

17/04/2008

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048-1 DISTRITO FEDERAL

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR)

- Vejam Vossas Excelências que nós estamos no mesmo universo. Quando discutimos aqui aquela aplicação do 246 - Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso, inclusive, trouxe uma imagem interessante - sobre se era possível utilizar, em determinados casos, a medida provisória. Foi aquela questão do setor elétrico. Nós dissemos que os vícios eventualmente existentes se projetariam inclusive na lei. E, aí, demos até o exemplo - acho que o Ministro Celso de Mello trouxe - da vedação da edição de uma lei de caráter penal ou de lei complementar. Convolada em lei, não poderia mais haver a investigação do vício.



O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Essas são as hipóteses com as quais eu concordo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) -

E, aí, nós temos todas essas hipóteses aqui listadas no inciso I.



ADI 4.048-MC / DF

Mas veja que entre elas está exatamente o crédito extraordinário. Quer dizer, se houver abuso na edição de crédito extraordinário, nós estaremos na configuração exatamente deste vício formal. Veja que é o item "d" da vedação constante do art. 62, § 1º, inciso I.

Nós temos:

"Art. 62.....
§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

Portanto, são vedações específicas.

E, por último:

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º".

Assim, eles estão no mesmo plano em termos de vedação.

De modo que, em relação a isso, me manifesto também neste sentido.



17/04/2008

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, de início, eu assento que Vossa Excelência fez uma belíssima interpretação sistemática da Constituição a propósito do tema de abertura de crédito extraordinário mediante edição de medida provisória.

E Vossa Excelência me remete para a compreensão, na sua interpretação judiciosamente sistêmica, de que o adjetivo "urgência", ou "urgente" na Constituição é tratado com gradação. Por exemplo: no artigo 64, § 1º, a Constituição fala de "urgência", de "projeto de lei", singelamente; o adjetivo isolado sem atrelamento a nenhuma outra palavra, nenhum outro termo. "Urgência", pura e simplesmente.

"Art. 64.....
§ 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa."

Já no artigo 62, a Constituição fala conjuminadamente ou conjugadamente de "relevância e urgência"; não basta "urgência". Naquele primeiro artigo, a urgência é suficiente para a propositura do projeto de lei de iniciativa do Presidente da República. Aqui, não. É preciso que à urgência se adicione a relevância. A situação



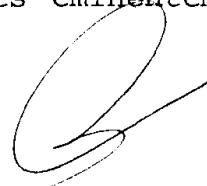
ADI 4.048-MC / DF

empírica há de ser de relevância e ao mesmo tempo urgência para legitimar a edição da medida provisória. Mas, em matéria de crédito extraordinário, a Constituição vai falar não mais de relevância e urgência, porém de algo mais grave: despesas imprevisíveis e urgentes. Ou seja, não basta a urgência, não basta a relevância. Há um *plus* de significatividade ou de anormalidade, seja factual, seja institucional. É preciso que o quadro insólito, o quadro de anormalidade...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência está fazendo comparação de graus de urgência. Quem julga o grau? Isso que é importante. No grau mínimo, quem julga? No grau médio, quem julga? No grau máximo, quem julga? E quem diz que é médio, máximo ou mínimo?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite apenas uma reflexão? A edição de medidas provisórias - como disse muito bem o Ministro Cezar Peluso - constitui um ato complexo. Mas, mais do que isso, é um ato de governo, que se caracteriza pela ampla discricionariedade. Ou seja, a vontade do Executivo conjugada com a vontade do parlamento só pesa esses critérios de urgência, relevância, imprescindibilidade, impossibilidade de previsão, imprevisibilidade, etc.

O Judiciário, que é um fiscal, um fator de equilíbrio do relacionamento entre esses dois Poderes eminentemente políticos,



ADI 4.048-MC / DF

a meu juízo, só interfere em momentos excepcionais de teratologia, de abuso, de absoluta irracionalidade. Ou seja, passada a medida provisória pelo crivo do Executivo e pelo Parlamento, e, para que nós possamos rever esses critérios, é preciso que se caracterize realmente uma situação absolutamente excepcional.

Como disse o eminente Ministro Joaquim Barbosa, em sede de cautelar, nós darmos esse passo, parece-me que é um passo demasiadamente largo, como diria o nosso eminente Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Em suma, a novidade está no termo "imprevisibilidade". E imprevisível é o que está fora de cálculo, de projeção, de prognóstico, de previsibilidade. Daí a Constituição - o Ministro Gilmar Mendes captou bem a mensagem, parece-me -, embora exemplificadamente, cita situações de gravíssima anormalidade, seja factual, seja institucional, porque ela fala de guerra, de comoção interna, de calamidade pública, a mostrar que é preciso que a relevância seja saliente; é um *plus* mesmo de significatividade no plano da própria relevância, senão não se pode abrir crédito extraordinário.

