

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Retomo brevemente os pedidos deduzidos: na ADPF n. 661, o Partido Progressista requer medida cautelar para suspensão dos prazos de vigência, sem perda de eficácia, de Medidas Provisórias que não versem sobre a contenção e controle dos efeitos da pandemia de COVID-19; enquanto na ADPF n. 663, o Presidente da República, diante da situação de excepcionalidade instaurada pela pandemia do COVID-19, requer seja aplicado o prazo de suspensão previsto para o recesso parlamentar, no intuito de evitar a caducidade das medidas provisórias que se encontrem ou venham a se encontrar na situação do art. 62, §3º, da Constituição, inclusive com a possibilidade de prorrogação por 30 dias.

A medida cautelar “contraposta” foi deferida nos seguintes termos:

Ementa: CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). ATOS DAS MESAS DIRETORAS DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS REGULAM O FUNCIONAMENTO PARLAMENTAR DURANTE A EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA. PROCESSO LEGISLATIVO E SISTEMA DE DELIBERAÇÃO REMOTA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AO TRÂMITE DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E SEPARAÇÃO DOS PODERES. ALEGADA CARACTERIZAÇÃO DE RECESSO PARLAMENTAR E SUSPENSÃO DO PRAZO DECADENCIAL DE VALIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. O controle legislativo sobre medidas provisórias editadas pelo Presidente da República é tão importante para o equilíbrio entre os poderes da República que a Constituição Federal estabeleceu uma única hipótese excepcional de suspensão do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, durante o recesso do Congresso Nacional (CF, § 4º, art. 62). 2. As alterações no funcionamento regimental das Casas Legislativas, em virtude da pandemia da COVID-19, não caracterizam recesso parlamentar, pois o Congresso Nacional continuará a funcionar e exercer todas as suas competências constitucionais. 3. A Constituição Federal consagrou, juntamente com a necessidade de atuação harmônica do Legislativo, Executivo e Judiciário, o respeito ao princípio da eficiência, como aquele que impõe a todos os poderes de Estado e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra,

transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios constitucionais, legais e morais necessários para a maior rentabilidade social de suas atividades. **4. Mostra-se razoável, em tempos de estado de emergência decretado em face de grave pandemia, a possibilidade de o Congresso Nacional, temporariamente, estabelecer a apresentação de parecer sobre as medidas provisórias diretamente em Plenário, por parlamentar designado na forma regimental, em virtude da impossibilidade momentânea de atuação da comissão mista.** 5. Medida Cautelar referendada para autorizar que, durante a emergência em Saúde Pública decorrente da COVID-19, (a) as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; (b) em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa.

(ADPF 661 MC-Ref, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 07-04-2021 PUBLIC 08-04-2021, g.n.)

Restei vencido na ocasião, havendo sustentado o não cabimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e do pedido contraposto e o indeferimento dos pedidos.

Em seguida, foi proposta a ADI 6751 pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face dos artigos 2º, § 1º, art. 3º, § 1º e 7º, parágrafo único, do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de Covid19.

Alega-se, na ADI, a inconstitucionalidade formal por se entender que a matéria deveria ter sido veiculada por meio de espécie normativa diversa, qual seja, a resolução, e, também, inconstitucionalidade material, pois, ao suprimir a emissão de parecer da Comissão Mista de Deputados e Senadores para a análise de Medida Provisória, ofenderia o devido processo legislativo, o direto de minoria e o de oposição previstos respectivamente nos arts. 62, § 9º, 58, § 2º, e 1º, da Constituição da República. Os fatos que fundamentaram a decisão cautelar, ademais, não subsistiriam.

Igualmente, conforme consta nos relatórios da ADPF 661 e 663, após a medida cautelar, foram apresentados nos autos requerimentos subscritos por parlamentares federais e pelo *amicus curiae*, Partido dos Trabalhadores, pelo qual postularam que as Medidas Provisórias voltassem a tramitar normalmente por comissão mista, pois as comissões permanentes da Câmara dos Deputados estariam funcionando remotamente, conforme Ato da Mesa 161/2021, a demonstrar que inexistiria impedimento técnico ou logístico para que a comissão mista se constitua, atendendo ao mandamento constitucional do art. 62, § 9º.

São, ainda, os mesmos termos da Sustentação Oral e dos Memoriais do *amicus curiae*, Connectas Direitos Humanos.

