na transferência de atribuição legiferante ao presidente.

A crise experimentada teve como causa o excesso de obrigações do Estado, consequência da opção providencialista de atuação, conforme apontado por FERREIRA FILHO.

O Estado brasileiro possui peculiaridades em razão de sua dimensão continental, desigualdades e desequilíbrios socioeconômicos regionais.

Para se atender às novas e diversas demandas da sociedade é preciso agilidade⁵ nos processos de tomada de decisões políticas e na elaboração de leis para atender à estas finalidades.

A função típica do Poder Executivo é a de administrar, o que faz de acordo com o que o presidente e a sua base de apoio definiram como política pública a ser adotada durante o período de seu mandato.

Como já visto, entende-se que a administração não está condicionada ao sabor das vontades do governante, mas, vinculada a um plano maior de objetivos presentes na estrutura da Constituição.

Cabe ao presidente da República a administração do Estado, é ele que detém o poder de agenda. VICTOR (2015:111) conceitua agenda, como:

⁴ De acordo com a redação do Projeto A, previa na redação do [art. 75, §1º] II – São de iniciativa do Primeiro-Ministro as leis que disponham sobre: a) criação de cargos, funções e emprego público na administração direta e autárquica ou aumentem a sua remuneração;

⁵ Neste ponto, MONTESQUIEU (2010:173): “O poder Executivo deve estar na mão de um monarca, porque essa parte do governo, que quase sempre precisa agir imediatamente, é mais bem administrada por um do que por muitos”. A concentração do poder Executivo numa só pessoa, confere agilidade na tomada de medidas de administração.

“Agenda” é termo que tem relação imediata com compromissos assumidos e com os momentos em que eles foram assumidos em que deverão ser cumpridos. Desse modo, o poder de agenda que detém o Executivo pode ser definido como “a capacidade de determinar não somente quais propostas serão consideradas pelo congresso nacional, mas também quando o serão”. É importante salientar que, segundo linha influente da doutrina, a formação de agenda é um processo relacionado ao governo e envolve (i) o reconhecimento dos problemas a serem solucionados; (ii) a geração de propostas políticas para fazer frente aos problemas; (iii) os eventos políticos que se relacionam com a opinião pública, resultado das eleições, entre outros.

A agenda decorre dos compromissos assumidos pelo então candidato e sua base de apoio, que dará ao governo eleito a maioria necessária perante o Legislativo para aprovação dos projetos de seu interesse.

É essencial para a governança uma articulação política eficaz e o bom relacionamento entre os Poderes Executivo e Legislativo.

Sobre o conceito de governança, segundo LASSANCE (2015:81):

Enquanto a relação entre o presidente e o Congresso se dá no campo do que se conhece por governabilidade; as decisões presidenciais unilaterais e a prática concreta da atividade administrativa ou regulatória estabelecem o que se entende por governança, ou seja, a condução do Estado por meio de seus instrumentos ou mecanismos – *steering*, como a literatura enfatiza. Governança presidencial é a maneira como o presidente conduz seu governo, por meio dos instrumentos que tem à sua disposição.

Na prática, a agenda começa a ser definida nos preparativos de campanha eleitoral, com as coligações e arranjos político-partidários que possam vir a dar volume e notoriedade à candidatura.

O programa de campanha é requisito obrigatório para candidatos à mandatos de cargo do Poder Executivo e deve ser juntado aos demais documentos exigidos, quando do registro da candidatura⁶.

FERREIRA FILHO (1984:79), acerca da lei como expressão da vontade política expõe:

⁶ Conforme artigo 11, inciso IX, da Lei n. 9.504/97

Os revolucionários do século XVIII pretendiam estabelecer o império da vontade geral, a supremacia da Razão em vista do interesse comum. Supunham, assim, senão a unanimidade dos homens, pelo menos uma tendência a isso, desde que os interesses particularistas e os grupos privados fossem neutralizados. Os constituintes do século XX, se têm uma ideia clara, é a de que os homens naturalmente e necessariamente se dividem em grupos hostis, ou no mínimo divergentes. Assim, conformando-se com a realidade, preveem a rotação dos grupos no poder, cada um deles disposto a impor a sua concepção das tarefas governamentais, sua política, com a força haurida na vitória.

A legitimação para ocupar a cadeira da presidência da República ocorre pela via eleitoral, de acordo com a preferência da maioria da população, que deposita em seu voto a simpatia às propostas e promessas apresentadas pelo então candidato em campanha.

Ressalta-se a alternância de poder que resulta da modificação do *establishment* e é uma das características do sistema republicano.

Quando o candidato ao cargo do Poder Executivo obtém a vitória nas urnas, esta, resulta de uma convergência de interesses de diversos grupos e lideranças representativas da sociedade.

Compõem essas forças de apoio político os empresários de diversos setores da economia, agremiações partidárias, lideranças religiosas, grupos de pressão e entidades não governamentais.

Passado o calor do processo eleitoral é momento de se aglutinarem as forças sociais convergentes, para construir a articulação política que dará sustentação à base de apoio do novo governo e, essa base, tem como origem o arranjo partidário que deu suporte à candidatura vencedora.

Com o início do mandato, o presidente eleito passa a imprimir a sua forma de administrar. É o momento de estruturar o Estado, adequando-o aos objetivos do novo governo a fim de possibilitar a execução da agenda política vencedora das eleições.

Cargos em diversos escalões dessa nova estrutura do governo serão disponibilizados aos partidos políticos e suas lideranças, para que acomodem àqueles que participaram das coligações de suporte.

VICTOR (2015:119) fala a respeito do processo de formação dos ministérios:

A matemática do processo de formação do ministério é, em tese, simples. A distribuição de pastas deve ser proporcional ao peso do apoio político que o partido agraciado terá, no Congresso Nacional, como partícipe da coalizão.

Esse mecanismo permite a construção de coalizões amplas, certamente maiores que as coligações realizadas para efeitos estritamente eleitorais, pois admite que qualquer partido participe do governo

Os ministérios têm áreas distintas de atuação, tradicionais e de grande relevância – como Justiça, Fazenda, Educação etc. –, as qualificações técnicas deveriam ser o critério mais adequado para a escolha dos ocupantes das pastas ministeriais. Entretanto, costuma prevalecer a escolha política para a partilha da estrutura da administração.⁷

Na prática, a ocupação desses cargos resulta no poder de gerenciar vultosas verbas públicas que, se utilizadas de maneira republicana, serão destinadas à realização de projetos e obras que beneficiarão a população.

Corroborando essa ideia, de importâncias dos cargos disponibilizados pelo Executivo aos parlamentares da base de apoio, VICTOR (2015:121) coloca que:

Os incentivos do sistema de governo brasileiro direcionam os parlamentares à busca de cargos, em virtude de ser o mecanismo mais eficiente para uma atuação política relevantes, em que haja a possibilidade de participar das decisões do governo e, assim, mostrar-se de forma positiva diante de sua *constituency*.

A cessão de espaço na estrutura do governo e a distribuição de recursos, via emenda parlamentares, acontece por meio de articulação entre os atores políticos e o envio de emissários e lideranças partidárias.

Com poder de negociação para atrair o apoio de partidos e políticos, essas lideranças do governo buscam adesão de outros partidos e parlamentares, com quem o governo possa compor a base, votando de acordo com os interesses do Poder Executivo.

Na maioria das vezes, o apoio político vem em troca de cargos na administração ou liberação de verbas parlamentares, que dão notoriedade àqueles contemplados, proporcionando-lhe o reconhecimento de seu eleitorado, o que resulta em *recall* político.

Condutas indesejáveis e atos moral e socialmente reprováveis na política têm sido verificados ao longo da história e, para se evitar esse mal, foram desenvolvidos mecanismos de inibição, que embora possam ter certa eficácia na prevenção contra degeneração dos governos, comprometem sobremaneira a eficiência do Estado.

⁷ A ocupação de cargo na administração pública por parlamentar é fato bastante comum, a ponto de merecer previsão constitucional quanto à garantia do mandato. Durante o tempo em que ocupar o cargo no Executivo, o membro do Legislativo será considerado licenciado.

Nesse sentido, a aguçada percepção de FERREIRA FILHO (1995:112):

Ademais, em determinadas sociedades e situações, distingue-se o corruptor e o corrompido, considerando-se a conduta daquele um pecado venial. Por exemplo, em face de uma burocracia abusiva. Por isso, não raro as regulamentações excessivas são contraproducentes para a moralidade administrativa. Dão lugar, como expressivamente se diz, à criação de dificuldades que ensejam a “venda de facilidades”.

MISES (2018:154-159), em palestras proferida na Argentina em 1958, já vislumbrava a necessidade de constantes coalizões para que um governo pudesse impor a sua agenda de interesses, algo muito semelhante ao conceito de presidencialismo de coalizão.

Essa capacidade de mobilização e articulação do presidente da República, seus ministros de Estado e demais atores políticos dos Poderes Executivo e Legislativo trazem a necessidade de se recorrer à conceitos da área de ciências políticas, que estão intimamente ligados ao assunto.

Todas as decisões tomadas pela Presidência refletirão em maior ou menor presença do Estado, dentro da previsão estrutural constitucional, resultante de uma atuação mais administrativista ou regulatória, interferindo diretamente na atividade que controla a distribuição de recursos.

Manter um ambiente de equilíbrio econômico-financeiro na administração pública não é tarefa das mais fáceis, exige austeridade na utilização dos recursos obtidos através da arrecadação de tributos, o que nem sempre é compatível com as agendas políticas

Como visto, o alto custo do Estado e os recursos limitados para financiar ações de crescimento e desenvolvimento encontram severos obstáculos na limitação de arrecadação e na capacidade contributiva da população.

Pretensões mais agressivas de arrecadação encampadas pelo governo enfrentam forte resistência popular e, geralmente, esbarram no desequilíbrio entre a capacidade econômica contributiva e a necessidade governamental para o financiamento de suas ações. Não atender às expectativas daqueles que o elegeu é fatal a um político.

Há três ameaças à governabilidade identificadas por FERREIRA FILHO, entendidas como crises, podendo ainda, haver a possibilidade de uma quarta crise, que decorreria das demais.

A primeira crise, fiscal, decorre de sobrecarga do contribuinte e tem como consequência a impossibilidade de se conseguir arrecadar o suficiente para atender às demandas estruturalmente previstas na Constituição.

Resulta em ineficiência para o governo, que ao não arrecadar o suficiente, aumenta o descontrole orçamentário e o endividamento público.

Para se alcançar os objetivos constitucionais em um Estado em que o *welfare states* é estruturante, a implementação da agenda de governo deve ser realista e ficar limitada aos ditames normativos e à capacidade arrecadatória.

Sem recursos para todas as obrigações verifica-se um curioso paradoxo.

Ao invés da vinculação às obrigações estruturais, passaria o presidente a ter discricionariedade para eleger prioridades entre todas as pendências.

Portanto, o orçamento e o planejamento fiscal são condicionantes às iniciativas do Poder Executivo e as suas políticas.

A segunda crise, político institucional, é a originária do conflito de atribuições entre os Poderes, o que compromete a manutenção da ordem pública e da independência dos Estados da federação.

Cada Poder deve exercer a sua função dentro dos limites de atribuição constitucionalmente estipulada, atuação mais expansivas geralmente resulta em crise institucional.

Exemplo disso é a lacuna legislativa sobre assunto programático, em que o Poder Legislativo ou Executivo pode vir a ser obrigado a regular assunto pendente de enfrentamento, em razão de determinação judicial que reconheça a omissão, ou ainda, ter a solução por meio de criação normativa exarada pelo Judiciário.

Uma atuação voluntariosa de julgadores que vejam na atividade judicante uma forma e oportunidade de marcar posição política pode resultar em ativismo judicial, o que também será objeto desse estudo.

A terceira crise é a do modelo político, que deriva da descrença do povo sobre a sua soberania, em razão da deformação da representatividade política, dúvidas da lisura do sistema eleitoral e atuação de grupos de pressão para assegurar a prevalência de seus interesses.

Crises de qualquer natureza são indesejadas por governantes, pois afetam diretamente a harmonia social. Eleitores que escolhem os seus representantes em cargos eletivos no

Executivo e Legislativo tendem a manifestar nas urnas o descontentamento com os rumos tomados na condução do país.

Casos mais extremos de descontentamento acabam na tomada popular das ruas, onde vezes que desaprovam a condução dos rumos tomados pelos governos encontram eco e volume.

Culturalmente a política brasileira é formada por famílias tradicionais que dominam regionalmente cenários onde a escassez de recurso e oportunidades são presentes.

Quando esses políticos agem motivados por interesses não republicanos, trabalhando para o aparelhamento estatal a serviço de desvios, ampliam ainda mais as distorções no desenvolvimento local, fazendo crescer as desigualdades econômicas e sociais.

A quarta crise, de legitimidade, resulta da combinação das três anteriores e ocorre quando o governo cai na descrença dos cidadãos, em razão da alta carga tributária, um sistema político representativo ineficiente e um governo incapaz de atender às expectativas da população.

A crise de representatividade resulta das demais, mas está intimamente ligada com a crise política.

Por terem mandato popular, quando irregularidades, malfeitos ou ineficiência surgem tem-se como consequência a perda de legitimidade do político eleito.

Sem ao apoio popular o poder não se sustenta, comprometendo a reeleição ou em casos mais extremos, a permanência no cargo até o fim do mandato.

As percepções de FERREIRA FILHO parecem atemporais, demonstram uma impressionante contemporaneidade e se alinham com a realidade. As crises observadas podem assolar o governo de qualquer localidade.

Destaca-se que, embora a estruturação do Estado seja clara com relação aos objetivos nacionais, o que, num primeiro momento, pode ser entendido como um engessamento, ainda assim, permite considerável liberdade na condução da agenda.

Na prática, a agenda ainda sofrerá influência vinda da escassez de recursos e do grande volume de demandas. Diante do excesso de pendências, ao governante terá a opção do que priorizar.

Fatores como a elevada burocracia – criada na tentativa de se controlar desvios – e a cessão de espaços na administração para àqueles que viabilizaram apoio político também tem peso na elaboração do Poder de agenda.

Por fim, foram as considerações acerca das crises enfrentadas pelos governos, que conjuntamente com os demais fatores, interferem significativamente na condução política do Estado, mesmo assim, mantém surpreendente Poder de agenda ao presidente.

2.1.3. Função legislativa atípica – medidas provisórias

O Barão de Montesquieu admitia a função atípica a ser desempenhada pelos Poderes. Para o autor caberia ao Executivo a prerrogativa de conter o Legislativo, sob o risco de este decair em despotismo, e anular os demais Poderes.⁸

A Constituição de 1988 foi estruturada para a adoção do regime parlamentarista de governo.

A ideia vigente à época era suprimir a edição do decreto-lei, por este remeter à lembrança de tempos antidemocráticos, porém, havia a necessidade de se criar um mecanismo legislativo eficiente e que possibilitasse a governança.

O decreto-lei foi extinto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo com a opção pelo regime de governo presidencialista ao parlamentarismo, o texto constitucional manteve a medida provisória, inspirada em normas existentes na Itália e Espanha.

O então novo diploma constitucional foi amplo no que se referia à iniciativa legislativa dada ao presidente, concedendo-lhe a iniciativa de medidas provisórias, emendas à constituição, leis complementares e ordinárias⁹.

O presidente poderá ainda elaborar as leis delegadas, mediante solicitação ao Congresso Nacional.

⁸ MONTESQUIEU (2010: 175) admitia exceções ao poder de julgar, a ser exercido pelo poder Legislativo: Como no caso de um nobre - entendido como parlamentar - em nome do “privilegio de ser julgado por seus pares”, devido à possibilidade de serem objeto de inveja, deveriam ser julgados pelo corpo legislativo composto por nobres. Do texto também se extrai o que é possível ser entendido como o embrião da previsão de foro privilegiado por prerrogativa de função.

⁹ Lei complementares e ordinárias de iniciativa privativa do presidente da República são as que modifiquem o efetivo das Forças Armadas; e que disponham sobre: criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Para se atender às obrigações atribuídas ao Estado nas previsões constitucionais, não rara a urgência dessa providência, são precisos meios ágeis e de tramitação abreviada, o que resultou na atribuição de competência legislativa ao presidente, para algumas matérias.

FERREIRA FILHO (1997:154) trouxe luz a um problema, a crise legislativa e delegação:

Na verdade, é tendência geral a transferência da legiferação para outro poder que não o por essa função definido. É prática frequentíssima o exercício pelo governo (o Executivo) do Poder Legislativo que lhe vem ter às mãos por meio de delegação – às ocultas ou às escâncaras.

A concepção providencialista do Estado brasileiro, opção do legislador constituinte, resultou na transferência da atividade de produção de leis ao presidente, que tem na lei o instrumento para a realização de seus objetivos.

Com a transferência da atividade legiferante e a instrumentalização da lei para se alcançar as metas de governo tem-se o aumento da produção de leis e, com isso, o questionamento destas, por daqueles que não se reconhecem nela.

Sobre essa transferência da atividade legislativa disse FERREIRA FILHO (1997:155):

... a tecnicidade das questões, mormente econômico-financeiras, que tem de enfrentar o Estado-providência; a premência do tempo em relação ao volume de regras a ser aprovado; a inconveniência do debate público relativamente a certas matérias (como defesa, câmbio etc.); a necessidade de uma adaptação flexível a circunstâncias locais ou transitórias; a frequência de medidas de urgência etc. Esses fatores, e outros, conduziram os Parlamentos a um dilema: ou causar a paralisia do governo ou delegar poderes que não conseguiam desempenhar.

Nesse ponto FERREIRA FILHO (1997:155) deixou claro o motivo dessa delegação de competência legislativa: “Ora, os Parlamentares, em toda parte, se mostraram incapazes de atender, em matéria de legislação, às necessidades do *Welfare State*”.

Para que o Executivo possa desenvolver as atribuições recebidas é necessário ter uma estrutura estatal adequada, no âmbito da Presidência, para prestar consultoria e assessoria ao presidente em seus atos unilaterais legislativos.

Faz-se um aperte histórico. De acordo com CHACON (1998:58), com a Proclamação da República, em 1889, a Assembleia Constituinte Federal trouxe inovadora proposta, na qual

previa-se, no plano federal, que projetos de lei de iniciativa dos parlamentares e do presidente da República deveriam necessariamente ser elaborados por técnicos especializados.

Tem-se nesta previsão pioneira o registro de consultoria jurídica legislativa no país, mas a proposta não prosperou.

A Advocacia Geral da União (AGU) tem a atribuição de representar a União e prestar a consultoria e o assessoramento jurídico ao Poder Executivo, exercendo importante papel República no controle interno da constitucionalidade e legalidade dos atos da Administração.

A estrutura regimental da Secretaria Geral da Presidência da República, conta com a Subchefia para Assuntos Jurídicos, que entre outras atividades, destacam-se a prestação de assessoria e consultoria jurídica ao órgão da presidência e vice-presidência da República.

Também são atribuições desse órgão jurídico a revisão final da redação e da técnica legislativa da proposta de ato normativo, inclusive retificando incorreções de técnica, inadequações de linguagem, imprecisões e lapsos manifestos.

Logo, é possível verificar a existência de denso aparato jurídico à disposição da Presidência e de seus órgãos, a fim de que se evitem vícios legislativos, quer material ou formal, que possam vir a invalidar o ato emanado pela chefia do Poder Executivo.

Ao menos na teoria, a estrutura à disposição do presidente bem inicia o controle prévio de constitucionalidade e legalidade sobre os atos unilaterais do presidente, o que é essencial para a eficiência legislativa.

É nesse sentido que FERREIRA FILHO (1984:291) destaca a eficiência como ponto de atenção constante:

Não sendo necessária a vinculação entre democracia e legislação parlamentar, é possível e mesmo urgente que novos rumos sejam experimentados no campo da elaboração legislativa. Tais experiências não poderão, de per si, ainda que amesquinhem a participação das câmaras nessa tarefa, ser recusadas por antidemocráticas, desde que atendam aos valores fundamentais de liberdade e igualdade. Por outro lado, é preciso ter presente que nenhum regime político deve olvidar a eficiência como um dos critérios, e não dos menores, por que sua ação se há de pautar.

Importante instrumento de ato unipessoal, a medida provisória permite ao presidente da República implementar ações de forma mais célere, com validade imediata, em vez de submeter as suas proposições aos debates e votações do processo legislativo comum.

A medida provisória editada tem força de lei, portanto, vigência imediata. A quantidade de medidas provisórias editadas por cada governo reflete a eficácia deste dispositivo como meio de implementação de políticas e agenda.

Desde a Emenda Constitucional 32/2001, foram adotadas 1009 medidas provisórias.¹⁰

Média de MPs editada por ano (por governo)		Taxa de conversão em lei (%)¹¹
Bolsonaro (2019/2020)	70	47,1
Dilma/Temer (2015/2018)	50,8	63,1
Dilma (2011/2014)	36,3	74,5
Lula (2007/2010)	44,8	83,2
Lula (2003/2006)	60	90,4
FHC (2001/2002) ¹²	51	82,4
Média total	50,5	75,1

As medidas provisórias são largamente utilizadas pelos presidentes e a alta taxa de conversão aponta que o Legislativo não vem sendo empecilho para a implementação da agenda política ao longo dos governos analisados.

É também perceptível a eficácia das articulações entre o Planalto e o Legislativo federal.

A abrangência das matérias, o alcance social, econômico, financeiro e fiscal decorrentes das MPs são inquestionáveis.

Também é notável a agilidade que este instrumento confere ao presidente da República se comparado ao trâmite do processo legislativo ordinário.

