

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

WANDERSON BRAGA DE SOUZA

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4.029/DF: O PANORAMA DE UMA DECISÃO
JURIDICAMENTE (IN)SEGURA

Curitiba
2012

WANDERSON BRAGA DE SOUZA

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE 4.029/DF: O PANORAMA DE UMA DECISÃO
JURIDICAMENTE (IN)SEGURA

Monografia de conclusão de curso apresentada no
Curso de graduação em Direito, do setor de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal do
Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Eneida Desiree
Salgado

Curitiba

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

WANDERSON BRAGA DE SOUZA

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029/DF: O PANORAMA DE UMA DECISÃO JURIDICAMENTE (IN)SEGURA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientadora

DANIEL WUNDER HACHEM
Primeiro Membro

MIGUEL GUALANO DE GODOY
Segundo Membro

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois, tudo vem DEle, à minha esposa e eterna namorada Gisele que sempre compreendeu as minhas ausências e foi meu abrigo nas batalhas e conforto na angústia, ao meu “rei Arthur” que desde o início deste ano reina em nosso lar. Agradeço à minha mãe que me deu o suporte educacional a duras penas. Enfim, agradeço a todos que direta ou indiretamente estiveram comigo nesta caminhada.

Agradeço à Professora Dra. Eneida Desiree Salgado pela atenção, compreensão e paciência com aquele que ainda é uma criança e sabe apenas engatinhar nas ciências jurídicas. E também por nos ensinar que o direito constitucional não é uma “catchanca real”.

“Muitos querem uma medalha de ouro, mas poucos estão dispostos a treinar na intensidade necessária para se alcançar a glória olímpica.”

Mark Spitz

RESUMO

O processo legislativo definido na constituição é o meio pelo qual os diversos interesses plurais são filtrados pelo debate parlamentar e introjetados na lei em sentido amplo. Este momento deliberativo é a garantia da coletividade na efetivação de seus interesses e na sua proteção. A Medida Provisória é modo excepcional de legislar que compete ao Presidente da República. No entanto, não há completa liberdade deste agente político na definição do alcance e sentido da norma jurídica contida na medida de urgência. Exatamente por ser medida excepcional, em tese, os rigores dos controles político e jurídico deveriam ter sua máxima incidência sobre a Medida Provisória, sobretudo quando comparada ao modelo procedimental definido na Constituição, uma vez que a Carta Política representa a escolha político-jurídico de todos nós. Ganha importância também no controle dos provimentos presidenciais de urgência a questão da não deliberação popular representativa prévia e sua pronta eficácia normativa, vale dizer, uma vez que o procedimento legitimador democrático deliberativo é diferido, todos os meios que representam a manifestação democrática devem ser valorizados e efetivados, neste sentido o art. 62, § 9º é norma constitucional de efetivação do primado do Estado Democrático de Direito. Seu afastamento concretiza ofensa à ordem constitucional de que deve ser combatida pelo Supremo Tribunal Federal. Caso assim não proceda, o Pretório Excelso tende a tornar a própria Constituição um mero discurso sem substância. A opção por manter norma que não obedeceu às formalidades constitucionais garantistas é exatamente o que ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF sob a argumentação que a retirada da lei perduraria uma situação de inconstitucionalidade e fundamentado no art. 27 da Lei nº 9.868/99. No entanto, a efetivação da ordem jurídica fundada na Carta Política de 1988 não pode ser um eterno “concretizar”. A segurança jurídica tem uma faceta estatal que reside na observância, pelos órgãos públicos, das normas postas, sobretudo da Constituição e o excepcional interesse público está na efetivação da Lei Maior.

Palavras Chaves: Processo Legislativo Constitucional; Medida Provisória; Controle de Constitucionalidade; Inconstitucionalidade Formal; Segurança Jurídica.

ABSTRACT

The legislative process defined in the constitution is the means by which the various plural interests are filtered through parliamentary debate and internalized the law broadly. This is the guarantee deliberative moment in the collective realization of their interests and their protection. Provisional Measure is an exceptional way to legislate it is for the President. However, there is complete freedom in defining this agent political the scope and meaning of the legal rule contained in the measure of urgency. Just for being an exceptional measure, in theory, the rigors of political and legal controls should have its maximum effect on the Provisional Measure, especially when compared to the procedural model defined in the Constitution, since the constitution is the choice of all political and legal us. Also gains importance in the control of provisions presidential urgency the issue of non deliberation popular representative prior your prompt efficiency rules, once the procedure is legitimizing democratic deliberative deferred any means represent the democratic expression should be valued and effected in this sense the art. 62, § 9 is constitutional standard for ensuring the primacy of the democratic rule of law. Your Pitch materializes offense to constitutional order that must be tackled by the Supreme Court. If fail to do so, the Supreme Court tends to make the Constitution a mere speech without substance. The option for maintaining standard that did not obey the constitutional garantistas is exactly what occurred in the trial of Direct Action of Unconstitutionality 4.029/DF under the argument that the withdrawal of the law endure a situation of unconstitutional and based on art. 27 of Law number 9.868/99. However, the effectiveness of the legal system established by the Charter Policy 1988 cannot be an eternal "materialize". Legal certainty is a perspective that lies in state compliance by public bodies, the standards put, especially the Constitution and the exceptional public interest is in the effectiveness of Largest Law.

Key Words: Constitutional Legislative Process; Provisional; Judicial Review; Unconstitutionality Formal Legal; Security legal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO E PREMISSAS PARA O DEBATE _____	1
Capítulo 1 - AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E A SEGURANÇA JURÍDICA _____	15
1.1. O Processo Legislativo da Medida Provisória _____	21
1.2. A inconstitucionalidade formal _____	26
1.3. Segurança jurídica, inconstitucionalidade formal e fundamentação da decisão jurisdicional _____	32
Capítulo 2 - A DISCUSSÃO DENTRO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029/DF _____	38
2.1. A Inconstitucionalidade formal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF _____	43
2.2. A (In)segurança jurídica na Decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF _____	46
2.3. A resolução do “problema nacional” _____	50
CONCLUSÃO _____	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	57

INTRODUÇÃO E PREMISAS PARA O DEBATE

A Medida Provisória 366/2007 tramitou no âmbito do Congresso Nacional sem que houvesse parecer da Comissão Mista definida no art. 62, § 9º da Constituição Federal, após o transcurso do processo legislativo a medida foi convertida em na Lei nº 11.516/07 que Instituiu a Autarquia Federal Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a debruçar-se sobre a temática das Medidas Provisórias e o devido processo legislativo constitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), alegando dentre outros, o fato da não instalação efetiva da Comissão Mista e consequente falta de parecer.

O presente trabalho pretende apresentar críticas aos fundamentos da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF que visando homenagear a segurança jurídica, trouxe verdadeira insegurança jurídica.

A par da discussão sobre a legitimação do Estado e a construção dos diversos sistemas normativo-valorativos que integram a ordenação social, destaca-se o sistema jurídico como elemento daquele todo.

As normas jurídicas têm grande influência como organizador do grupamento social. Elas servem como definidoras de comportamentos esperados, reduzindo a contingência¹, tornando os comportamentos mais previsíveis.

Diz Paulo de Barros Carvalho: “[...] a disciplina do comportamento humano no convívio social, se estabelece numa fórmula linguística e o direito positivo aparece como um plexo de proposições que se destinam a regular a conduta das pessoas nas relações de inter-humanidade.”²

¹ ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2004. p. 315. Para Luhmann a sociedade sem ordem é complexa, pois tudo é possível, é o que ele chama de caos. Com a afirmação de uma realidade por meio da ordem há redução da complexidade e por consequência começa existir a sociedade. No âmbito das relações interpessoais a complexidade, entendida como o conjunto de todas as possibilidades, representa a contingência. Ele assim define o que é contingente: “Contingente é aquilo que não é nem necessário nem impossível, senão meramente possível. No momento em que dois indivíduos entram em contato nesse marco, cada um receberá essa contingência tanto referida assim como a do outro. [...] Enquanto não haja aparecido nenhum princípio de ordem não existe pauta de previsibilidade do comportamento próprio nem alheio, nada é previsível onde tudo é possível; não há expectativas; não há comunicação. Apenas a desordem segue da desordem não rompida.” Nesta linha de raciocínio o sistema direito serve ao sistema social como redutor da contingência. Cfr. N. Luhmann, “Die Lebenswelt – nach Rücksprache mit Phänomenologen”, ARSP, LXXII/2, p. 181. *apud. Ibid.*, pp. 301 e 302.

² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 2.

No entanto, com o desenvolver das organizações sociais as suas necessidades foram tornando-se mais complexas. As normas consuetudinárias que imperavam no momento inicial do desenvolvimento social, em um segundo momento necessitaram de aperfeiçoamento do qual é expressão a cristalização da norma costumeira por meio da norma escrita, tudo em nome da segurança jurídica.

José Afonso da Silva observa que “o Direito não nasceu na vida humana por virtude do desejo de prestar culto ou homenagem à ideia de justiça, mas para satisfazer uma inelutável urgência de segurança e de certeza na vida social.”³

Vale dizer, a norma escrita estava mais apta a ser parâmetro comportamental pelo fato de estar registrada. O que sem dúvidas determina mais certeza⁴ quanto à compreensão do conteúdo normativo⁵.

Assim, o preceito prescrito do direito positivado, enumera em verdade uma escolha de um determinado grupo em uma dada época substanciada na lei⁶. Mas a escolha do conteúdo preceito prescritivo-normativo passa pelo elemento político e pelo jogo de poderes que permeia a sociedade.

É exatamente na determinação desta certeza e cristalização⁷ da conduta modelo prescrita na norma jurídica que aparece a função estatal legislativa. Função estatal no sentido de que a escolha política independente, em regra, da ingerência de outras esferas

³ SILVA, José Afonso da. **Constituição e Segurança Jurídica**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 15.

⁴ SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1964. p. 11. O autor afirma: “[...] o direito legislado é a positivação das normas jurídicas existentes difusas no meio sócio-cultural, acrescentando-lhes, com a força cultural do Poder, o *plus* da certeza e da obrigatoriedade.” Danilo Zolo dissertando sobre a certeza do direito no Estado de Direito afirma: “[...] certeza do direito [...] é a possibilidade de que todos os cidadãos se dediquem com confiança aos seus próprios ‘afazeres’ e reivindiquem com uma boa expectativa de sucesso os próprios direitos tanto em relação aos *partners* sociais como às autoridades políticas.” ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40. O Tema será abordado com mais propriedade em momento oportuno.

⁵ Na concepção do direito como linguagem o sistema jurídico é linguagem e se sustenta por meio da própria linguagem. A opção pela linguagem escrita no sistema Romano-Germânico é clara, em nome da segurança jurídica. Gilmar Mendes assevera: “[...] o direito também como a linguagem ou, no mínimo, sob a compreensão de que ele está vinculado existencialmente à linguagem, porque é ela que lhe disponibiliza os elementos estruturais que possibilitam, mediante seus signos orais e escritos, transmitir as proposições e os conteúdos jurídicos indisponíveis à ordenação da vida social”. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

⁶ A lei pode ser entendida em um sentido amplo como a totalidade dos atos enunciados pelo Estado com o objetivo normativo e regulatório (art. 59, incisos I a VI da CF) e a lei em sentido estrito, referindo-se apenas aos atos emanados no exercício da função legislativa, marcados pela abstração, generalidade e que seguiram o rito constitucional (arts. 59 à 69 da CF) determinando sua aptidão para inovar a ordem jurídica.

⁷ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 13.

igualmente soberanas; e legislativa no sentido de ditar o seu próprio direito por meio da atividade legiferante.

Cabe ressaltar que o ente estatal não manifesta sua vontade legislativa por si só, mas por meio de seus agentes. Essa constatação é de grande importância no processo de captação do direito e sua conversão em lei em sentido amplo, determinando o caráter da norma em um dado momento histórico. Nelson de Souza Sampaio afirma que a depender de quem é o agente legítimo para definir as leis haveria quatro tipos de processos legislativos, a saber: o autocrático; onde o próprio governante é quem define as regras e faz as leis; o direto, onde é o povo que define os esquemas genéricos do direito; o representativo, neste sistema, devido a alguns fatores (social, territorial, demográfico, dentre outros), o povo fica impossibilitado de realizar ele próprio a feitura das leis em reuniões amplas, desta forma alguns, em nome daqueles é que são os legitimados a atuar no processo legislativo e a apresentar as demandas dos verdadeiros detentores do poder; e por fim, o processo legislativo semidireto onde há a representatividade do povo por meio de seus parlamentares, mas há também, mecanismos técnico-jurídicos que permitem ao povo manifestar sua vontade diretamente sobre o trabalho dos seus representantes, assim, neste sistema, a lei só ganha eficácia plena após aprovação pelo povo⁸.

No Estado Democrático de Direito o sistema representativo ganha destaque. O processo legislativo inserido neste contexto assume alguns caracteres que lhe imprime uma identidade própria pleno de significados que são entendidos apenas neste ambiente democrático. Pela sua importância para o processo legislativo analisar-se-á alguns aspectos do Estado Democrático de Direito a seguir.