Agora, o Ministro Gilmar Mendes, parece-me, fez uma afirmativa segundo a qual só se pode abrir crédito extraordinário mediante medida provisória. A aceitar o juízo, a democracia ganha, o Princípio da Separação dos Poderes sai vitalizado, fortalecido.



ADI 4.048-MC / DF

Porque, em matéria de medida provisória, quem dá a última palavra é o Congresso Nacional, tanto que medida provisória é ato da ordem legislativa, segundo o artigo 59.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quem dá a última palavra é o Supremo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, quem dá a última palavra no plano político é o Congresso Nacional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto à harmonia com a Constituição Federal, é o Supremo, uma vez realmente suscitado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sim, mas a medida provisória é submetida ao crivo político do Congresso Nacional, que fará o seu juízo de conveniência, oportunidade e necessidade. Nessa medida, o Princípio da Separação dos Poderes sai fortalecido, porque, em se tratando de crédito extraordinário, aberto para acudir uma situação de gravíssimo **periculum in mora**, a matéria vai para o crivo do Congresso Nacional. Estou com Vossa Excelência também nesse particular.

A minha grande dúvida aqui é que chega essa informação, de última hora, na undécima hora, de que a medida provisória já se converteu em lei. E tenho para mim que realmente o Ministro Gilmar Mendes está certo quanto à inexistência dos pressupostos de edição de abertura do crédito extraordinário. Porque



ADI 4.048-MC / DF

as despesas que vejo aqui realmente não têm essa gravidade no plano da sua imprevisão. Há uma delas até que é curiosa. Diz o seguinte: "...dissolução e liquidação da Companhia de Navegação do São Francisco...". Ou seja, é o reconhecimento de que o Rio São Francisco não é mais navegável, perdeu a sua navegabilidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Estou de acordo com Vossa Excelência, concordo inteiramente. Só quero dizer o seguinte: das medidas provisórias todas, cuja impugnação o Supremo não conheceu, existe algum caso que era de estrita relevância e urgência?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - Estamos examinando isto à luz do crédito extraordinário; estamos a discutir apenas o pressuposto de urgência e relevância para efeito de edição ou não quanto ao crédito extraordinário.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A matéria é esta. É uma medida provisória qualificada pela sua matéria: crédito extraordinário. Então, é uma medida provisória diferente, pela qualificação de que se reveste, é abertura de crédito.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, quem julga isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A destinação de alguns créditos tinha realmente relevância e urgência, imprescindibilidade? Alguns deles tinham? Por exemplo, a gripe



ADI 4.048-MC / DF

aviária. Então, vamos fazer aqui o quê? Em sede de liminar, vamos selecionar, distinguir urgência, relevância?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Está aqui: como distinguir as destinações.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Precisamos valorizar um pouco mais a democracia.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Acho que cabe. Vamos atentar para a natureza do crédito extraordinário: abre-se o crédito. É como se aprovar uma lei orçamentária. Mas o ato em si da aprovação desta lei vai ser seqüenciado por inúmeros atos no período de um ano. Então, não é um ato de efeito concreto, senão na aparência, porque, para ser executada a lei orçamentária, ela reclama a edição de inúmeros atos. Não é um ato que se esgote na primeira aplicação. Ela somente vai se esgotar, a lei orçamentária ou lei ânuia, na sua eficácia, ao final de um ano com a produção de todos os atos de sua concreta execução. Quando se abre um crédito extraordinário também é assim. Abre-se um crédito extraordinário que vai ser concretizado, aplicado pela produção de inúmeros outros atos. O Ministro Gilmar Mendes partiu do pressuposto de que há atos por praticar no âmbito da abertura do crédito extraordinário. Então, o **periculum in mora** me parece que existe.



ADI 4.048-MC / DF

O SENHOR ADVOGADO JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI - O crédito extraordinário foi aberto ao orçamento de 2007, que já se encerrou. Muito obrigado!

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É outra informação que tem relevância, de que nada sobeja, nada resta para executar, para dar concreção aos valores abertos extraordinariamente.

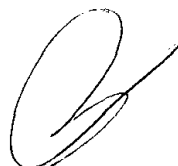
O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O ciclo orçamentário se exauriu.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Parece-me que sim.