Considera FERREIRA FILHO (1995:22) acerca da inadequação da estrutura federativa brasileira, e classificou a medida provisória como teratológica:

¹⁰ Fonte: Agência Câmara <https://www.camara.leg.br/noticias/709849-governo-edita-mais-medidas-provisorias-que-gestoes-anteriores-mas-menos-mps-se-convertem-em-lei/>

¹¹ Na taxa de conversão durante o governo Bolsonaro, não foram computadas as MPs em tramitação.

¹² No governo FHC apenas forma computadas as MPs posteriores à EC 32/2001.

Quanto à crise institucional, mal se houve ao compor as relações entre Executivo e Legislativo. Fortaleceu a este, sem levar em conta as necessidades de um Estado de modelo intervencionista. Previu um instrumento teratológico, a medida provisória. De outro lado, estruturou a Federação inadequadamente às condições brasileiras, particularmente em face das grandes desigualdades regionais e locais. Inclusive a tornou rígida e centralizada na organização, apesar do verbalismo em sentido contrário da Constituinte.

De fato, a medida provisória é instrumento que traz poder de atuação imediata e de acordo com a urgência com que foi tomada a medida, os preceitos e estudos de viabilidade preconizados pela Legística são impraticáveis, em razão do tempo de edição da MP.

Com a MP há grande concentração de poder em uma única instituição, o que nem mesmo a submissão da medida ao Legislativo possa vir a corrigir os imediatos efeitos de sua edição.

Abaixo, dispõe-se de uma quadro mais detalhado sobre a tramitação e finalização de medidas provisórias, por governo¹³.

Governo	Bolsonaro (2019-2020)	Dilma/Temer (2015-2018)	Dilma (2011-2014)	Lula (2007-2010)	Lula (2003-2006)	FHC (2001-2002)
Convertidas	56	128	108	149	217	84
Vigência encer.	59	65	36	15	0	0
Rejeitadas	1	1	0	5	10	14
Revogadas	3	5	1	4	2	0
Sem eficácia	0	0	0	2	8	1
Arquivada	0	3	0	3	0	0
Prejudicada	0	0	0	1	2	2
Vetada	0	1	0	0	0	1
Encer.tramitação	0	0	0	0	1	0
Tramitando	21	-	-	-	-	-
TOTAL	140	203	145	179	240	102

¹³ Fonte: Agência Câmara <https://www.camara.leg.br/noticias/709849-governo-edita-mais-medidas-provisorias-que-gestoes-antiores-mas-menos-mps-se-convertem-em-lei/>

É importante a percepção da quantidade de MPs convertidas em lei. Em que se pese o grande volume de medidas provisórias editadas esse elevado número se mantém quando da sua conversão em lei, demonstração clara efetividade deste instrumento.

No oposto, chama a atenção a diminuta ocorrência de rejeições, revogação e vetos, o que demonstra certo alinhamento entre os Poderes Executivos e Legislativo.

Os números revelam que as Casas Legislativas também não têm apresentado resistência às propostas do governo apresentadas por meio de medidas provisórias.

A tabela revela ainda, que os governantes têm se valido do uso das MPs em grande número, decerto, por sua conveniência, celeridade e eficácia e poucas amarras.

Entre às matérias que encontram restrição para a edição de medida provisória destaca-se a que dispõe sobre a constrição de bens e valores de poupança popular ou ativos financeiros.

Um exemplo de consequências danosas do uso inadequado de medidas provisórias para governar veio de passado não tão remoto e, que mereceu rechaço – tardio - do legislador, a MP que dispôs sobre o empréstimo compulsório de ativos financeiros e poupança.

Ficou perceptível que a elaboração dessa medida provisória não recebeu a atenção devida com relação à aplicação de etapas da Legística, sobretudo, as avaliações prospectivas e respectivas.

A vedação tardia da matéria de ativos financeiros e poupança popular se justificou em razão de fato ocorrido no início da redemocratização, com o primeiro presidente eleito pelo voto popular direto.

A MPV n. 168, de 15 de março de 1990, que instituiu o Cruzeiro e demais providências, teve por objeto a constrição da poupança popular. A eficiência legislativa passou ao largo.

Em resposta, as Mesas da Câmara dos Deputados e Senado Federal promulgaram a Proposta de Emenda à Constituição n.18 de 1991, que acrescentou a limitação de matéria para a edição de MP que pudesse privar ou indisponibilizar, ainda que temporariamente, os bens da população.

Abaixo, transcreve-se trecho da justificação da PEC¹⁴:

¹⁴ <https://www.camara.leg.br/noticias/709849-governo-edita-mais-medidas-provisorias-que-gestoes-antiores-mas-menos-mps-se-convertem-em-lei/>

Justificação

A recente violência perpetrada pelo Executivo contra os pequenos poupadores, através de medidas provisórias, colocou e vem colocando em risco todo o sistema de poupança nacional e somente foi possível através da surpresa permitida pela edição de medidas provisórias, que possuem vigência mediata, embora provisória. O bloqueio dos ativos financeiros das pessoas, somente poder-se-ia justificar através de amplo debate da sociedade, em seu foro adequado, o Congresso Nacional, com tácita anuência psicossocial, apoiado em verdadeiro projeto de reordenamento. A ausência dessas condicionantes levou o denominado Plano Collor ao insucesso, impondo, inutilmente, incontáveis sacrifícios à população, principalmente aos segmentos sociais economicamente débeis, únicos efetivamente prejudicados, em primeiro lugar pela indisponibilidade de seus poucos recursos financeiros, duramente economizados para satisfazer as imprevisibilidades ou para conquista mediata de bens e serviços indispensáveis, tais como tratamentos médicos, dentários e outros e, ainda, pela brutal transferência de parte do valor real de seu patrimônio privado para o Estado através da aplicação de "vetores estatísticos" aos índices inflacionários, reduzindo dramaticamente o poder de compra da moeda bloqueada.

O registro deixou gravado na história, nas duras palavras na fundamentação da proposta de emenda constituição, que refletiram toda a comoção social e prejuízos humano e material decorrente da edição da medida provisória constrictiva da poupança popular.

Embora a medida provisória precise ser submetida e convertida em lei pelo Congresso Nacional dentro do prazo de sua vigência, sob pena de perda de validade, é sem dúvida um poderoso instrumento de implementação de políticas que dispõe o presidente.

Em resumo, sobre a função atípica legislativa do Poder Executivo.

Como se viu, a função legislativa atípica fora prevista e aceita desde MONTESQUIEU.

No caso brasileiro a legitimidade legiferante do Poder Executivo advém do passado histórico, por influência dos idos do Império.

Essa vocação fora reforçada pela crise de sobrecarga vivida pelo Estado, como a opção o legislador em transferir uma parcela de sua competência legislativa ao Poder Executivo, com isso potencializou-se o protagonismo do regime presidencialista.

A prevalência da figura do presidente e seus Poderes na administração ficaram mais evidentes com a previsão da medida provisória, instrumento que permite ao mandatário-mor a imediata vigência de seu ato normativo, com força de lei.

Ressalta-se que o presidente conta com recursos de assessoramento, para que as MPs estejam alinhadas com os ditames da Legística, entretanto, fatores outros, que não a boa

técnica na elaboração de leis, podem interferir no processo de elaboração da MP, eventualmente, desvirtuando a sua finalidade e comprometendo a sua eficácia legislativa.

Mesmo tendo limitações quanto à matéria de objeto da MP, o que se verificou é que o instituto foi e continua sendo amplamente utilizado por aqueles que despacham do Palácio do Planalto.

A eficiência desse instrumento da Presidência se traduz nos números apresentados e na alta taxa de conversões em lei, após passarem pelo crivo do Poder Legislativo.

2.2. Poder Judiciário

2.2.1. Aspectos históricos

Inicia-se o exame do Poder Judiciário com um breve apanhado histórico e estrutural do Poder responsável por dar soluções adequadas à lei às demandas que lhe são submetidas.

No decorrer da história brasileira a suprema corte nacional teve outras denominações, sendo Casa da Suplicação do Brasil (10/5/1808 – 8/1/1829), Supremo Tribunal de Justiça (9/1/1829 – 27/2/1891) e Supremo Tribunal Federal (desde 28/2/1891).

A Casa da Suplicação foi criada em 10/5/1808, com sede no Rio de Janeiro, por meio de Alvará Régio do príncipe regente D. João, com atribuição semelhante àquela sediada em Portugal a Casa de Suplicação de Lisboa.

Foi sucedida em 1824 pelo Supremo Tribunal de Justiça, através da Lei Imperial de 1828, sendo instalada em 9/1/1829, ainda na cidade carioca.

Durante a República, a Constituição de 1934 alterou a denominação para Corte Suprema, que permaneceu até 1937 que restabeleceu a denominação de Supremo Tribunal Federal. Em 21 de abril de 1960 a sede do STF foi mudada para Brasília, por ocasião da transferência da capital federal do Rio de Janeiro para a recém-inaugurada Brasília.

O número de ministros que compõem a corte constitucional brasileira variou através dos tempos, sendo 23 ministros durante o período da Casa de Suplicação, 17 juízes no Supremo Tribunal de Justiça e passando para onze ministros em razão do Ato Institucional n.6/1969, quantidade de julgadores mantidas pela Constituição de 1988.

As constituições brasileiras traziam a previsão de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal pelo presidente da República desde 1891, após a aprovação do indicado pelo

Senado Federal, por maioria absoluta dos membros daquela casa. Exceção a essa disposição se viu na constituição de 1937, em que a aprovação de nomeação dos ministros do STF cabia ao Conselho Federal, que era composto por dois membros de cada dos Estados e do Distrito Federal.

2.2.2. *Guardião da constituição*

Do que já foi visto nesse trabalho é possível concluir que os Poderes Executivo e Legislativo dividem a maior parcela da produção de leis nacional.

Entre esses dois Poderes há o natural protagonismo do presidente da República, em razão do regime político adotado e da crise que fez com que o Legislativo optasse por transferir parte de suas atribuições legiferante.

O resultado dessa produção de leis, quando não atendidas as técnicas de Legística, é o seu questionamento, pelos critérios de constitucionalidade e legalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

Disse FERREIRA FILHO (1984:138) sobre as consequências da falta de técnica legislativa:

As deficiências de redação são principalmente ressentidas pelos juízes, já que se presume de modo absoluto que *iura novit cúria*. Daí decorre terem eles não raro de “extrair sentido do que não tem sentido, conciliar o irremediável”, como diria Lord Campbell. Essa deficiência, aliás, repercute gravemente sobre o próprio prestígio da magistratura. De fato, suscita as discrepâncias de opinião nas várias cortes e das várias cortes entre si, impedindo muitas vezes a cristalização da jurisprudência.

Fica irrefutável, conforme os dizeres do autor as consequências graves que a falta de técnica legislativa traz a todo o ordenamento, sobretudo, ao Judiciário.

O Judiciário, outrora visto como nulo, nos dizeres de MONTESQUIEU, vem ganhando há não muito tempo espaço no cenário político brasileiro.

O Poder responsável por aplicar a lei, via-de-regra, manifesta-se mediante provocação de legitimados e interessados.

Atualmente o STF vem sendo constantemente acionado, especialmente pelos agentes públicos e partidos políticos, neste último caso, valendo-se de ações judiciais de controle constitucional em abstrato como instrumento de oposição política.

Temas polêmicos e sensíveis à política são submetidos ao STF, o que tem colocado a corte em evidência no cenário político nacional ao decidir sobre esses casos.

A respeito da origem das normas, traz-se interessante entendimento de BARROSO (2015:454):

E normas jurídicas não são reveladas, mas, sim, criadas por decisões e escolhas políticas, tendo em vista determinadas circunstâncias e visando determinados fins. E, por terem caráter prospectivo, precisarão ser interpretadas no futuro, tendo em conta fatos e caso concretos. Como consequência, tanto a criação quanto a aplicação do Direito dependem da atuação de um sujeito, seja o legislador ou o intérprete. A legislação, como ato de vontade humana, expressará os interesses dominantes – ou, se se preferir, os interesses públicos, tal como compreendido pela maioria, em um dado momento e lugar.

Quando provocado, o órgão máximo do Judiciário nacional pronuncia-se interpretando a norma constitucional, exercendo juízo de valor sobre questão submetida, julgando e pacificando a lei que lhe regula.

Questiona-se. É possível extrair pensamento análogo do entendimento do autor, segundo o qual, tanto o legislador quanto o intérprete das leis colocam cargas volitivas e políticas nos seus misteres? E no caso no STF, isso poderia ser admitido? Buscar-se-á a resposta neste estudo.

Percebe-se presente nas interpretações constitucionais do STF, sobretudo em tempos recentes, forte carga valorativa política, o que sobressa à competência do STF de controle de constitucionalidade da atividade legislativa, o que vem gerando em passado recente ruídos institucionais oriundos dessa postura adotada.

Sobre a interpretação constitucional extraiu-se a concepção que se transcreve:

A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, caput) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país confere, à Suprema Corte, a

singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.¹⁵

Destacou-se acima, no trecho transcrito da decisão, o reconhecimento da importância do papel de organização institucional da suprema corte, justamente, para trazer o equilíbrio necessário no confronto de força entre o Judiciário e o Executivo.

ZAVASKI (2017:23) manifesta a sua percepção neste sentido:

É também inegável que o controle de constitucionalidade dos preceitos normativos, pela própria natureza da controvérsia que desperta e pelo caráter institucional do embate que provoca ao confrontar dois poderes, ganha significativo destaque no âmbito da jurisdição constitucional.

A guarda da Constituição não deve se divorciar de uma consciência estrutural do Estado e a sua realidade, tampouco às funções de cada Poder.

Não se discute que haja a inobservância de vários preceitos constitucionais, que desde 1988, figuram nos artigos da lei maior de forma programática ou com eficácia contida.

O mesmo legislador constituinte que conferiu a guarda constitucional ao STF, concedeu ao Executivo a prerrogativa da administração pública e os meios legislativos para que possa executar a sua política, dentro de uma estrutura de Estado, cuja realidade aponta indiscutível sobrecarga.

Bem destacou o julgador do tribunal constitucional que o desprezo à Constituição não é aceitável e que não pode se converter em prática governamental consentida, como se destaca do trecho de sentença abaixo reproduzido:

O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição

¹⁵ [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, DJE de 20-8-2010.] = AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, DJE de 1º-2-2013. Vide HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, DJE de 6-2-2009. Vide RE 227.001 ED, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, DJ de 5-10-2007

não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.¹⁶

A insuficiência de recursos decorrente da sobrecarga, percebido por FERREIRA FILHO, e deve ser um norteador de todos os Poderes para a execução de suas funções.

Atuações de outros Poderes em descompasso com esta realidade geram leis inconstitucional – portanto ineficientes¹⁷ - e que podem gerar decisões, que por via reflexa, desconsidera a realidade, e assim, acabarão por ferir a Constituição.

Recorrer ao STF é procedimento comum adotado pelos Poderes, seja para cancelar a validade ou declarar a inadequação da lei produzida diante da estrutura constitucional.

Nesse sentido, busca-se conhecer os maiores demandante em ADI e ADC, perante o Supremo Tribunal Federal, de acordo com as estatísticas disponibilizadas pela corte.

Posição	Demandante ADI	Quant. processos	(%)
1º	Presidente da República	1485	8,15
2º	Congresso Nacional	1072	5,88
133º	Câmara dos Deputados	2	0,01

Conforme a lista dos maiores demandante em Ação Direta de Inconstitucionalidade, classificados pelo critério de legitimados, figura na primeira posição o presidente da República, seguido pelo Congresso Nacional¹⁸

¹⁶ [ADI 2.010 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 30-9-1999, P, DJ de 12-4-2002.]

¹⁷ A ineficiência da lei produzida diante de uma consciente inconstitucionalidade e contrária à estrutura do Estado resulta em desperdício de recursos e crise constitucional.

¹⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Controle concentrado – ADI. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em 30/4/2021.

Posição	Demandante ADC	Quant. processos	(%)
1º	Presidente da República	47	16,10
2º	Congresso Nacional	37	12,67
994º	Supremo Tribunal Federal	1	0,34

As posições observadas na primeira tabela se repetem quando se verificam os maiores demandantes em Ação Direta de Constitucionalidade. Os números apresentados pelo setor de estatísticas do STF falam por si.

Chama a atenção figurarem na mesma posição, tanto na propositura de ADI quanto na de ADC, os Poderes Executivo e Legislativo, respectivamente. Ambos são produtores de normas.

O que se verifica é que os dois legitimados com maiores números de leis produzidas são também os que mais questionam a validade daquilo que produzem, seja apontando a inconstitucionalidade alheia ou demandando o reconhecimento da adequação de sua lei ao sistema positivado estruturante da produção legal.

Fator de acalorados debates, a forma de recrutamento de ministros merece exame. A adequação da forma com que os ministros da corte de guarda da Constituição são recrutados.

Haveria o necessário afastamento das questões políticas nas decisões daquela corte? E em que grau haveria comprometimento das decisões, motivadas por fatores políticos, em especial, os decorrentes do processo de nomeação?

2.2.3. Harmonização sistemática de leis – controle concentrado de constitucionalidade

Submete-se ao exame do STF questões de grande relevância social, política e econômicas, o que exige dos julgadores profundo conhecimento das leis, serenidade e prudência, de forma que o ambiente econômico-jurídico do país seja de previsibilidade, que resulte em segurança jurídica.

Cabe ao órgão de cúpula, como intérprete final do direito, harmonizar o sistema legal de decisões, agindo como legislador negativo no controle de constitucionalidade em abstrato, excluindo do ordenamento leis incompatíveis.

A arquitetura do Estado prevê a atuação sob duas vertentes, a administração pública e a regulação do setor privado, neste, de posicionamento liberal, espera é uma interferência mínima do Estado, deixando as suas relações seguir conforme as regras de mercado.

Com isso, a previsibilidade e a segurança jurídica são predicados muito apreciados pela iniciativa privada.

Nesse sentido, disse GRAU (2018: 17):

O mercado é instituição jurídica constituída pelo direito positivo, é expressão de um projeto político – como princípio de organização social - e atividade. O Estado deve garantir a liberdade econômica e concomitantemente, operar a sua regulamentação. [...] O direito moderno é racional porque permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados. Cotidianamente trocamos nossa insegurança por submissão ao poder. Em última instância, no entanto, a segurança e a certeza jurídicas com que o Estado moderno nos acode consistem na segurança do/ no mercado.

Os atores que movimentam a economia procuram ambientes estáveis, onde haja segurança jurídica que garanta a previsibilidade para os negócios, que estão diretamente ligados aos riscos assumidos.

Quanto mais previsível as condições políticas e econômicas de um país, mais ele se torna atrativo para investimentos.

Cabe ao STF, como corte constitucional nacional, a guarda da Constituição, e figurar no topo do organograma da Justiça brasileira, pacificando entendimento acerca de questões controversas submetidas à apreciação do Judiciário.

Certo é que as decisões da mais alta instância do Poder Judiciário nacional terão grande impacto social e econômico.

Por esse motivo a prudência milita para uma ampla e densa instrução processual, onde, mais uma vez, a multidisciplinariedade pode aumentar a complexidade e exigir maior conhecimento específico nas decisões desses processos.

A audiência pública mencionadas em leis e no RISTF demonstram a preocupação da suprema corte em ampliar debates e melhor instruir processos complexos.

Ouvir pessoas de proeminente saber nesses processos proporciona aos julgadores o conhecimento necessário para uma decisão abalizada e serena.

O entendimento de ZAVASKI (2017:23) sobre as atribuições do STF confirma essa posição.

O STF ocupa assim, a posição mais importante no sistema de tutela de constitucionalidade dos comportamentos. Suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais.

A qualidade de guardião constitucional não se questiona, pois, como percebeu FERREIRA FILHO (1984:299): “... o juiz, mais do que ninguém, tem a vivência da Justiça”. Assim como também não há dúvidas de que o mesmo legislador constitucional optou por estruturar o Estado com viés providencialista, e nesse ponto estabeleceu grandes obrigações.

Quis o legislador constituinte, e permitiu ao Executivo, administrar através da atividade legiferante – que como se entende, tem objetivo vinculado àqueles da Constituição -, e que sabidamente, dispõe de limitado recurso, cabendo-lhe então, a discricionariedade de escolha, dentro das opções em que há pendência de atuação do Estado.

Certamente, aqueles que se sentirem desassistidos pelo Estado, invocarão a Constituição naquilo que lhes favoreça, e a corte suprema, guardiã do texto constitucional que é, criará lei entre as partes, suprimindo a atribuição do Executivo em desenvolver a política que entender prioritário, interferindo diretamente na política.

Ao cumprir a determinação da suprema instancia, será favorecido aquele que teve maior capacidade de organização, para pressionar a administração pela via do Judiciário.

Do círculo vicioso acima, baseado na sobrecarga do Estado, verifica a ineficiência na produção legislativa neste ponto, pois, diante da incapacidade do Estado em cumprir com todas as obrigações previstas em sua estrutura.

Confirmando este pensamento, ZAVASKI (2017:24) contribui sobre a atuação do STF com relação aos casos de omissão legislativa.

Os instrumentos para controle das omissões institucionais não têm tradição em nosso direito, criados que foram pela Constituição de 1988. Quanto ao mandato de injunção, a jurisprudência do STF inclinou-se, inicialmente, por considerar os provimentos dele decorrentes como de eficácia assemelhada aos proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, como simples atos de cientificação do responsável pela inércia legislativa, com recomendação para supri-la.