⁸ SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. pp. 35 e 36. No mesmo sentido: CANTIZANO, Dagoberto Liberato. **O Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras e no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. pp. 126-137. Não se pode olvidar que embora predomine o sistema representativo na CF (art. 1º, parágrafo único), há ainda, mecanismos para que o povo, diretamente, exerça a soberania popular, tais como prevê o art. 14: o plebiscito que segundo o art. 2º § 1º da Lei 9.709/98 é convocação com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido, como exemplos temos o plebiscito realizado em 1993 sobre a forma e o sistema de governo; o referendo que, pela mesma lei, é a convocação com posterioridade ao ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição, como exemplo temos o referendo realizado em 2005 sobre a aprovação ou não da proibição da comercialização de armas de fogo; e por fim a iniciativa popular que é, na dicção do art. 13 da lei 9.709/98, apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, como exemplos temos a lei 8.930/94 que alterou a lei de crimes hediondos, lei 9.840/99 que altera o Código Eleitoral, conhecida como lei da compra de votos e mais recentemente a Lei Complementar 135/2010 conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Em uma rápida apresentação, o Estado Democrático de Direito surge no pós-guerras como resposta às atrocidades presenciadas pela humanidade. Nesta lógica, o Estado de características democráticas é regido pelo império da norma, construída pelo debate parlamentar que ao mesmo tempo limita o fazer estatal e lhe constrange a assegurar aos cidadãos o exercício efetivo, não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, os direitos de origem econômica, social e culturais⁹.

Danilo Zolo afirma que o Estado de Direito decorre de uma evolução secular no interior das estruturas do Estado Moderno e que se apoia em dois princípios fundamentais: a difusão do poder e a diferenciação do poder¹⁰.

Da análise do termo “Estado” e aqui, abstraída as discussões sobre a sua formação contratualista ou não, sua natureza e outros aspectos, permanecer-se-á apenas com o sintético conceito de Euzébio de Queiroz Lima tão consagrado em Direito Constitucional: “Estado é uma nação politicamente organizada”¹¹.

Paulo Bonavides explana: “A nação existirá sempre que tivermos síntese espiritual ou psicológica, concentrando os sobreditos fatores, ainda que falte um ou outro dentre os mesmos.”¹²

O termo “Democrático” remete a duas ideias principais. A primeira ideia que se apresenta é a do povo como detentor da soberania popular¹³, assim as inovações na ordem jurídica são, em verdade, manifestações do povo que define em um certo momento quais valores devem ser alçados a condição de norma geral e abstrata. A segunda ideia a ser apresentada é que nesta organização estatal as manifestações de vontades e as ações das esferas de poder devem ser voltadas para realização do ser

⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 213.

¹⁰ ZOLO, Danilo. **Teoria e crítica do Estado de Direito**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *op.cit.* p. 31. Segundo o autor o princípio da difusão “tende a limitar, com vínculos explícitos, os poderes do Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. Ele implica, por isso, uma definição jurídica dos poderes públicos e da relação com os poderes dos sujeitos individuais, também eles juridicamente definidos.” Já o princípio da diferenciação se liga a norma, seja na atividade legislativa, seja na atividade executiva, como elemento diferenciador dos subsistemas ético-religioso e econômico. Mais a frente na obra, o autor afirma que o princípio da difusão do poder é composto pelos seguintes institutos normativos: unidade e individualidade do sujeito de direito; igualdade jurídica dos sujeitos individuais; a certeza do direito o reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos. E o princípio de diferenciação do poder, a seu turno, é composto pelas seguintes modalidades institucionais: delimitação do âmbito de exercício do poder e de aplicação do direito; separação entre instituições legislativas e instituições administrativas; o primado do poder legislativo, princípio da legalidade e reserva de legislação; subordinação do poder legislativo ao respeito dos direitos subjetivos constitucionalmente definidos; e autonomia do poder judiciário. *ibid.* pp. 36-47.

¹¹ LIMA, Euzébio de Queiroz. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: A casa do Livro, 1951. p. 5. *apud*. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 195.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 100.

¹³ Art. 1º, parágrafo único da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

humano, ou seja, todas as garantias e liberdades individuais estabelecidas no ordenamento e que representam em larga medida aquelas escolhas definidas pelo povo, devem ser o norte de toda ação estatal tanto da esfera legislativa, quanto executiva e judicial.

O terceiro termo, o “Direito”, refere-se às normas postas. O Estado Democrático de Direito é uma faceta do Estado de Direito que designa um ordenamento jurídico onde os poderes públicos estão submetidos à lei formal e materialmente¹⁴, e concretiza uma resposta ao Estado absoluto que tudo podia. Naquele momento do desenvolver secular do ente político, o direito é uma esfera de não atuação estatal. No entanto à medida que o Estado começa ter um papel mais ativo como garantidor e provedor das liberdades individuais, o direito passa ter uma nova roupagem. Nesta perspectiva, o direito representa um elemento legitimador e um elemento determinante de impessoalidade, a norma é impessoal. Danilo Zolo relembra o aspecto isonômico do Estado de Direito nas seguintes palavras: “Graças ao caráter geral, do instrumento legislativo, as situações subjetivas que estão compreendidas em determinado fato abstrato são tratadas de modo igual, ou seja, a luz do mesmo princípio normativo [...] Iguais, portanto, são todas as consequências jurídicas de comportamentos jurídicos permanentes.”¹⁵

Sob o aspecto legitimador as esferas de poder devem agir em conformidade com as normas postas. As atividades administrativa, judicante e legiferante devem atuar segundo os ditames da lei sob pena de se emanar um ato não legítimo e plenamente passível de ser desconstituído. Paulo Bonavides ainda liga a legitimidade a um caráter justificador e valorativo do próprio poder: “Já a legitimidade tem exigências mais delicadas, visto que levanta o problema de fundo, questionando acerca da justificação e dos valores do poder legal. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração.”¹⁶

Ainda sob o prisma da impessoalidade, o direito representa, ou deveria representar, a expressão da vontade geral, não há espaços para preferências ou favoritismos dos agentes políticos. E também representa o produto de um poder soberano dividido em funções impessoais contrabalanceadas entre si para “oxigenar” umas às outras. Assim, executivo, legislativo e judiciário desenvolvem suas atividades entrelaçando-se, como expressão do controle do povo pelo povo de maneira impessoal.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). *op. cit.* p. 417.

¹⁵ ZOLO, Danilo. **Teoria e Crítica do Estado de Direito**. *ibid.* p. 38.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.* p. 141.

Dentro deste contexto do Estado Democrático de Direito não se pode olvidar do constitucionalismo que é a máxima expressão deste modelo: a existência de uma lei que está acima de todas as outras, organizadora do Estado, definidora de direitos e garantias fundamentais e ainda é o *locus* de validade de todos os atos normativos do ente estatal. Luigi Ferrajoli apregoando sobre a passagem do paradigma da legalidade para o paradigma constitucional no Estado de Direito assevera: “No ‘Estado constitucional de Direito’, as leis são submetidas não só a normas formais sobre produção, mas também a normas substanciais sobre o seu significado. De fato, não são admitidas normas legais, cujo significado esteja em contraste com as normas constitucionais.”¹⁷

O poder constituinte que é expressão da vontade geral e soberana que definiu em um momento histórico os preceitos jurídicos que gozariam de supremacia numa nova ordem vindoura. Nesta ordem, as normas jurídicas que inovam o arcabouço jurídico devem buscar sua validade material e formalmente na Constituição. Aqui surge uma das finalidades do processo legislativo como procedimento de passagem do interesse enquanto potência para a realidade jurídica, vale dizer, a introjetar o interesse a ser tutelado, mas ainda não legislado, na lei em sentido amplo. Nada obstante, esse procedimento deve traduzir-se em um ato normativo alinhado ao texto constitucional e ao primado do Estado Democrático de Direito.

É no processo legislativo plural e deliberativo¹⁸ que se expurgam os interesses privilegiados e pessoais, as ofensas às esferas subjetivas e toda sorte de desconformidade com os ditames constitucionais e busca-se alcançar objetivos e interesses da coletividade sem menosprezar os interesses das minorias homenageando ao aspecto democrático do direito.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO Danilo (orgs.). *op. cit.* p. 425.

¹⁸ Miguel Gualano de Godoy utilizando a tese democrática de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella, afirma: “[...] A democracia deliberativa, segundo estes autores parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade.” GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 5. Explorando outro viés do processo legislativo Clèmerson Clève sustentado pela doutrina de Gustavo Zagrebelsky afirma que “a lei no sentido clássico representava a ‘vontade geral’ e hoje ela representa um ‘processo público geral’”. Isto significa que a generalidade sobrevive no procedimento e não mais no conteúdo da lei. Segundo o autor, isto é tudo que pode sobreviver num contexto democrático pluralista. Afinal, a vontade geral pressupunha uma hegemonia política no Parlamento e até mesmo uma não fragmentação dos interesses envolvidos no processo político. ZAGRABELSKY, Gustavo. *Manuale di diritto costituzionale: il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1993. vol I. p. 154. *apud*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010. p.75.

Miguel Gualano de Godoy ressaltando o aspecto discursivo da democracia deliberativa afirma que este tipo de democracia é um método para que a vontade da maioria seja o mais próximo possível da melhor alternativa, mas a melhor alternativa só atingível segundo o método do discurso¹⁹.

Somente depois deste crivo é que os atos normativos são legítimos e trazem consigo toda carga normativa no sentido de concretizar um Estado de respeito, um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

O processo legislativo tem um duplo aspecto: um sociológico e outro jurídico. Segundo Nelson de Souza Sampaio, o aspecto sociológico é expressão do próprio fenômeno jurídico que decorre do conteúdo social. São os anseios, os interesses e expectativas que em princípio, são captados no seio social e é cristalizado no corpo da norma²⁰.

O outro sentido do processo legislativo é o sentido jurídico que pode ser entendido como espécie do direito processual. Neste sentido é o regramento jurídico que define como uma lei em sentido amplo vem ao mundo jurídico. Traz em si a noção dinâmica de atos que se entrelaçam desde a iniciativa legislativa até a promulgação da lei²¹.

Cândido Rangel Dinamarco traz o aspecto legitimador do processo legislativo ao afirmar:

[...] no processo Legislativo em regime democrático e constitucional, *há* procedimentos a serem observados, com a marca da legalidade e participação dos interessados, entendendo-se que ao legiferar a maioria exerce o *poder* estatal; a abertura à *participação* do povo no processo legislativo através dos representantes à norma que legitima essa espécie de processo estatal não-jurisdicional.²² (grifos no original)

¹⁹ GODOY, Miguel Gualano de. *op. cit.* p. 69.

²⁰ SAMPAIO, Nelson de Souza. *op. cit.* p. 27. O autor chega a dizer: “o (aspecto) sociológico pode ser entendido como os fatores reais e fáticos que põe em movimento os legisladores e o modo como eles costumam proceder ao realizar a tarefa legislativa.”

²¹ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* pag. 26. A Professora Maria Asunción Garcia Martinez ainda assinala como definidor do próprio processo legislativo o seu fim. Assim ela ressalta: “*Hemos dicho que los actos que integran el procedimiento están preordenados en virtud de un resultado o acto jurídico final que les confiere un sentido de unidad que trasciende a aquellos actos procedimentales individualmente considerados.*” MARTINEZ, Maria Asunción Garcia. *El procedimiento legislativo*. Madrid: Publicaciones del Congreso del los Diputados – Gabinete de Publicaciones, 1987. p. 22.

²² DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1990.p. 96. Mais adiante, na página 185, o autor declara: “A ideia de *legitimação pelo procedimento* é vitoriosa hoje, mesmo fora do campo jurisdiccional, pelo que ela tem de expressivo do ponto-de-vista da inserção do sistema processual na ordem constitucional e da sua aceitabilidade social. Tem-se como certo que seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados diretos no resultado do processo. Essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e, portanto, participativo, sob pena de não ser legítimo.”

Desta forma o processo legiferante, como dito no tópico anterior, é um verdadeiro canal que absorve o interesse no grupo, processa-o num ambiente de intenso debate e o apresenta ao final o seu produto na forma de lei em sentido amplo, perfeita e acabada, como regra geral. No entanto, para que esta passagem respeite os anseios de uma sociedade que é plural, há regras bem definidas para que, no aperfeiçoar do debate²³, a norma seja representativa e legítima perante os detentores da soberania e não seja a imposição de uma minoria articuladora do poder político.

No Brasil o Processo Legislativo, em regra ocorre no Congresso Nacional²⁴, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ou seja, o sistema adotado aqui é o bicameral igualitário²⁵. A Câmara dos Deputados²⁶ representa o povo por meio de agentes políticos²⁷ eleitos segundo o sistema proporcional²⁸ e em regra funciona como casa iniciadora das proposições que colocam em marcha o processo legislativo²⁹, é o que o texto constitucional chama de iniciativa de leis³⁰. A outra Casa do Congresso é o Senado composto pelos representantes dos Estados Membros e que em regra funciona como casa revisora dos projetos advindos da Câmara³¹, os Senadores são eleitos pelo sistema majoritário. Ambas são dirigidas pelas Mesas³² que são responsáveis pela organização e pelo bom andamento das deliberações, e ainda possuem comissões permanentes e temporárias para análises iniciais das proposições³³.