No entanto, o i. Relator entende que persistem as circunstâncias fáticas que permitiram a concessão da cautelar, não sendo possível impor “ao Parlamento o ônus financeiro e operacional em superar essas dificuldades, considerando ainda as possibilidades relacionadas à segurança da informação e à possibilidade de questionamentos sobre a validade de deliberações executadas nesse ambiente de incerteza tecnológica.” E, assim, julga “PARCIALMENTE PROCEDENTE as presentes Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, para conferir INTERPRETAÇÃO CONFORME aos atos impugnados, delimitando que, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer, em substituição à Comissão Mista, por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; bem como, em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa, sem prejuízo da possibilidade de as Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental.”

Bem como julga: “IMPROCEDENTE a presente Ação Direta, para declarar a constitucionalidade dos arts. 2º, § 1º, art. 3º, § 1º e 7º, parágrafo único, do Ato Conjunto 1/2020 das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

Eis, então, o ponto em que divirjo. Embora concorde com o i. Ministro Relator, no sentido de que persistem os riscos sanitários da pandemia,

penso que há meios que não transigem com a Constituição e com o devido processo legislativo que poderiam ser adotados.

Insisto, como anotei em meu voto na cautelar, que “ *a fortaleza da Constituição também deve resistir ao assédio que se quer se alavancar, insuscetível, no caso da pandemia, a justificar um regime extravagante.* ” (FACHIN, Edson. A esperança não é um estado de exceção. Folha de São Paulo, São Paulo, ano 100, n. 33.230, 26 de mar. 2020, Tendências/debates, p. A2)

A atividade legislativa do Poder Executivo é, num Estado Democrático de Direito, uma função atípica e, portanto, excepcional. A excepcionalidade está a indicar que as regras instituídas pelo constituinte (originário e reformador) para o seu exercício devem ser compreendidas como imprescindíveis, afinal:

"o procedimento democrático não é uma atividade espontânea, senão um produto de regras. Estas regras não são arbitrárias, mas sim estão desenhadas para maximizar o valor epistêmico daquele processo." (Tradução livre de NINO, Carlos Santiago. La Constitución de la Democracia Deliberativa. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 273)

A relação entre os poderes Executivo e Legislativo não é estanque, e apresenta variações formais importantes ao longo da história. Bastaria lembrar, por exemplo, como ao final do séc. XVIII os revolucionários dos dois lados do Atlântico desconfiavam fortemente do Poder Executivo. A memória do poder ministerial do Antigo Regime inspirava reticência nos atores políticos, e o pensamento constitucional refletia em larga medida o teor de famosa passagem do Contrato social, na qual Jean-Jacques Rousseau marginalizava o Executivo como o ‘reino dos atos particulares’: “ *O poder executivo não pode pertencer à generalidade como legislador ou soberano; porque esse poder consiste apenas em atos particulares que não pertencem à ordem da lei nem tampouco, por conseguinte, à ordem da soberania, cujos atos só podem ser leis* ” (ROUSSEAU, J-J. Du contrat social. In: Oeuvres complètes, t.3. Paris: Gallimard, 1964, p. 395-396).

Como relembra o eminente Relator, min. Alexandre de Moraes, a distância entre o conceito de “lei” e o do Poder Executivo será reduzida para responder a crescentes demandas de atuação em casos de excepcional necessidade e urgência. Se, de fato, é possível reconhecer na teoria

constitucional da Restauração monárquica um novo equilíbrio de forças entre os poderes, vai ser sobretudo a exigência de novas funções do Estado que catalisará a elaboração dos contornos de um poder normativo primário do Executivo. A passagem do séc. XIX ao séc. XX, na Europa, testemunha o que o historiador e sociólogo francês Pierre Rosanvallon chamou de “A era da reabilitação”, isto é, uma reformulação radical do papel do poder Executivo em regimes constitucionais, com consequente extensão de suas competências e reforço de mecanismos de produção de legitimidade (ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015, p. 90).