É possível perceber que o entendimento inicial do STF, no caso de omissão legislativa, era de mera cientificação, reconhecendo um limite institucional do órgão julgador de cúpula.

Com essa postura, a corte chamava a atenção do legislador para que a ausência de norma fosse sanada, entretanto, o pretório excelso mudou o rumo do entendimento em casos semelhantes, como confirma ZAVASKI (2017:25):

... as recomendações e admoestações do Judiciário quando à inércia legislativa de um modo geral não lograram sensibilizar os responsáveis pela elaboração das normas. Essa é a razão principal da radical mudança de rumo da jurisprudência do STF a respeito. [...] Quando necessário, pode e deve ir mais além, para também garantir o exercício (e, às vezes até a própria satisfação) dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados, editando, para tanto uma espécie de regulação provisória da norma faltante.

A guinada no entendimento do STF aponta para uma atuação mais efetiva – por vezes, voluntariosa dessa instituição do Poder Judiciário – não sendo incomum a transposição de sua função institucional, em verdadeiro “avanço” rumo a um posicionamento de legislador positivo, criando normas efetivas.

BARROSO (2015:465) conforma esta percepção:

No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e representatividade. Nesse Vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a Corte Suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas...

Não se contesta aqui a capacidade técnica do julgador em legislar, todavia, há que se ponderar aspectos outros que não se limitam apenas ao domínio da boa técnica legislativa.

Ao lavrar decisões que positivam e criam direito sobre questões não reguladas por leis de competência do Legislativo, o STF acaba por inovar com normas que destoam da realidade e possibilidade.

Sobre a inconstitucionalidade, pontuou ZAVASSKI (2017:19) “Comete-se a inconstitucionalidade não apenas editando normas incompatíveis com a Constituição, mas também por atos individuais ou por omissão a ela contrários”.

O direito gerado por sentença cria norma estrutural ineficientes, não raro resultando em aumento dos já existentes problemas orçamentários.

Não se descarta a possibilidade de inconstitucionalidade estrutural, criada pelo julgador “legislador”, valendo-se da colocação de ZAVASKI.

Percebe-se ainda, o desatendimento do julgador aos preceitos de Legística, que fogem à sua técnica interpretativa e atuação institucional.

Falta ao julgador do STF meios técnicos adequados, presentes nas estruturas do Poder com capacidades legiferante natural, aptas em fornecer informações sobre, por exemplo, a viabilidade de uma lei e a avaliação prospectiva e retrospectiva da norma a ser criada.

Como legislador negativo, o controle de constitucionalidade em abstrato exercido pelo STF, ao reconhecer a inconstitucionalidade de lei, trará como regra, a nulidade da norma expedida pela administração pública.

Isso irá refletir, indubitavelmente, nas relações jurídicas que tenham sido geradas pela norma a ser extirpada do ordenamento.

Pode, porém, o julgador conter a amplitude dos efeitos de suas decisões. O Supremo Tribunal Federal ao julgar e declarar a inconstitucionalidade de norma, age como legislador negativo, excluindo a norma inconstitucional do ordenamento objetivo.

Neste sentido transcreve-se de trecho da fundamentação da ADI 1063/DF, que reflete este entendimento.

É certo que a declaração de inconstitucionalidade, em tese encerra, como sabemos, um juízo de exclusão, o qual, fundado na competência de rejeição deferido pelo Supremo Tribunal Federal, tem por finalidade remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Essa competência excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política – converte o Supremo Tribunal Federal, por isso mesmo, em verdadeiro legislador negativo. Por ser esta – a de legislador negativo – a condição institucional da Suprema Corte no processo de controle normativo abstrato, não se lhe pode imputar o poder – absolutamente anômalo e exorbitante dos limites de fiscalização concentrada de constitucionalidade –, de a partir da seleção seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal questionado, proceder em última análise, especialmente nos termos em que requerida a presente cautela, à criação de outra regra legal, substancialmente divorciada da questão material que lhe deu o legislador.

As consequências do julgamento de leis submetidas ao controle abstrato de constitucionalidade na suprema corte têm natureza dúplice, da sentença poderá resultar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma e a declaração de nulidade e a sua retirada do ordenamento objetivo.

Em casos de grande repercussão social, política ou econômica, os efeitos da declaração de nulidade da norma inconstitucional podem ser incalculáveis.

Neste sentido, recorre-se à trechos de duas fundamentações extraída de julgados:

"A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27)."¹⁹

A segurança jurídica foi invocada pelo julgador como fundamentação da modulação temporal da decisão.

"A norma contida no art. 27 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social."²⁰

O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma tem como consequência a declaração de sua nulidade com efeitos retroativos à data de sua inclusão no ordenamento jurídico.

¹⁹ (ADI 4.425-QO, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 25-3-2015, Plenário, DJE de 4-8-2015.)

²⁰ (AI 474.708-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 17-3-2008, DJE de 18-4-2008.)

A modulação dos efeitos da sentença é caminho para se mitigar grandes impactos sociais, políticos ou econômicos que dela possam decorrer. Embora uma sentença não seja lei, no sentido formal, dela resultam efeitos semelhantes.

A Legística se ocupa do desenvolvimento de boas práticas no processo de produção legislativa, à produção judicante não se aplica, esta, submete-se outras técnicas específicas que fogem ao objeto deste trabalho.

Encontrou-se mecanismo da modulação de efeitos uma forma de postergar de mitigar ou suprimir da nulidade resultante da inconstitucionalidade, dando tempo ao legislador para que proceda com as adequações necessárias para o conserto da norma, ao invés da exclusão imediata da norma inconstitucional do ordenamento.

Em que se pesem outras consequências que dessa previsão possa resultar é inegável que, com ela, buscou-se um arranjo prático para se solucionar questão tormentosa advinda de uma aplicação puramente legalista da norma.

Fica clara a intenção do legislador e dos julgadores em pacificar e harmonizar o arcabouço jurídico e minorar os efeitos penosos em consequência de algumas decisões que envolvam o sopesar de princípios.

Neste subtítulo ficou clara a atribuição do STF em pacificar entendimentos e assim, harmonizar o ordenamento jurídico, seja em decisões mais voluntaristas, criando direitos temporariamente – quando da inércia do legislador -, seja enquanto legislador negativo, excluindo do ordenamento leis dissonantes do Ordenamento guia.

2.2.4. Judicialização da política, Ativismo judicial e Consequencialismo

Muito se tem dito a respeito de protagonismo na atuação do STF que, em suas decisões, estaria invadindo a seara política e interferindo na harmonia dos Poderes, o que foi reconhecido nos dizeres de BARROSO, e que teria motivação no espaço deixado pelo Poder Legislativo.

A crise institucional enfrentada pelo Legislativo e a transferência de atribuições legiferantes ao Executivo fizeram com que minorias de parlamentares encontrassem nas medidas judiciais uma maneira de estender a fase política do processo de criação de leis.

Essa minoria parlamentar, organizada na complexa arrumação do Poder Legislativo, agindo conjuntamente com as suas agremiações políticas e grupos de pressão, encontraram no Poder Judiciário uma alternativa eficaz de fazer oposição ao governo.

Ao se valer do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, parlamentares, partidos políticos e setores organizados da sociedade, agem em defesa dos seus interesses e de forma à dificultar a implementação de políticas públicas de governos que lhes são desfavoráveis.

Mostra-se eficiente a estratégia de judicialização da política ao se utilizar de ações judiciais de controle de constitucionalidade concentrado contra o *establishment*.

Nesse movimento de judicialização, o STF, ao ser provocado a se pronunciar sobre questões de natureza meramente, acaba, por vezes, ultrapassando o limite da sua competência, invadindo atribuições dos Poderes Executivos e Legislativo, gerando instabilidade institucional.

Segundo ARAGÃO (2013:59-67), o processo de judicialização da política encontra a sua origem no *judicial review* norte americano, com registro importante da revisão constitucional das leis por ocasião do notório caso *Marbury vs. Madison*, no qual se decidiu que as demais leis devem estar consonantes com os ditames constitucionais.

Com o passar do tempo, a sociedade encontraria neste precedente a oportunidade para que as suas demandas pudessem ser apreciadas.

O termo judicialização teria dois aspectos, um baseando no princípio do direito de ação – de contesto político-social -, e outro no sentido de propagação de ações judiciais no qual se busca a revisão de atos políticos emanados pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Os motivos que colaboram para a sedimentação da judicialização da política são apontados como decorrência da separação de Poderes e da ineficiência institucional.

Além destes motivos acima, as movimentações políticas surgiram após a II Guerra Mundial, momento em que se deu maior atenção e importância à implementação dos direitos humanos e a positivação constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Foram esses os fatores que também contribuíram nesse processo de judicialização.

À decisão de casos com atuação interpretativa mais expansiva pela corte constitucional dá nome ao fenômeno conhecido como ativismo judicial e resulta da judicialização da política. Esses dois fenômenos não devem ser confundidos.

MONTESQUIEU pensou o juiz como o “boca da lei”, que deveria se manifestar-se apenas aplicando a lei ao caso concreto que lhe fosse submetido.

A partir dessa posição o direito avançou, com ele, novas técnicas de criação e interpretação legislativa foram criadas.

TAVARES (2012:), coloca que houve avanço do direito constitucional, estruturante do Estado e norteador do arcabouço jurídico, com a implementação de conceitos principiológicos, notadamente mais amplos que as tradicionais previsões e conceitos da lei.

Com o ativismo, o Estado-juiz passou a se apresentar como um fiador de direitos e garantias fundamentais, colocando-se em posição de protagonismo diante dos demais Poderes.

O ativismo judicial se identifica pela atuação contundente do Judiciário, na qual a decisão baseada em interpretação das normas principiológicas comporta maior liberdade interpretativa e, acaba por interferir nas políticas públicas do governo.

Nos dizeres de SOARES (2015:11) se extrai o conceito de ativismo jurídico:

Durante muito tempo, o STF considerou algumas questões como temas eminentemente políticos, sobre os quais não cabia decisão judicial. Esses assuntos eram decididos nas casas políticas ou pelos partidos, sem interferência do juiz. A conveniência e a oportunidade políticas afastavam essas matérias das cortes e forneciam aos políticos a liberdade de escolher a melhor solução. Todavia, esse padrão foi rompido e atualmente encontramos juízes tomando decisões que obrigam os homens e as instituições políticas a decidirem de acordo com aquilo que for estabelecido por sentença ou acórdão judicial. É o que se chama ativismo judicial, expressão esta que indica um avanço da atuação do Judiciário para além do campo hermenêutico, invadindo esferas de competência de outros poderes, inclusive com o estabelecimento de condutas não previstas na legislação em vigor.

Para ARAGÃO (2013:64), o ativista é o magistrado que se vale de sua prerrogativa de julgar para produzir decisão política, invadindo as atribuições do Poder legitimado para implementar as políticas, a despeito do princípio da segurança jurídica.

No ativismo, o juiz passa a ser protagonista político, projetando a sua atuação no quadro institucional.

A invasão de atribuição não é fato bem aceito entre os Poderes – ao menos para aqueles contra os quais o exercício de uma atuação mais ampla pesa.

Se essa atividade expansiva do julgador fosse permitida, o legislador constituinte a teria previsto expressamente, como o fez ao atribuir iniciativa legislativa aos Poderes Executivo, deixando claro os limites dessa atuação.

SOARES (2015:39-61), aponta algumas hipóteses para a ocorrência do ativismo judicial.

Para o autor, o descrédito que assola os membros do Legislativo é causado por ser este mais suscetível às influências à investidas do governo, ideologias, articulação partidária e seu fisiologismo, grupos de pressão social – o que inclui a cooptação pelo próprio governo - e outros interesses - às vezes, não republicanos - que interferem no processo decisório deste Poder.

De acordo com SOARES, o Poder Judiciário estaria imune a estas questões de pressão, o que o colocaria em posição de neutralidade para decidir com base na legalidade das questões que lhe são submetidas, com maior controle da moralidade política.

CAPELETTI (1997:23-24), com relação aos limites substanciais da criatividade judiciária, disse:

Quando se afirma, como fizemos, que não existe clara oposição entre interpretação e criação de direito, torna-se, contudo necessário fazer uma distinção, como dissemos acima, para evitar equívocos. De fato, o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha -, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente o criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.

O voluntarismo de julgadores encontrou no ativismo judiciário o espaço deixado pelo Legislativo, como dito por ZAVASKI, e o preencheu, expandido a sua atuação para além dos limites de sua função.

E nos dizeres de CAPELETTI, há limites à essa criatividade do julgador, tanto processuais como substanciais, e neste, entende-se que o julgador está limitado à estrutura da constituição.

O legislador constitucional, como percebido por vários autores neste trabalho, diante de crise institucional, transferiu parte de sua atribuição legiferante ao Executivo.

A prevalência da atuação do Executivo sobre os demais Poderes – administrar as finanças e a agenda política - foi paradoxalmente favorecida pela crise fiscal, o que lhe deu a “discricionariedade vinculada” à estrutura sedimentada nos objetivos da Constituição.

Nesse diapasão, a criatividade do legislador judicante deveria ter como limitador substancial a estrutura constitucional, em último caso – a capacidade de recursos e o comprometimento orçamentário – de maneira a não onerar ainda mais o já sobrecarregado Estado.

As atuações contramajoritárias e de representatividade encampadas pelo pretório excelso, além de ir de encontro à estrutura constitucional do Estado, agravando a crise de sobrecarga, também fere o democrático jogo político e da alternância republicana de Poder.

O Executivo, deve se guiar pela Legística ao usar de sua “discrecionalidade vinculada” à estrutura constitucional – e a capacidade de gerar recursos - para dar prosseguimento aos projetos da administração.

Passa-se a analisar o processo de tomada das decisões da suprema corte e do Consequencialismo.

MILL (2001:41-61), ao tratar dos liames entre Justiça e Utilitarismo, trouxe a comparação entre o que se entende instintivamente como o certo e o errado, valendo-se de questionamentos como base na moral.

O autor vale-se de cinco atributos que entende comumente aceitos entre o justo e o injusto. Um, é injusto privar alguém de sua liberdade, bens ou o que lhe for garantido por lei; dois, leis que conferem direitos podem ser injustas; três, o senso de justiça está estreitamente ligado ao merecimento; quatro, a quebra de compromissos e expetativas é considerada injusta; cinco, a imparcialidade de Justiça é universalmente inadmissível.

Disso, concluiu MILL (2001:61):

Justiça continua sendo o nome apropriado para certas utilidades sociais que são muito mais importantes e, portanto, mais absolutas e imperativas do que quaisquer outras como uma classe (embora não mais do que outras possam ser em casos particulares); e que, portanto, devem ser, assim como naturalmente são, guardados por um sentimento não apenas diferente em grau, mas também em espécie; distinguido do sentimento mais brando que se liga à mera idéia de promover o prazer ou a conveniência humana, ao mesmo tempo pela natureza mais definida de seus comandos e pelo caráter mais severo de suas sanções.²¹

²¹ Justice remains the appropriate name for certain social utilities which are vastly more important, and therefore more absolute and imperative, than any others are as a class (though not more so than others may be in particular cases); and which, therefore, ought to be, as well as naturally are, guarded by a sentiment not only different in degree, but also in kind; distinguished from the milder feeling which attaches to the mere idea of promoting human pleasure or convenience, at once by the more definite nature of its commands, and by the sterner character of its sanctions.

Destacou o pensador que, a Justiça, como utilidades social, dotada de imperatividade, deve ser guiada por ditames moralmente elevados e, que não deve ser desviada por fatores subjetivos, caprichos ou conveniências. O julgador deve se pautar pelo justo, ou seja, pelo que traz utilidade à sociedade.

Dito isso, tanto os julgadores quanto os legisladores têm como missão pacificar tensões por meio da regulação de situações conflitantes na busca por criar um ambiente estável e seguro.

A segurança jurídica almejada reflete nos campos econômicos e sociais, favorecendo a atividade econômica e o progresso. Assim pensa GRAU.

Visando uma solução para os problemas resultantes do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, a que trata da ADI e ADC, trouxe engenhoso e inovador dispositivo para ao julgador, a modulação dos efeitos de sua decisão.

Já se falou que a segurança jurídica é fator relevante de estabilidade e de grande influência no ambiente político, econômico e social, motivo maior da existência do regramento objetivo.

Negócios jurídicos acontecem diariamente em volume impensável, circulando riquezas ao redor do mundo, logo, a certeza da imutabilidade ou, ao menos, a previsibilidade de cenário futuro político-econômico é o indicador e atrativo de investimentos internos e externos.

Para dispor sobre a segurança jurídica em decisões administrativas e judiciais foi proposta alteração recente na LINDB.

O PLS n.349/2015 previa a inclusão de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público na LINDB.

Relevante se trazer a justificativa para essa inclusão na lei. Disse o legislador:

Como fruto da consolidação da democracia e da crescente institucionalização do Poder Público, o Brasil desenvolveu, com o passar dos anos, ampla legislação administrativa que regula o funcionamento, a atuação dos mais diversos órgãos do Estado, bem como viabiliza o controle externo e interno do seu desempenho.

Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional.

[...]

O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação

das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela administração pública federal, estadual e municipal. A ideia é incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público

Conforme constou da justificção, o projeto pretendia a neutralização de fatores de distorções da atividade jurídico-decisória. Em linhas breves, o projeto buscou conter a criatividade nas interpretações dadas às normas pelo poder Judiciário.

Essa alteração vai ao encontro do limite da expansividade do julgador ativista, na tentativa de conter o ímpeto progressista exacerbado.

Novamente, ao que se depreende, pretendia-se uma maior previsibilidade na interpretação da norma, orbitando nas suas consequências, o que, invariavelmente, abre portas para o Consequencialismo nas decisões exaradas pelo poder público, *lato sensu*.

Se comparada as intenções do PLS com o pensamento de MILL, é possível entender que a inovação trazida pode vir a ser benéfica para a sociedade, se utilizada como último recurso para se evitar consequências graves no plano social.

O PLS seguiu os tramites processuais de rigor e foi transformado em lei, que alterou a LINDB.

Segurança jurídica e excepcional interesse social são conceitos abertos, passíveis de subjetividades – ou sua irmã, mais técnica, discricionariedade -, que podem influenciar eventuais julgamentos, o que, segundo MILL, não é desejável se não for justo.

A modulação dos efeitos da sentença prevista na lei que trata da ADI e ADC, de iniciativa do Poder Executivo, é um aceno para que o Judiciário haja por um viés consequencialista, contendo a criatividade das decisões e às condicionando à previsão de seus resultados.

Importante se recorrer ao histórico do projeto de lei para se entender a motivação, alcance e a intenção do legislador.²²

A exposição de motivos n.189, de 7 de abril de 1997, de autoria do Executivo, introduziu o anteprojeto de lei elaborado por comissão de juristas, entre eles, Ada Pelegrini Grinover, Álvaro Villaça de Azevedo, Gilmar Ferreira Mendes, Luiz Roberto Barroso etc. A comissão foi presidida por Caio Tácito e apresentou, o anteprojeto de lei.

²²Exposição de motivos disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-exposicaodemotivos-150030-pl.html>

Constou da motivação a intenção de conferir maior celeridade a ADI e ADC, em vista do caráter “dúplice” e ‘ambivalente”, no que se refere às regras de admissibilidade e procedimentos.

Destacou-se a necessidade de comunicação entre fato e norma como condição da interpretação constitucional.

O anteprojeto contém disposição que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros. No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

Novamente, vale-se do pensamento de MILL, para quem o justo deve refletir em ganho social, se a modulação for de valia à coletividade, tem-se a previsão legislativa como benéfica.

Na esteira de segurança jurídica e interesse social recorre-se à decisão de relevo na utilização da modulação dos efeitos da sentença.

Para exemplificar, toma-se a ADI 2.240/BA, proposta por partido político e relatado pelo então ministro Eros Grau, que questionou a validade de lei do estado da Bahia que criou o município de Luís Eduardo Magalhães.

Apontou-se o desrespeito ao artigo 18, parágrafo 4^a da Constituição Federal. Embora a corte tenha reconhecido a infração ao dispositivo constitucional, sopesou que o município, ente federado e dotado de autonomia, de fato, fora criado há seis anos, e que a nulidade da lei que o criou geraria situação caótica e incontrolável.

Transcreve-se a Ementa da ADI:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA.

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. (STF – ADI 2240 BA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 09/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Dje-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP 00029 EMENT VOL-02283-02 PP 00297).

Em voto vista, o ministro Gilmar Mendes reconheceu a inconstitucionalidade do ato que criou o município baiano de Luís Eduardo Magalhães.

Foi enfatizado que a Emenda Constitucional n.15, de 12 de setembro de 1996, que deu nova redação ao art.18, §4º da CF, teria eficácia limitada, já que mencionou a necessidade de promulgação de lei complementar federal para produzir plenos efeitos.

A LC pendente inviabilizaria a criação de outros novos municípios, e que o caso *sub judice* não seria o único.

Ponderou-se, que a decisão acerca do caso não poderia se limitar à declaração de nulidade do ato inconstitucional, vez que as consequências decorrentes dessa pronúncia poderiam gerar “caos jurídico”.

O ministro propôs então, decisão alternativa que contemplasse os princípios envolvidos, evocando para tanto a modulação de seus efeitos.

A ADI fora julgada procedente para declarar a sua inconstitucionalidade, porém, pela maioria, não se aplicou a nulidade da norma, mantendo-a validade por período determinado, para que o ato do legislador estadual baiano pudesse ser corrigido e adequado à norma constitucional.

A decisão em comento bem destacou o seu caráter de exceção. Como se verificou, a inconstitucionalidade do ato do governo baiano foi reconhecida, porém, as consequências de uma exclusão sumária da lei de criação do município foram ponderadas.