²³ GODOY, Miguel Gualano de. *op. cit.* p. 45. O autor analisando a deliberação dentro da democracia deliberativa assevera: “A discussão assume papel central para a democracia deliberativa porque por meio dela se eliminam possíveis erros fáticos e lógicos que se apresentam nos argumentos. Ou seja, por meio da deliberação os sujeitos apresentam suas convicções perante os outros, os quais atuarão não como meros receptores daquela informação/opinião, mas como verdadeiros filtros.”

²⁴ Art. 44 da CF. Como exceções podem ser citadas as leis delegadas e as Medidas Provisórias que tem início por solicitação de autorização (art. 68 *caput* da CF) e deliberação executiva (art. 62 *caput* da CF) respectivamente. No âmbito Estadual o legislativo é exercido pela Assembleia Legislativa (cf. art. 1º do Regimento interno da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná) e no âmbito municipal pela Câmara de Vereadores (cf. art. 1º do Regimento interno da Câmara de Vereadores de Curitiba), vale dizer, nas esferas estadual e municipal o legislativo é unicameral.

²⁵ Igualitário no sentido de que não há predominância de uma casa sobre a outra. Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1964. p. 56.

²⁶ Art. 45 da CF.

²⁷ Maior aprofundamento ver MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 245

²⁸ Maior aprofundamento ver MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* pp. 862 – 877.

²⁹ Exceção ocorre quando a iniciativa couber a Senador ou Comissão do Senado, exegese do art. 61 *caput* da CF.

³⁰ Art. 108 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

³¹ Art. 211 do Regimento do Senado.

³² Arts. 14 e 15 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e arts. 46 e 48 do Regimento Interno do Senado.

³³ Art. 58 da CF e ainda art. 22 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 71 do Regimento Interno do Senado.

Na atualidade brasileira, o processo legislativo encontra seu fundamento de validade no Texto Constitucional nos arts. 59 a 69.

Para fins de comparação histórica as Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não enumeravam de forma explícita as espécies normativas. Havia somente disposições gerais do processo legislativo de leis, resoluções e decretos regulamentares. A Primeira constituição a trazer o rol de espécies normativas primárias foi a Constituição de 1967, no art. 49, enumerava as seguintes espécies: I - emendas à Constituição; II - leis complementares à Constituição; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - decretos-leis; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. E por fim, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve o mesmo texto. No âmbito dos Estados Membros, a Constituição do Estado do Paraná em seu art. 63, prevê as seguintes espécies normativas: I - emendas à Constituição; II - leis complementares à Constituição; III - leis ordinárias; IV - decretos legislativos; V – resoluções; VI – Leis delegadas. Na municipalidade, a Lei Orgânica de Curitiba prevê, no art. 50, as seguintes espécies normativas: I - emendas à Lei Orgânica; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - decretos legislativos; V – resoluções.

Segundo o atual texto constitucional, no art. 59, as espécies normativas primárias são: Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos, e por fim as Resoluções³⁴.

Seguindo a linha de pensamento de José Afonso da Silva os atos que compõe o processo legislativo são: a iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e publicação³⁵.

A iniciativa legislativa é o ato inicial da sequência dos atos que culminará na lei em sentido amplo. É caracterizada como uma faculdade conferida a um órgão ou pessoa para propor projetos de lei de seu interesse³⁶. José Afonso da Silva assim define a iniciativa: “A iniciativa legislativa aparece, pois, como poder de estabelecer a formação do Direito objetivo e como poder de escolha dos interesses a serem tutelados pela ordem jurídica.”³⁷ Desta forma a iniciativa pode ser concorrente, quando mais de um

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 824.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 525.

³⁶ Art. 102 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “A proposição de iniciativa de Deputado poderá ser apresentada individual ou coletivamente.” E art. 213-A do Regimento Interno do Senado Federal: “É facultado a qualquer Senador ou comissão oferecer projeto de lei de consolidação [...]”

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1964. p. 106.

legitimado tem a possibilidade de dar início ao processo legislativo; ou exclusiva, quando a pauta contem interesses tão específicos a determinados grupos que em nome da independência e harmonia dos poderes da União, deve-se excluir da iniciativa pessoas e/ou órgãos estranhos a determinados assuntos³⁸.

Em linhas gerais, dado início ao processo legislativo os parlamentares podem propor emendas. As emendas são alterações no texto originário do projeto de lei proposto no exercício da iniciativa parlamentar³⁹. A emenda visa transpor para dentro da proposição a tutela de interesses jurídicos representados em plenário e/ou comissões.

Após a apresentação das emendas passa-se a votação que é a manifestação de vontade do parlamentar a favor ou contra uma determinada proposição com finalidade de formar a vontade das Casas Legislativas do Congresso⁴⁰. Geralmente ocorre no plenário das casas, no entanto, há manifestações que ocorrem no âmbito das Comissões Temáticas e a depender da matéria é dispensável a manifestação do pleno⁴¹.

Encerrada as votações segue-se a sanção ou veto do Presidente da República⁴².

Desta forma a Casa que findar a atividade legislativa deve encaminhar o projeto para aquiescência do Presidente da República que o sancionará ou vetá-lo-á total ou parcialmente. Assim tanto a sanção como o veto são manifestações de vontade do Chefe

³⁸ Como exemplo pode citar-se o art. 93 da CF: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura [...]” Esta norma é tão fundamental para a atividade jurisdicional que não se poderia cogitar da intromissão, por exemplo, do Presidente da República, na iniciativa legislativa do Supremo Tribunal Federal sob pena de ferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

³⁹ Regimento Interno da Câmara dos Deputados arts. 118 a 125; Regimento Interno do Senado Federal arts. 230 a 234.

⁴⁰ Art. 180 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e art. 288 do Regimento Interno do Senado Federal. Cabe ressaltar que o parlamentar pode ainda se abster quanto à matéria a ser votada, conforme art. 180 § 2º do Regimento interno da Câmara dos Deputados e art. 294, I, “b” do Regimento Interno do Senado Federal. Segundo o Supremo Tribunal Federal a manifestação de vontade do Parlamentar deve estar alinhada à orientação Partidária, como corolário da fidelidade partidária (precedentes: MS 26603/DF – Relatoria Min. Celso de Mello; MS 26602/DF – Relatoria Min. Eros Grau; MS 26604/DF – Relatoria Min. Carmen Lúcia). Em posição diametralmente oposta se posiciona Eneida Desiree Salgado em: SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. pp. 71-76.

⁴¹ Art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados; Art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal.

⁴² Art. 66 da CF: “A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.” Segundo a linha defendida por José Afonso da Silva a sanção pode ser: “I – positiva: a) solene ou formal, a que se exprime através de uma fórmula escrita e consagrada; b) sanção pelo silêncio, a que decorre do transcurso do prazo, sem veto.” O autor faz referência à sanção negativa que equivaleria ao veto. SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1964. p. 157. Quanto aos tipos de veto o autor os especifica em: absolutos que implicam na rejeição definitiva da proposição; relativos que suspende, apenas a transformação da proposição em lei; legislativo que representa faculdade do Chefe do Executivo de impedir que um projeto se torne lei; o veto parlamentar que quer dizer que o projeto deve obter o crivo das duas casas do Congresso, caso obtenha a aprovação de apenas uma o projeto não se converte em lei; popular que é a possibilidade do povo opor-se à aplicação da lei; total que é o veto que atinge toda a proposição e por fim, o parcial que atinge apenas parte da proposição. *ibid.* p. 197-199.

do Executivo em relação aos atos do legislativo. Cabe ressaltar que no Brasil o veto é relativo, vale dizer, ele pode ser derrubado pela deliberação do Congresso em sessão conjunta por votação da maioria absoluta dos deputados e senadores em escrutínio secreto, conforme inteligência do art. 66, § 4º da Constituição.

José Afonso da Silva afirma: “quer dizer que, rejeitado o veto e, pois, aprovado o projeto, isto é suficiente para que se torne lei, ingressando na ordem jurídica.”⁴³

Por fim, sancionado o projeto de lei deixa-se o estado embrionário e passa a ser lei, em seguida é promulgada e publicada. A promulgação e a publicação são atos de aperfeiçoamento do ato legislativo. A promulgação segundo José Afonso da Silva, é o ato que dá ciência a toda comunidade que uma lei que seguiu todo o trâmite regulamentar foi aprovada pelos órgãos competentes⁴⁴. Já a publicação, segundo aquele mesmo autor, é o ato de divulgar a promulgação, ou seja, comunica-se para a comunidade a lei e seu conteúdo⁴⁵.

Feito este recorte nos atos que integram de maneira geral o processo legislativo das leis em sentido amplo aprofundar-se-á um pouco mais nas espécies de processo legislativo constitucional para no segundo capítulo ater-se ao processo que envolve a conversão das Medidas provisórias em leis o que permitirá debruçar sobre a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF pelo STF.

Dentre os diversos tipos de procedimentos começar-se-á pelo ordinário. Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva o procedimento ordinário é o procedimento regra do ordenamento jurídico brasileiro. Tem como característica ser um procedimento mais demorado com diversas oportunidades para exame das matérias e discussões a cerca do projeto de lei.

O procedimento ordinário compreende: 1) a fase introdutória; 2) a fase de exame da proposição nas comissões permanentes; 3) a fase das discussões; 4) a fase da decisão; e por fim 5) a fase revisória.

Na fase introdutória ocorre a apresentação do projeto de lei pelo legitimado ao órgão competente. Na fase de exame do projeto, após a admissão pelas Mesas, o projeto é enviado às Comissões Permanentes da casa iniciadora⁴⁶ para emissão de pareceres

⁴³ *ibid.* p. 205.

⁴⁴ *ibid.* p. 214.

⁴⁵ *ibid.* p. 163.

⁴⁶ Em regra a Casa Iniciadora é a Câmara dos Deputados, mas excepcionalmente o Senado pode ser a Casa Iniciadora quando Senador ou Comissão do Senado apresentar uma proposição, ou ainda a proposta de emenda à constituição fundada no art. 60, III da CF, nos seguintes termos: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.”

favoráveis ou desfavoráveis à aprovação do projeto quando da deliberação em plenário⁴⁷.

Não se pode negar que nesta fase do procedimento ordinário já há deliberação, pois os parlamentares já podem apresentar emendas e até mesmo substitutivos ao projeto original⁴⁸.

A próxima fase no âmbito do procedimento ordinário é a fase de discussão propriamente dita. Aqui o projeto de lei é apresentado ao plenário da casa legislativa para que os parlamentares apresentem suas ideias por meio de emendas ou substitutivos à proposição⁴⁹.

É nesta fase que ocorre o aperfeiçoamento democrático da vontade legislativa. É aqui que ocorre a inserção das vontades da maioria sem desprezar as vontades da minoria em homenagem ao pluralismo político e democrático (art. 1º, V da CF).

O debate funciona como um elemento integrador e revelador das vontades juridicamente relevantes captando a necessidade no meio social por meio dos representantes legalmente eleitos e transformando-a em direito⁵⁰.

Após os debates inicia-se a fase decisória. Nesta fase o projeto é submetido à votação dos parlamentares para aprovação ou rejeição do texto proposto. Caso o projeto seja aprovado na casa iniciadora, o mesmo é enviado à casa revisora, onde será submetido ao mesmo procedimento. No caso de rejeição o mesmo será arquivado.

Na casa revisora, inicia-se nova análise sobre a proposição. Os parlamentares debruçam-se novamente sobre o projeto de lei em sentido amplo para observar aspectos formais, materiais e ainda, caso seja conveniente e oportuno, transpor para a proposição interesses políticos representados na casa legislativa. Neste momento o projeto pode tomar três destinos possíveis: ser aprovado sem emendas, caso em que seguirá para sanção, promulgação e publicação; ser aprovado com emendas, caso em que retornará a casa iniciadora para apreciação das emendas que podem ser aceitas ou rejeitadas e após

⁴⁷ Art. 133 do Regimento Interno do Senado Federal; Art. 133 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁴⁸ Dentre outros art. 118 § 4º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁴⁹ Cf. art. 161 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. E ainda, SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1964. pp. 168-169.

⁵⁰ Foge do debate proposto pelo presente trabalho a questão a cerca do real sentido da representação partidária nas Casas do Congresso e o desejo de manutenção no poder por parte das maiorias partidárias. Manoel Gonçalves Ferreira Filho chega afirmar: "A lógica interna da democracia moderna, porém destruiu o sistema idealizado e substituiu à arbitragem desinteressada o prevailecimento de interesses particulares, num grau talvez jamais visto [...] Nesta disputa, os partidos, que são os órgãos caracterizados pela intenção de tomar para si o poder, lutam entre si, para obter a maioria eleitoral. Ora, esta obtenção impõe ao partido somar apoios, o que alcança, de um lado, encampando pretensões." FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Do Processo Legislativo**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. pp. 265-266.

esta apreciação a própria casa revisora enviará o projeto à sanção⁵¹; ou ainda ser rejeitado e conseqüentemente ser arquivado⁵².

Por fim, a casa que der termo a votação enviará o projeto ao Presidente da República⁵³ para sanção ou veto, e posteriormente promulgação e publicação da lei.