Se tomarmos o caso dos decretos-lei italianos, que estão na origem da concepção que hoje temos das nossas Medidas Provisórias, veremos que a competência legislativa do Poder Executivo caminhará da pura excepcionalidade, fundada apenas na necessidade de defesa do Estado, à institucionalização constitucional. É o que nota José Levi Mello do Amaral Júnior em seu comentário ao Art. 62. da Constituição: “ *Inicialmente, sem nenhuma previsão no Direito positivo; a seguir, como fonte normal do Direito, por ele próprio prevista* ” (AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Art. 62. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.234). Essa situação corresponde à formação de certo senso comum, durante a primeira metade do séc. XX, de que a teoria da separação dos poderes teria sido superada: “ *a função do Governo, afirmou Carlos Medeiros Silva, se confunde cada vez mais com a legislação* ” (SILVA, Carlos Medeiros. As atribuições constitucionais do poder executivo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 31, p. 1-9, jan. 1953, p. 9).

Não se pode, contudo, descurar de dois fatores decisivos para a análise dessa transição de paradigmas. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a assunção de funções legislativas pelo Governo jamais foi feita sem ressalvas pela doutrina, e encontrou importante resistência entre os autores a ela contemporâneos. O jurista italiano Luigi Rossi resumiu a questão em frase basilar: o poder do governo de decretar em regime de urgência é uma questão “ *juridicamente importante, constitucionalmente vital e politicamente espinhosa* ” (ROSSI, Luigi. *Il decreto-legge sui Provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*. *Temi veneta*, n. 42, 509-513, 1899, p. 509).

Em segundo lugar, a Teoria Constitucional se mobilizou para identificar os mecanismos de controle aos atos normativos primários do Poder Executivo. Nas palavras de Clemerson Merlin Clève, professor na Universidade Federal do Paraná, minha alma mater, e que tanto se dedicou

ao tema: “ *cumpra trabalhar juridicamente (e politicamente, por que não?) no sentido de fulminar o abuso da atividade legiferante do Governo, em benefício da plena efetividade da Constituição e para proveito da democracia*” (CLÈVE, Clemerson Merlin, Medidas provisórias. 3ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 23). Essa será a marca de um constitucionalismo não mais centrado na preponderância de um Poder sobre os demais, mas no equilíbrio justo e constitucionalmente regulado entre as funções executiva, legislativa e judicial.

A partir de artigo seminal do professor da Universidade de Oregon, Hans Linde, a doutrina passou a conceber a necessidade de um *Due process of Lawmaking*, isto é, a aplicação da cláusula do “devido processo” à produção legislativa. Isso significa algo mais que a ideia de que ninguém será privado de sua vida, de sua liberdade ou de sua propriedade sem um devido processo legal. Aqui, a palavra “processo” se amplia para referir à própria noção de legislação. Segundo Linde: “ *o ponto é que o processo é governado, em todas as suas partes, por regras; que essas regras são dirigidas a fins e que, de tempos em tempos, são modificadas; e que a maioria das regras é suficientemente concreta, de modo que participantes e observadores reconheçam quando um corpo legislativo está seguindo o devido processo legislativo ou não*” (LINDE, H. *Due process of Lawmaking*. Nebraska Law Review, vol 55, p. 197-255, 1976, p. 242).

Assim, a relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, no marco da Constituição de 1988, depende, portanto, dos princípios e regras que garantem as condições procedimentais para uma gênese democrática do Direito. O devido processo legislativo exerce, neste sentido, não apenas uma função de mediação entre os vetores de poder que emanam do Executivo e do Legislativo, senão antes representa uma cláusula de garantia da orientação democrática da produção normativa. Como assevera Marcelo Cattoni: “*devido processo legislativo democrático, ou seja, democracia e abertura nos discursos legislativos de justificação das normas jurídicas do agir*” (CATTONI, Marcelo. Teoria da constituição. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 208).

Dessa forma, as limitações, formais e materiais, à edição e perpetuação das Medidas Provisórias, visam justamente a amoldar o sistema de freios e contrapesos necessário à separação de Poderes no Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 e aprimorado pela Emenda Constitucional nº 32/2001. Sobre o tema, assim decidiu esta Corte na ADI nº 5.127:

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). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (ADI 5127, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016)

Na ocasião, ponderei:

“Não é possível na ambiência histórica atual sucumbir a argumentos fatalistas que aprisionem as potencialidades democráticas do futuro, negando-as em razão de um modo de agir que demonstra desrespeito sistemático à moldura institucional construída pela Constituição da República.

O desvirtuamento dos mecanismos constitucionais que permitem o excepcional exercício de funções atípicas pelos diversos braços do Estado brasileiro pode desembocar em respostas dos demais em um subsequente turno de fala que, a fim de reequilibrar e acomodar os embates institucionais, não raras vezes resulte em distorções da arena democrática.