Então, confrontando-se o julgado com o pensamento de MILL, entende-se consonante com a ideia do justo apresentada no Utilitarismo do pensador.

Outro exemplo didático a respeito da segurança jurídica a ser preservada vem da ADI 5.127/DF, a qual se revisita, para se transcrever trecho de importância acerca do Consequencialismo:

Constatado, em seguida, que tal resultado importaria no reconhecimento da irregularidade de nada menos de quinhentos e setenta diplomas normativos, uma vez que a comissão parlamentar mista a que alude o art. 62, § 9º, da CF jamais havia sido implementada, o Tribunal se viu na condição de buscar uma solução consequencialista. Decidiu, portanto, o Tribunal julgar improcedente a ação, reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivo de Resolução do Congresso Nacional que dispensava o parecer da Comissão Mista. Não seria inconstitucional a lei questionada, assim, porque amparada em interpretação da Constituição fixada em Resolução do Congresso Nacional, resolução essa cuja inconstitucionalidade foi reconhecida no julgamento, mas apenas com efeitos ex nunc. Logo, preservadas a validade e a eficácia da Resolução que autorizada a dispensa do parecer da comissão mista em relação às medidas provisórias editadas anteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF, seriam constitucionais todas as leis de conversão de medida provisória que, até esse momento, tiveram amparo nessa norma interna do Congresso Nacional. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos, para ser útil ao caso em exame, teria que ter como objeto não a norma impugnada, resultante do processo legislativo de conversão de medida provisória, e sim a norma procedimental, incidente sobre o processo legislativo. No caso em tela, todavia, não há norma regimental ou de outra natureza, editada pelo Congresso Nacional ou alguma de suas casas, autorizando a incorporação de emendas sem pertinência temática com a medida provisória submetida a conversão. Ao contrário, a exegese da Constituição empreendida pelo próprio Poder Legislativo e assentada no Regimento Comum do Congresso Nacional, vale dizer, é no sentido de ser vedada a apresentação de emendas sobre matéria estranha àquelas tratadas na Medida Provisória.

Percebe-se, pelo reconhecimento expresso do julgador, que a decisão levou em conta as consequências que dela resultariam.

Novamente, as consequências de uma atuação judicante positivista foram calculadas, e de acordo com o pensamento de MILL, entende-se presente o justo.

Inimagináveis, é essa a adjetivação que se dá às possíveis consequências que o reconhecimento da inconstitucionalidade e a exclusão de todas as leis produzidas e atingidas pelo vício procedimental verificado traria à sociedade.

O vício gerado pela incompatibilidade da previsão do regimento da Casa Legislativa é inquestionavelmente incompatível com o texto constitucional, porém o mero positivismo seria injusto, conforme MILL.

É inevitável se especular até onde poderia ir a ponderação dos efeitos de uma decisão judicial, se ficariam restritos aos efeitos sociais e econômicos ou se espraiaria pela seara política.

Nesse sentido, entende-se que os cinco parâmetros apontados por MILL, como balizadores do justo devem nortear o viés consequencialista em decisões judiciais da suprema corte.

Se limitadas a esta régua moral, na qual se busca o justo como utilidade social, há possibilidade de que o Consequencialismo na construção de norma possa ser estruturalmente eficiente.

O que se pode concluir é que o Consequencialismo, até pela previsão legal incluída na LINDB, é fenômeno presente na práxis da administração, em qualquer dos Poderes.

Se por um lado, o Consequencialismo poderia ser fator a contribuir com o ambiente de previsibilidade proporcionada pela segurança jurídica, por outro, proporcionar-se-ia uma maior discricionariedade ao julgador, que ao ponderar os efeitos de sua decisão

Após esse subtítulo, verificou-se que a judicialização da política é resultado do inconformismo de grupos minoritários, que encontraram na via judicial uma maneira de sobrevida à sua militância, utilizando o controle concentrado de constitucionalidade como instrumento de oposição política.

O ativismo judicial, de origem norte americana no pós Guerra, foi forma encontrada por alguns julgadores a fim de exercer o papel contrajoritário e representativo, por meio de concepções de ideais progressistas, interferindo na democracia e no jogo político e na alternância das políticas públicas de acordo com a linha de governo.

Finalizando, o consequencialismo, com o qual o Poder Executivo, ao se valer de sua iniciativa legiferante, criou dispositivo que confere aos julgadores da administração e judicial, a possibilidade de conterem os efeitos de suas decisões, em razão da segurança jurídica e notável interesse social.

Entende-se que ao utilizar de uma criatividade mais expansiva, numa atuação contramajoritária e representativa, o Judiciário acaba por infringir a estrutura constitucional do Estado, criando leis que não pertenceriam à sua iniciativa legiferante, invadindo a “discricionariedade vinculada” conferida pelo legislador constitucional ao Executivo.

Ao fazer isso, o STF rompe com a estabilidade institucional ao produzir leis ineficientes à luz da Legística.

2.2.5. Função legislativa atípica - Súmula vinculante - interpretação das leis

A respeito da função desempenhada pelo Judiciário FERREIRA FILHO (1997:242) traz o seu ponto de vista:

Fazer justiça se confunde com a aplicação da lei, daí a conceituação tradicional segundo a qual o Judiciário “tem por missão aplicar contenciosamente a lei aos casos particulares” (Pedro Lessa). Esse conceito sugere quão problemática é a colocação do Judiciário como executante de uma função, por sua natureza distinta, do Estado. De fato, em uma substância essa função é executar ou aplicar a lei a casos particulares. Ora, executar a lei é objeto de outra função, a executiva ou administrativa. Destarte, limitando-se a pôr em prática, em casos concretos, decisões anteriores de caráter geral, o Judiciário exerceria uma função por sua natureza igual à desempenhada pela administração.

O autor captou a essências da função exercida pelo Judiciário, que muito se assemelha àquela de competência do Executivo, que é a de executar ou administra a lei. Entretanto haveria uma distinção entre essas funções exercidas pelo Executivo e o Judiciário, como coloca FERREIRA FILHO (1997:282):

O único ponto porque uma pode ser distinguida da outra é o modo de execução da lei a que obedece o Judiciário. De fato, este aplica a lei contenciosamente, isto é, com a possibilidade rigorosamente garantida de debate entre as partes interessadas no litígio. [...] O modo, porém, não muda a natureza da função.

O autor conseguiu extrair a alma da função jurisdicional, que possui um devido processo legal específico – apresenta rito próprio para determinadas matérias – e proporciona o contraditório, pois os debates se travam entre as partes litigantes.

Sobre a existência de uma legislação do Judiciário, recorre-se novamente a FERREIRA FILHO (1984:192):

A existência de uma legislação governamental sugere a indagação sobre se não haveria também uma legislação pelo Judiciário, pondo-se de parte a questão da jurisprudência. Na verdade, nos países de *Common Law*, se ensina e aceita, mansa e pacificamente, a criação do direito pelo juiz, falando-se claramente em *judge made law*. Nos países de direito escrito, entretanto, essa criação é negada, já que o juiz está jungido a aplicar a lei que é feita pelo Parlamento. Todavia, por meio da interpretação, controlem não raro os juízes regras novas, embora oficialmente consideradas implícitas na

lei. Aceita-se então que a jurisprudência é fonte material do direito, ainda que se rejeite ser ela fonte formal dele.

O juiz também cria o direito, sendo que o bom julgador faz a lei com base no caso a ser julgado e mantém o distanciamento da política que envolve o processo decisório nas atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo.

Sobre o assunto recorre-se a importante observação de CAPELETTI (1999:74):

Certamente do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário como o legislativo resultam em criação do direito, ambas são *law-making process*. Mas diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, ao meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.

O Supremo Tribunal Federal além de produzir o direito através de suas decisões, também é o intérprete da Constituição, a quem cabe dizer a última palavra sobre o seu sentido, e assim o faz mediante a provocação de partes legitimadas.

BARROSO (2015:345-346) fala em superação do formalismo jurídico, ao apontar os fatores que conduzem o pensamento jurídico clássico.

O pensamento jurídico clássico alimentava duas ficções que, na verdade, expressavam o interesse ideológico dos setores hegemônicos: a) a de que o Direito era a expressão da razão, de uma justiça imanente; e b) a de que o Direito se realizava, se interpretava, se concretizava mediante uma operação lógica e dedutiva, em que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma, meramente pronunciando a consequência jurídica que nela já se continha.

Como visto, as diversas crises pela qual passou e passa o Estado vêm modificando a sua atuação e a função desempenhada, fazendo com que as funções sejam cada vez mais compartilhadas entre os Poderes.

O Brasil adotou a escola do *Civil Law*, entretanto, há tempos se verifica a tendência de um movimento das normas processual para o *Common Law*, dando maior relevância à

prevalência de entendimento reiterado das cortes superiores e tribunais para orientar as decisões nos julgamentos nos juízos de piso.

Nesse sentido, destaca-se trecho dos motivos do Código de Processo Civil de 2015.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: “A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia”. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável. A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015 é bastante elucidativo nessa guinada.

O Código de Processo Civil de 2015 permitiu ao Poder Judiciário, como um todo, mas sobretudo aos tribunais superiores, uma atuação mais ampla, de forma que as suas decisões balizem a uniformização da jurisprudência, que deve ser seguida pelos demais órgãos julgadores.

Essa tendência se fez mirando a segurança jurídica almejada, como já visto anteriormente neste estudo, o que se confirma por FERREIRA FILHO (1997:243):

Hoje, é certo, para prevenir a multiplicação de questões que girem em torno de um mesmo ponto de direito, admite-se que o Judiciário fixe de antemão entendimento a respeito. Igualmente se aceita que algumas decisões tenham efeito erga omnes, ou seja, estendido a todos os casos legais.

A forma encontrada de se prevenir a multiplicação de casos semelhantes, como registrado nos motivos do diploma processual civil foi através da uniformização de precedentes.

Após longa tramitação, introduziu-se no texto da Constituição a possibilidade de o STF, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional com a adesão de maioria qualificada de seus membros, aprovar súmula com efeito vinculante.

Criou se então a Súmula Vinculante que a partir da sua publicação, terá efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, administração pública direta e indireta federal, estadual e municipal.

A PEC 96/1992, além da súmula trouxe outras novidade, como a exigência de bacharelado em direito, para o cargo de ministro do STF e estipulava mandato pelo prazo máximo de 9 anos, podendo ser reconduzido.

A nomeação dos ministros se ainda se daria pelo presidente da República, renovando-se a corte na proporção de um terço a cada três anos, mediante escolha em lista tríplice, apresentada pelo STF, Ministério Público Federal e Ordem dos Advogados do Brasil.

Transcreve-se trecho da justificativa da PEC 96/1992, relativa à função do Judiciário.

Ora, a administração da Justiça é problema que a todos interessa. Não basta que o Legislativo elabore as leis e o Executivo as sancione. É preciso que o Judiciário assegure sua execução em cada caso concreto. A norma jurídica ganha corpo e produz efeitos quando fielmente aplicada. É através dos julgados que os direitos se tornam incontestáveis e a vontade de seus titulares se apresenta em forma coercitiva. A. declaração dos juízes e tribunais são, portanto, a última etapa da vida do Direito.

A proposta de emenda constitucional, após longa tramitação, foi aprovada e transformada na Emenda Constitucional n.45/2004, a conhecida como a reforma do Judiciário.

Com a vigência das Súmulas Vinculantes, e do novo posicionamento de uniformização da jurisprudência trazido pela codificação processual civil, mesmo tendo adotado a escola da *Civil Law*, verifica-se uma tendência de valorização dos precedentes, aproximando o Brasil ao *Common Law*.

Tanto a interpretação das leis realizada pelo STF, com a adoção da vinculação do entendimento sumulado – este visando a segurança jurídica -, são meios pelo qual o julgador exerce a função atípica legislativa.

CAPÍTULO 3

Processo legislativo e fatores de ineficiência

3.1. A lei

A lei é fruto da política e tem como missão regulamentar as decisões sobre os rumos do país, determinados pela administração pública.

Para FERREIRA FILHO (1984:19) a lei é expressão da vontade geral:

La loi est l'expression de la volonté Générale. Essa afirmação solene, abre o art.6 da Declaração de 1789, é o feliz resumo da concepção sobre a lei, que vinga no século XVIII e inspira o processo legislativo típico dos regimes constitucionais pluralistas.

Pela forma clássica, caberia ao poder Legislativo a elaboração das leis, entretanto, percebeu-se no sistema presidencialista de governo, a prevalência do chefe do Executivo, que passou a ter protagonismo sobre os demais Poderes, em razão do recebimento de atribuições legiferantes.

De acordo com MARTINS (2013:23), a ampla produção normativa é resultante de um processo cultural em que atuam três condicionantes, jurídica, política e procedimental.

Na condicionante jurídica tem-se que a tradição legislativa aponta para uma produção de leis escritas e elaboradas por um parlamento, este fato atinge maiores proporções pela forma federativa de Estado e sua repartição de competências.

Pela condicionante política, o fato da existência das leis simbólicas. Parte da sociedade e grupos organizados buscaram espaços de representatividade e com isso a necessidade de registrarem as suas demandas como forma de expressarem o seu valor.

O Estado, atendendo de maneira imediatista à essas demandas desses grupos organizados, materializou-as na forma de leis, chamadas simbólicas²³.

²³ Nas leis simbólicas, conforme Martins, as demandas são tratadas de imediato, porém, com previsões futuras e programáticas. Os temas simbólicos surgem da transformação da sociedade, e resulta em novos conflitos gerados por situações inéditas até então.

Por fim, a condicionante procedimental, que reflete a liberdade dada ao parlamentar para a apresentação de projetos de autoria individual, que encontra pouca limitação no ordenamento legislativo procedimental.

Como visto, o passado brasileiro foi marcado pela grande quantidade de leis criadas, este costume foi potencializado pela liberdade a que o legislador tem de iniciar a criação de novas leis.

Soma-se a isso a atuação dos grupos de pressão que cada vez mais demandam por atenção dos governos para o atendimento de suas pretensões.

Esses grupos de pressão organizados se tornaram nichos políticos capazes de eleger representantes extraídos de suas camadas representativas, para atuar em causa própria, formando bancadas e frentes parlamentares para a defesa de seus interesses.

Das atuações resultantes das condicionantes, jurídica, política e procedimental, percebeu-se um foco de desordem, que resulta em uma produção legiferante superlativa.

A dinâmica social conduz e obriga o Estado e o governo à transformações em suas funções e mudança de objetivos.

Como já visto, nas palavras de FERREIRA FILHO, a ascendência de camada numerosa ao direito de voto fez com que o Estado alterasse a sua concepção, de liberal para providencialista.

Nessa guinada de objetivo do Estado a atividade legiferante ganha maior volume, porque é através da lei que as mudanças estruturais e atos do governo tomam corpo. É o uso da lei como instrumento de realização das atividades do governo.

FERREIRA FILHO (1984:28) confirma a natureza instrumental da lei:

Mesmo fora o âmbito estrito da economia, a coordenação geral que incumbe ao governo, desde que este não mais se limita à guarda da segurança individual, exige da lei um papel instrumental. [...] Destarte, o governo não pode realizar seus fins se não puder contar com a lei.

Com a ampliação do papel do governo, que passou de garantidor da ordem social, numa participação liberal, para uma atuação providencialista, os atos de sua atividade se perfazem através de leis.

O aumento da atividade se reflete diretamente na quantidade de leis produzidas pelo governo, e nesse caso, a quantidade não acompanha a qualidade, comprometendo a eficiência.

Para FERREIRA FILHO (1984:13-15) a multiplicação de leis se explica da seguinte forma:

Por outro lado, essa multiplicação é fruto da extensão do domínio em que o governante se intromete, em razão das novas concepções sobre a missão do Estado. A lei hoje é onipresente. Não há campo da atividade humana, não há setor da vida humana onde não esteja o governo a ditar regras.

Dessa afirmação compreende-se existir uma maior presença do Estado, sobretudo, decorrente do *Welfare State*.

Na busca por cumprir com os objetivos constitucionalmente determinados, o Estado passa a editar mais leis.

Para ilustrar a multiplicação das leis, sustentada por FERREIRA FILHO, buscou-se os números da produção legislativa realizada pela Câmara dos Deputados nos últimos cinco anos.²⁴

RESULTADOS LEGISLATIVOS	2017	2018	2019	2020	2021 ²⁵
Propostas	346	300	400	106	42
Propostas levadas ao Plenário	180	160	125	179	29
PL levadas às Comissões	2164	1058	1737	2	138

Com base nos números de Projetos de Leis que passaram pelas comissões da Casa Baixa no ano de 2017, aproximadamente seis projetos passaram por dia nas comissões temáticas da Câmara dos Deputados.

Os números acima não contemplam outras deliberações e trabalhos da Casa, mas revelam de maneira incontestável o grande volume da produção legiferante.

A transferência da atividade legislativa ao Poder Executivo, conclui FERREIRA FILHO, ao tempo em que o Direito Constitucional clássico e a separação dos Poderes eram vanguardistas, o monarca era legitimado pelo poder divino, enquanto o Legislativo encarnava a representação popular.

²⁴ Brsil. Câmara dos Deputados – Transparência. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/transparencia/>. Acesso em: 24/4/2021.

²⁵ Data de fechamento dos dados de consulta em 25/4/2021

Atualmente, o Poder Legislativo não encontra legitimação maior de representatividade se comparado ao Executivo, como em tempos mais distantes.

Ao contrário, o processo eleitoral pelo sistema majoritário, adotado para eleger o chefe do Executivo apresenta-se como a forma mais adequada de refletir os ideais democráticos no processo seletivo, se comparado ao sistema proporcional, utilizado no processo eletivo dos deputados.

Recorre-se aos números novamente, desta vez, para demonstrar a grande quantidade de leis produzidas pelo presidente, por meio de medidas provisórias, nos últimos cinco anos.²⁶

Ano de Edição	2017	2018	2019	2020	2021 ²⁷
Medidas Provisórias editadas	50	52	47	106	17

Verifica-se o elevado número de medidas provisórias editadas pelos governos, confirmando o aumento da produção legiferante do Estado, por parte do presidente, entretanto, sem que se tenha a certeza da observação às etapas da Legística, o que pode comprometer a eficiência.

3.2. O componente político nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

Para se evitar os efeitos indesejáveis do desvirtuamento do Poder foi proposto por Montesquieu um sistema de freios e contrapesos, no qual o Poder limita o próprio Poder.

FERREIRA FILHO (1997:130-131) aponta duas formas em que se apresentam o sistema de freios e contrapesos:

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério viável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais.²⁸

²⁶ Brasil. Presidência da República – Planalto. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>. Acesso em 25/4/2021.

²⁷ Data de fechamento dos dados de consulta em 25/4/2021

²⁸ Segundo FERREIRA FILHO, a divisão do poder segundo o critério geográfico é a descentralização ou federalismo.

Como o Brasil optou por uma atuação estatal providencialista, em alinhamento com o estado de bem-estar social²⁹, a aprovação pública é componente de sobrevivência política para os membros eletivos do Legislativo e do Judiciário.

Todos os arranjos políticos orbitam na obtenção ou manutenção de Poder, e este é exercido por quem toma as decisões acerca dos rumos a serem seguidos, e esses rumos, no Estado Democrático de Direito, materializam-se por meio da leis elaboradas.

Na busca por poder, membros dos três Poderes rivalizam e atuam de forma a merecer a atenção da opinião pública, motivados por ambições futuras.

Entre o Poder Legislativo e Executivo, àqueles parlamentares que compõem a base de sustentação do governo se veem beneficiados com verbas parlamentares, o que se traduz em visibilidade eleitoral.

VICTOR (2015:102) confirma esse favorecimento de aliados: “... quanto maiores as condições de governabilidade de que dispuser o Poder Executivo, mais oportunidades terão os parlamentares de sua base para sinalizarem aos seus eleitores”.

É inegável a influência do fator político na elaboração das leis, o que pode interferir no processo de criação legislativa e em sua eficiência.

Quando um Poder exorbita de suas competências, invadindo o campo de atuação de outro, inevitavelmente, as consequências dessa transposição de função serão ruídos e desarmonia institucional.

Os Poderes Legislativo e Executivo atuam com grande proximidades, essa, chamada interpenetração dos Poderes, como classificou FERREIRA FILHO foi prevista por MONSTESQUIEU.

A forma eletiva de ascensão aos cargos une esses dois Poderes predominantemente políticos, e nesse ponto, os partidos políticos possuem grande influência no processo político.

Essas agremiações ideológicas da condução estatal têm como berço os grupos de pressão e movimentos sociais organizados, que ao se comporem de maneira institucional são os principais jogadores do cenário político.

²⁹ De acordo com MEDEIROS (2001:7-8), conceitua-se o *welfare state* como: *O sistema de políticas econômicas compensatórias a fim de corrigir a insuficiência do regime de mercado (lei de oferta e procura) e na regulação política e organização do trabalho, fomento da mercantilização da força de trabalho nos moldes industriais de produção em linha e a transferência ao Estado parte da responsabilidade dos custos de formação de mão-de-obra.*

A respeito de grupos de pressão, para MISES (2018:154):

Um grupo de pressão é um grupo de pessoas desejosos de obter um privilégio à custa do restante da nação. Esse privilégio pode consistir numa tarifa sobre importações competitivas, pode consistir em leis que impeça a concorrência de outros. Seja como for, confere aos membros de um grupo um aposição especial.

[...]

Na verdade, a vida política desse país – bem como a de todos os demais – é determinada pela luta e pelas aspirações de grupos de pressão.