No procedimento legislativo sumário, a formação da lei segue um rito mais célere, segundo juízo do Chefe do Executivo Federal⁵⁴.

O trâmite processual é o mesmo do procedimento ordinário, por óbvio há uma restrição quanto à iniciativa, pois o procedimento sumário cabe apenas nas matérias exclusivas de iniciativa do Presidente⁵⁵. Outro artifício processual que difere o rito ordinário do rito sumário é possibilidade de trancamento da pauta de votação caso ocorra o esgotamento do prazo constitucional de 45 dias sem a respectiva deliberação concluída⁵⁶.

Por fim, José Afonso da Silva denomina de procedimento legislativo especial aquele destinado à elaboração das Emendas Constitucionais, Leis Financeiras, Leis Delegadas, Medidas Provisórias e Leis Complementares⁵⁷.

Estas espécies normativas tem em seu procedimento de criação uma especificidade que pode ser material como é o caso das Leis Financeiras e das Leis Complementares. As primeiras tratam da gestão dos recursos públicos, ao passo que as

⁵¹ Vale lembrar questão importante neste ponto quanto ao retorno à casa iniciadora dos projetos emendados na casa revisora. Segundo o art. 118 do Regimento da Câmara dos Deputados as emendas são: supressiva é a que manda erradicar qualquer parte de outra proposição; aglutinativa é a que resulta da fusão de outras emendas; substitutiva é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição; modificativa é a que altera a proposição; aditiva é a que se acrescenta a outra proposição. No entanto ainda no art. 118, o § 8º traz uma outra modalidade de emenda, a de redação, assim conceituada: Denomina-se emenda de redação a modificativa que visa a sanar vício de linguagem, incorreção de técnica legislativa ou lapso manifesto. O retorno a casa iniciadora, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ocorrer somente quando há alteração substancial do texto advindo da casa propulsora do processo legislativo (Precedente ADC 03 Relator(a) Ministro Nelson Jobim). A mera adequação do texto, como ocorre com emendas de redação, não tem o condão de remeter o projeto a casa iniciadora. Diz o relator: “o retorno do projeto à casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará, se e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica. Ou seja, se emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada.” Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADC 03. Relator(a) Min. Ministro Nelson Jobim. Distrito Federal, 01/12/1999. DJ 09/05/2003. p. 44.

⁵² Cf. a Constituição art. 67. “A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional.”

⁵³ Cabe ressaltar que havendo emendas na casa revisora ou a proposição de substitutivos os mesmos serão analisados na casa iniciadora. Cf. Art. 286 e 287 do Regimento Interno do Senado Federal e art. 123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 531. No Texto constitucional art. 64 § 1º da CF.

⁵⁵ Art. 375 do Regimento Interno do Senado; art. 204 do Regimento Interno da Câmara.

⁵⁶ Art. 64 § 2º da CF.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* p. 531.

últimas se ocupam de matérias cuja competência legislativa está definida na própria Constituição.

Outro traço distintivo das espécies normativas primárias que são produzidas segundo o procedimento legislativo especial é quanto à forma como é o caso das Emendas Constitucionais, as Leis Delegadas, novamente as Leis Complementares e as Medidas Provisórias.

No que diz respeito à forma as Emendas Constitucionais apresentam um trâmite mais custoso ressaltando a supremacia e estabilidade do texto constitucional; já as Leis Delegadas representam um deslocamento pontual da competência legislativa para o poder que precipuamente governa e administra, vale ainda observar que o momento inicial da Lei Delegada não se exterioriza com a iniciativa legislativa no ambiente do Congresso Nacional, mas com uma solicitação formal do Chefe do Executivo ao parlamento; as Leis Complementares se diferenciam quanto ao *quorum* de aprovação qualificado em relação às leis ordinárias; e por fim as Medidas Provisórias que são em verdade um ato monocrático do Presidente da República com eficácia normativa imediata e consequente início de análise e validação do ato pelo poder que precipuamente legisla.

Da análise das espécies normativas do art. 59 da CF resta alocar os decretos legislativos e as resoluções quanto ao seu procedimento de produção. Estes espécimes podem ser incluídas nos procedimentos especiais, pois representam exercício da atividade legislativa como verdadeira exteriorização da harmonia constitucional entre os poderes da União no que diz respeito aos assuntos de interesse do Congresso Nacional. Por este entendimento, não possuem o aval do Chefe do Executivo por meio da sanção ou veto como no procedimento legislativo ordinário, pois imaginar de forma contrária seria admitir interferência do Executivo na esfera de atuação do Legislativo.

Diante dos objetivos propostos, voltar-se-á as atenções para o procedimento legislativo especial das Medidas Provisórias para num segundo momento, aprofundar-se no debate que se instalou na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF.

Capítulo 1 – AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

As Medidas Provisórias tem sua origem no *decreto – legge* da Constituição Italiana de 1947 que assim prevê em seu artigo 77:

O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos com valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo, sob responsabilidade, adotar medidas provisórias com força de lei, deverá, no mesmo dia, submetê-las para efeitos de conversão às Câmaras, as quais, se dissolvidas, são convocadas para este fim e reúnem-se dentro de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde o início se não são convertidos em lei nos sessenta dias posteriores à sua publicação. As Câmaras, todavia, podem regular por lei as relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos.⁵⁸

Segundo Alexandre Mariotti, no ordenamento jurídico brasileiro a expressão “decreto-lei” foi introduzida pela Constituição de 1937 com um significado plural. Representava decretos-leis autorizados pelo Parlamento, com as condições e limitações do exercício do poder de editar os atos (art. 12); decretos-leis de necessidade quando do período de recesso parlamentar ou dissolução (art. 13); decretos-leis de matéria exclusivas do Presidente (art. 14); e por fim, decretos-leis de Governo enquanto não se reunir o Parlamento (art. 180)⁵⁹. No entanto, o autor afirma que dentre todas estas modalidades de decretos-leis, somente a prevista no art. 180 foi efetivamente utilizada e

⁵⁸ Em tradução feita por Alexandre Mariotti. MARIOTTI, Alexandre. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 40. Na nota de referência 100 original: “Art. 77. *Il Governo nom può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbaiano valore di legge ordinaria.*

Quando, in casi straordinari di necessità de urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono covertiti in legge entro sessenta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base decreti non covertiti.”

⁵⁹ *Ibid.* p. 55. E ainda, Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937: Art. 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização. Art. 13- O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes: a) modificações à Constituição; b) legislação eleitoral; c) orçamento; d) impostos; e) instituição de monopólios; f) moeda; g) empréstimos públicos; h) alienação e oneração de bens imóveis da União. Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva. Art. 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

como fruto deste período pode-se enumerar importantes legislações como o Código Penal (Decreto-lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689 de 3 de outubro de 1941) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-lei 5.452 de 1 de maio de 1943)⁶⁰.

Na Constituição de 1946, como repulsa aos abusos do período anterior, os Decretos-leis foram abolidos, conforme se pode extrair da exegese dos artigos 37 e 36 § 2º⁶¹

Na Constituição de 1967 o instituto reapareceu como “decretos com força de lei” conforme art. 58⁶². Já na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (alterado pela EC 22 de 1982) a expressão decreto-lei é retomada⁶³.

Sob a égide da Constituição de 1988, e debaixo do regime instituído pela EC 32/2001, segundo o artigo 62⁶⁴ da CF, o Presidente da República poderá adotar medida provisória, com força de lei, e após a sua publicação deve submetê-la à apreciação do Congresso.

⁶⁰ *Ibid.* p. 56. A utilização do art. 180 para emanação de atos de governo é plenamente compreensível pelas próprias características do governo autocrático do Estado Novo de Getúlio Vargas.

⁶¹ Art. 37 - O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

⁶² Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir *decretos com força de lei* sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas. Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado. (grifo nosso)

⁶³ Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. § 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51. § 2º A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

⁶⁴ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Antes da EC 32/2001 a redação do art. 62 era a seguinte: “Art.62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.” Antes da EC 32/01, o prazo de vigência da MP era de 30 dias e, segundo a entendimento do STF (Súmula 651, precedentes: ADI 1.647 e RE 239.287 AgR e ADI 1.397 MC), poderia ser reeditada indefinidamente, desde que dentro do prazo de 30 dias. Não havia limites para a sua reedição. As medidas provisórias que foram editadas antes da EC 32 se submetem a esse modelo. Então, temos, ainda hoje, medidas provisórias que estão dentro do regime constitucional antigo, eternizando a provisoriedade. Segundo o regime anterior, esse prazo não era suspenso durante o recesso e podia ser reeditada várias vezes e em tese, podia-se editar medidas provisórias para regular quase tudo.

Pela leitura do *caput* do art. 62, pode-se extrair que as Medidas Provisórias tem um rito processual legislativo diverso daquele previsto para as demais espécies normativas do art. 59 da CF. Em regra, excetuando as MPs e as Leis Delegadas, todas as demais espécies normativas primárias tem seu processo legislativo iniciado no âmbito do legislativo e em uma segunda fase o Executivo é chamado a se manifestar. Nessa ordem, forma-se o ato complexo constituído de duas vontades: a vontade democrática legislativa e a vontade monocrática executiva. Já os provimentos de urgência e as Leis Delegadas diferem da regra pela imediata força normativa daquela e a necessária submissão ao rito especial procedimental legislativo, precedido de uma autorização legislativa, para, ao fim daquele procedimento legiferante, adquirir força normativa, no caso das Leis Delegadas.

Neste sentido, no rito procedural legislativo ordinário, a vontade democrática legislativa indireta proporciona uma carga de legitimidade democrática muito maior que a vontade executiva, seja pelo debate intenso, seja pelas representações dos diversos interesses que permeiam a sociedade.

Miguel Gualano de Godoy abordando o aspecto transformador da democracia deliberativa afirma que a democracia deliberativa, calcada no debate, é um *locus* de transformação tanto mais eficiente quanto mais amplo o debate coletivo com os possíveis destinatários da norma⁶⁵. Neste sentido, quanto mais mecanismos de inclusão da participação deliberativa, direta ou representativa, mais fiel tende a ser a norma cristalizada com os anseios sociais, é o procedimento de legitimação da norma.

As Medidas Provisórias, a seu turno, tem este procedimento legitimador diferido no tempo, por razões de relevância e urgência que se ligam, em certa medida, a uma característica gerencial da Administração Pública, vale dizer, a manifestação de vontade preponderante do Chefe do Executivo é elemento suficiente para determinação de sua eficácia normativa. Somente em um segundo momento é que o legislativo é chamado a

⁶⁵ GODOY, Miguel Gualano de. *op. cit.* pp. 5-6.

se manifestar enquanto a norma goza de pleno vigor no mundo jurídico⁶⁶, prestigiando o dinamismo que alguns defendem como necessário na atual conjuntura social⁶⁷.

Fabrizio Bittencourt, perplexo, diante da predominância das Medidas Provisórias em relação às leis delegadas, após a constituição de 1988, destaca: “Basta que tenha à mão um pedaço de papel, uma caneta e um assistente, que cuidará para que a medida provisória seja imediatamente publicada no Diário Oficial da União, com força de lei.”⁶⁸

Assim, tecnicamente a Medida Provisória não é lei⁶⁹. No entanto, da inteligência do próprio *caput* do art. 62 da Constituição⁷⁰, entende-se que o legislador constituinte quis que este ato monocrático e relativamente vazio de legitimidade democrática tivesse o mesmo *status* jurídico que a lei em sentido estrito. Com este artifício a Medida Provisória, tão logo publicada, tem toda aptidão para obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, tal qual a lei⁷¹.

⁶⁶ Desta forma, o aspecto garantista da lei no sentido de que um debate irá aperfeiçoar o ato normativo como verdadeiro “filtro”, no dizer de Gualano Godoy, é mitigado no processo legislativo das MPs, pois caso não interfira nas matérias previstas no art. 62 § 1º da CF, poderá tratar de uma gama variada de temas inovando de imediato o ordenamento, ao sabor do Presidente da República. O Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em voto proferido na ADI 2.213 – MC/ DF de sua própria relatoria afirma: “Tenho registrado, em diversas decisões nesta Suprema Corte, a minha extrema preocupação com o excesso de medidas provisórias que os sucessivos Presidentes da República tem editado, transformando esta prática extraordinária de sua competência normativa, em exercício ordinário do poder de legislar, com grave comprometimento do postulado constitucional da separação dos poderes.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 2.213– MC/ DF Relator(a) Min. Celso de Mello, 04/04/2002. DJ 23/04/2004. pp. 324 e 325.

⁶⁷ Na ADI 4.029, no voto vencido, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma: “Eu me preocupo muito com o momento que enfrentamos, tanto no plano internacional quanto no plano nacional, ou seja, o momento em que o mundo enfrenta uma crise econômica seríssima e que o Poder Executivo precisa estar dotado de instrumentos hábeis para enfrentar esta crise econômica. Como é que o governo vai enfrentar esta enxurrada de moeda estrangeira que valoriza artificialmente a moeda nacional? Só intervindo no mercado. Agora, isso se faz como, fundamentalmente? Com outros instrumentos, evidentemente, com vários instrumentos, mas isso se faz por meio de medidas provisórias.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 60.