Agora, para concluir minha intervenção, tenho dito que, quando uma medida provisória se converte em lei, os pressupostos da relevância e urgência, se não explicitamente, já foram implicitamente examinados pelo Congresso Nacional, porque senão não converteria a medida provisória em lei.

Eu não tenho muita segurança quanto à consistência desse meu pensar, depois que li um parecer do professor Celso Antônio Bandeira de Mello e uma intervenção oral do Ministro Marco Aurélio. A minha convicção ficou abalada quanto a isso. Então, para ser coerente, eu teria de votar com o Ministro Ricardo Lewandowski.

Agora, ainda também no apagar das luzes, com essa informação a que estou conferindo crédito absoluto de que não há mais nada no plano da aplicabilidade, no plano empírico, o decreto já produziu todos os seus efeitos.



ADI 4.048-MC / DF

O SR. MINISTRO JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI (ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO) - Ministro Presidente, se o Ministro Carlos Britto me permitir, ainda há restos a pagar, sim. Só uma ressalva: a medida provisória ainda não foi convertida em lei; ela foi aprovada, inclusive ela poderá ser vetada teoricamente pelo Presidente da República e ainda vai para a publicação. O processo legislativo hoje não está findo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pode ser até vetado, não é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sendo assim, com todas essas considerações, e levando sobretudo em conta a interpretação sistêmica feita pelo Ministro Gilmar Mendes, acompanhando Sua Excelência, estarei saindo em defesa da Constituição e contribuindo para o seu princípio instrumental de maior força, que é o da sua efetividade.

Peço vênua à divergência para acompanhar o Ministro Gilmar Mendes e, assim, conceder a cautelar, com eficácia, porém, prospectivamente, **ex nunc**.



17/04/2008

TRIBUNAL PLENO


MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048-1
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, peço vênua a Vossa Excelência e aos votos que o acompanharam.

Acho que devíamos concluir este julgamento com a composição plena da Corte, dada sua importância como *leading case*. Mas, a meu ver, pondo à prova a minha consciência, não me sinto confortável desta feita, e, não obstante o brilho, aliás costumeiro, com que Vossa Excelência enfrenta temas de grande seriedade, em acompanhar Vossa Excelência.


Em primeiro lugar, com o devido respeito - o Min. Lewandowski tem razão, quando põe em dúvida a existência de risco de dano. Porque das duas uma: ou ainda há atos ou despesas por pagar, ou há despesas previstas na programação que já foram pagas. O problema é discutir se há ou não adequação entre este pagamento eventualmente feito e as despesas previstas, o que levaria, desde logo, à necessidade de emitir um juízo que a mim me parece típico de Administração Pública: saber se os atos eram ou não necessários.



ADI 4.048-MC / DF

Em segundo lugar, se foi aberto o crédito, mas não foi usado, mais uma razão para não se encontrar risco de dano algum.

Eu também entendo que o Ministro Joaquim Barbosa tem razão, quando aponta para impossibilidade de, aqui, equipararmos a hipótese com outros casos em que a conversão da medida provisória em lei não elimina necessidade de a Corte reconhecer a eventual inconstitucionalidade de uma e de outra, porque os outros casos em geral, inclusive relativos à Lei de Diretrizes Orçamentárias, têm alguma densidade no sentido de universalidade, de atingir outras situações. O que me parece, aqui, é pura e simplesmente problema de prática de ato típico de governo, isto é, autorização para gastar, e por isso ela é diversa da hipótese da CIDE, em que há destinação constitucional expressa, de modo que não depende de nenhum controle discricionário. Ali é específico, não é o governo que examina, é a Constituição que liga determinado recurso a determinada despesa. Aqui, não, estamos num campo mais largo, em que deve intervir outra coisa mais do que do mero juízo de constitucionalidade, ou do mero juízo de juridicidade.



ADI 4.048-MC / DF

Quero deixar claro meu ponto de vista, à margem do ato de julgamento, eu também sou crítico, nos mesmos termos em que Vossa Excelência o é, do modelo das medidas provisórias, e até acho que poucas pessoas não o são, mas entendo que a crise do modelo é crise cuja responsabilidade recai sobre o Congresso Nacional, que tem, por força da Constituição e das suas funções, a responsabilidade política de resolver essa crise do modelo que ele próprio criou. Não foi o Supremo Tribunal Federal que aprovou esse modelo de disciplina da edição de medidas provisórias, com todas as conseqüências prejudiciais, inclusive quanto à própria atividade típica do Congresso Nacional. Trata-se de crise política, cuja responsabilidade recai sobre os ombros do Congresso Nacional, que deve arcar, por conseguinte, com todas as conseqüências políticas e práticas, porque no seu alto poder de deliberação entendeu de até agora não alterar o modelo.