A proximidade entre esses dois Poderes se verifica na similaridade dos processos decisórios, iminentemente políticos, e na possibilidade de ter parlamentares emissários, escolhido pelo Executivo, para a interlocução entre os dois Poderes.

Deputados e senadores agrupam-se com aqueles que compartilham interesses, fortalecendo a atuação através da formação de frentes, blocos e bancadas de representação.

Todo esse processo de deliberação política e tomada de decisões orbita na produção legiferante, que é o instrumento de ação do Estado.

Os partidos e as lideranças dirigem e orientam as suas bancadas a como se posicionarem em votações. Essa representação e a orientação das lideranças foi percebida por VICTOR (2015):

...a organização interna do Congresso, garantidora de liberdade de ação consoante a vontade das lideranças e a flexibilidade de atuação em diversas comissões por parte dos congressistas, também é desenhada para permitir que os representantes melhor possam atender aos interesses de seus eleitores.

Parlamentares dificilmente agem individualmente, até porque, o mandato pertence ao partido e não ao parlamentar, e dessa maneira, não é difícil identificar casos de indisciplina partidária nas votações.

As Mesas Diretoras das Casas do Legislativo têm papel relevante no processo de condução do governo, como destacou VICTOR (2015:122):

Em princípio, as Mesas Diretoras da Câmara, do Senado e Congresso (para as sessões conjuntas) são o centro de poder, uma vez que comandam a pauta dos trabalhos legislativos, bem como gerenciam os serviços administrativos da respectiva Casa.

Além de comandar a pauta de votações de proposições de interesse do governo, o Legislativo possui o poder de rejeitar veto presidencial em lei aprovadas pelas Casas Legislativas.

Todos esse processo está condicionado à articulação política entre esses dois Poderes.

Ainda no tema votação, a da proposta e votação orçamentária, que apesar de ter no presidente a figura central, com a iniciativa em apresentar a proposta de orçamento, há efetiva participação do Legislativo, com apontou VICTOR (2015:102-105):

O processo de elaboração do orçamento é bastante controlado pelo Poder Executivo, tanto política como juridicamente há meios para o exercício rígido desse controle. [...] A participação dos parlamentares nesse espaço orçamentário destinado aos investimentos pode ser dar por meio de emendas coletivas (de bancadas regionais, estaduais e comissões), pelas emendas de relatoria (representada por aquelas apresentadas por relatores e sub-relatores) e emendas individuais.

Se não houver adequação e exequibilidade orçamentária e fiscal, poderá o presidente ser responsabilizado por crime contra a lei orçamentária, podendo ocorrer condenação, perda de mandato, inelegibilidade e demais culminações legais.

Nesse processo de responsabilização do presidente há participação ativa das duas Casas Legislativas e do STF, o fator político é altamente relevante nesse processo, que deve ser conduzido de acordo com as normas constitucionais estruturantes.

Novamente, percebeu-se a complexidade das relações institucional e a alta carga política no relacionamento entre os Poderes instituídos.

Destaca-se o poder político que tem o Legislativo em conduzir a pauta de votações, rejeitar o veto presidencial, e na possibilidade de ter um articulador para centralizar as suas pretensões com a Presidência.

Além disso, figura numa posição destaque no processo de condução e julgamento do presidente em caso de crime de reponsabilidade.

Portanto, a atuação do Legislativo é de fundamental para que o governo possa alcançar os seus objetivos.

O histórico de prevalência do Executivo e a incapacidade do Legislativo em atender às suas atribuições no processo de produção de leis resultaram na transferência de Poder ao Executivo.

Essa percepção está alinhada com o entendimento de FERREIRA FILHO (1997:155):

A pressão da opinião pública levou o Parlamento a escolher a segunda saída. Assim, ao “executivo”, órgão capaz, por sua própria estrutura, de decisões mais prontas, cedeu ele, por diversos meios a tarefa do estabelecer a legislação referente ao que concerne o *welfare state*.

Decorre disso, que o próprio legislador permitiu a presença e a interferência de outro Poder em seus domínios, como por exemplo, a atuação dos líderes do governo no parlamento.

Isso possibilita ações diretas do presidente na articulação política, resultando em arranjos de conveniência e persuasão para organização de quórum necessário para assegurar resultado favorável em votações de interesse do governo.

O aumento da atividade legiferante de iniciativa do Executivo, necessária para a atividade administrativa – possivelmente com desatendimento à Legística – possibilitou o aumento de questionamentos sobre a constitucionalidade dessa normas, estendendo a fase política da produção legiferante com provocação ao Judiciário.

Como visto, subjetividades podem vir a desviar a finalidade da lei produzida, comprometendo a sua validade e eficiência.

A influência direta do Poder Executivo no Legislativo fica evidente pela possibilidade expressa de o presidente poder indicar parlamentares para exercer a liderança do governo nas duas Casas Legislativas.

Nesse sentido, VICTOR (2015:122): “Significa dizer que, em praticamente todas as atividades das Casas legislativas, essa correlação de força será espelhada, o que garante um grande poder de controle do Executivo sobre os trabalhos legislativos”.³⁰

A influência do Poder Executivo no Legislativo não se resume à presença de líderes articuladores da política, há ainda o poder de veto do presidente às proposições aprovadas nas Casas Legislativas, não alinhadas com as pretensões do governo.

O veto presidencial às proposições aprovadas pode ter motivação na legalidade ou interesse público – veto político.

Neste caso, a subjetividade do entendimento pode pender favoravelmente a uma discricionariedade pendente aos interesses do chefe do Executivo.

³⁰ VICTOR (2015:121-122), sobre a centralização dos trabalhos legislativos e o poder dos líderes,

Ressalta-se a competência de iniciativa do presidente para a elaboração do orçamento, e com ele, a liberação de verbas orçamentária e a contemplação de transferências com finalidade definidas, vinculadas à programação de emendas parlamentares.

Quanto a isso VICTOR (2015:105):

O processo de elaboração do orçamento é bastante controlado pelo Poder Executivo, tanto política como juridicamente há meios para o exercício rígido deste controle. Ainda que a elaboração do orçamento seja uma empreitada coletiva, no sentido de que dela participam proativamente partidos da coalizão que forma o governo, , especialmente aqueles partidos aos quais foram atribuídas pastas ministeriais, o certo é que ao Poder Executivo são fornecidos meios mais que suficientes ao controle do processo orçamentário brasileiro.

É inquestionável que o presidente dispõe de meios de efetividade e persuasão nos demais Poderes, sobretudo no Legislativo.

A transferência de atribuição legiferante, a possibilidade de uma atuação próxima ao parlamento, por meio das lideranças do governo e o controle do orçamento dão suporte ao real protagonismo do Executivo sobre os demais Poderes.

Isso dá agilidade ao governo para que exerça a sua administração, que pode se valer do paradoxo da discricionariedade - gerada pela ampla pendência do Estado - que possui, sobrepondo-a à vinculação estrutural da imprensa na Constituição.

A nomeação de ministros da corte suprema é fator de relevância e influência do presidente da República, assim como a sabatina feita pelo Legislativo chancela essa nomeação e participação de um Poder – ou dois – na composição do STF.

Reflexo da escolha presidencial podem resultar em alteração do perfil da corte, progressista ou conservador.

Ao longo de 132 anos de República, apenas cinco candidatos a ministro do STF foram recusados após a sabatina do Senado.

A Constituição de 1988 atribuiu competência ao presidente na indicação e nomeação de candidatos à compor a mais alta corte de cúpula do Judiciário nacional, termina por refletir na escolha de pessoa com perfil alinhado com o nomeante, por proximidade, afinidade ou indicação política.

Apresenta-se planilha com a quantidade de nomeações ao cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal e os respectivos presidentes que às fizeram.³¹

N.º de Ministros que nomeou	N.º de Ministros que nomeou
Jair Messias Bolsonaro ³²	2 Ministros
Michel Temer	1 Ministro
Dilma Rousseff	5 Ministros
Luiz Inácio Lula da Silva	8 Ministros
Fernando Henrique Cardoso	3 Ministros
Itamar Augusto Cautiero Franco	1 Ministro
Fernando Affonso Collor de Mello	4 Ministros
José Sarney	5 Ministros

Após a redemocratização, todos os presidentes eleitos fizeram ao menos uma nomeação ao STF, isso inclui os três vice-presidentes que assumiram mandatos, quando da morte do presidente eleito no início da redemocratização e nas duas cassações de mandatos decorrentes dos processos de impedimento.

A independência e imparcialidade deveria ser iniciada no processo de seleção ao cargo máximo da corte suprema.

Este é o pensamento que se extrai das colocação de FERREIRA FILHO (1997:245), sobre a seleção dos magistrados:

Por outro lado, o critério de seleção dos membros da Magistratura é a chave do valor da Judiciário enquanto defensor da liberdade. Vários são os critérios que o Direito comparado mostra usados: 1) o da “eleição”, inconveniente por fazer do futuro magistrado um político preocupado em ganha simpatia e votos”; 2) o da “nomeação” por outro órgão, que sacrifica evidentemente a sua independência; 3) o da “cooptação”, isto é, a escolha dos novos pelos antigos com o perigo do nepotismo; 4) o do “concurso” de provas, que parece o mais seguro, embora saliente o aspecto intelectual da questão.

³¹ Dados disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>.

³² Indicação de 1 ministro efetivada, em substituição à vaga do ministro Celso de Melo, conforme publicação no DOU, e a previsão de nova nomeação em decorrência da aposentadoria do ministro Marco Aurélio de Mello em julho de 2021.

Para o autor, o concurso é a forma mais segura de recrutamento e a nomeação uma maneira que compromete a independência do julgador.

Por certo – e é o que se espera - há independência entre os Poderes e imparcialidade entre os ministros. Mas é inevitável recorrer ao pretor máximo romano Júlio César: “A mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”.

Como a indicação ao cargo mais alto da suprema corte é feita por nomeação e sabatina de entidades políticas, paira sempre a suspeição, sobretudo em julgamento se reencontram nomeante e nomeado.

Nesse sentido, BARROSO (2015:455) sobre a relação entre Direito e política:

Diante de tais premissas, é possível extrair uma conclusão parcial bastante óbvia, ainda que frequentemente encoberta: o mantra repetido pela comunidade jurídica mais tradicional de que o Direito é diverso da política exige um complemento. É distinto, sim, e por certo; mas não é isolado dela.

Diante das colocações dos autores trazidos é possível afirmar que a atual forma de recrutamento para o cargo de magistrado da mais alta corte brasileira poderia ser mais isenta, de forma a não deixar dúvidas quanto à independência de atuação que se espera de um julgador.

A indicação política de nomeações dos ministros pode alterar o perfil na composição da corte, que pode ter prevalência de representações mais alinhadas com o conservadorismo ou com o progressismo, visões que podem vir a refletir em decisões daquele colegiado em casos de grande repercussão social.

Outro fator que comprova o interesse político na estrutura do STF é a existência de órgão vinculado à Secretaria Geral da Presidência, a Assessoria de Articulação Parlamentar (ARP)³³, que tem como competência prestar assessoramento ao presidente do STF e seus ministros e elaborar estratégias de ação conjuntas, além de acompanhar a tramitação de matérias de interesse do supremo tribunal.

Não se encontrou dados ou informações públicas disponibilizadas a respeito das atividades realizadas.

³³ Criada pelo Ato Regulamentar nº 32, de 07 de março de 2001.

3.3. O componente econômico-fiscal

A fonte de receitas do Estado é o tributo, dele vem os recursos para financiar programas e serviços disponibilizados direta ou indiretamente ao contribuinte cidadão.

Para FERREIRA FILHO (1984:270) o Estado contemporâneo tem de desempenhar duas funções por meio da lei:

A primeira dessas funções não é nova. É no fundo, a face interna de proteção que gerou o próprio Estado. De fato, consiste em harmonizar as pretensões dos indivíduos e grupos, procurando dar a cada um o que é seu [...] A segunda, se não é também totalmente nova, ganhou peculiar importância no Welfare state. Consiste em estimular, guiar e controlar a atividade dos grupos e dos indivíduos para a consecução de certas metas, levando o Estado, em certos casos, a assumir tarefas industriais e até comerciais.

O autor compreende a expansão da atuação do Estado, que além de utilizar a lei como arbitragem, passou a desempenhar a função da lei como fator de impulso.

Esta função se deu como desdobramento de uma atuação providencialista estatal, direcionando a atividade legiferante, como instrumento para regular a atividade de indivíduos e grupos no atendimento de metas.

FERREIRA FILHO (1984:282) vai além sobre a importância da economia para o Estado, sobretudo diante da exigência da atuação providencialista:

Igualmente, sem um economia desenvolvida, não é possível arrecadas os fundos indispensáveis para a manutenção de escolas e hospitais e para o pagamento das pensões que o seguro social exige. Enfim, identificado o bem-estar à disponibilidade do maior número de bens materiais e culturais, em suma com a abundância, apenas a riqueza decorrente da expansão econômica pode satisfazer essa meta.

Daí se extrai a importância da fonte de custeio para a atividade do Estado, essencial para o cumprimento de suas obrigações, e que tem na lei a forma instrumental de execução da vontade do ente público.

Em importância similar, coloca-se, novamente, os preceitos de Legística à nortear o processo de elaboração da lei orçamentário, para que dela se extraia eficiência.

Apresentados o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) pelo presidente da República, serão submetidos ao Congresso Nacional que irá dispor acerca do assunto.

VICTOR (2015:106) aponta a atuação do presidente na questão orçamentária: *“Significa dizer que o presidente da República decide discricionariamente sobre a execução dos gastos previstos, conforme sua análise de prioridade e da efetiva arrecadação”*.

Definidas as prioridades pelo governante passa-se à fase de colocá-las em prática, movimentando a máquina pública.

Conforme LASSANCE (2015:78-82), qualquer Estado age valendo-se de dois grandes braços, a administração pública e a regulação do setor privado, aplicando punições pelo descumprimento de obrigações e concedendo benefícios de acordo com a política adotada.

Para que a implementação de novas políticas seja possível o governo promove adequações na estrutura do Estado, criando, modificando e/ou extinguindo órgãos, através de leis, para se alinhar a máquina burocrática aos interesses buscados.

É presente a correlação entre a política, a economia e a arrecadação do Estado, o que resulta na difícil equação entre a vontade política em executar e a capacidade estatal de realizar.

MONTESQUIEU (2010:223) teceu as suas consideração acerca das rendas do Estado:

As rendas do Estado são uma parte de seus bens que cada cidadão dá para obter segurança da outra ou para dela fruir agradavelmente. Para bem definir essas rendas, cumpre considerar tanto as necessidades do Estado quanto as dos cidadãos. Não se deve tirar das necessidades reais do povo para dar às necessidades imaginárias do Estado. As necessidades imaginárias são o que pedem as paixões e os fracos dos que governam, o encanto de um projeto extraordinário, a inveja doentia de uma glória vã e certa impotência de espírito contra as fantasias.

A tributação e o orçamento mereceram considerável atenção do legislador constituinte, o que reflete a importância do tema na condução dos rumos do país.

Como visto, a confecção do orçamento é processo complexo e realizado à várias mãos, com a condução do processo orçamentário de iniciativa do presidente e, participação efetiva do Legislativo, que além de votarem a proposição apresentada, oferecem emendas orçamentárias.

Vale-se novamente de VICTOR, que já destacou que o orçamento é uma peça elaborada, fruto de uma empreitada coletiva, com a efetiva participação partidos participam ativamente da coalizão que dá base de apoio ao governo.

O que viabiliza as realizações do governo, de acordo com a agenda política a ser implementada é o fator econômico.

Nesse sentido, SMITH (2020:24) acerca da economia política e sua finalidade.

A economia política, considerada como um ramo da ciência de um estadista ou de um legislador, propõe-se a dois objetivos distintos: primeiro, prover uma receita farta ou subsistência para as pessoas, ou, mais propriamente, capacitá-las a prover tal receita ou subsistência para si mesmas; segundo, suprir o Estado ou a comunidade nacional com receita suficiente para os seus serviços públicos

A importância do financiamento público se confirma com a previsão constitucional que dá ao Poder Executivo as iniciativas de estabelecer o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual.

O planejamento econômico fiscal é fundamental para viabilizar as receitas que irão financiar obras e projetos propostos pelo governo.

Novamente, percebe-se a Legística como preceito fundamental nesse processo. FERREIRA FILHO (1984:283) destacou a imprescindibilidade da técnica para cada finalidade: *“Ora, a boa técnica implica um instrumento para cada trabalho. Para cada tarefa, uma ferramenta adequada. Destarte, para cada situação deve haver uma lei. A multiplicidade das leis tem, hoje uma causa técnica”*.

Corroborar-se a importância da boa técnica na elaboração de cada leis, que deve ter a sua produção dirigida pelas etapas da Legística, de maneira a adequar a norma à situação fática orçamentária.

Uma previsão de arrecadação de impostos que não se concretiza, ou desvios de verbas públicas, podem comprometer as ações de governo na implantação das políticas, o que inclui a liberação de emendas parlamentares – ocasionando em crise institucional, com reflexos políticos - e a impossibilidade de iniciar novas obras, a desaprovação e desconfiança popular.

A estrutura de Estado idealizada pelo constituinte da Carta de 1998 está voltada para a obtenção do bem comum da sociedade, o que está em consonância com o *welfare state*.

Não se percebe a utilização das ferramentas de Legística para a adequação dos ideais à realidade.

A estrutura do Estado brasileiro está sobrecarregada, como percebido por FERREIRA FILHO, e pode-se dizer que ainda não encontrou adequação que lhe proporcione a eficiência buscada.

A sobrecarga resulta na ineficiência estatal, que ao não conseguir atingir aos seus objetivos encontra nas reformas de leis um recursos recorrente na tentativa de solução da crise.

Exemplo disso é a Previdência Social, que sofreu sete alterações desde a redemocratização em 1988.³⁴

Logo, pela estrutura constitucional, considerando as obrigações atribuídas ao Estado brasileiro, percebe-se que não há recursos financeiros suficientes para que os governos possam cumprir com as obrigações constitucionais previstas, e tal fato trará implicações.

Novamente FERREIRA FILHO (1984:285) para promover a expansão econômica, é preciso um plano global. Ou seja, é indispensável que haja uma escolha de objetivos econômicos e o estabelecimento dos meios correspondentes, em termos coerentes.

É perceptível a importância do componente econômico para que o Estado consiga arrecadar fundos necessários para o cumprimento de suas obrigações.

A peça orçamentária, uma lei de iniciativa do presidente tem grande importância nesse processo.

Por se tratar de lei, aplicável, portanto, as boas técnicas da Legística em sua elaboração, o que irá aumentar a possibilidade de eficiência dessa norma, que sofre grande pressão do componente político em sua elaboração.

3.4. Processo legislativo

O processo legislativo é o conjunto de atos procedimentais, que segue forma prescrita constitucional e de normas complementares, que ordena a produção das leis. É o instrumento utilizado pelo Estado para exercer a administração pública.

³⁴ Sete Emendas Constitucionais alteraram o regime previdenciário, sendo: EC n.3/1993, EC n.20/1998, EC n.41/2003, EC n.47/2005, EC n.70/2012, EC n.88/2015 e EC n.103/2019.

O formalismo é inerente a todo esse processo, e independente de maior ou menor rigor do rito de tramitação.

Obrigatoriamente, seja qual for legitimado com a iniciativa de criação da norma, durante o processo de elaboração, o projeto de lei ou medida provisória passa por controle prévio de constitucionalidade em diversos momentos.

Dado o aumento de obrigações estipuladas ao Estado, em razão de uma estrutura constitucional providencialista, o legislador constituinte optou por transferir atribuições legiferante ao Poder Executivo.

Quando se verifica a ocorrência da elevação do número de questionamentos sobre a constitucionalidade de leis inferiores é inevitável também questionar se estas foram elaboradas em consonância com a boa técnica na produção normativa.

Sobre o aumento das quantidade de leis e a capacitação técnica do legislador, disse FERREIRA FILHO (1984:134-1350):

De fato, no *Welfare state*, os parlamentares são chamados todos os dias a manifestar-se sobre questões técnicas, sobre assuntos onde a prudência do *bonus pater familias* é guia insuficiente. [...] Há, assim um aspecto técnico na redação de leis, que escapa muitas vezes a tecnocratas desavisados ou levianos, mas que é fundamental para o êxito das medidas propugnadas. Por descuidar desse aspecto é que não raro se multiplicam leis sobre a mesma matéria, umas procurando consertar o defeito e as lacunas das anteriores, contudo gerando novos problemas.

Vê-se no despreparo do legislador e no oportunismo do técnico a oportunidade para a ineficiência das leis, quando não elaboradas segundo a Legística, o que gera a já percebida ineficiência normativa.

A declaração de inconstitucionalidade de um de um ato do Estado deve ser entendida como falha de alguma etapa no processo de produção da lei.

Além do desperdício ao erário, no longo e custoso processo, há também prejuízos decorrentes das relações jurídicas dela derivadas.

A consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, por regra, é a sua nulidade, como asseverou FERREIRA FILHO, sentença que expressa a mais alta reprovação ao trabalho do legislador que se mostrou desalinhado com o espírito da Constituição³⁵.

³⁵ FERREIRA FILHO (1997:4) “O ato inconstitucional – ensina tradicionalmente a doutrina, tanto estrangeira (v.g. Marshall) quanto nacional (v.g. Rui) – é nulo e irritado.”

Os cuidados a serem tomados pelos legisladores na produção de leis estão além da questão material e formal.