Tais leituras da ordem constitucional brasileira amesquinham cotidianamente os poderes da República, notadamente o Legislativo,

Poder que deve - à luz da sempre presente tensão entre constitucionalismo e democracia - prestar papel relevante na construção diuturna da narrativa constitucional brasileira.

Lidas sob esse enfoque, as regras formais que regulamentam o devido processo legislativo podem ser desveladas em seu pleno potencial democrático, como arcabouço construído mediante escolhas

fundamentais da comunidade nos momentos constituintes (feliz expressão cunhada por Bruce Ackerman) de modo a canalizar os futuros julgamentos políticos e as futuras tomadas de decisão.

Tais questões não passaram despercebidas em sede doutrinária. Em seu livro *Living Originalism*, Jack M. Balkin, não obstante deixe claro apresentar, de um lado, uma teoria constitucional, e, de outro, uma teoria da interpretação e construção constitucionais, bastante específicas – todas elas pensadas a partir da peculiar realidade dos Estados Unidos da América -, traz ao debate a interessante chave de leitura do denominado originalismo de moldura (framework originalism), que, ao mesmo tempo em que reconhece um dever de fidelidade às escolhas fundamentais, não ignora a noção de disputabilidade de sentido e de novas construções a serem realizadas no marco da moldura constitucional (BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, passim).

Sob essas lentes devem ser lidos os pedidos ora analisados. A ressalva ao procedimento de deliberação das Medidas Provisórias, tal como a interpretação conforme procedida ao art. 62, § 6º, pela decisão do Mandado de Segurança n.º 27.931, citada pelo relator, deve ser lida como exceção, não permitindo relativizar as demais exigências procedimentais a depender de circunstâncias concretas. É justamente nesses momentos que a supremacia da Constituição deve preponderar. Tratar-se-ia, em última análise, de mitigação do princípio da separação dos poderes em prol de um regime jurídico derogatório alheio ao sistema constitucional de crises (CORRÊA, Oscar Dias. *A defesa do Estado de direito e a emergência constitucional*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1957).

As fronteiras entre norma e exceção se tornariam ainda menos claras, e as possibilidade de controle por parte do Poder Legislativo se reduziria drasticamente. O conceito de “estado de crise”, cunhado por Karl Loewenstein para unificar os fenômenos de regulação dos poderes excepcionais em face dos princípios da necessidade, temporalidade e proporcionalidade (LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the government process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1957) perderia o sentido. Afinal, como assevera Giuseppe de Vergottini, a situação de normalidade indicaria, aqui, “*um regime de concentração em favor do Executivo, em um contexto de compressão da autonomia*” (De VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale comparato*. 9ª ed. Padova: Cedam, 491).

Assim, as limitações procedimentais são necessárias ao sistema de freios e contrapesos da separação de poderes, não tendo sido excetuadas pela Constituição sequer quando regula o estado de defesa e o estado de sítio.

A questão constitucional do ato impugnado reside na exigência do art. 62, § 9º, da Constituição, de parecer elaborado pela comissão mista de Deputados e Senadores:

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Previu-se, porém, no ato questionado (eDOC 5 da ADI 6751), grifando-se os artigos 2º, § 1º, art. 3º, § 1º e 7º, parágrafo único, impugnados na ADI:

Art. 1º Este Ato dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias editadas durante a vigência da Emergência em Saúde Pública e do estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, ainda pendentes de parecer da Comissão Mista a que se refere o art. 62, § 9º, da Constituição Federal

Parágrafo único. Aplicam-se as disposições da Resolução nº 1, de 2002-CN, no que não colidir com o disposto neste Ato.

Art. 2º No primeiro dia útil seguinte à publicação, no Diário Oficial da União, de medida provisória, de que trata o art. 1º, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir os respectivos avulsos eletrônicos.

Parágrafo único. Enquanto durar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19 as medidas provisórias serão instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando excepcionalmente autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental.

Art. 3º À Medida Provisória poderão ser oferecidas emendas perante o órgão competente da Secretaria Legislativa do Congresso Nacional, protocolizadas por meio eletrônico simplificado, até o segundo dia útil seguinte à publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, sendo a matéria imediatamente encaminhada em meio eletrônico à Câmara dos Deputados após decorrido esse prazo;

§ 1º Quando em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque deverão ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota em cada Casa.