Não podemos assumir tal responsabilidade - e, aqui, a meu ver, sim, sai ferido o princípio da separação -, porque de algum modo avançaríamos na competência específica, tanto do presidente da República, como do Congresso Nacional, de examinar a conveniência da abertura, ou não, de um crédito extraordinário. E esta é a minha grande

ADI 4.048-MC / DF

dificuldade: é não conseguir separar as situações. Segundo a jurisprudência assentada da Corte, de regra o Supremo não adentra o campo nem da urgência nem da relevância, por entender que são exclusivos da discricionariedade, tanto do presidente da República, como do Congresso Nacional, os quais devem avaliar se essas condições estão ou não presentes. Então, o próprio Tribunal se limita, entendendo que não pode avaliar nem a relevância nem a urgência.

Neste caso, porém, estamos avaliando a relevância e a urgência. A diferença está em que, nos outros, elas não são qualificadas por nenhuma situação prevista na Constituição; e, aqui, a relevância e urgência são qualificadas mediante técnica de remissão a hipóteses comparativas. O que a Constituição diz, mais ou menos, na conjugação de ambas as normas, é que são necessárias a relevância e a urgência. Só que, em matéria de abertura de crédito extraordinário, urgência e relevância têm de ser comparadas com situações tais e tais.

Qual é a diferença qualitativa do ponto de vista de exercícios de uma atividade judicante na atividade prudencial, na atividade de avaliação, entre estimar a existência, ou não, de relevância ou urgência nos outros casos, e estimar a urgência e relevância neste caso?

ADI 4.048-MC / DF

Recorrendo a critérios pessoais, posso dizer que, em muitos ou na maioria dos casos de medida provisória, se me fosse dado, como agente constitucional, examinar se havia relevância e urgência, diria que não havia. Do mesmo modo, posso até dizer, aqui, que não as há. Só que não me sinto autorizado, pela Constituição, a fazer esse juízo. Não foi atribuído ao Supremo Tribunal Federal dizer se há, ou não, relevância e urgência naqueles outros casos, ou se há relevância e urgência também neste. Parece-me que, qualitativamente, o tipo de atividade lógico-jurídico-judicativa é o mesmo. Só que, num caso, nós temos os critérios de relevância e urgência sem modelo de comparação, e, neste, temos o critério de relevância e urgência qualificada por um padrão comparativo, e não por modelo de exaustão. Não se trata de permitir apenas a abertura de crédito extraordinário mediante medidas provisórias naqueles três casos, mas em todos os casos que se lhe equiparem. Em outras palavras, é preciso que se emita um juízo de avaliação entre as situações concretas e o modelo. A pergunta é: quando se fala em relevância e urgência, não existe modelo? Então, relevância e urgência são conceitos vagos? Não. Existem modelos de relevância e modelos de urgência. E, portanto, tanto quanto estou impedido de



ADI 4.048-MC / DF

avaliar, mediante esses modelos até empíricos de relevância e urgência nos outros casos, também o estou aqui, não obstante os modelos da Constituição. A atividade judicativa, para mim, é a mesma. Portanto, se o Tribunal reconhece - e a meu ver, reconhece com razão - que não tem competência para expedir esse juízo nos outros casos, tampouco me parece que o tenha neste, porque se trata - e Vossa Excelência o disse muito bem - apenas de grau de relevância e de urgência. Em outras palavras, a decisão da Corte, no sentido que se vai encaminhando, de concessão de liminares, significa que, em grau menor de relevância e de urgência, nós não podemos reconhecê-las, mas, em grau maior - segundo nossa avaliação - nós o podemos!

Ademais, como eu já havia anotado, como avançar ainda mais em relação à programação constante dos anexos para dizer que, em relação a tais e quais hipóteses, há relevância e urgência qualificadas, e, em outras tantas, não as haja? Temos de fazer, então, outro juízo: avançar na programação dos Anexos e verificar situação por situação, para dizer que, em alguns casos, reconhecemos relevância e urgência qualificada, e, noutros, não. Parece-me que isso é tarefa que não compete à atividade de controle constitucional do Supremo Tribunal Federal. Até porque - e