Em todas as etapas desse processo há que se observar rigorosamente os atos da liturgia legislativa.

Percebeu-se uma preocupação relativamente recente com a qualidade das leis produzidas, ressalte-se que somente após quase 10 anos é que foi sancionada a lei complementar constitucionalmente prevista para tratar de questões técnicas da elaboração de leis.

Para se criar uma lei, inicialmente, deve o criador da norma se questionar se há real necessidade de intervenção regulatória do Estado.

Segue-se a essa reflexão a análise dos impactos da lei projetada, com previsão de suas consequências em diversos campos, os resultados que dela se esperam e possíveis correções de curso.

A respeito do princípio que deve nortear a elaboração da lei, bem colocou FERREIRA FILHO (1984:271) que:

[...] sempre predominou a ideia de que a lei haveria de, para ser verdadeiramente digna desse nome, refletir o valor da Justiça. Mais, o processo legislativo clássico foi concebido exatamente para que a Justiça, e não a vontade arbitrária do governante, prevalecesse na definição da lei.

O autor acima captou com precisão o *animus* sob o qual o produtor das leis deve ser guiado durante o processo de criação, além disso, a boa técnica é essencial para que o produto desse trabalho cumpra a sua finalidade, com eficiência.

Aos cidadãos também se conferiu a iniciativa para a criação de leis. Desses não se espera rigor na adequação à técnica legislativa dos projetos de lei de iniciativa popular.

É vedada a rejeição liminar do projeto de lei dessa origem, caso se perceba carência técnica de projeto apresentado.

Caberá à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, regularizar a proposta, tornando-a apta a tramitação.

Merece relevância a atuação do Poder Judiciário no campo legislativo, funcionando como regulador de equilíbrio entre os Poderes, sua atuação nesse processo fica restrita à verificação do cumprimento do devido processo legislativo constitucional.

Após a autuação dos processos, as comissões iniciam a tramitação no processo legislativo.

Comissões, permanentes ou temporárias, são órgãos de caráter técnico-legislativo especializados previsto nos regimentos internos, formadas por apenas por deputados, somente por senadores ou mista, com parlamentares de ambas as Casas Legislativas.

Essa especialização em assuntos é destacada por FERREIRA FILHO (1984: 135):

O problema do conhecimento especializado necessário ao parlamentar para habilitá-lo a enfrentar com segurança as questões do Estado-Providência suscita, de certo modo já devia ser atendido pelo sistema de comissões permanentes, voltada para setores determinados da ação estatal.

A Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Congresso Nacional possuem comissões especializadas para a análise minuciosa de cada matérias, que são formadas pelos próprios parlamentares.

Como percebido por FERREIRA FILHO, o sistema de comissões especializadas busca aproveitar as aptidões pessoais dos parlamentares de modo a colocá-los para trabalhar em áreas que lhes sejam familiares.

Seguem-se os trabalhos com a análise, discussão e votação das propostas de leis apresentadas, o que resultará na manifestação por meio de pareceres, aprovando ou rejeitando proposituras antes de seguir para o Plenário.

A Câmara dos Deputados possui 27 comissões permanentes, e a cada ano – ou legislatura, a composição dessas comissões se altera. Destacam-se na Câmara as comissões de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) e a Comissão de Finanças e Tributação (CFT).

Comissões especiais podem ser criadas para analisar e dar parecer à PEC e projetos de Códigos.

O Senado Federal dispõe de treze comissões permanentes, cuja composição muda a cada dois anos, conforme indicação das lideranças partidárias, obedecendo a proporcionalidade da composição das bancadas. No Senado, destacam-se as comissões de Constituição e Justiça (CCJ) e Comissão de Assuntos Econômicos (CE).

No Congresso Nacional atua a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO), que tem previsão constitucional, tem definida como atribuição examinar e emitir parecer sobre planos e projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes

orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, além das contas apresentadas pelo presidente da República anualmente.

A estrutura das comissões das Casas Legislativas, atuando individualmente como Câmara dos Deputados e Senado Federal ou nas atividade conjuntas do Congresso Nacional, aponta para uma a adequada tramitação de projetos de leis que demandem uma conhecimento técnico aprofundado e específico, o que está alinhado à filosofia da Logística.

Mais uma vez, FERREIRA FILHO se coloca a respeito da necessidade de se alinhar os recursos de informação com a técnica legislativa ao parlamentar incumbido de produzi-las.

Para elaborar uma boa lei, entretanto, não basta contar com a melhor informação suscetível de ser arrebanhada. É mister dominar a técnica jurídica e seu vocabulário a fim de alcançar a clareza e precisão indispensáveis para que a regra possa conduzir ao objetivo colimado. Do contrário, todo o trabalho de coleta de dados será desperdiçado pela imperfeição da técnica que resulta em ambiguidade, obscuridade e lacunas.

Percebeu-se, então que a estrutura da Constituição Federal concebeu um Estado providencialista, e para que o ente público possa atender às obrigações decorrentes dessa atuação estatal aumentou consideravelmente a produção legislativa.

Além do aumento da quantidade de leis, para fazer frente à demanda de atuação do Estado, observou-se a transferência da atividade legiferante para outros Poderes e ao cidadão.

Ao se analisar a estrutura do Poder Legislativo, percebe-se que este possui maiores recursos técnicos para atender ao processo de boa técnica na produção de normas, cuja implantação é relativamente recente.

Conclui-se que o processo de Legística proporciona menor chance de inconstitucionalidade, está, a prova da ineficiência no processo legislativo, que conta com robustos recursos de controle prévio de constitucionalidade.

3.5. Técnica legislativa

A redação de uma lei, *lato sensu*, não se resume a mero exercício de escrita, há uma complexidade de fatores e atos que envolvem a produção normativas.

Traz-se precioso conceito de Legística, segundo CRISTA (2006, 1-2):

Ramo do saber que visa estudar os modos de concepção e de redação dos atos normativos. Coloquialmente, a legística é a arte de bem fazer leis, no sentido em que ela consubstancia um conjunto de normas – normas de legística – cujo objetivo é contribuir para a boa feitura das leis. A legística material visa à concepção do ato normativo – o planejamento, a necessidade, a utilidade, a efetividade e a harmonização com o restante do ordenamento – e a legística formal debruça-se sobre sua redação.

A Legística, é a ciência multidisciplinar que considera aspectos jurídicos, econômicos e sociais, voltada para a melhor produção das normas e que se preocupa com a sua qualidade da lei.

Divide-se a Legística em forma e material, esta, responsável pela análise da pertinência, os impactos, utilidade e harmonia com as demais leis do sistema jurídico objetivo. A Legística formal ocupa-se com a redação da lei

A Legística busca aprimorar as práticas e a produção legislativa de forma que dela resultem leis mais eficientes e melhores, eliminando os vícios que possam comprometer a sua efetividade.

A elaboração de uma lei não deve ser o produto do instinto criativo do legislador, mas um trabalho metodológico de levantamento consciente de carência regulatória, objetivos a serem alcançados, estimativa dos impactos sociais e econômicos resultantes da lei, além do acompanhamento de sua execução e verificação periódica de sua efetividade.

Segundo DELLEY (2004:101), a questão da elaboração de uma lei inicia-se sob o a Legística material, num processo composto de sete etapas não lineares.

Estas etapas não podem ser tratadas isoladamente e não necessariamente teriam finalização definitiva.

A fase material inicia-se com a definição do problema, a determinação dos objetivos, estabelecimento de cenários alternativos, escolha de soluções, avaliação prospectiva, execução e avaliação retrospectiva.

A definição do problema se origina da análise da demanda social que exige a resposta do Estado pelo legislador.

Essas demandas são captadas por setores organizados da sociedade, grupos de pressão, partidos político e imprensa.

O profundo conhecimento do problema passa pela compreensão de sua natureza, causa, abrangência, envolvidos e consequências. O sopeso entre valores entre o ser e o dever ser são

fundamentais para se certificar da necessidade da intervenção estatal, que se for indevida ou ineficaz resultará em descrédito na atuação do Estado.

Já mencionado, a atuação do Estado materializa-se por meio do ato administrativo, mandamental ou restritivo, geralmente, impondo sanção quando se infringe a lei.

Modernamente, com atuação intervencionista do Estado nas relações entre os particulares, verifica-se na atividade estatal atuações de incentivo, persuasão e acordo.

Os métodos de teste legislativo e a legislação experimental são os métodos apontados na fase de avaliação prospectiva, que tem por finalidade apontar as possibilidades dos efeitos potenciais da lei.

Por meio do teste legislativo, aqueles que serão afetados pela futura lei em análise são convidados a se manifestarem sobre os seus efeitos.

Há algum tempo a Câmara dos Deputados e o Senado Federal têm se valido de consultas públicas, nas quais os cidadãos são convidados a se colocarem contra ou a favor de determinado projeto de lei proposto e em tramitação pela respectiva Casa.

A legislação experimental é a maneira mais prática de se avaliar a eficácia de uma norma. Caso os efeitos esperados não sejam alcançados, revisa-se a lei.

A publicação coordenada pela Consultoria Legislativa do Senado Federal intitulada Avaliação de Impacto Legislativo propõe um roteiro a ser seguido.

O guia é baseado na experiência extraída do direito comparado e guarda semelhanças ao idealizado que foi idealizado por DELLEY.

Como proposto pelo guia, inicia-se com a identificação do problema, sendo que sempre deve se ter em mente que a intervenção estatal apenas se justifica em um cenário de real necessidade social.

A definição dos objetivos deve estar sob a clareza de onde se pretende chegar com a norma ou a política pública a ser implantada.

Segue-se com o levantamento de alternativas, momento de se pensar as formas de como o objetivo definido será alcançado além da compatibilidade com o arcabouço jurídico existente, correlato ao assunto.

Passa-se à análise de impacto das alternativas, na qual se busca identificar as possíveis consequências econômicas e sociais que resultarão da lei e sua abrangência.

Nessa etapa não se descarta a manutenção do *status quo* caso a nova lei se demonstre inviável ou prejudicial.

Por fim, faz-se a comparação das alternativas, momento em que devem ser considerados os aspectos positivos e negativos da nova lei em estudo.

Para FERREIRA FILHO (1984:135), em consonância com a Legística, a técnica legislativa é fundamental:

Há sim um aspecto técnico na redação das leis, que escapa muitas vezes a tecnocratas desavisados ou levianos, mas que é fundamental para o êxito das medidas propugnadas. Por descurar desse aspecto é que não raro se multiplicam as leis sobre a mesma matéria, umas procurando consertar os defeitos e as lacunas das anteriores, contudo, gerando novos problemas.

Essa percepção é resultado da análise da produção legislativa brasileira. Embora a Constituição Federal tenha previsto a elaboração de lei complementar dispendo sobre Legística, somente após quase dez anos da promulgação da norma mãe é que os legisladores atenderam à previsão constitucional.

MARTINS (2013:24) apontou o que entende ser a causa da baixa qualidade legislativa.

Por outro lado, a baixa qualidade da legislação aprovada decorre da falta de rigor e de observância da técnica legislativa. Apesar de vários instrumentos disponíveis para correção das insuficiências - a exemplo da Lei Complementar 95/1998, que regulamenta a elaboração dos anteprojetos de lei, elencando uma série de questões que devem ser avaliadas para embasar a proposta de inovação do ordenamento -, o que se observa é a aprovação de textos esparsos, sem sistematização das alterações legislativas, imprecisos e que geram insegurança jurídica.

A atecnia legislativa é apontada como fator de baixa qualidade de legislação apesar da existência de parâmetros claros de adequação na elaboração.

A aprovação de leis carentes do atendimento às normas basilares de técnica legislativas resulta em leis imprecisas e falhas, sendo estas responsáveis por um ambiente de insegurança e constantes questionamentos jurídicos.

Evidentemente, leis mal elaboradas inevitavelmente serão contestadas perante o Poder Judiciário, e nesse caso, deverá o magistrado interpretar a norma deficitária e extrair o seu sentido, como já dito por FERREIRA FILHO.

Espera-se do legislador a diligência e vigilância durante a tramitação de projetos de lei, desde o momento em que é apresentada a proposta, dentro de padrões de adequação

constitucional, legal e em observância aos critérios técnico-formais de redação, pertinência e competência da matéria e demais requisitos.

Após a submissão e análise do projeto pelas consultorias jurídico-legislativas e a realização de demais estudos de adequação, o projeto apresentado inicia a sua tramitação pela passagem pela Comissão de Constituição e Justiça.

Alinhado com o conceito de Legística, foi sancionada a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, decretada pelo Congresso Nacional, que trata sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, é importante instrumento norteador do processo legislativo.

Essa lei complementar também se aplica à medida provisória e todos os demais atos normativos elencados no rol do artigo constitucional.

O Decreto n. 4.176, de 21 de março de 2002, estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal.

O decreto traz também importantes atribuições à Casa Civil, como examinar a constitucionalidade, a legalidade, o mérito, a oportunidade e a conveniência política das propostas de projeto de ato normativo procedentes dos ministérios e demais órgão da estrutura da Presidência da República.

Cabe ainda à Casa Civil supervisionar a elaboração de projeto de atos normativos no âmbito do Poder Executivo e solicitar a participação de órgãos competentes no caso de declaração de inconstitucionalidade em ADI por omissão e no mandado de injunção, ambos declarados pelo STF.

Percebe-se nessa norma que a Casa Civil, além das atribuições de articulação política, também possui tarefas de cunho técnico-legislativo.

Assim, o ato de legislar não se resume ao simples ato de redigir, mas, exige técnica, reflexão e verificação de necessidade e adequação do ato que repercutirá na sociedade.

De acordo com a LC n 95/98, a lei será estruturada em três partes, sendo a preliminar, a normativa e a parte final. A redação das disposições normativas deve ser redigida com clareza, precisão e ordem lógica.

Essas qualidades são pormenorizadas pela Lei Complementar n, 95/98, sendo:

Para a clareza da norma deve-se usar palavras e as expressões em seu sentido comum, e técnicas, quando necessário; frases curtas e concisas; orações na ordem direta, evitando-se preciosismos, neologismos e adjetivações desnecessárias; tempo verbal presente ou futuro simples. Precisão decorre da articulação da linguagem a fim de que o seu conteúdo evidencie o alcance que o legislador pretende dar a norma; evitar o emprego de palavra dúbia, sinonímia estilística e expressões locais ou regionais; grafar por extenso qualquer referência numérica; indicar expressamente qualquer dispositivo em remissão.

A ordem lógica se obtém da organização e reunião das categorias de agregação (subseção, seção, capítulo, livro e título); restringir o conteúdo de cada artigo a um único assunto ou princípio; exceções a regras de caput se dão por meio de parágrafos; incisos, alíneas e itens serão usadas para fim de discriminações e numerações.

A LC n.95 é extremamente clara e didática ao dispor sobre as minúcias na elaboração, estrutura e organização da redação de leis, sendo a base da construção legal sobre qualquer matéria.

Seguindo sobre o assunto Legística, destaca-se o Projeto de Lei do Senado n° 488, de 2017, em tramitação, que pretende alterar a LC n.95/98, ao incluir o capítulo a tratar “Dos projetos de lei que instituem políticas públicas”, com o intuito de estabelecer normas e diretrizes para encaminhamento de proposições legislativas que instituem políticas públicas, propiciando melhor responsabilidade gerencial na Administração Pública.

O PLS fora aprovado pelo Senado Federal e enviado à Câmara dos Deputados para a continuidade da tramitação e votação naquela Casa.

O projeto apresentado pelo Senado traz novidades importantes para a produção legislativa ao prever expressamente conceitos de políticas públicas, economicidade, efetividade, eficiência e eficácia da lei.

Relembra-se que a eficiência, há muito, é princípio constitucional administrativo expresso, entretanto, sem a definição. Isso aponta para um reconhecimento pelo legislador da importância de conceitos expressos na lei, trazidos para balizar aquele que produz a lei nos primeiros movimentos do processo legislativo.

Políticas públicas resumem-se na alocação de recursos destinado a resolver determinado problema, elas resultam do poder de agenda do Executivo.

Os demais conceitos estão diretamente ligados com a otimização de recursos públicos e a finalidade para a qual foram dispendidos.

O projeto também transparece a intenção de efetividade no planejamento, coordenação, e acompanhamento e execução das políticas públicas.

Percebe-se uma ênfase à burocratização de procedimentos, certa redundância, vez que outras leis já tratam acerca da matéria, o que poderia indicar uma propensão à vinculação de políticas públicas à objetivos já previstos – sobretudo na Constituição Federal – limitando o poder de agenda do Executivo. Isso reforça a ideia de “discricionaridade vinculada” já mencionado anteriormente.

Também são perceptíveis mecanismos que podem aprimorar a implementação de políticas públicas, com efetividade e abrangência, criando registros mais confiáveis e selecionando projetos de real importância e zelando pela manutenção de boas práticas.

Ainda pelo projeto destaca-se a importante previsão da integração entre órgãos envolvidos no processo de gestão na ação estatal.

Por fim, outro artigo proposto no projeto traz disposições efetivas de Legística, pois consta de forma expressa que o projeto deve conter parecer conclusivo sobre a constitucionalidade, a juridicidade e a regularidade formal do ato normativo proposto.

Embora não haja previsão de quem deve emitir esses pareceres, o dispositivo é de grande importância, pois, além de ter condições de barrar projetos desprovidos desses pareceres, contribuirá para uma maior técnica legislativa, o que pode refletir na diminuição da quantidade de ações de controle de constitucionalidade de normas no futuro.

3.6. Conversão de medidas provisórias em lei

Resultado da transmissão da atribuição legiferante pelo Legislativo ao presidente é a competência para editar as medidas provisórias, que como visto, são instrumento de grande utilidade ao Poder Executivo.

A notável capacidade deste instrumento se dá por sua força de lei a partir de sua publicação, mesmo com a obrigação desta dever ser submetida de imediato ao Congresso Nacional. Os número de aprovação das MP já comprovaram a sua eficácia.

Muito embora a Presidência conte com consideráveis recursos técnicos para a produção de normas, a política parece sobressair-se à boa técnica e à eficiência da norma.

BARROSO (2015:507) ressaltou o emprego abusivo das MPs:

Concebida como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo presidente da República, reservada aos casos de “relevância e urgência” (CF, art.62) tornaram-se instrumento rotineiro de o

Executivo legislar, inclusive sobre questões de menor relevância de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica.

Recebidas a medida provisória pelo Congresso, poderá ser submetida à análise da assessoria legislativa da Câmara dos Deputados, que por solicitação de comissões elaborará nota descritiva.

Percebe-se que o Legislativo, embora acometido pela crise de sobrecarga, possui os recursos mais adequados ao desenvolvimento de todas as fases do processo de Legislação, o que aumenta consideravelmente a chance de ser a nova lei eficiente.

Também serão disponibilizados estudos, notas técnicas e quadros comparativos entre projetos e leis, para subsidiar o processo legislativo que versem acerca dos mais variados temas de interesse da população³⁶.

Além da medida provisória com força de lei, o Poder Executivo tem ainda a sua disposição outro mecanismo para influenciar o processo legislativo, por meio do requerimento constitucional de regime de urgência na tramitação de projetos de sua iniciativa.

Na prática, pode o presidente da República utilizar-se de dispositivos regimentais para abreviar as discussões e debates durante o processo de tramitação³⁷.

Percebe-se que ao Executivo não interessa alongar o processo de conversão das MPs, valendo-se, inclusive, de mecanismos regimentais das Casas Legislativas para abreviar o processo de conversão em lei, o que confirma a prevalência da finalidade política sobre a técnica.

Registra-se que os parlamentares podem apresentar emendas às medidas provisórias, muitas vezes sem que elas guardem pertinência à matéria tratada pela MP, são os chamados Jabutis, que ainda serão examinados.

Chama a atenção que os regimentos das Casas Legislativas confirmam a transferência de poder ao Executivo, no qual admitem a interferência *interna corporis*.

³⁷ RICD -Art. 204. A apreciação do projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, para o qual tenha solicitado urgência, consoante os §§ 1º, 2º e 3º do art. 64 da Constituição Federal, obedecerá ao seguinte:

I - findo o prazo de quarenta e cinco dias de seu recebimento pela Câmara, sem a manifestação definitiva do Plenário, o projeto será incluído na Ordem do Dia, sobrestando-se a deliberação quanto aos demais assuntos, para que se ultime sua votação;

II - a apreciação das emendas do Senado pela Câmara, em função revisora, far-se-á no prazo de dez dias, ao término do qual se procederá na forma do inciso anterior.

§ 1º A solicitação do regime de urgência poderá ser feita pelo Presidente da República depois da remessa do projeto e em qualquer fase de seu andamento, aplicando-se a partir daí o disposto neste artigo.

Vencida a tramitação do projeto de lei na fase parlamentar, após discussões e votação, se aprovado, o projeto segue para apreciação do presidente da República que se manifestará por meio de sanção ou veto.

O veto presidencial poderá ser total ou parcial, neste caso, a abrangência oposição do presidente será ao texto integral de artigo, parágrafo, inciso ou alínea.

Conforme previsão constitucional, o presidente poderá considerar o projeto inconstitucional ou contrário ao interesse público, podendo o veto ter motivação de natureza técnica ou política.

CRETELLA JUNIOR (1995:97), sobre o controle de constitucionalidade, pelo viés político:

Político é o controle de constitucionalidade confiado a órgão da Administração Pública, são submetidas a controle, pelo prisma da conveniência e oportunidade de avaliação, mas, na prática, esse tipo de controle tem sido desvirtuado, porque seus integrantes passam a examinar a lei, que lhes são submetidas a controle, pelo prisma da conveniência e oportunidade, esquecendo-se do enfoque do texto sob à luz da adequação à Constituição.