§ 2º As emendas já apresentadas durante os prazos ordinários de tramitação das medidas provisórias vigentes na data de edição deste Ato não precisarão ser reapresentadas.

§ 3º Permanecem válidos todos os atos de instrução do processo legislativo já praticados em relação às medidas provisórias vigentes na data de publicação deste Ato, inclusive designação de relatores e eventuais pareceres já deliberados em comissão mista.

Art. 4º A medida provisória será examinada pela Câmara dos Deputados, que deverá concluir os seus trabalhos até o 9º (nono) dia de vigência da Medida Provisória, a contar da sua publicação no Diário Oficial da União.

Art. 5º Aprovada na Câmara dos Deputados, a matéria será encaminhada ao Senado Federal, que, para apreciá-la, terá até o 14º (décimo quarto) dia de vigência da medida provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º A tramitação em cada Casa atenderá às regras estabelecidas para esse período, especificamente no que se refere ao funcionamento dos Sistemas de Deliberação Remota de cada Casa.

§ 2º Havendo modificações no Senado Federal, a Câmara dos Deputados deverá apreciá-las no prazo de 2 (dois) dias úteis.

Art. 6º Ao disposto neste Ato não se aplica o art. 142 do Regimento Comum.

Art. 7º Este Ato se aplica às medidas provisórias já editadas e em curso de tramitação, observado o disposto no § 3º do art. 3º.

Parágrafo único. As medidas provisórias pendentes de parecer da Comissão Mista serão encaminhadas com as respectivas emendas para a Câmara dos Deputados, para que o parecer seja proferido em Plenário.

Art. 8º Havendo necessidade de prorrogação formal de medida provisória a que se refere este Ato, nos termos do § 1º do art. 10 da Resolução nº 1, de 2002-CN, caberá à Presidência do Congresso Nacional avaliar sua pertinência.

Art. 9º Ato interno de cada Casa poderá dispor sobre procedimentos adicionais necessários à implementação do disposto neste Ato.

Art. 10. Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

A inconstitucionalidade reside no art. 2º, parágrafo único (e os demais, por arrastamento, conforme pedido inicial), uma vez que os pareceres

emitidos por um membro de cada Casa não substituem a exigência constitucional do art. 62, §9º, de parecer elaborado pela Comissão mista.

A Comissão Mista é uma exigência constitucional para efetiva deliberação sobre a matéria com a devida participação social. A regra constitucional, inclusive, já foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n.º 4029, salientando a importância dos debates nas comissões e do respeito, já ressaltado aqui, do devido processo legislativo, com referência novamente à doutrina do prof. Clemerson Merlin Clève:

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. (...). 4 . **As Comissões Mistas é a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.** 5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias'. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da

Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. **Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional.** Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) **Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.**" (In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285) 6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998). (...) (ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203)

Aqui, de igual modo, a regra questionada esvazia a atribuição deferida pela Constituição ao necessário debate das Comissões Mistas, que, no

momento pandêmico, pode ser realizado de forma virtual ou híbrida. Colho o seguinte excerto da manifestação do Senado Federal (ADPF 661, eDOC 112):

“O SDR consiste em duas partes: uma solução de votação eletrônica remota e outra de videoconferência. A primeira permite o registro dos votos por meio de aplicativo próprio instalado nos aparelhos celulares dos Parlamentares, a consulta ao painel de votação, além de outras funções. A solução de votação possui mecanismos de segurança, como a confirmação por mensagem SMS e o registro de uma foto do parlamentar no momento do voto, a fim de evitar a votação indevida por terceiros. Já a solução de videoconferência é viabilizada por meio do uso da plataforma ZOOM. Por meio dela, torna-se possível a discussão das matérias em deliberação, a realização de audiências públicas, entre outras funções necessárias para que os debates ocorram de forma consentânea aos princípios democráticos que regem as relações no Parlamento.

Com o início emergencial de utilização do SDR, foram adquiridas, de forma urgente e excepcional, 14 (quatorze) licenças corporativas do software ZOOM, quantidade permitida pelos recursos orçamentários disponíveis. Tais licenças permitem o uso da versão corporativa do aplicativo, solução ideal para as necessidades operacionais das sessões e reuniões remotas, pois permite a participação simultânea de mais de 100 usuários, a entrada de participantes por meio de chamada telefônica e a realização de sessões com duração superior a quarenta minutos. Além disso, a versão corporativa possui mais opções de segurança, dentre as quais destacam-se o ‘domínio gerenciado’, que permite a geração de links para as sessões com o domínio do Senado, o ‘single sign-on’, funcionalidade que permite a integração da plataforma com os sistemas do Senado, e o ‘portal de administração’, que permite a administração das contas de usuários que podem acessar as sessões e reuniões.