ADI 4.048-MC / DF

este é dado fundamental de todo o raciocínio que, com o devido respeito, estou tentando expor -, se trata, aqui, de ato típico de governo. Complexo, porque exige a colaboração do Congresso Nacional, mas que é, em substância, de simplesmente escolher a oportunidade de gastar em coisas que, presumidamente, são do interesse público. Não é o Supremo Tribunal que deva dizer à Presidência da República ou ao Congresso Nacional se podem, ou não, gastar, mediante créditos extraordinários, mediante crédito suplementar ou mediante crédito que seja lá que título tenha, do ponto de vista orçamentário. Isso é atividade típica de governo. É o Governo que decide sobre isso. E, se decide mal, responde perante as outras instâncias.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Governo e parlamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Governo e parlamento respondem aí perante outras instâncias, não perante a Suprema Corte. A mim, parece-me que o papel da Suprema Corte neste caso, é simplesmente reafirmar sua posição tradicional, no sentido de que não tem competência para examinar a existência ou inexistência da observância

ADI 4.048-MC / DF

dos critérios da relevância e de urgência, que, neste caso, são apenas qualificados por outra norma constitucional.

Razões pelas quais, insistindo no meu pedido de vênua ao eminente Relator e aos brilhantes votos que o acompanharam, eu também denego a liminar.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Ministro Peluso, apenas para lembrar - o Ministro Sepúlveda Pertence costumava dizer aqui - que certas despesas ou certos atos não nos possibilitavam dizer se foram praticados com urgência. O juízo afirmativo da urgência é muito difícil, mas há certas situações em que, transparentemente, a toda evidência, não são urgentes. Ou seja, quando o urgente é trivializado, é banalizado, dá para perceber instantaneamente. Embora o juízo afirmativo seja dificultoso, mas o juízo negativo de urgência não o é diante de um fato chapadamente trivial.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E no caso específico, na verdade...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Nas outras medidas provisórias haveria essa hipótese também?

ADI 4.048-MC / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E RELATOR) - E aí há a divergência que temos, Ministro Peluso, em relação às posições aqui esposadas. É que, na verdade, o próprio texto constitucional qualificou essa urgência ao definir o crédito extraordinário, e a colocar como critério, porque é essa a linha do próprio texto constitucional.

17/04/2008

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, não sou adepto da homeopatia e julgo com o que se encontra no processo.

Também reconheço que estamos diante de um verdadeiro impasse institucional, considerada a nova regência das medidas provisórias, que, antes, eram apreciadas no sistema unicameral - via atuação do Congresso Nacional. Hoje, são examinadas em cada uma das Casas. Mais do que isso: a conseqüência querida pela Constituição Federal pressupõe, também, que não haja uma avalanche de medidas provisórias, que elas sejam, realmente, excepcionais e que, portanto, o Executivo não inviabilize os trabalhos das duas Casas Legislativas.

O que ocorre na espécie? A apreciação do caso, sob o ângulo formal, definindo-se se poderia ou não a matéria ser tratada mediante medida provisória. Os requisitos constantes da Carta são aferíveis por aquele que possui a guarda dessa mesma Carta, o Supremo. Sempre sustentei isso, quanto à relevância e à urgência relativamente às medidas provisórias. Na espécie, há o envolvimento dos predicados constantes do § 3º do artigo 167 da Constituição Federal. Saber se o Chefe do Poder Executivo se defrontou, ou não, com situação imprevisível e urgente - e a referência no preceito é exemplificativa, norteadora a definição do alcance desses dois

predicados: imprevisibilidade e urgência - a ponto de ele, o Chefe do Executivo, certamente de forma precária e efêmera, reconhecer, substituir-se ao próprio Congresso na abertura de crédito que se quer excepcional. É o significado do vocábulo "extraordinário". Crédito extraordinário. Por quê? Porque ditado sempre por uma situação imprevisível e urgente. Eis os exemplos contidos no preceito: despesas decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. Felizmente não vivenciamos quadro equiparável a esses fenômenos!

Não é dado ao Supremo se despedir do papel de guarda da Constituição, potencializando, a mais não poder, o subjetivismo que pode, reconhecer, grassar quando se perquire se a situação, realmente, mostrou-se imprevisível e urgente. Há de adentrar a matéria e há de fazê-lo tendo, em nossa ordem jurídica constitucional, a última palavra sobre o alcance da Carta Federal.

Vossa Excelência deixou evidenciado que não se cuidou - o que está retratado no processo - de abertura, realmente, de crédito extraordinário, considerada a imprevisibilidade e a urgência. Abriu-se crédito para fazer frente a despesas ordinárias, a despesas que poderiam, quanto ao implemento, aguardar o pronunciamento do Congresso Nacional.

Por isso, peço vênias aos colegas que divergiram para acompanhá-lo na suspensão da medida provisória.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.048-1**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): AFONSO ASSIS RIBEIRO E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

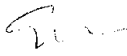
ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (relator), deferindo a cautelar, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Carlos Britto e Marco Aurélio, e os votos dos Senhores Ministros Ricardo Levandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, indeferindo-a, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo requerente, o Dr. Rodolfo Machado Moura, e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente) e os Senhores Ministros Celso de Mello e Menezes Direito. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 17.04.2008.