A possibilidade do veto presidencial funciona com base no sistema de freios e contrapesos, limitando o Poder Legislativo no processo de elaboração de leis, sobretudo em casos de emenda à proposta inicial enviada pelo presidente.

Corroborando o sentido político da sanção e veto pelo chefe do poder Executivo, diz SOARES (2003:242):

O veto é um ato político, caracterizando e como instrumento do sistema presidencialista pelo qual o chefe do Poder Executivo discorda de projeto de lei já aprovado na Casa Legislativa. Aposto, a Casa Legislativa deverá fazer um novo exame da matéria, derrubando ou não o veto.

A fundamentação de inconstitucionalidade no veto denota rigor mais técnico, é medida de controle de constitucionalidade preventivo exercido pelo poder Executivo.

Nos termos da Resolução n. 1, 8 de maio de 2002, que dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias, previstas no art. 62 da CF.

Caso não seja encerrada a votação da MP nas duas Casas, no prazo previsto de sessenta dias da publicação da medida, estará automaticamente prorrogada por igual período.³⁸

Ainda de acordo com a resolução, no dia da publicação do MPV, o presidente da República encaminhará mensagem ao Congresso, expondo a fundamentação do ato editado.

Conforme a Resolução do CN, designada a comissão terá prazo de vinte e quatro horas para a sua instalação e emitir parecer em quatorze dias - lapsos contados a partir da publicação da MPV-, após o transcurso o processo deverá seguir, mesmo sem o parecer da CM. Neste caso, poderá o relator emitir o parecer no Plenário da CD, prática muito comum.

A instalação da comissão mista é um assunto que merece aparte.

Submetida ao STF a ADI 4.029/DF, cuja tese principal aponta a ocorrência de inconstitucionalidade formal da lei de conversão de medida provisória não apreciada por comissão mista e que não teriam sido atendidos os requisitos de urgência e relevância para a edição da MPV.

Decidiu-se na ADI 4.029/DF que a não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar viola a Constituição Federal e a Resolução n.1 CN de 2002.

Embora houvesse permissivo procedimental, a não instalação de comissão para análise de MPV não decorreu do texto constitucional, mas sim de resolução do Legislativo.

Transcreve-se a ementa.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR.

INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A ADI foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo a inconstitucionalidade formal, conforme fundamentação que se reproduz:

³⁸ Resolução n.1, de 2002-CN, artigo 10.

A magnitude das funções das Comissões Mistas no processo de conversão de Medidas Provisórias não pode ser amesquinhada. Procurou a Carta Magna assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Percebe-se, assim, que o parecer da Comissão Mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

[...]

A efetividade do art. 62, § 9º, da Carta Magna não pode mais ser negada. O Pretório Excelso não pode ser conivente com o desrespeito à Constituição, quanto mais quando a práxis vetusta se revela tão nociva à democracia e ao correto funcionamento do sistema de equilíbrio entre os Poderes da República.

Repita-se, o permissivo de dispensa do parecer decorre de resolução do Legislativo e não do texto constitucional, este, em sentido contrário à lei menor.

Os efeitos da sentença foram modulados para que se garantisse a segurança jurídica às relações jurídicas decorrentes da norma *sub judice*. Sobre a modulação dos efeitos da sentença já se fez abordagem específica.

Emendas à MPV poderão ser apresentadas até seis dias após a sua publicação. Fica a cargo do presidente da comissão mista o indeferimento liminar de emendas à MPV apresentadas, que tratem de matérias estranhas àquelas tratadas na medida provisória.

A apresentação de emendas à MPV de matéria sem pertinência temática, popularmente conhecidas como jabutis, foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal que se manifestou por meio da decisão na ADI 5.127/DF.³⁹

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.127 DISTRITO FEDERAL

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

A impetrante defendeu a inconstitucionalidade da emenda por vício formal em razão da violação de competência exclusiva do presidente da República em adotar a medida provisória.

³⁹ STF - Amicus ADI: 5127 DF - DISTRITO FEDERAL 9959550-62.2014.1.00.0000, Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 04/05/2015, Data de Publicação: DJe-084 07/05/2015

Da fundamentação da decisão na ADI destacam-se trechos do voto da relatora:

O processo pelo qual a medida provisória é convertida em lei promove a transformação de um ato legislativo do Governo em ato do Parlamento, e a prerrogativa de apresentação, no curso do processo legislativo, de emendas aos textos das espécies normativas em tramitação no Congresso Nacional é inerente ao exercício da atividade parlamentar.

[...]

O que tem sido chamado de contrabando legislativo, caracterizado pela introdução de matéria estranha a medida provisória submetida à conversão, não denota, a meu juízo, mera inobservância de formalidade, e sim procedimento marcadamente antidemocrático, na medida em que, intencionalmente ou não, subtrai do debate público e do ambiente deliberativo próprios ao rito ordinário dos trabalhos legislativos a discussão sobre as normas que irão regular a vida em sociedade.

[...]

A hipótese evidencia violação do direito fundamental ao devido processo legislativo – o direito que têm todos os cidadãos de não sofrer interferência, na sua esfera privada de interesses, senão mediante normas jurídicas produzidas em conformidade com o procedimento constitucionalmente determinado.

A tese principal de vício formal não foi acolhida, pois, os parlamentares, no exercício do poder de emenda, não se limitaram à matéria que possuía reserva de iniciativa, tendo a possibilidade de ampliar, restringir ou modificar a proposta originária do titular da iniciativa legislativa.

A relatoria do processo questionou os feitos práticos do reconhecimento da tese principal no conjunto de normas positivadas, ao questionar a inconstitucionalidade de um número significativo de outras leis inseridas no ordenamento jurídico de maneira semelhante ao da situação analisada, cujo vício sequer foi ventilado.

A ação foi julgada improcedente, por maioria de votos, sob o seguinte fundamento:

Decidiu, portanto, o Tribunal julgar improcedente a ação, reconhecendo, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivo de Resolução do Congresso Nacional que dispensava o parecer da Comissão Mista. Não seria inconstitucional a lei questionada, assim, porque amparada em interpretação da Constituição fixada em Resolução do Congresso Nacional, resolução essa cuja inconstitucionalidade foi reconhecida no julgamento, mas apenas com efeitos *ex nunc*. Logo, preservadas a validade e a eficácia da Resolução que autorizada a dispensa do parecer da comissão mista em relação às medidas provisórias editadas anteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF, seriam constitucionais todas as leis de conversão de medida provisória que, até esse momento, tiveram amparo nessa norma interna do

Congresso Nacional. A declaração de inconstitucionalidade com efeitos prospectivos, para ser útil ao caso em exame, teria que ter como objeto não a norma impugnada, resultante do processo legislativo de conversão de medida provisória, e sim a norma procedimental, incidente sobre o processo legislativo.

A medida provisória passará por exame de compatibilidade e adequação orçamentária e financeira, e mesmo que essas condições não sejam atendidas, a comissão deverá se manifestar sobre o mérito da medida provisória.

Caso haja a necessidade de medida saneadora de inconstitucionalidade, injuridicidade, incompatibilidade e inadequação orçamentária e financeira na emenda à MPV, a votação se iniciará por ela.

Percebe-se a preocupação do Legislativo com a boa técnica de elaboração de leis e o cuidado no que se refere à viabilidade e adequação, preceitos alinhados com as técnicas de Legística.

O órgão de consultoria e assessoramento orçamentário da Casa a qual pertencer o relator da MPV encaminhará nota técnica sobre a adequação financeira e orçamentária prevista.

Sobre o mérito da MPV, a comissão emitirá parecer de aprovação total, parcial, pela alteração ou rejeição ou pela aprovação ou rejeição da emenda.

De acordo com o parecer, decide-se pela apresentação de projeto de lei de conversão ou pela apresentação de projeto de decreto legislativo para regulamentar as relações jurídicas resultante do tempo de vigência da medida provisória.

Encerrada a vigência da MPV, inclusive no caso de decurso do prazo de prorrogação sem que tenha sido votada em ambas as casas do legislativo, aprovado o projeto de conversão com redação diversa daquela proposta pela comissão mista, ou ainda, em caso de rejeição, será elaborado projeto de Decreto Legislativo pela comissão para regular as relações jurídicas ocorridas na vigência da medida.

Aprovado o projeto de lei de conversão da MPV, a Casa que finalizar o processo o encaminhará para a sanção do presidente da República.

Rejeitada a MPV, o presidente da casa que a recusou enviará informação ao presidente da República sobre a decisão e a fará publicar em Diário Oficial da União.

Quis o legislador constituinte que a apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional, até pelos pressupostos de urgência e relevância, tivesse prioridade sobre as demais proposituras na tramitações legislativas.

Por isto, a MPV não apreciada em até quarenta e cinco dias da sua publicação, entrará em regime de urgência, e com isso sobrestará todas as demais deliberações da casa em que estiver tramitando.

O presidente da Câmara dos Deputados, no início de março de 2009 firmou entendimento com base em interpretação constitucional inédita, na qual o Plenário estaria livre para votar em sessão extraordinária matérias que não poderiam ser objeto de medida provisória.

O trancamento de pauta previsto no texto constitucional se restringiria apenas às sessões ordinárias.

A interpretação feita pelo presidente da Câmara foi questionada através do MS n. 27.931/DF, no qual se questionava o entendimento adotado pelo presidente daquela casa legislativa, e requereram a declaração de inconstitucionalidade da novel interpretação. Houve requerimento de medida cautelar, negada em razão da ausência dos pressupostos concessivos.

A ementa do MS se transcreve:⁴⁰

MANDADO DE SEGURANÇA 27.931 DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MIN. CELSODE MELLO
E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO –
IMPUGNAÇÃO DEDUZIDA CONTRA DELIBERAÇÃO
EMANADADO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA DOS
DEPUTADOS QUE, RESOLVENDO QUESTÃO DE ORDEM,
DEFiniu O CONTEÚDO E O ALCANCE DA EXPRESSÃO
“DELIBERAÇÕES LEGISLATIVAS” INSCRITA NO §6º DO ART. 62
DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA –TEMA QUE EXTRAVASA OS
LIMITES “INTERNA CORPORIS” DASCASAS LEGISLATIVAS –
POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS
DE CARÁTER POLÍTICO, SEMPRE QUE SUSCITADA QUESTÃO
DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL – DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO
DO PARLAMENTAR À CORRETA ELABORAÇÃO, PELO
PODER LEGISLATIVO, DAS LEIS E DEMAIS ESPÉCIES
NORMATIVAS – A ANÔMALA SITUAÇÃO INSTITUCIONAL
DECORRENTE DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE
MEDIDAS PROVISÓRIAS – A QUESTÃO PERTINENTE AO PODER
DE AGENDA DO LEGISLATIVO – GRAVE COMPROMETIMENTO DA
FUNÇÃO PRECÍPUA DO CONGRESSO NACIONAL PROVOCADO
PELO BLOQUEIO DA PAUTA DE CADA UMA DE SUAS CASAS, EM
RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE MEDIDA PROVISÓRIA PENDENTE DE
APRECIÇÃO APÓS 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS DE SUA
PUBLICAÇÃO – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA CONFERIDA AO §6º
DO ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NO SENTIDO DE
QUE O REGIME DE URGÊNCIA PREVISTO EM TAL DISPOSITIVO
CONSTITUCIONAL, QUE FAZ SOBRESTAR “TODAS AS DEMAIS

⁴⁰ (STF - MS: 27931 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/04/2009, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 15/04/2009 PUBLIC 16/04/2009)

DELIBERAÇÕES LEGISLATIVAS DA CASA "ONDE A MEDIDA PROVISÓRIA ESTIVER TRAMITANDO, SOMENTE AFETA AQUELAS MATÉRIAS QUE SE MOSTREM PASSÍVEIS DE REGRAMENTO POR MEDIDA PROVISÓRIA – EXEGESE VEICULADA NO ATO EMANADO DO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUE, APOIADA EM CONSTRUÇÃO ESTRITAMENTE JURÍDICA, TEM A VIRTUDE DE PRESERVAR, EM SUA INTEGRALIDADE, O LIVRE DESEMPENHO, POR ESSA CASA DO CONGRESSO NACIONAL, DA FUNÇÃO TÍPICA QUE LHE É INERENTE: A FUNÇÃO DE LEGISLAR –MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

A decisão do pretório excelso mostrou-se reconheceu a adequação da interpretação constitucional dada pelo presidente da Câmara dos Deputados. A decisão do presidente da Casa Legislativas foi fundamentada pelo aspecto político e jurídico.

Pelo viés político, buscou-se dar uma resposta à sociedade de que a instituição do Legislativo estava atenta às necessidades do país e que estas passariam por uma solução que destravasse a pauta e permitisse à Casa baixa continuar a desenvolver as suas atividades, mesmo na pendência da apreciação de MPV.

O contexto do ambiente de elaboração da nova ordem constitucional buscava romper com o passado presente de autoritarismo e centralismo para um futuro de igualdade e soberania popular.

Uma interpretação literal da Constituição levaria, inevitavelmente, à obstrução integral da pauta pelo regime de urgência em razão da não apreciação da medida provisória.

Num caso extremo, o sobrestamento das deliberações legislativas impediria, até mesmo, a apreciação pelas Casas do Congresso Nacional, de eventual declaração de guerra em caso de agressão estrangeira.

Essa situação certamente não encontraria justificativa lógica.

Uma interpretação sistêmica das letras da Constituição Federal levou à uma análise mais atenta com relação à medida provisória.

A conclusão que se chegou é que as deliberações legislativas ordinárias são as que obstruem a pauta em caso de pendência de apreciação de medida provisória.

Por fim, ainda com relação às medidas provisórias, a Súmula Vinculante 54, do Supremo Tribunal Federal diz: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição.”

Após a alteração constitucional mencionada, vedou-se a reedição de medidas provisórias na mesma sessão legislativa em que tenha sido rejeitada ou tenha perdido a eficácia por decurso de prazo.⁴¹

3.7. Fatores que levam à ineficiência no processo legislativo

As inconstitucionalidades são vícios que poderiam ter sido eliminados durante o processo legislativo, maculam a lei a ponto de comprometer a sua validade no campo jurídico.

Essas inconstitucionalidades decorrem de ação ou omissão do legislador durante o processo de elaboração da lei, como percebido por FERREIRA FILHO, cujas observações estiveram presentes em diversos momentos neste trabalho.

O vício formal se observa quando o devido processo legislativo não é observado, enquanto o vício material se verifica quando da incompetência em se legislar sobre determinada matéria.

Analisado o processo legislativo e seus legitimados, busca-se o levantamento de possíveis vícios na fase embrionária da lei.

Como visto, a LC 95/98 é a norma de orientação no processo de redação das leis brasileiras, implementando de maneira positivada no ordenamento os preceitos de Legística, de boas práticas legiferante, como observado por DELLEY.

Uma boa redação e a realização de procedimentos prévios e posteriores à publicação da lei podem afastar boa parte dos possíveis futuros questionamentos judiciais da lei, já disse FERREIRA FILHO.

Nesse ponto, revisam-se as etapas preconizadas pela Legística para a elaboração de leis.

É preciso a definição do problema a ser enfrentado pelo Estado, que só deve interferir em último caso.

O Poder Legislativo, como já mencionado, é o mais equipado para o desenvolvimento e elaboração de leis dentro da estrutura dos demais Poderes, disse FERREIRA FILHO.

Levando-se em conta o componente político, já examinado, este, pode interferir no processo de criação da lei de forma a comprometer a correta aplicação e entendimento dos

⁴¹ Uma legislatura corresponde ao período de quatro anos, coincidente com os mandatos de deputados, e se divisadas em quatro sessões legislativas ordinárias, com duração de um anos cada.

preceitos de Legística, maculando a lei e abrindo margem para o seu questionamento – mesmo que por razões que tecnicamente se deslegitimaria o reexame pelo Judiciário.

Determinar os objetivos da lei e os cenários alternativos, com a escolha de soluções, restringem a abrangência da nova medida legiferante, o que aumenta a chance de viabilidade e eficiência.

Por fim, a avaliação prospectiva, que utilizam de recurso, como a audiência pública, o acompanhamento da execução da lei e avaliação retrospectiva. Leis eficientes geram pouco questionamento judicial, este, o último recurso de questionamento da lei.

Para um entendimento prático, pega-se como exemplo as proposições populares de lei.

Inicialmente devem os projetos de lei de iniciativa popular apresentar objeto único em sua formulação, o desmembramento deve ser a correção que cabe à CCJC, em caso de multiplicidade.⁴²

A titularidade de projeto de lei foi matéria de importante julgado, MS 34.530 MC/ DF, que tratou acerca de descumprimento do devido processo legislativo, por violação de iniciativa privativa do STF, além de tratar de matéria outra dissonante do objeto principal do projeto de lei.

O mandado de segurança fora impetrado por parlamentar no exercício de seu mandato, sendo reconhecida a legitimidade ativa para a da.

A decisão monocrática deferiu a medida liminar requerida em MS para suspender atos praticados no processo legislativo e retornar os autos para a correta autuação, como Projeto de Iniciativa popular – tendo em vista que o legislador se apossou indevidamente da autoria do projeto.

Merece destaque na decisão monocrática a ressalva do relator acerca das consequências de erro na autuação na titularidade de projetos de lei de iniciativa popular que ingressaram naquela Casa Legislativa.

A iniciativa popular de leis é, ao lado do voto, do plebiscito e do referendo, forma de exercício da soberania do povo no regime democrático brasileiro (art. 14, III, da Constituição), assegurando-se, por esse mecanismo, participação direta dos cidadãos na vida política da República. A via contemplada pela Carta Magna para a reverberação da vontade da sociedade exige, para que se resguarde sua efetividade mínima, duas características fundamentais do devido processo legislativo constitucional. Em primeiro lugar, o projeto subscrito pela parcela do eleitorado definida no art. 61, § 2º, da Constituição deve ser recebido pela Câmara dos Deputados como proposição de autoria popular, vedando-se a prática comum de apropriação

⁴² RICD, artigo 252 e incisos.

da autoria do projeto por um ou mais deputados. A assunção da titularidade do projeto por parlamentar, legitimado independente para dar início ao processo legislativo, amesquinha a magnitude democrática e constitucional da iniciativa popular, subjugando um exercício por excelência da soberania pelos seus titulares aos meandros legislativos nem sempre permeáveis às vozes das ruas. Nesse ponto, é relevante destacar que desde 1988 não houve nenhum projeto sequer autuado formalmente como de iniciativa popular na Câmara dos Deputados, atestando não apenas o completo desprestígio com que este instrumento democrático é tratado, mas também a eliminação de qualquer efetividade das normas constitucionais que regem o tema.

Diante da fundamentação, ficou evidente a importância do cumprimento das normas relativas à elaboração, redação e tramitação dos projetos de lei, sob pena de graves consequências, como a possibilidade de questionamento de validade da norma.

Medidas provisórias são campo fértil para questionamentos judiciais em ações de controle abstrato constitucional, contribuindo fortemente para este fato a força de lei e pronta vigência da medida por ela tratada.

Não é demais lembrar que a urgência e a relevância são requisitos para a sua edição. Recentemente, em decorrência da pandemia de coronavírus reconheceu-se a ocorrência do estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo n, 6 de 2020.

A situação exigiu a imediata resposta das autoridades em diversas frentes, sendo a medida provisória instrumento que, novamente, se mostrou hábil para se atender às necessidades prementes. Apenas no ano de 2020 foram editadas 107 medidas provisórias.⁴³

Novamente, todos os Poderes com iniciativa legislativa possuem consultoria jurídico-legislativa, sendo que o Legislativo possui melhor aparato técnico, além de ser naturalmente mais apto a esse mister, como visto nas palavras de FERREIRA FILHO.

Disso que pode se fazer concluir que eventual contrariedade à lei ou à Constituição aponta para uma opção dos Poderes políticos em assumir os riscos de produzirem uma lei em desacordo com os ditames estruturantes do Estado brasileiro.

Não é novidade que os questionamentos acerca da constitucionalidade de normas desagüam no STF, percebeu BARROSO, e que um volume grande de MPV editadas pelo presidente não iriam encontrar mansidão de ânimo na oposição.

Como verificado o grande volume de MPV editadas aguça ao questionamento perante o STF, entre os quais se destacam a ADI 6341/DF⁴⁴, de relatoria do ministro Marco Aurélio,

⁴³ <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/mpemdia>

que questionou a constitucionalidade da MP n.926/2020 sobre a competência e responsabilidade constitucional de Estados e municípios para a tomada de medidas de combate ao novo coronavírus.

Já na ADI 6342/DF⁴⁵, relatada pelo ministro Marco Aurélio, questionou a constitucionalidade da MP nº 927/2020, referente a providências tomadas no âmbito do Direito do Trabalho, na qual se alegou a supressão de direitos constitucionais de proteção ao trabalho.

Em outra ADI 6357/DF⁴⁶, ministro Alexandre de Moraes como relator, tratou sobre o afastamento de exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei de Diretrizes Orçamentárias em decorrência das medidas de enfrentamento da Covid-19. Em liminar, deferiu-se o ingresso de associação como *amicus curie*.

Há várias outras decisões tomadas no período inicial da pandemia motivadas por edição de medidas provisórias editadas pelo presidente da República.

A grande quantidade de ações propostas e as decisões proferidas resultou na criação do Painel de Ações Covid-19⁴⁷, página eletrônica destinada ao acompanhamento do movimento de processos que tenham relação com a pandemia.