⁶⁸ BITTENCOURT, Fabrício. **Medidas Provisórias? Análise Crítica do texto constitucional**. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pós-graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. p. 41. Clèmerson Clève observa: “No Brasil, a iniciativa das medidas provisórias pertence, isoladamente, ao Presidente da República, juiz monocrático de sua relevância e urgência, no exercício de competência privativa (*Constituição da República, art. 84, XXVI*).” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55.

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *op.cit.* p. 861. Durante o voto do Ministro Ayres Britto, na ADI 4.029/AM o Ministro Carlos Velloso categoricamente afirma: “A medida provisória qualifica-se como um *equivalente constitucional* da lei.” (grifo no original). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ DF. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 38. Em sentido contrário: GRAU, Eros Roberto. **Medidas Provisórias na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, ano?, vol. 658, p. 241. *apud*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* p. 56. Para quem as MPs “são leis especiais dotadas de vigência provisória e imediata.”

⁷⁰ A expressão presente no *caput* do art. 62 da CF “[...] com força de lei [...]” permite enxergar a força normativa das Medidas Provisórias.

⁷¹ Art. 5º, II da CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

Leon Frejda Skalarowski explora o aspecto cautelar, semelhante às medidas judiciais, existente na feitura das Medidas Provisórias, fundamentado em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diz:

O ministro Sepúlveda Pertence, rememorando seu voto na ADIn 293 e invocando os ensinamentos do Ministro Celso de Mello, assimila a Medida Provisória legislativa às medidas cautelares do processo judicial, porque, em ambos os casos, vislumbra situações de extrema urgência a garantir “com a antecipação da eficácia legal do projeto os próprios objetivos que se visam alcançar com sua vigência futura”. (Cf. ADIn 427 1- DF em 16-01-91, publ. no DJU de 1-2-91, Seção I).⁷²

Cabe ressaltar que toda esta força normativa fica condicionada ao respeito dos requisitos constitucionais formal (relevância e urgência como justificadores de um procedimento legislativo célere e antecipador da eficácia normativa) e material (respeito às vedações materiais previstas no art. 62 § 1º da CF)⁷³.

Desenvolvendo interessante construção Clèmerson Merlin Clève adota outros limites à edição dos provimentos de urgência do Presidente da República:

[...] além dos conteúdos expressamente vedados com o advento da EC 32/2001, as matérias que (i) não reclamam tratamento legislativo, (ii) satisfazem-se com o tratamento normativo secundário, (iii) não admitem delegação [...], (iv) exigentes de eficácia diferida, exceto impostos diante do exposto no § 2º do art. 62 da CF, (v) desafiam eficácia normativa que, por sua natureza, inadmitem desconstituição, (vi) sujeitas à iniciativa legislativa privativa dos demais poderes [...], (vii) [...] competência concorrente e privativa dos Estados, Distrito Federal e Municípios, (viii) interferentes no exercício da atividade conferida aos demais poderes e órgãos constitucionais, (ix) relativas a codificações, e (x) com idêntico conteúdo de medida provisória rejeitada pelo Congresso na mesma sessão legislativa.⁷⁴

Nesta linha de pensamento, diante do contexto emergencial e relevante, aliado à premência de tempo, o texto constitucional autoriza o chefe do Executivo a editar o ato normatizando aquela situação e antecipando os efeitos legais de forma precária, no

⁷² SKALAROWSKI, Leon Fredja. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 68. Com a devida *venia* parece que quando se aproxima, a título comparativo, as Medidas Provisórias e as medidas de urgência da processualística civil, a MP, quanto aos efeitos, tem mais semelhança com a antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC do que com as medidas cautelares que tem finalidade conservativa e não antecipadora dos efeitos satisfativos de um provimento favorável. CINTRA, Antônio C. de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 343.

⁷³ O campo dos requisitos formais e materiais das Medidas Provisórias encerram um largo debate sobre o que seria urgente e relevante e a possibilidade de controle por parte do judiciário. No entanto por não ser objeto remete-se para maiores detalhes à obra CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010, dentre outras.

⁷⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.*, pp. 146 – 147.

sentido que a lei de conversão pode vir a tornar-se lei ou não a depender a deliberação do parlamento.

Com o advento do Estado Social de Direito, as demandas e campos de atuação estatal aumentaram sobre maneira. Neste contexto, a doutrina clássica da separação rígida dos poderes fica comprometida⁷⁵.

A gama de espectro onde o Estado atua, muitas vezes, o obriga a legislar sobre uma situação concreta e episódica que por certo jamais poderiam demandar o tempo normal do processo legislativo ordinário⁷⁶.

Diz Clèmerson Merlin Clève: “A dinâmica das relações sociais, a intensidade das demandas econômicas e a velocidade das mutações políticas reclamam uma pronta intervenção do Estado. [...] O Estado social, e mesmo o pós-social, sucessor do Estado minimalista de orientação liberal, reclama a participação do Executivo na produção da lei.”⁷⁷

Nestas situações o executivo poderia legislar em nome da celeridade da própria conjuntura moderna. No entanto, esta atividade legislativa do executivo não é arbitrária, ela representa na verdade uma simbiose harmônica entre o executivo e o legislativo, homenageando a própria efetividade dos comandos delineados no Texto Constitucional.

Wadih Damous e Flávio Dino concluem: “O poder executivo concebido pelos sistemas constitucionais transformou-se, também, em editor normativo. O mister de legislar, de há muito, deixou de ser atribuição exclusiva dos parlamentos. Vale dizer, o arcabouço organizacional das relações entre os poderes não deve ser concebido como dogma científico e resultado da norma assentada na prioridade da constituição.”⁷⁸

Quanto à harmonia no fazer legislativo Leon Fredja Skalarowski declara: “A prerrogativa de editar medida provisória ou decreto-lei, como exceção ao princípio sempre aceito da divisão de poderes, deve compatibilizar-se com o sistema legal e doutrinário, numa harmônica orquestração.”⁷⁹

⁷⁵ MARIOTTI, Alexandre. *op. cit.* p. 16. O autor chega assinalar que a concepção clássica da separação de poderes só é possível em um Estado Mínimo ao qual incumbe apenas garantir o desenvolvimento da sociedade. No entanto José Afonso da Silva destaca: “O Estado intervencionista, empresarial e planificador não apenas exige, mas necessariamente gera um Executivo forte, mas não desvencilhado de freios que o contenham nos limites da legalidade constitucional.” SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: Estudos sobre a Constituição**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiro, 2002. p. 26.

⁷⁶ MARIOTTI, Alexandre. *op. cit.* p. 17.

⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* p. 19.

⁷⁸ DAMOUS, Wadih e DINO, Flávio. **Medidas Provisórias no Brasil: Origem, evolução e novo regime constitucional**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005. p. 81.

⁷⁹ SKALAROWSKI, Leon Fredja. *op. cit.* p. 55.

Desta forma o ato emanado pelo executivo monocraticamente adquire validade constitucional e legitimidade democrática tornando-se estável, caso observe o rito imposto pelo constituinte, tanto formal como materialmente.

A ementa da ADI 293-7/600 – DF da relatoria do Ministro Celso de Mello é categórica em firmar o seguinte entendimento:

[...] como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que o exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar- e advertir- que a utilização das medidas provisórias, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se, em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional.⁸⁰

Este é o primeiro aspecto da Medida Provisória, segundo ainda Leon Fredja, a MP, teria ainda outro aspecto de ordem processual que é iniciar o processo legiferante no âmbito do poder legislativo para converter a medida em lei, é o que anteriormente foi chamado de processo legitimador diferido⁸¹.

Sob esta órbita a Medida Provisória derroga a rígida concepção da separação dos poderes, mas não derroga os aspectos do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal.

1.1. O Processo Legislativo da Medida Provisória

Como foi dito anteriormente, o rito procedimental legislativo das Medidas Provisórias está descrito de maneira sumária no art. 62 da CF, alterado pela Emenda Constitucional 32 de 2001. No entanto, o detalhamento da matéria está descrito na Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional.

Em respeito ao foco do estudo, será apresentado o procedimento de maneira resumida buscando evidenciar os aspectos mais importantes que servirão de embasamento para se adentrar na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF.

Editada pelo Presidente, a medida emergencial que observa os requisitos de relevância e urgência do art. 62 *caput* da constituição, imediatamente, após a sua publicação, a medida provisória passa a produzir seus efeitos inovando a ordem jurídica e desencadeando o *iter* processual no Congresso.

⁸⁰ *ibid.* p. 139.

⁸¹ *idem.*

A submissão da Medida Provisória ao Congresso se faz por meio de mensagem que é encaminhada ao Presidente do Congresso (art. 2º, § 1º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional). Nas quarenta e oito horas seguinte ao ato de publicação do provimento de urgência, o Presidente do Congresso fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para seu estudo e posterior emissão de parecer.

A Comissão Mista será integrada por 12 senadores e 12 deputados e igual número de suplentes (art. 2º, § 2º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional)

É interessante observar que os §§ 2º e 3º do art. 2º da citada resolução trazem uma preocupação com a representatividade dos partidos. Esse tipo de preocupação é plenamente explicável quando trazemos de volta o que foi dito sobre Estado Democrático de Direito e a representatividade dos interesses de uma sociedade plural. Neste sentido, a medida de urgência emanada pelo presidente deve ser analisada por uma comissão que seja reflexo das casas do Congresso. Ainda mais quando se observa igualmente o art. 4º e verifica-se a possibilidade que os parlamentares, membros da Comissão Mista, tem de emendarem o texto original.

Designada a comissão, a mesma terá o prazo de 24 horas para instalar os trabalhos e eleger Presidente, Vice-Presidente e relatores (art. 3º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional).

O art. 4º traz a possibilidade de emendas, enriquecendo o debate preliminar do ato monocrático do Presidente da República, mesmo que o texto seja submetido a um debate mais amplo com igual possibilidade de emendas no âmbito do plenário das Casas do Congresso em um momento posterior.

Wadih Damous e Flávio Dino declaram acertada a possibilidade de emenda no âmbito da Comissão Mista:

O art. 4º sempre da Resolução nº 01, permite que se apresentem emendas à medida provisória perante a comissão mista, nos seis dias que se seguirem à sua publicação no Diário Oficial da União. O permissivo regulamentar corrobora a possibilidade de oferecimento de emendas às medidas provisórias. A decisão é corretíssima, pois é inadmissível conceber o Congresso como mero editor do “sim” ou do “não”, conforme acontecia à época do decreto-lei. A fase de conversão da medida provisória em lei traduz atividade tipicamente parlamentar, na qual as emendas ao texto original significam uma contribuição do Congresso para o aperfeiçoamento do ato Executivo, possibilitando inclusive, que se abram negociações visando à sua aprovação. Em boa hora, pois, consagrou-se e agora se retificou o princípio da emendabilidade.⁸²

⁸² DAMOUS, Wadih e DINO, Flávio. *op. cit.* p. 112.

No texto original da resolução, a Comissão Mista teria o prazo de 14 dias após a publicação da Medida Provisória para emitir parecer (art. 5º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional). Este parecer deve ser fruto de uma atividade colegiada, e deve abordar os aspectos constitucional, financeiro e orçamentário, e ainda a justificativa, as razões do ato apresentada pelo Chefe do Executivo Federal.

No que tange ao mérito, pela inteligência do § 2º do art. 5º da resolução congressional, pode-se concluir que o mérito é sempre alvo das reflexões da Comissão Mista, ainda que opine sobre o não atendimento daqueles aspectos. Na análise do mérito a comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial, ou ainda alterá-la, ou rejeitá-la. Quanto às emendas apresentadas, nesta fase, as deliberações podem optar pela aprovação das mesmas ou ainda rejeitá-las.

Quando o parecer concluir pela alteração do texto original deverá ser apresentado projeto de lei de conversão relativo à matéria e ainda projeto de decreto legislativo que disciplinará as relações jurídicas decorrentes do texto suprimido ou alterado.

Aprovado o parecer, será encaminhado à Câmara dos Deputados. Os representantes do povo terão até 28º dia contado da publicação da MP para concluir os trabalhos (obedecidos os preceitos do regimento interno para as deliberações).

Aprovado, o projeto de conversão será encaminhado ao Senado que terá o prazo de até o 42º dia de vigência da MP, contado, mais uma vez, da data da publicação, para apreciá-la (conforme art. 7º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional). Qualquer modificação ocorrida durante os debates no Senado será submetido à Câmara, na forma de emenda, que terá o prazo de 3 dias para refletir sobre estas mudanças de texto. Oferecido projeto de lei substituto de autoria dos representantes dos Estados Membros, em detrimento do projeto da Câmara, o mesmo será submetido à casa iniciadora.

Após a deliberação legislativa em conformidade com o art. 66 *caput* da CF e art. 13 da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, a casa que concluir a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República para sanção. Cabe ressaltar que caso o projeto passe pelas duas casas do Congresso sem emendas, ou seja, o texto aprovado é aquele apresentado pelo Chefe do Executivo Federal, a resolução dispensa a sanção do Presidente e outorga o ato ao Presidente da Mesa do Congresso (cf. art. 12 da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional).