Decisão: Chamado o feito para prosseguimento do julgamento, antecipou o pedido de vista dos autos a Senhora Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 07.05.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
4.048-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
REQUERENTE(S) : PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA
BRASILEIRA - PSDB
ADVOGADO(A/S) : AFONSO ASSIS RIBEIRO E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

V O T O V I S T A

A Senhora Ministra Ellen Gracie – Senhor Presidente, na sessão de 17.04.2008 este Plenário iniciou o julgamento cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048, proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira em **12.03.2008** em face da Medida Provisória 405, editada e publicada em **18.12.2007**.

Naquela assentada, votaram pelo conhecimento da ação e pelo deferimento da cautelar requerida Vossa Excelência, na qualidade de relator do feito, no que foi acompanhado pela eminente Ministra Cármen Lúcia e pelos eminentes Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Marco Aurélio. Já no sentido contrário, votaram os eminentes Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. O julgamento foi então suspenso para a coleta dos votos dos membros da Corte que estavam, naquele instante, justificadamente ausentes.

Retornado o julgamento na sessão de 07.05.2008, pedi vista antecipada dos autos, não sem a devida licença dos eminentes Ministros Menezes Direito e Celso de Mello, que, assim como eu, ainda não haviam se pronunciado na matéria em discussão.

Necessário registrar que, confirmando a informação trazida da bancada pelo Senhor Advogado-Geral da União na sessão de 17.04.2008, a medida provisória objeto da presente ação direta foi aprovada pelo Congresso Nacional e, posteriormente, convertida, em 18.04.2008, na Lei 11.658, publicada no Diário Oficial da União de

ADI 4.048-MC / DF

22.04.2008. O requerente postulou, nessa última data, o aditamento do pedido inicialmente formulado (fls. 99-106).

Tal fato, contudo, nada altera o normal prosseguimento do exame da matéria, já que não houve qualquer modificação substancial no texto do ato originariamente atacado. Além disso, a atual jurisprudência desta Casa é no sentido de que a lei de conversão não dispõe de imunidade jurídica com relação aos vícios eventualmente presentes na medida provisória que a precede.

Trago o feito à Mesa, como prometido, nesta sessão de 14.05.2008, e passo, agora, ao exame da questão ora posta sob o crivo deste Colegiado.

2. No tocante ao conhecimento desta ação direta de inconstitucionalidade, tanto o autor, na peça inicial, quanto o eminente relator, em seu douto voto, deixam claro que a matéria ora abordada encontra nesta Suprema Corte jurisprudência, há muito firmada, no sentido da impossibilidade do exercício do controle concentrado de constitucionalidade dos atos que, não obstante a roupagem de lei, possuem nítido efeito concreto, sendo, por conseguinte, desprovidos de abstração e generalidade.

3. Também é certo que, quanto às normas referentes ao orçamento público, este Tribunal, em ação direta de inconstitucionalidade, tem demonstrado maior predisposição na busca de um nível mínimo de normatividade dos comandos impugnados, tendo-se detectado, em algumas oportunidades, preceitos que, embora inseridos em leis orçamentárias, detinham todas as características das normas típicas, já que não previam apenas uma única ação historicamente determinada.

Exemplo dessa situação, bastante lembrado na assentada de 17.04.2008, foi o da ADI 2.925, da qual, deixo expressamente registrado, fui relatora originária, sendo a ementa transcrita no voto do eminente Ministro Gilmar Mendes da lavra do

ADI 4.048-MC / DF

eminente Ministro Marco Aurélio, redator para o acórdão publicado no DJ de 04.03.2005.¹

Nesse precedente, foram impugnados dispositivos da Lei Orçamentária do ano de 2003 que estabeleciam certas regras voltadas ao mecanismo de abertura de créditos suplementares com a utilização da receita da CIDE/Combustíveis.

Atacou-se, especificamente, a fixação, na eventual abertura de crédito adicional, de um limite máximo de dez por cento do valor de cada um dos subtítulos a serem eventualmente suplementados, mediante a utilização da reserva de contingência ou do excesso de arrecadação definidos para a própria contribuição. Contestou-se, além disso, a possível interpretação dos dispositivos destacados que levasse ao entendimento de que a anulação parcial de dotações ou a utilização da reserva de contingência e do excesso de arrecadação pudessem atender ou reforçar finalidades outras que não aquelas que justificaram a própria instituição do tributo (CF, art. 177, § 4º, II).