Durante a realização de uma sessão ou reunião por meio do SDR, é necessário o uso simultâneo de duas licenças, em média. Assim, devido ao número restrito de licenças disponíveis no atual momento, há uma limitação tecnológico-operacional para o funcionamento concomitante de sessões e reuniões remotas. Exemplo dessa limitação pode ser verificado ao ser consultada a agenda legislativa do Senado Federal nos últimos meses, a qual demonstra que esta Casa tem buscado realizar tanto as reuniões de comissões quanto as sessões de Plenário em horários distintos.

Ressalte-se que essa limitação de realização de reuniões remotas simultâneas pode se mostrar um óbice para o pleno retorno e funcionamento de todos os órgãos colegiados a cargo do Senado

Federal, sobretudo das comissões mistas de medidas provisórias. Isso devido ao número de medidas provisórias em tramitação e ao número de reuniões necessárias para sua devida deliberação. Aqui, faz-se oportuno citar estimativas da ordem de grandeza dessas possíveis necessidades. Restringindo-se a dados da atual 56ª Legislatura, levantamento da Secretaria Legislativa do Congresso Nacional aponta que, apenas no ano de 2019, foram realizadas 151 reuniões de comissões mistas destinadas a emitir parecer sobre medidas provisórias, sendo que, naquele ano, foram editadas 48 dessas proposições legislativas. Já no ano de 2020, apenas após a emergência de saúde pública decorrente da pandemia da COVID19, foram editadas 102. Em 2021, foram editadas 27 e, atualmente, 34 encontram-se em tramitação nas Casas do Congresso Nacional. Ou seja, na presente data, caso seja ordenada a imediata emissão de parecer sobre as medidas provisórias em tramitação pelas respectivas comissões mistas, seriam necessários recursos para a instalação de 34 colegiados, o que inevitavelmente exigirá a realização simultânea de múltiplas reuniões.

Outro fator limitador, dessa vez restrito às comissões, é a solução de votação do SDR. Seu uso, no momento, vincula-se somente às votações ostensivas nominais nas sessões do Plenário. Entretanto, o Prodasen está em fase de conclusão do desenvolvimento de solução que permitirá também a votação remota nas reuniões das comissões permanentes. Está em análise pela Mesa Diretora, também, uma nova minuta de atualização do Ato da Comissão Diretora que regulamenta o SDR, a qual permitirá o retorno das reuniões deliberativas dos órgãos colegiados do Senado Federal por meio remoto.

Contudo, ainda não se chegou a uma solução tecnológica que permita a realização de votações secretas de forma remota.

Isso, especialmente, em decorrência da própria incompatibilidade fática de se resguardar o devido sigilo do voto do parlamentar de forma não presencial. Esse impedimento inviabiliza, por exemplo, o uso do SDR para a deliberação de autoridades e embaixadores, uma vez que essa aprovação deve dar-se por voto secreto, segundo expressa norma constitucional. Ressalte-se que, no âmbito das comissões mistas, esse impedimento pode dificultar a escolha dos Presidentes e Vice Presidentes dos respectivos colegiados, uma vez que sua eleição deve ocorrer mediante votação secreta, por força do art. 151 do Regimento Comum do Congresso Nacional e do art. 88 do Regimento Interno do Senado Federal.”

Não me parece, no entanto, que, passados mais de um ano e meio do início da pandemia, devam as dificuldades técnicas sobrepor-se à expressa determinação constitucional.

Nos termos do art. 11 da Lei n.º 9.882/99 e do art. 27 da Lei n. 9.868/99, devem ser, de todo modo, preservadas as medidas provisórias editadas desde a propositura até o julgamento de mérito, tendo em vista a segurança jurídica decorrente da medida cautelar concedida.

Ante o exposto, divirjo do relator e voto pela improcedência das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 661 e n.º 663, e pela procedência da ADI n. 6751, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo único, do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal n.º 1/2020, e, por arrastamento, dos seus artigos 3º, § 1º, e 7º, parágrafo único.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 01/09/2021