Não se pode esquecer que os aspectos constitucionais, financeiros e orçamentários embora tenham sido atacados inicialmente na Comissão Mista eles serão

analisados novamente no plenário de cada uma das casas como requisito para análise do mérito do texto da MP, como pode ser entendido do teor do art. 8º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional.

Caso não seja apreciada em 45 dias a Medida Provisória entrará em regime de urgência em cada casa sobrestando as demais deliberações (art. 9º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional).

O não encerramento da votação nas duas casas do Congresso em 60 dias da sua publicação, proporciona à medida de urgência sua prorrogação por igual período a ser comunicada pelo presidente da Mesa do Congresso, tal qual prescreve o art. 62 § 3º da CF e art. 10 *caput* e § 2º da Resolução n. 01/2002 do Congresso Nacional.

O artigo 11 da Resolução traz novamente ao processo legislativo da lei de conversão da Medida Provisória a importância da Comissão Mista ao lhe incumbir de regular por meio de decreto legislativo as relações jurídicas decorrentes de MP não apreciada, modificada ou rejeitada. Clèmerson Clève chega a dizer que a regulação das relações jurídicas é obrigatória, ao passo que na Itália, a regulação se dá por meio de lei e é facultativa⁸³. Este procedimento serve para apresentar um novo momento deliberativo no âmbito da Comissão Mista visando determinar segurança jurídica àquelas relações entre os particulares ou entre os particulares e o Estado que se fundamentaram nas normas jurídicas contidas no provimento de urgência. O parágrafo 3º do mesmo art. 11 corrobora o que foi dito, ao definir que Comissão Mista somente será extinta; ou com transcurso *in albis* do prazo do § 2º (60 dias após a perda de eficácia da MP ou sua rejeição), quando as relações serão regidas pela própria Medida Provisória; ou com a publicação do decreto legislativo regulador das relações jurídicas.

Estes dispositivos somente reforçam a tese de que as Comissões Mistas instaladas para analisar de forma preliminar o texto das medidas de urgência tem uma função muito maior do que emitir parecer sobre o mérito da medida de urgência, elas tem um papel primordial antes do trâmite no plenário e mesmo após este trâmite como elemento catalisador da segurança jurídica das relações constituídas sob a égide do texto do provimento de urgência presidencial. Afirmar que a instalação e funcionamento da Comissão Mista é mero formalismo⁸⁴ que impede o trabalho regular do Congresso é

⁸³CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* pp. 159 e 161. Corroborando seu pensamento, o autor cita decisão do STF nos seguintes termos: (AR na ADI 365-DF, DJU 15/03/1991, p. 2.645) “a disciplina das relações formadas à sombra de medida provisória não convertida em lei 'constitui obrigação indeclinável do Poder Legislativo da União, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado.' ”

⁸⁴ No relatório da ADI 4.029/DF o Advogado Geral da União manifestou-se da seguinte forma: “na espécie, houve a constituição da Comissão, malgrado não tenha emitido o parecer, que tem caráter

deslocar o foco da discussão do abuso das medidas de urgência com temas que flagrantemente poderiam suportar o procedimento legislativo ordinário⁸⁵, para o procedimento especial da Medida Provisória com formalidades que o constituinte determinou e são expressões dos valores de grau constitucional.

Cabe ressaltar e adiantar, já que esta seção tratou do procedimento de conversão da Medida Provisória em lei, que no julgamento realizado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF o *caput* do art. 5º juntamente com os parágrafos 1º e 2º do art. 6º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional foram declarados inconstitucionais, incidentalmente, por ofenderem o Texto Constitucional exatamente no art. 62 § 9º. O primeiro dispositivo, segundo o teor dos votos proferidos na ADI, é inconstitucional por estipular prazo para emissão do parecer e na concretude, os parlamentares, envolvidos no jogo político do parlamento, deixam escorrer este prazo e utilizavam-se dos dispositivos igualmente inconstitucionais do art. 6º para, monocraticamente, emitir parecer diretamente no plenário por meio do relator, burlando a Lei Maior que imaginou um debate inicial quanto aos aspectos constitucionais⁸⁶ que em certa medida anteciparia o que poderia vir a acontecer nos

meramente opinativo, por falta de *quorum*. Por este motivo, o descumprimento do art. 62, § 9º, da Carta Magna, tida como simples peculiaridade do processo legislativo, não deve inquinar a Lei com a pecha de inconstitucionalidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 8.

⁸⁵ Durante o voto do Relator na ADI 4.029/DF o Ministro Luiz Fux asseverou: “Porém, esse não é o único vício de inconstitucionalidade formal que inquina a Lei vergastada. Em verdade, não havia urgência para a edição da Medida Provisória nº 366 de 2007, porquanto criou autarquia (o Instituto Chico Mendes) responsável por funções exercidas por entidade federal preexistente (o IBAMA), utilizando, ademais, recursos materiais disponibilizados por esta. Fica vencida, diante disso, a alegação de que a urgência, na hipótese, decorreu da necessidade de reestruturar a organização administrativa de defesa do meio ambiente, considerando que os danos ambientais, na maior parte dos casos, são irreversíveis.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 23.

⁸⁶ A teor do art. 62 § 5º da CF há a previsão da análise dos aspectos constitucionais da MP. Assim determina o Texto Constitucional: “ Art. 62. [...] § 5º. A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.” (grifo nosso). Em uma interpretação dialógica com a Resolução nº 01/2002 do CN, podemos entender a Comissão Mista como este *locus* onde será analisado os pressupostos constitucionais da medida de urgência, conforme se percebe dos parágrafos do art. 5º da resolução, assim trata os dispositivos: “Art. 5º. A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucionais, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º (Dispositivo declarado incidentalmente inconstitucional na ADI 4.029/DF). § 1º. O exame de compatibilidade e adequação orçamentária e financeira das Medidas Provisórias abrange a análise da repercussão sobre a receita ou a despesa pública da União e da implicação quanto ao atendimento das normas orçamentárias e financeiras vigentes, em especial a conformidade com a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária da União. § 2º. Ainda que se manifeste pelo não atendimento dos requisitos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária, a Comissão deverá pronunciar-se sobre o mérito da Medida Provisória. § 3º. Havendo emenda saneadora

plenários, ainda que de forma diminuta, e também, permitiria a organização das agendas do congresso.

Por óbvio, mais detalhes sobre o processo legislativo da Medida Provisória podem ser extraídos da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional. No entanto, para que se possa debruçar sobre a questão que envolve as temáticas abordadas na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF estes aspectos são suficientes.

1.2. A inconstitucionalidade formal.

Como foi dito anteriormente, no primeiro capítulo, o processo legislativo, inserido no Estado Democrático de Direito e garantido pela força normativa da Constituição representam verdadeira garantia do indivíduo contra a vontade estatal. Gilmar Mendes, sustentado pela doutrina de Konrad Hesse, é categórico ao afirmar: “Considera-se que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura.”⁸⁷

Souto Maior Borges afirma:

Bem encaradas as coisas – e o direito não passa da *res justa*, como ensinavam os romanos – todos os dispositivos que instituem garantias constitucionais, buscam, em última análise, assegurar, literalmente: “tornar seguros” os direitos que esse dispositivo adnumera: um experimento de realização da justiça. Para esse fim é que se consociam direitos e garantias constitucionais. De meios assecuratórios dos direitos não passam as garantias, como já ensinava RUI BARBOSA.⁸⁸

Neste contexto garantista, a norma cristaliza uma escolha social que não será produto de uma minoria detentora do poder, ela será construída pelo diálogo entre os possíveis destinatários da norma, por meio de seus representantes. Desta feita, a fiel observância do devido processo legislativo constitucional é uma verdadeira garantia fundamental.

da inconstitucionalidade ou injuridicidade e da inadequação ou incompatibilidade.” (grifos nosso) Assim a Comissão Mista tem um papel importante no processo legislativo constitucional de conversão das MPs, muito mais do que emitir parecer, mas realizando ato inicial que habilita à discussão nas casas do congresso como requisito prévio ao debate complementar.

⁸⁷HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20 ed. tradução alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998. pp. 29 e 30. *apud*. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 213

⁸⁸ SOUTO, Maior Borges. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 31/08/2012

Mais uma vez é José Afonso da Silva quem observa: “a enumeração de direitos e garantias necessários à manutenção de direitos considerados inderrogáveis não é exaustiva, estendendo-se a todas as garantias inerentes ao ser humano, às garantias das quais dependem o devido processo legal e a preservação do Estado de Direito e às garantias decorrentes da forma democrática representativa de governo.”⁸⁹

Os valores insculpidos no Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF); a vinculação dos Poderes ao respeito dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF); a proteção aos direitos fundamentais contra alterações restritivas (art. 60, § 4º, IV da CF) e o princípio da legalidade (art. 5º, II da CF), demonstram a preocupação do constituinte no sentido de que as leis incorporadas ao ordenamento observem em tudo a diretriz constitucional. Além da regra expressa, não se pode olvidar que permeando todo o tecido jurídico percorre os princípios, sobre tudo, no caso do processo e procedimento legislativo, o princípio democrático e o da segurança jurídica.

Eneida Desiree Salgado afirma: “A ideia de democracia como fundamento do poder é um dos pilares do Estado Contemporâneo, ao lado da ideia de limitação do poder pelo direito e da força normativa da Constituição como parâmetro de aferição para as demais regras jurídicas e para agi-lo do poder público”⁹⁰

Sob este ensinamento, o conteúdo democrático (ainda que indireto, por meio da representação parlamentar) é elemento de validade e legitimidade das normas do ordenamento jurídico brasileiro firmado na Constituição de 1988.

Felipe Benedito Viana ressalta: “Desde logo, é possível afirmar que o legislador não pode perseguir finalidades opostas à constituição, pois isso significaria contrariar os valores eleitos pelo texto supremo, subvertendo a hierarquia de normas e ferindo a coerência do sistema.”⁹¹

Nesta lógica, a garantia ínsita ao processo legislativo da Constituição é que os parlamentares o seguirão e observar-se-ão em todo trâmite (material e formal), aqueles princípios e normas tão caros a ordem jurídica constitucional. Exponencialmente garantista é o processo legiferante em relação à conversão da Medida Provisória que

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Constituição e Segurança Jurídica**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. pp. 71-72.

⁹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 2.

⁹¹ VIANA, Felipe Benedito. **O Controle de Constitucionalidade finalístico**. 186 f. Dissertação (Curso de Pós-Graduação Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 50

inverte a regra deliberativa permitindo que o executivo legisle de forma anormal e excepcional inovando a ordem jurídica e somente em um segundo momento, os representantes dos detentores do poder soberano, irão debruçar sobre a matéria tratada na MP. Como a Lei Maior deu ênfase à democracia representativa, tudo o que diz respeito ao incremento pelo debate deve ser lido e entendido como materialização da ordem democrática de direito.

Explanando sobre as diferenças entre o regime das medidas de urgência na Itália e no Brasil, principalmente no que diz respeito à forma de governo, Clèmerson Clève é categórico ao afirmar:

inocorre em nosso país, qualquer debate prévio acerca das providências adotadas pelo presidente da República (órgão unipessoal e não colegiado como o Governo no Parlamentarismo). Inviabilizados o contraditório prévio, ainda que no contexto do Governo, e a censura política, é evidente que a atividade legislativa de urgência do Presidente da República haverá de deparar-se com limites ainda mais estreitos que aqueles encontráveis na experiência constitucional italiana.⁹²

O produto deste processo que não observa esta garantia constitucional⁹³ do devido processo legislativo constitucional não deve prosperar no mundo jurídico porque põs em risco, ainda que potencial, a escolha política de uma sociedade⁹⁴, pois fora dos limites do devido processo representado pelas formalidades legais, há exclusão

⁹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* p. 57. É neste sentido que se invoca o garantismo do devido processo legislativo constitucional da conversão da Medida Provisória, a legitimidade só será aferida quando situações jurídicas concretas já terão se estabelecido.

⁹³ Gilmar Ferreira Mendes discorrendo sobre direitos e garantias destaca: “No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais. As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam.” MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 346. Nesta ótica, o processo legislativo é a garantia fundamental maior porque obriga o próprio ente estatal a respeitar a esfera individual no seu fazer político-jurídico por meio de seu instrumento por excelência que é a lei em sentido amplo. Sob outro aspecto, é também garantista o processo legiferante no sentido de que os bens específicos individuais e coletivos servem de farol para consecução dos objetivos do Estado Brasileiro. Há um constante diálogo entre o respeito e a efetivação dos direitos e garantias individuais.

⁹⁴ Eneida Desiree chama a atenção nos seguintes termos sobre a formação constitucional: “A Constituição é o produto da manifestação pura do poder político, da soberania popular na construção de um Estado. Assim, suas 'cláusulas' não apenas estruturam regras para o comportamento social e para a solução de conflitos, mas trazem em si a expressão das decisões políticas fundamentais a serem cumpridas obrigatoriamente.” SALGADO, Eneida Desiree. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.** p. 53.

participativa⁹⁵ em tese, e fora da esfera participativa pode-se em teoria inclusive suprimir garantias individuais e coletivas, é o vício da inconstitucionalidade formal⁹⁶.