4. Na presente ADI 4.048, o quadro é completamente distinto.

Aqui, almeja-se a análise, no controle abstrato de constitucionalidade, de um ato específico de autorização de determinada despesa que, **no juízo político-administrativo** do Chefe do Poder Executivo da União (e, portanto, da própria Administração Pública Federal), mostrou-se concretamente indispensável por sua imprevisibilidade e urgência.

Busca o autor que o Supremo Tribunal Federal, em ação direta, reprove ou declare inadequada a referida decisão de governo do Presidente da República, por discordar, genericamente,

¹ Acórdão proclamado no julgamento da ADI 2.925: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da ação, **vencida a ministra Ellen Gracie, relatora**. Plenário, 11.12.2003. O Tribunal, por maioria de votos, julgou procedente em parte a ação para dar interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas no artigo 177, § 4º, inciso II, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, da Carta Federal, **vencidos os ministros Ellen Gracie, relatora, Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence**. Brasília, 19 de dezembro de 2003.”

ADI 4.048-MC / DF

que a nova destinação de recursos orçamentários pretendida já no final do exercício financeiro de 2007 seja de fato extraordinária, isto é, urgente e inesperada.

Penso que o atendimento de tal pleito não é – e nunca foi – o papel desta Suprema Corte no exercício do controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade das normas.

5. Na ADI 1.496, julgada por este Plenário em 21.11.1996, o Partido Comunista do Brasil, o Partido Democrático Trabalhista e o Partido dos Trabalhadores impugnaram a edição da Medida Provisória 1.513, de 06.08.1996, que autorizava o Poder Executivo a abrir ao Orçamento Fiscal da União, em favor do Ministério dos Transportes, um crédito extraordinário até o valor de R\$ 106.000.000,00 (cento e seis milhões de reais).

O relator do feito, o eminente Ministro Moreira Alves, asseverou em seu voto o descabimento da ação direta de inconstitucionalidade no caso *“por não configurar a Medida Provisória atacada ato normativo, mas, sim, ato administrativo que tem objeto determinado e destinatário certo ainda que, por exigência constitucional, tenha de ser editado por medida provisória (art. 167, § 3º, da Constituição Federal)”*. Equacionando a matéria com a precisão de sempre, assim se pronunciou S. Exa. ao fundamentar seu voto pelo não conhecimento da referida ação direta:

“Trata-se de Medida Provisória que abre crédito extraordinário até certo limite a órgão determinado para atender a programação certa (vêm consignados no Anexo I os programas emergenciais de recuperação rodoviária nos Estados ali indicados). Em seguida, indica que os recursos necessários decorrerão da Reserva de Contingência conforme Anexo II, e declara alterada, em consequência, a receita do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, na forma do Anexo III. Atos concretos sob forma de medida provisória, por imposição constitucional, sem nenhuma abstração, generalidade e impessoalidade.

ADI 4.048-MC / DF

Observo, por outro lado, que não é admissível, também, para verificar-se se se trata, ou não, de crédito extraordinário, discutirem-se em ação direta de inconstitucionalidade em abstrato fatos que não decorram objetivamente do ato impugnado, como o da previsibilidade, ou não, do montante necessário para atender a despesas de emergência, o qual consta de outra Lei (a Lei orçamentária para o exercício de 1996), cujo exame será indispensável, além da análise, também indispensável, do agravamento das situações de emergência por condições fáticas.”

Mais recentemente, o eminente Ministro Cezar Peluso, ao negar seguimento, em decisão monocrática de 27.04.2006, à ADI 3.712, também proposta pela agremiação partidária ora autora, deixou clara a fragilidade da alegação contida na inicial de que não se estaria impugnando “o conteúdo de um crédito extraordinário em si mesmo”, e sim “o real enquadramento de um determinado crédito na categoria de extraordinário”. Asseverou o Ministro Peluso, com toda razão, que tal distinção é artificial e meramente retórica, uma vez que “para tentar demonstrar a alegação de previsibilidade e ordinaryidade das despesas, o mesmo autor lança mão de rol exemplificativo das que, a seu juízo, guardariam tais características”, entrando, obviamente, na própria análise do conteúdo e da natureza do crédito extraordinário.

7. Aliás, constato, nesse ponto, que a petição inicial da presente ação direta é falha, pois, logo após a defesa pelo conhecimento do feito, passa-se a afirmar, genericamente, a inconstitucionalidade, por ausência de urgência e imprevisibilidade, do crédito extraordinário aberto, sem a análise crítica e detalhada de qualquer das despesas previstas na medida provisória impugnada.