É de se destacar que, seja pela atitude de assumir riscos na edição de medidas provisórias em desacordo com os requisitos constitucionalmente definidos, no objetivo se alcançar uma finalidade específica, seja pela propositura de ADC para reverter situação na qual não se obteve sucesso pelo meio de articulação política, em ambos os casos, percebe-se presente o desvio de finalidade.

A medida provisória editada ou da ação proposta, mesmo não havendo ilegalidade, certamente, há a provocação desnecessária do órgão de cúpula do Judiciário nacional, o que, em última análise, poderia vir a configurar a litigância de má-fé.

Portanto, verificou-se que os fatores que levam a ineficiência de uma lei são consequência de atecnia legislativa – desatendimento das regras de Legística -, ou ainda por interferência do componente político, sejam na fase de elaboração ou após a publicação – no

⁴⁴ (STF – ADI: 6341 DF 0088693-70.2020.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19/06/2020, Data de Publicação: 25/06/2020).

⁴⁵ (STF – ADI: 6342 DF 0088712-76.2020.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/08/2020, Data de Publicação: 12/08/2020).

⁴⁶ (STF – ADI: 6357 DF 0088968-19.2020.1.00.0000, Relator: ALEXANDRE DE MORAIS, Data de Julgamento: 13/05/2020, Data de Publicação: DJe-121 15/05/2020)

⁴⁷ <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=447383&tip=UN>

caso de questionamento judicial. Esses fatores comprometem a eficiência da lei, que é a sua plena vigência e eficácia.

Conclusão

Ao longo desta dissertação procurou-se responder à seguinte hipótese: identificar os fatores que possam interferir na produção legislativa, típica e atípica, dos Poderes Executivo e Judiciário e que tenham potencial para comprometer a constitucionalidade e legalidade, através da provocação do tribunal constitucional para que se manifeste a respeito da validade da norma em ação de controle de constitucionalidade concentrado.

O trabalho teve suporte em análise de vasta bibliográfica, dados estatísticos de órgãos oficiais, legislação aplicável e julgados de casos concretos com pertinência ao tema.

Após detalhado estudo chegou-se à seguinte conclusão à hipótese proposta.

A finalidade da lei é a manutenção da ordem e da paz social, por meio de um sistema de ordenamento jurídico positivado, cujo balizador para as demais leis é a Constituição Federal.

Viu-se a importância do Estado através de uma análise histórica que permitiu entender a evolução das instituições, suas estruturas e funcionamento.

A opção do legislador constitucional em construir um Estado providencialista, sem a aplicação de técnicas legislativas adequadas, em especial, a realização de projeções que pudessem dar suporte às consequências do excesso de obrigações do Estado.

Como resultado, percebeu-se a crise de sobrecarga que afeta o Estado, comprometendo a capacidade de realização das obrigações, que resultou na transferência de atribuições legiferantes do Legislativo ao Poder Executivo.

O governo, o recurso humano desse complexo, é composto por representantes eleitos pelo voto popular, é também o responsável em atender aos ditames estruturais do Estado e captar a vontade de seus representados.

A formação da agenda política, que se inicia com a candidatura do presidente e na sua capacidade de aglutinar forças políticas que irão participar do governo, contribuindo com a elaboração da agenda.

A premiação daqueles que participaram da coalizão com espaço na estrutura do governo deu o dimensionamento da capacidade de influência política neste processo.

Consequência do *Welfare state* adotado pelo legislador constituinte, o presidente tem a sua agenda de governo vinculada aos ditames estruturais constitucionais, sendo incapaz de cumpri-los na totalidade, por insuficiência de recursos, ainda se vê forçado por grupos de pressão sedentos por políticas beneficiárias.

Após o exame do funcionamento e composição do Estado e governo, passou-se a uma percepção mais próxima dessa estrutura, com o estudo dos Poderes Executivo e Judiciário.

Do Poder responsável pela administração, foi percebido através de seu histórico, que sempre houve o seu protagonismo sobre os demais, o que foi potencializado pela transferência de iniciativa legiferante e o sistema presidencialista de governo.

A liderança exercida pelo presidente imprime o ritmo de governo, perceptível pelo nível de ativismo unilateral, o que proporcionará patrimônio político, positivo ou negativo, de acordo com a avaliação do governo.

A atuação dos governos é classificada de acordo com o momento político experimentado, chamados tempos, sendo estes de reconstrução, articulação, oposição e disjunção, que refletirão sobre o ciclo político vivido, que se extrai da característica mais marcante da atuação estatal.

Governos podem marcar ciclos históricos na condução nacional, se positivos, registrando a eficiência da liderança e da governança conduzida pelos padrões adotados.

Questões referentes à liderança e governança orbitam obrigatoriamente na esfera da Legística, vez que o sucesso da condução administrativa passa pela produção legiferante.

Da análise da função legislativa atípica, prevista até pelo autor da separação dos Poderes, percebeu-se que a iniciativa legiferante do Poder Executivo brasileiro advém do passado histórico, por influência do tempo imperial.

O protagonismo na criação de leis teve reforço na pela crise de sobrecarga do Estado, e na opção o legislador em transferir uma parcela de sua competência legislativa ao Poder Executivo, fator potencializado pelo regime presidencialista.

Destaque da prevalência da figura do presidente e seus Poderes na administração ficaram mais evidentes com a medida provisória, instrumento que permite ao chefe o Executivo a imediata vigência de seu ato normativo, com força de lei.

Ressaltam-se os recursos de assessoramento com que conta a Presidência, para que as leis por ela produzidas estejam alinhadas com os ditames da Legística. Porém, fatores outros que não a boa técnica legislativa, podem interferir no processo de criação de normas, desvirtuando a sua finalidade e comprometendo a sua eficácia legislativa.

Mesmo com as limitações constitucionais quanto à matéria que pode ser objeto da MP, o que se verificou é que o instrumento foi e continua sendo amplamente utilizado pelos que ocupam as paragens no planalto central.

A eficiência das MPs foi comprovada pelos números superlativos de edições e na alta taxa de conversão em lei, após passarem pelo crivo do Poder Legislativo.

Do Poder Judiciário, sua presença histórica se iniciou com o Tribunal de Súplica, passando por alterações até o STF dos dias atuais, que tem como competência atribuída pela Constituição Federal a sua guarda.

A produção de leis aumentou consideravelmente com a transferência de iniciativa legiferante ao Executivo. Fator a ser considerado é a motivação política de membros do Legislativo.

Do cenário acima e em razão do aumento da produção de leis, o STF, ao ser provocado pelos demais Poderes, cada qual com o seu interesse, em crescente movimento de jurisdicional, apresenta a palavra final, seja para apontar a inconstitucionalidade de lei ou validá-la no alinhamento à CF.

Diante das várias ações propostas pelos Poderes Legislativo e Executivo, deve o STF encontrar posicionamento de equilíbrio, limitando às suas decisões no gabarito da estruturação constitucional.

Pela crescente demanda judicial proporcionada pelos Poderes Legislativo e Executivo, se bem observados os motivos da procura de um pronunciamento do órgão julgador supremo sobre a legalidade e adequação das leis, descortina-se o fenômeno de judicialização da política.

Mais comum entre as minorias organizadas no Legislativo, esses legitimados encontraram forma de dar sobrevida à fase política das deliberações, por meio de sua sujeição ao STF. Isso fez com que o Tribunal se pronunciasse sobre questões políticas, o que sobressai às suas funções constitucionais de guardião da Constituição.

Aliás, esse papel de guarda deve ser entendido como limitador de transposições dos Poderes legislantes quanto ao limite de seus atos, o que não é um permissivo para atuação mais expansiva do pretório excelso.

Sentenças mais voluntariosos se apossam da iniciativa legiferante de criar o direito, que por via indireta acabam por gerar ou executar políticas públicas.

Ativismo judicial foi o nome dado à essa postura mais expansiva do Judiciário, cuja origem norte americana datam do pós Guerra.

Agindo como ativistas, alguns julgadores, exercendo papel contrajoritário e representativo, deixaram transparecer em suas decisões os ideais progressistas, interferindo na democracia e no jogo político.

Já o Consequencialismo, que encontra suporte em normas criada pelo Executivo, conferiu aos julgadores a possibilidade de conterem os efeitos de suas decisões, em nome da segurança jurídica e do interesse social.

O moralmente justo, conforme a teoria do Utilitarismo, é o que dá suporte aos atos que possa vir a ser úteis à sociedade, e dessa forma, seriam aceitos.

Decisões de caráter consequencialista teriam legitimidade diante do positivismo puro, desde que para evitar insegurança jurídica e sob os estreitos guias do interesse social.

Respeitadas essas regras, mesmo que eventuais decisões possam a vir a afrontar lei posta, o seu benefício social limitados por *standards* moralmente aceitos, legitimam a transgressão interpretativa do julgador na busca pelo justo.

A justiça, nesses casos, um dos objetivos constitucionais a dar suporte ao Consequencialismo, e dessa forma, essa atividade do julgador se encontra alinhada à eficiência normativa.

A função atípica legislativa do Judiciário, foi reconhecida na produção de jurisprudência e no entendimento sumulado vinculante, novidade trazida pela Emenda Constitucional n.5 e consolidada no Código de Processo Civil de 2015.

Com a súmula vinculante, procurou-se consolidar o entendimento sobre assuntos diversos, com a uniformização da jurisprudência a ser seguida pelos demais tribunais.

Com isto, apesar de adotar o *Civil Law*, onde a fonte do direito é a lei, verifica-se uma tendência de aproximação com a *Common Law*.

Ao sentenciar, o Judiciário cria a lei entre as partes, entretanto, essa atividade legiferante fica restrita.

O STF, atuando com o guardião constitucional, age como legislador negativo, excluindo do ordenamento normas que não sejam com ele compatíveis.

Partindo para o processo legislativo, verificou-se através dos números dos últimos cinco anos de atividades da Câmara dos Deputados e, pela quantidade de medidas provisórias editadas no mesmo período, a confirmação da percepção de diversos autores citados, sobre a ocorrência do fenômeno de multiplicação das leis.

O componente político, apontado como altamente relevante no processo de criação de leis, por vezes sobrepondo-se à técnica legislativa, foi analisado à luz de cada Poder.

O Legislativo e o Executivo guardam grande semelhanças no que diz respeito ao componente político, sendo percebidas muitas semelhanças.

A agenda política é conduzida pelo Executivo, mas há ativa participação do Legislativo em sua elaboração.

Os regimentos internos das Casas Legislativas permitem a possibilidade de o presidente indicar parlamentares para exercer a liderança do governo no Congresso, e esta, por sua vez, será a articuladora das demandas dos congressistas.

O que se percebe é a atuação do sistema de freios e contrapesos, quando a lei produzida pelo Executivo é submetida ao Legislativo e vice-versa. O poder de veto do presidente encontra mecanismo à altura na recusa legislativa ao veto.

O fator político a influenciar o Judiciário se mostra na forma como são escolhidos os ministros, com indicação do presidente e a sabatina de aprovação a cargo do Senado.

Conforme os autores citados, o modelo de escolha não é adequado e dá margem à perda de independência do julgador, que podem vir a pender as suas decisões aos interesses políticos de seus indicadores.

Além disso, a indicação de candidato pelo Executivo pode modificar o perfil da corte, a se alinhar conforme os interesses do Poder administrado.

Por fim, o interesse do STF na política se confirma com a existência de órgão destinado a conduzir a articulação parlamentar, na qual um de suas atribuições é o acompanhamento da tramitação de matérias de interesse da corte.

O componente econômico-fiscal aponta para a importância da arrecadação do Estado, como fator que possibilita a sua atuação, sobretudo, onde a atuação se dá por guias providencialistas.

Isso torna as peças orçamentárias vitais para o governo, e se reflete na iniciativa do presidente em elaborá-la, sob atenta e ativa participação do Poder Legislativo.

Como a proposta orçamentária é feita por meio de lei, e este é o instrumento de ação da administração, deve o processo de elaboração das previsões financeiras e fiscais do governo atender às técnicas de Legística para que tenham eficiência.

O processo legislativo é indissociável da técnica de produção de leis, a Legística.

A Constituição previu a elaboração de lei complementar que dispusesse sobre as técnicas de elaboração de leis, o que apenas foi atendido pelo legislador ordinário quase dez anos após a sua previsão.

Embora os Poderes possuam condições e aparato para que cumpram a função legislativa dentro de padrões de boa técnica que possa excluir ou mitigar vícios capazes de conter

inconstitucionalidade ou ilegalidade, o elemento político é o grande responsável por desvirtuar a produção legiferante maculando-a de forma a comprometer a sua eficiência.

Nesse ponto, de acordo com os vários estudiosos mencionados neste trabalho, é possível afirmar ser o fator político o grande responsável pela multiplicidade de leis inadequadas e sem eficácia, comprometendo a eficiência das normas como um todo.

E exemplo de desvirtuamento da lei por motivos políticos se verifica no procedimento de conversão das medidas provisórias em lei, no qual, além do descumprimento do devido processo legislativo, viu-se também o seu desvio de finalidade.

Esse desvio ocorre por meio de apresentação de emendas, com temas absolutamente diversos e sem nenhuma pertinência com o objeto da MP. Essas emendas, campo fértil para a criatividade legislativa parlamentar são conhecidas como jabutis, e eram frequentadoras assíduas das sessões de julgamentos do Judiciário.

Por fim, os fatores que levam à ineficiência no processo legislativo foram indicados como de ordem processual e política, sendo que esta, influencia negativamente a questão procedimental, quando há confronto direto com o interesse a ser defendido.

Muito já foi dito sobre a Legística, que nos seus procedimentos apontam para a importância e necessidade de se bem definir o problema a ser tratado pelo Estado por meio de uma nova lei, e a determinação dos objetivos da norma a ser criada.

O estabelecimento de cenários alternativos à criação legiferante – só deve haver regulação se houver real necessidade -, a escolha da solução, a avaliação prospectiva, a execução da lei e a retrospectiva são pontos de atenção na produção da lei.

Disso se extrai que além das técnicas, o processo legislativo tem muito a ganhar se se observar melhor o passado.

O empirismo legislativo tem muito a ensinar o legislador, que ao observar a própria lei recentemente elaborada, ainda pode optar por revogá-la, caso essa não se mostre eficiente. É isso o que prevê uma das etapas da Legística. Esse é o aspecto procedimental.

Passa-se ao político, este, o de maior ramificação.

Os objetivos traçados para o Estado na Constituição, os vários ciclos e períodos políticos vividos na história, governos de ruptura e construção, a “discricionariedade vinculada” do presidente e a judicialização da política como forma de sobrevivência à fase política da criação normativa são fatos a serem considerados.

Todos esses fatores volitivos daqueles que, de alguma forma, participam da cadeia produtiva legal, que se sobressaíam aos ditames estruturantes vigentes, desperdiçam os

preciosos recursos estatais, comprometendo a eficiência das normas produzidas por interesses menores.

Governar, que é atividade na qual se reconhece a maior relevância, não pode ser mero ato de capricho, mas o meio de conduzir e orquestrar a uma afinada utilização de recursos, materiais e humanos, disponibilizados à administração pública.

Não se pretendeu, até mesmo por impossibilidade, exaurir a análise do tema, por demais denso e instigante.

Encerra-se este trabalho com o sentimento de ter cumprido, minimamente, árdua, porém, honesta missão de uma análise dos fatores que levam aos desvios e distorções capazes de provocar o controle de constitucionalidade em abstrato da norma, a configurar a sua ineficiência.

Fica o registro do desejo de aprofundar este estudo na continuidade da via acadêmica.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. Organização: Ernesto Garzón Valdés... [et al.], tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico]: influência sobre atos *interna corporis* do Congresso Nacional / João Carlos Medeiros de Aragão. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política/ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; Tradução Carmen C. Varriale... [et al.]. 5ª edição – Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BOBBIO, Norberto. Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política; tradução Marco Aurélio Nogueira. 3ª edição – São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade, por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro – Paz e Terra, 1987.

Brasil. Advocacia do Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/estrutura/orgaosenado?codorgao=67>. Acesso em 5/10/2020.

Brasil. Câmara dos Deputados. Assessoria Técnico-jurídica. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-geral-da-mesa/assessoria-tecnico-juridica/contatos>. Acesso em 5/10/2020.

Brasil. Câmara dos Deputados. Estrutura Organizacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/camara-dos-deputados>. Acesso em 5/10/2020

Brasil. Câmara dos Deputados. Governo edita mais medidas provisórias que gestões anteriores, mas menos MPs se convertem em lei. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/709849-governo-edita-mais-medidas-provisorias-que-gestoes-anteriores-mas-menos-mps-se-convertem-em-lei/>. Acesso em 10/2/2021.

Brasil. Como funciona o sistema proporcional? Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-5-ano-3/como-funciona-o-sistema-proporcional>. Acesso em 1/10/2020.

Brasil. Estudos legislativos. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas>. Acesso em 2/10/2020.

Brasil. Legislação. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/mpemdia>. Acesso em 2/10/2020.

Brasil. Manual de padronização de atos administrativos normativos. Disponível em: https://www2.senado.leg.br%2Fbdsf%2Fbitstream%2Fhandle%2Fid%2F496338%2F000960587.pdf%3Fsequence%3D1&usg=AOvVaw34Z9V_UQ-u3josDWg-O4of. Acesso em 2/10/2020.

Brasil. Partidos políticos registrados no TSE. Tribunal Superior Eleitoral. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>. Acesso em 23/9/2020.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/FA/B6/EA/85/1CD4671023455957E18818A8/Referencial_basico_governanca_2_edicao.PDF. Acesso em 25/09/2020.

Brasil. Senado Federal. Comissão da constituinte estuda candidatura avulsa. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/109316>

Brasil. Sobre. Advocacia Geral da União. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias-1>. Acesso em 16/8/ 2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal Medida cautelar em Mandado de Segurança 34.530/ DF. Relator: Min. Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 16 dez. 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5103492>. Acesso em 7/10/2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Organograma STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfOrganograma>. Acesso em 5/10/2020.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Presidentes da República que nomearam ministros para o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>. Acesso em 14/10/2020.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Governança no TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governanca-no-tcu/>. Acesso em 10/2/2021.

Brasília. Frentes e grupos parlamentares. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/deputados/frentes-e-grupos-parlamentares>. Acesso em 1/10/2020.

CAPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores: Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHACON, Vamireh. História dos partidos políticos brasileiros: discursos e práxis dos seus programas – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 3ª edição ampliada e atualizada, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. Elementos de direito constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CRISTA, Assunção. Legística ou a arte de bem fazer lei. CEJ n.33. Brasília, 2006

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constituição e governabilidade: ensaios sobre a (in) governabilidades brasileira. – São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 24. ed. Ver. - São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOERTZEL, Ted; BURTON, Guy. Liderança presidencial no Brasil e nos Estados Unidos. In: PEIXOTO, João Paulo M. (coordenador) Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento. Brasília: Senado Federal, 2015.

GRAU, Eros. Por que tenho medo de juízes: (interpretação / aplicação do direito e dos princípios). 9ª edição refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2018.

HOBBS, T. L.: tradução Rosina D'angina. 1ª edição – São Paulo: Martin Claret, 2014. Janeiro: Forense, 2018.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

Legislativo pós-1988 [recurso eletrônico]: reflexões e perspectivas / organizadores André S Sathler, Ricardo Braga. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

LIMA, João Alberto de Oliveira. A gênese do texto constitucional de 1988, Volume 1 – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições técnicas, 2013.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martins Claret, 2002.

MACHADO, Luis Fernando Pires. Medidas Provisórias: Gênese, causas e efeitos. Disponível: www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/medidas-provisorias-genese-causas-efeitos/view&usg=AOvVaw3om3qstqXQKe6VbSDxGRkz. Acesso em 19/10/2020.

MARTINS, Daniel Henrique Roriz. Fatores que contribuem para a proliferação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro [manuscrito] / Daniel Henrique Roriz. Martins. – 2013

MARX, Karl. Manifesto do partido comunista. Karl Marx/ Friedrich Engels. 1.ed. Expressão Popular, 2008.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte:

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. -31. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, G. F. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP).

MENEGUIN, F. B.; SILVA, R. S. e. (Org.) Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

MILL, John Stuart. Utilitarianism. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MISES, Ludwig von. As seis lições / Ludwig von Mises; tradução de Maria Luiza x. de A. Borges – 9ª edição revista – São Paulo: LVM, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de, 1689-1755. Dos Espírito das Leis / Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

PEIXOTO, João Paulo M. (coordenador) Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento. Brasília: Senado Federal, 2015.

PENNA, Sérgio F. P. de O. Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos - Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002.

Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU / Tribunal de Contas da União. Edição 3 - Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social: (princípios de direito político); tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Lafonte, 2019.

ROVERE, Richard. The American establishment and other reports, opinions, and speculations (1962). Disponível em: http://archive.wilsonquarterly.com/sites/default/files/articles/WQ_VOL2_SU_1978_Article_05.pdf. Acesso em 30/1/2021.

SKOWRONEK, Stephen. *Presidential leadership in political time: reprise and reappraisal* —2nd ed., rev. and expanded. Kansas: University Press of Kansas, 2011.

SMITH, Adam. A mão invisível: Tradução Paulo Greiger. – 1ª ed.- São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2020.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar: as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre infidelidade partidária [recurso eletrônico] / José de Ribamar Barreiros Soares. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Revista de Informação Legislativa: O veto. Controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário? Senado Federal. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/888/R159-18.pdf?sequence=4>. Acesso em 7/10/2020.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional / Lenio Luiz Streck. – 5. ed. – Rio de

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

TAVARES, André Ramos. Manual do Poder Judiciário Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Linha de pesquisa acadêmica: presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.