Paulo Serejo, Procurador do Distrito Federal, escrevendo sobre o fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade apoiado na doutrina de Jorge Miranda, afirma:

A inconstitucionalidade ou a constitucionalidade são aferidas sempre entre termos, a norma ou a ausência dela (omissão) – violação atualizada – e a constituição, isto é, um valor constitutivo. São, portanto, antes de mais nada uma relação, aquela contrária, esta coincidente, entre valores inseridos no mundo jurídico.⁹⁷

Pelo que foi dito, qualquer valor que é apresentado ao mundo normativo não pode contradizer aos valores constitutivos inscritos na Carta Política. Os aspectos formal e material devem ser observados integralmente em respeito à normatividade e a obrigatoriedade da Lei Maior.

Mais uma vez é Gilmar Mendes, sustentado, também pela doutrina de Jorge Miranda, quem diz: “Em verdade é esta relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente.”⁹⁸

⁹⁵ Discorrendo sobre a jurisdição e poder Cândido Rangel Dinamarco ressalta: “[...] no fenômeno do 'Processo' existem dois elementos conceitualmente distintos: à base das exigências de cumprimento dos ritos instituídos em lei está a garantia de participação dos sujeitos interessados, pressupondo-se que cada um dos ritos seja desenhado de modo hábil a propiciar e assegurar essa participação.” DINAMARCO. Cândido Rangel. *op. cit.* p. 186. Neste sentido não basta afirmar-se um procedimento legitimador democrático, tem que ser amplo quanto à participação parlamentar, já que esta é a manifestação popular indireta; e ainda, cada rito deve ter mecanismos participativos efetivos e adequados. Transpondo esta construção argumentativa para o processo de conversão da Medida Provisória em Lei, a MP 366/2007 que se converteu na Lei nº11.516/07, ao não se submeter ao procedimento constitucional, inverteu a lógica proposta pelo Professor Cândido R. Dinamarco, uma vez que, *in casu*, foi a participação popular representativa que se adequou ao rito e não ao contrário. Desta forma, a própria legitimidade democrática fica comprometida.

⁹⁶ É ainda Felipe Viana quem denomina a norma que fere um aspecto ínsito ao processo legislativo de irrazoabilidade interna. “Na irrazoabilidade interna, a lei se mostra viciada não propriamente por desrespeitar uma das finalidades da Constituição, mas sim por desvirtuar de finalidades ínsitas ao exercício da função legislativa genericamente considerada, por isso trata-se de um subtipo de desvio de poder legislativo[...]”. VIANA, Felipe Benedito. *op. cit.* p. 149.

⁹⁷ SEREJO, Paulo. **Fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm > acessado em 20/08/2012.

⁹⁸ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 1.156. Com a devida *venia* acrescenta-se, por tudo que foi dito até aqui neste trabalho, o vetor valorativo que a constituição tem em relação ao ato contrário. Cármen Lúcia ainda destaca: “Não há verdade jurídica contra a constituição. Não se produz direito contra a Constituição. Não há competência estatal outorgada para a prática de qualquer ato que contrarie a Constituição.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* p. 171.

O ato normativo pode, desta maneira, ferir a Constituição em seu conteúdo ou aspecto substantivo⁹⁹, ou ainda no rito de sua formação¹⁰⁰. A consequência é a sua retirada do ordenamento homenageando supremacia da Constituição e sua efetividade.

É Michel Temer quem nos traz um bom conceito de controle de constitucionalidade: “Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição. Também significa a conferência de eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão.”¹⁰¹

A constatação da ofensa ou conformidade constitucional deve ser aferida em um processo, pela corte encarregada de concretizar a Constituição, cabe ressaltar que para restringir o foco do trabalho focar-se-á apenas no controle concentrado de normas¹⁰².

José Afonso da Silva pontua:

[...] por obra de Kelsen, o *sistema austriaco de justiça constitucional*, com a criação, pela Constituição austríaca de 1920, da primeira Corte Constitucional, com a qual se iniciou na Europa o princípio de que as questões constitucionais relativas à tutela dos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade dos atos de autoridade deveriam ser submetidas a um *tribunal especializado em matéria constitucional*, situação que perdura e se expande nos nossos dias, com várias Cortes Constitucionais na Europa e algumas na América Latina.¹⁰³ (grifos no original)

⁹⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 1.172.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 1.170. O autor chega a dizer: “Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.”

¹⁰¹ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 40. Vale dizer, todos os mandamentos e normas que tem *status* constitucional são dotados de eficácia em relação ao Estado, impondo-lhe um fazer, ou não fazer; e mesmo em relação aos particulares, ou seja, não são meros conselhos.

¹⁰² O controle concentrado de constitucionalidade é inspirado por Hans Kelsen para atribuir o poder de controle exclusivamente a uma corte constitucional. Efetivada em processo sem partes, sem lide e sem contraditório, a fiscalização visaria à revogação da lei inconstitucional mediante o direto confronto de seu texto com a Constituição. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p? . *apud.* FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. **Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade incidental na perspectiva da teoria discursiva do direito e da democracia e reflexos sobre a norma do art. 52, x, da constituição federal**. 43 f. Monografia (Curso de especialização em análise da constitucionalidade) – Curso de especialização da Universidade de Brasília ofertado em parceria com o Senado Federal – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2006. pp. 23 - 24. Assim, focado apenas no controle concentrado, com a finalidade de preservar a unidade do ordenamento, o judiciário apenas declara uma situação existente desde o nascedouro da lei imperfeita, esta é a teoria dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade *ab initio*.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: Estudos sobre a Constituição**. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiro, 2002. p. 249.

Gilmar Mendes destaca:

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.¹⁰⁴

Confirmada a não conformidade, a lei, como já afirmado e seguindo a teoria clássica dos atos inconstitucionais declarados em sede de controle concentrado e abstrato, deve ser retirada do ordenamento com eficácia *ex tunc*¹⁰⁵ e efeitos *erga omnes*¹⁰⁶, produzindo a invalidade de todos os atos decorrentes da aplicação da norma declarada inconstitucional¹⁰⁷.

Veja-se parte da ementa da ADI 652/MA:

Ação direta de inconstitucionalidade - controle normativo abstrato - natureza do ato inconstitucional - declaração de inconstitucionalidade - eficácia retroativa - o supremo tribunal federal como "legislador negativo" - revogação superveniente do ato normativo impugnado - prerrogativa institucional do poder público - ausência de efeitos residuais concretos - prejudicialidade. - o repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de "menor" grau de positividade jurídica guardem, "necessariamente", relação de conformidade vertical com as regras inscritas na carta política, sob pena de ineficácia e de conseqüente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em conseqüência, de qualquer carga de eficácia jurídica. - a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. - a declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao supremo tribunal federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na carta política, com todas as

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op.cit.* p. 1.159.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 272. *apud*. VIERIA, Guaraci de Sousa. **Declaração de Inconstitucionalidade: A Aplicação do Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional**. 43 f. Monografia (Curso de Pós-Graduação Lato *Sensu*) – Pós graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2007. p. 41.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291. *apud. ibid. op. cit.* p. 39.

¹⁰⁷ Gilmar Mendes dissertando sobre a nulidade *ipso jure* assevera: "A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico provado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude". MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 321.

consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional - que extrai a sua autoridade da própria carta política - converte o supremo tribunal federal em verdadeiro legislador negativo. - a mera instauração do processo de fiscalização normativa abstrata não impede o exercício, pelo órgão estatal competente, da prerrogativa de praticar os atos que se inserem na esfera de suas atribuições institucionais: o de criar leis e o de revogá-las.¹⁰⁸

1.3. Segurança jurídica, inconstitucionalidade formal e fundamentação da decisão jurisdicional.

O art. 27 da Lei nº 9.878/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal possibilita à corte mitigar, desde que presente pressupostos caracterizadores da segurança jurídica ou do excepcional interesse social, a regra da nulidade da lei inconstitucional *ab initio*.¹⁰⁹ Este instrumento técnico-jurídico traz a baila um debate importante sobre os limites da modulação e a ponderação dos princípios na decisão em sede de controle abstrato de normas, sobretudo a segurança jurídica e a própria força normativa constitucional.

Mais uma vez é Gilmar Mendes quem observa:

Coerente com a evolução constatada no direito constitucional comparado, o art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999, permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um *juízo rigoroso de ponderação* entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.¹¹⁰ (grifo nosso)

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa da ADI 652/ AM. Relator(a) Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 02/04/1992. DJ 02/04/1993.

¹⁰⁹ Art. 27 da Lei 9.868/99: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Em sua obra Gilmar Ferreira Mendes destaca: “Nos termos do art. 27 da lei 9.868/99, STF poderá proferir, em tese, tanto quanto já se pode vislumbrar, uma das seguintes decisões: a) declarar a inconstitucionalidade a partir do trânsito em julgado da decisão; b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo definido na sentença; c) declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade; e d) declarar a inconstitucionalidade.” MENDES. Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 395.

¹¹⁰ MENDES. Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332.

Como foi explorado anteriormente, a passagem do direito costumeiro para o direito escrito foi um instrumento de estabilização e segurança das relações humanas¹¹¹.

A expressão maior do ideal da segurança jurídica foi o movimento codificador empreendido por Napoleão Bonaparte quando da elaboração do *code* de 1804. O fundamento principal do código era ser uma lei que captasse o direito e que fosse uniforme, universal e para a posteridade. Neste contexto revolucionário e de certa desconfiança em relação aos antigos agentes reais, o juiz era apenas a boca da lei. Essas eram as premissas do que era entendido como segurança jurídica em um contexto liberal. No entanto, esta concepção clássica de segurança jurídica voltada à proteção de uma classe burguesa proprietária e ascendente não traduz, na atualidade, o sentido e alcance deste princípio, sobretudo, no âmbito do art. 27 da Lei nº 9.868/99¹¹² e das relações entre o estado e os particulares.

A segurança jurídica, em larga medida, busca preservar a esfera jurídica do indivíduo sujeito de direito e titular de direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto da constituição, principalmente a liberdade¹¹³ de autonormar-se, desde que não ofenda as diretrizes da Lei Maior. Utilizando-se de conceito enunciado por Jorge Reinaldo Vanossi, José Afonso da Silva deixa claro o conceito de segurança jurídica (intersubjetiva): “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus atos à luz da liberdade reconhecida.”¹¹⁴

¹¹¹ Maria Asunción García Martínez associa a segurança jurídica ao procedimento legislativo destacando: “*Al lado de esta garantía de eficacia técnica la concepción del Estado de Derecho va a suponer la configuración de un nuevo significado a la existencia del procedimiento, ajustado a otras coordinadas. En efecto, la determinación de un procedimiento en los textos legales al que tienen que ajustar su actuación los entes públicos y sus órganos en el cumplimiento de su función específica supone un principio de sujeción de la actividad estatal a la ley, propio de aquel Estado de Derecho. Esta sujeción, que pasa a garantizarse en primer lugar mediante el control jurisdiccional para ciertos tipos de actos jurídicos, tiene así un nuevo significado que supone la concepción del procedimiento como garantía jurídica de los ciudadanos que en sus relaciones con los poderes públicos conocen, o pueden conocer, las reglas concretas a través de las que estos tienen forzosamente que actuar, lo que se conectará de esta forma genérica con el principio de seguridad jurídica.*” MARTINEZ, Maria Asunción García. *op. cit.* p. 21.

¹¹² São exemplos de outros julgados do STF que se utilizou da modulação dos efeitos da decisão no controle abstrato de normas: ADI 3.819/MG (trata da transposição para a recém criada carreira de defensor público estadual sem prévio concurso público); ADI 3.430/ES (trata da contratação temporária de servidores públicos da área de saúde); e ADI 3.022/RS (trata de atribuição conferida à defensoria Pública gaúcha para defender servidores públicos processados civil e penalmente no exercício regular de suas funções).

¹¹³ Voltando-se para o escopo político do processo Cândido Rangel Dinamarco, mais uma vez com propriedade destaca: “outro escopo político considerado é o culto à liberdade. [...] O Estado democrático faz a solene promessa de observá-las (as liberdades individuais) e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera de liberdade deixada aos indivíduos sem dano à vida do grupo e ao desenvolvimento dos objetivos comuns.” DINAMARCO. Cândido Rangel. *op. cit.* p. 237.

Também é de se ressaltar que a este princípio tão importante na atualidade, tem um outro aspecto, este voltado para o Estado que é o de atuar, também, em obediência as normas postas¹¹⁵. Atuação que compreende tanto o atuar legislativo, quanto o momento executivo, e o jurisdicional, ou seja, o Estado deve agir para transformar a realidade (convertendo os interesses em normas jurídicas, executando as normas e ainda aplicando as normas aos casos concretos), mas não deve aniquilar, mesmo que tendencialmente, os direitos e garantias individuais.

Cármén Lúcia ainda mais uma vez observa:

Ou bem a Constituição submete todos os governantes, membros do Poder do Estado, tal como o faz com os governados num Estado Constitucional, no qual o Direito prevalece, ou bem há parcelas ou manifestações do poder estatal que se podem sobrepor ou que podem desconhecer impunemente a Constituição. Esta é a situação que lesa o primeiro de todos os direitos no Estado Constitucional: o direito à constitucionalidade de todos os comportamentos, máxime os do Poder Público.¹¹⁶

J.J. Gomes Canotilho afirma:

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes:

- o princípio da segurança jurídica; e
- o princípio da confiança do cidadão.