Tal verificação quanto à urgência e à imprevisibilidade dos fatos e circunstâncias geradores da necessidade da abertura do crédito extraordinário, além de estar sempre suscetível a subjetivismos e influências político-partidárias, demandaria, muitas

ADI 4.048-MC / DF

vezes, produção de prova técnica de todo incompatível com o controle abstrato de normas.

Melhor seria, segundo penso, a manutenção – pela sua lógica e seu respeito ao princípio da separação dos poderes – da jurisprudência² já consolidada no sentido da impossibilidade da verificação, por esta Corte, do acerto, quanto à urgência e a imprevisibilidade, dos atos concretos e administrativos de alteração do orçamento da despesa, no curso do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo. A decisão político-administrativa de abertura do crédito extraordinário tem com crivo natural o próprio Congresso Nacional, que sempre poderá, de maneira célere e eficaz, reprovar a iniciativa tomada por meio da não-aprovação da medida provisória editada.

8. Por todas essas razões, pedindo todas as vênias ao eminente relator e aos colegas que o acompanharam, meu voto é pelo **não conhecimento** do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

9. Mas ultrapassada a questão quanto ao conhecimento da ação, peço novas vênias para votar pelo indeferimento do pedido liminar. Entendo que o atraso na aprovação da lei orçamentária deste ano de 2008, o risco do cancelamento de importantes programas governamentais já em curso e até mesmo a aprovação da medida provisória sob exame pelo Congresso Nacional, convertida na Lei 11.658, de 18.04.2008, exauriram o perigo na demora eventualmente existente, tornando ausente um dos requisitos indispensáveis à concessão da medida cautelar.

10. Quanto à plausibilidade jurídica desse mesmo pedido de liminar, não me parece demasia acrescentar que ao nulificar esta medida provisória convertida em lei, o Tribunal assume a responsabilidade de sopesar as conseqüências objetivas decorrentes desse pronunciamento.

² Jurisprudência mais recentemente reafirmada em decisões monocráticas de não-conhecimento proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.050, rel. Min. Menezes Direito, DJE de 27.03.2008, 4.041, rel. Min. Menezes Direito, DJE de 27.03.2008, 3.712, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 04.05.2006, 3.709, rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 15.05.2006, e ADI 3.487, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 17.05.2005.

ADI 4.048-MC / DF

As verbas alocadas a quase todos os ministérios e ao setor judiciário eleitoral tinham por objeto a manutenção de programas já em curso e que se encontravam inseridos no orçamento anual não aprovado em tempo hábil. Com a liberação de tais verbas pela medida provisória, já terão sido empenhadas as despesas correspondentes e um sem número de contratos de aquisições e de prestação de obras e serviços foram firmados. Tais avenças deverão agora ser canceladas. As conseqüências danosas serão de duas ordens: a social, relativa à própria interrupção dos programas e serviços e a financeira, com a necessidade de a União, eventualmente, fazer face a eventuais indenizações.

Não há quem aprecie as medidas provisórias, mecanismo ainda mais imperfeito que o antigo decreto-lei, que também foi ao seu tempo impopular.

Também não há quem não abomine seu uso imoderado, com as conseqüências do agravamento da crise de inação legislativa.

Mas, também não há quem discorde da necessidade da existência de um mecanismo extraordinário que garanta a governabilidade. A medida provisória em exame é um exemplo flagrante da indispensabilidade da existência de uma fórmula capaz de garantir o prosseguimento das atividades do governo e da prestação dos serviços públicos em momento de “apagão” legislativo.

É do conhecimento geral a dificuldade de tramitação do Orçamento de 2008, que se arrastou ao longo de meses e excedeu o prazo constitucional sem solução. Essas as circunstâncias que levaram à abertura de crédito extraordinário ora contestado. Prefiro crer que o rol exemplificativo de situações contido no art. 167, § 3º, da Constituição Federal, – **guerra, comoção interna ou calamidade pública** – não tenha fechado as portas à possibilidade do exercício da prerrogativa contida nesse dispositivo diante de outras circunstâncias que, apesar de urgentes e imprevisíveis, ainda possam ser enfrentadas antes que o País seja levado àquelas situações extremas de caos, conflitos e crises, muitas vezes irremediáveis.

ADI 4.048-MC / DF

11. Assim, também por não enxergar plausibilidade jurídica na fundamentação deduzida na presente ação direta, pedindo novas vênias aos eminentes colegas que votaram de maneira divergente, eu **indefiro** a cautelar pleiteada.

É como voto.