[...] estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos. Daí que andem também associados à moderna teoria da legislação preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de Direito.¹¹⁷

¹¹⁴VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, p. 30. *apud*. SILVA, José Afonso da. **Constituição e Segurança Jurídica**. In: ROCHA, Cármén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 19.

¹¹⁵ É ainda Maria Garcia Martinez, aproximando, mais uma vez o processo legislativo à segurança jurídica, quem alude a este outro aspecto securitário: “[...] *las reglas procedimentales prevean y garanticen la intervención y participación de los ciudadanos interesados en la actividade concreta de los poderes públicos, sometida a esta exigencia normativa. En este sentido, el procedimiento no es sólo una exigencia técnica o un elemento formal del acto jurídico, sino que se transforma en un vínculo entre los particulares y los poderes públicos, vínculo que se concreta en una serie de derechos y obligaciones por ambas as partes cuyo contenido resulta así en buena parte de la existencia de un procedimiento [...]*”. MARTINEZ, Maria Asunción Garcia. *op. cit.* p. 130. Neste sentido também Ingo Wolfgang Sarlet escreve: “a segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro**. In: ROCHA, Cármén Lúcia Antunes (coord.) *op. cit.* p. 126.

¹¹⁶ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. **O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade**. In: ROCHA, Cármén Lúcia Antunes (coord.) *op. cit.* p. 171.

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991. pp. 375 e 376.

O aspecto estatal deste duplo sentido da segurança é trabalhado por Carlos Aurélio Mota da Souza quando da análise da certeza jurídica, nos seguintes termos:

Como conclusão sobre o conhecimento do Direito e para alcançar a verdade, verifica-se que a segurança da lei só existe enquanto esta se aplica. Sendo hipotética a norma, a segurança só emerge se a hipótese se realiza [...] Se a Lei não funciona no suposto previsto, tem-se a *patologia* do Direito; a dúvida fundada, sobre o pacto ou sobre a própria regra jurídica, gera incerteza.¹¹⁸ (grifo no original)

Cármem Lúcia ressalta o aspecto constitucional da segurança jurídica:

A segurança jurídica é, como se tem por óbvio, segurança constitucional. Quando não há garantia do direito do direito constitucionalmente posto, não se há cogitar de segurança jurídica. [...] A falibilidade constitucional seria a insegurança permanente. [...] A certeza da inviolabilidade da Constituição é a fonte da confiança no sistema normativo, que se expressa pelo princípio da segurança jurídica.¹¹⁹

No âmbito das Medidas Provisórias a leitura do art. 62, faz acreditar que o Estado, mais especificamente o Executivo e o Legislativo, agirão em conformidade com o devido processo legislativo constitucional, aperfeiçoando o ato singular do Presidente pelo debate, e em completa harmonia dos poderes, respeitando e protegendo o indivíduo e seus direitos fundamentais¹²⁰.

A segurança Jurídica e o interesse público estão na aproximação das promessas feitas pelo constituinte e realidade vivida. Em voto proferido no RE 135.328, o Ministro Sepúlveda Pertence observa: “a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição – ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia

¹¹⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: Um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. p. 39.

¹¹⁹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade**. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* p. 170. Mais a frente, na página 184, a autora observa: “Pois é o que resultaria – a insegurança – se não se tivesse mais certeza sequer de que a Constituição há que ser cumprida, acatada e mantida em sua respeitabilidade integral e certeza de seu cumprimento total, mesmo que para tanto se tenha de desfazer atos praticados pelo próprio Estado.” Já na página 215, Regina Maria Macedo Nery Ferrari destaca: “A ideia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, com a noção de que em um determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete todos, inclusive os governantes, ao Poder político.”

¹²⁰ Gilmar Mendes discorrendo sobre o aspecto defensivo dos direitos fundamentais afirma: “Como observado, enquanto *direitos de defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do judiciário. (grifos no original). MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 37.

limitada –, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem.”¹²¹

O caminhar que tem como destino uma realidade que se fundamenta na Carta Política depende em larga medida daquele que tem a competência constitucional de ser o Guardião da ordem constitucional.

Michel Temer diz: “Não há controvérsia mais séria do que o saber se o ato normativo consoa, ou não com o texto constitucional. Nesse momento o Judiciário está “dizendo o direito” no mais expressivo dos litígios ocorrentes no Estado: o confronto entre a manifestação de um órgão constituído (atos normativos) e a manifestação anterior do poder constituinte (Constituição).”¹²²

Carlos Aurélio Mota de Souza ainda destaca: “São funções essenciais da decisão, através da coisa julgada: primeiro dizer o que é certo, determinando a cada um o que é seu; segundo, trazer paz à sociedade; e terceiro, confirmar o ordenamento jurídico.”¹²³

Ricardo Ribeiro Campos, acrescentando ao debate a viabilidade da modulação dos efeitos da decisão em controle concentrado ter previsão infraconstitucional, afirma:

Realmente, a necessidade de assegurar maior flexibilidade às decisões no âmbito da jurisdição constitucional não pode ser negada. A tendência observada em alguns países tem sido exatamente nesse sentido, e isso os fatos não desmentem. Porém, deve-se questionar a legitimidade de instituir tais técnicas por meio de lei ordinária, sem um maior debate e participação da sociedade. No plano da teoria geral, subverte-se a unidade do ordenamento jurídico. Não pode uma lei ordinária estabelecer que outra norma de igual hierarquia seja considerada válida em específicas situações, servindo a esta, pois, de fundamento de validade, ainda que intermediado por decisão jurisdicional. A questão da validade remete à estrutura escalonada do ordenamento jurídico, segundo o qual a norma superior serve de fundamento de validade à norma produzida com base em seus termos.¹²⁴

As razões que envolvem a segurança jurídica poderiam ser utilizadas para realizar, na concretude, a “flexibilização” das decisões da jurisdição constitucional, no

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da RE 135.328/ SP. Relator(a) Min. Marco Aurélio. Distrito Federal, 29/06/1994. DJ 20/04/201. p. 23.

¹²² TEMER, Michel. *op. cit.* p. 42.

¹²³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *op.cit.* p. 23. Luigi Ferrajoli ressalta que ao “guardião da Constituição” é atribuído o controle de constitucionalidade e o dever de realizar o Texto Constitucional e concretizar os direitos fundamentais. FERRAJOLI, Luigi. **Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro. ZOLO Danilo (orgs.). *op. cit.* p. 473.

¹²⁴ CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Leis inconstitucionais ainda constitucionais?** Revista do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho de Justiça Federal (CEJ/CJF). Brasília. n. 25, p. 85-96, abr/jun de 2004. p. 94.

dizer de Ricardo Ribeiro Campos, caso as razões de decidir fossem substanciais e expressas na fundamentação da sentença¹²⁵, pois somente assim, poderia se verificar a legitimidade e a ocorrência *in casu* da segurança jurídica ou excepcional interesse¹²⁶ público em um Estado Democrático de Direito.¹²⁷

Neste contexto, poderia haver ponderação de princípios, caso, na aplicação da decisão em controle de constitucionalidade houvesse colisão entre valores de ordem constitucional como a nulidade da lei declarada inconstitucional e um direito público subjetivo fruível individual ou coletivamente. De um lado a possibilidade de efetivação do texto constitucional e de outro um direito de ordem constitucional, somente nesta situação é que é possível aplicar uma regra tão excepcional, como a que se mostra no art. 27 da Lei nº 9.868/99.

¹²⁵ Art. 92 da CF, inciso IX: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*” (grifo nosso)

¹²⁶ De maneira sintética e utilizando o conceito de Rodolfo Camargo Mancuso o excepcional interesse social é “o interesse que consulta a maioria da sociedade civil; o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 27.

¹²⁷ Cabe ressaltar que embora o trabalho tenha se restringido ao art. 27 da Lei 9.868/99 por ter sido invocado nas razões de decidir da ADI 4.029/DF, a Lei 9.882/99 que trata do julgamento da ADPF, também possui elemento técnico-jurídico no art. 11 que permite a modulação dos efeitos da decisão naquele procedimento abstrato.

Capítulo 2 – A DISCUSSÃO DENTRO DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF da relatoria do Ministro Luiz Fux foi proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) em face da Lei 11.516/07 que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. A lei criadora do instituto supracitado é, em verdade, uma lei de conversão da Medida Provisória nº 366/2007.

Dentre os vários aspectos suscitados na demanda constitucional destaca-se, alinhado com o objetivo proposto no presente trabalho, a inconstitucionalidade formal ocorrida no processo legislativo de conversão da Medida Provisória, pois, não houve efetivo funcionamento da Comissão Mista prescrita no art. 62, § 9º da Constituição federal e a sua falta foi suprida por parecer monocrático do relator da comissão, diretamente em plenário.

Na ADI 4.029/DF a proponente, Associação Nacional dos Servidores do IBAMA (ASIBAMA Nacional), alegou, dentre outras matérias, que a MP que criou a autarquia federal Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), MP 366/2007, não foi submetida ao exame da Comissão Mista prevista no art. 62, § 9º da CF e disciplinado pela Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional, e por consequência, valendo-se de prática que se mostrou corriqueira no ambiente do legislativo federal, foi emitido parecer diretamente em plenário pelo relator daquela comissão.

Contra o argumento da inconstitucionalidade formal supracitada e cumprindo o determinado no art. 103, § 3º da Constituição¹²⁸, o Advogado Geral da União, Sr. Luís Inácio Lucena Adams, manifestou-se no sentido de que não haveria inconstitucionalidade, pois apesar de não ter sido apreciada por Comissão Mista a MP foi analisada por deputado relator que concluiu pela existência de relevância e urgência no caso, tudo em conformidade com os §§ 1º e 2º do art. 6º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional. Ressaltou também o AGU que os trabalhos da comissão e consequente emissão de parecer são mera peculiaridade do processo legislativo das Medidas Provisórias.

¹²⁸ Art. 103 [...] § 3º - “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

Assim destacou o Advogado Geral da União em relatório na ADI 4.029/DF:

[...] (iii) apesar da ausência de apreciação pela Comissão Mista, a Medida Provisória nº 366/2007 foi analisada por Deputado Relator nomeado pelo plenário do Congresso Nacional, o qual concluiu pela existência de relevância e urgência no caso;

(iv) na espécie, houve a constituição da Comissão, malgrado não tenha emitido o parecer, que tem caráter meramente opinativo, por falta de *quorum*. Por este motivo, o descumprimento do art. 62, § 9º, da Carta Magna, tida como simples peculiaridade do processo legislativo, não deve inquinar a Lei com a pecha de inconstitucionalidade;

A Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional determina que, uma vez esgotado o prazo para a emissão de parecer pela Comissão Mista, o processo deve ser encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória, sendo esse também o ensinamento de José Afonso da Silva; [...] ¹²⁹.

Na mesma linha de raciocínio opinou o Procurador-Geral da República neste ponto da lide.

O Senado foi convocado a prestar informações¹³⁰ e o fez por meio de sua advocacia e afirmou que a não observância do art. 62, § 9º da CF não teria a força de macular a Lei nº 11.516/07 de inconstitucionalidade formal e ainda citou decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na ADI 3.289 da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

No voto do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.289-5/DF:

Outra violação de caráter formal refere-se à suposta violação do art. 62, § 9º, da Constituição. Tal preceito dispõe que ‘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.’ Conforme já tive a oportunidade de analisar – e a impugnação formulada pelo PFL cita expressamente manifestação de minha autoria - , a disciplina trazida pela Emenda Constitucional nº 32 de 2001, embora tenha sido eficaz na fixação de prazo determinado para apreciação da Medida Provisória, não foi capaz de eliminar potencial impasse decisório no que diz respeito à discussão da Medida Provisória no âmbito da comissão mista. Todavia, considerando que ainda estamos em uma fase de consolidação do novo modelo trazido pela Emenda 32 para as medidas provisórias, não vejo como adotar interpretação com os rigores pretendidos pelo requerente na ADI 3.289. No caso resta evidenciado que por duas vezes, foi convocada a reunião para instalação da comissão, não se chegando, todavia ao quorum necessário. Essa falha procedimental, considerando o atual estágio de implementação da Emenda 32, assim como as circunstâncias do caso, que resta demonstrada a tentativa, por duas vezes,

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 8.

¹³⁰ Cf. art. 6º da Lei 9.868/99 que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal dispõe: “O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.”

de instalação da comissão mista, no meu entendimento, ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade.¹³¹

Após relatar e discutir a aspecto procedimental, o relator votou no seguinte sentido, quanto à ofensa formal do texto da Constituição:

A primeira dessas alegações é a de que durante o processo de conversão da Medida Provisória nº 366 de 2007 na Lei ora objurgada, não foi observado o quanto disposto no art. 62, § 9º[...]

Segundo colhe-se dos elementos trazidos aos autos, a Comissão Mista de que trata o dispositivo foi constituída. Entretanto, não houve quórum para votação (um terço dos membros da Comissão), motivo pelo qual foram observados os termos da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que assim dispõe:

Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único[...]

[...]

Art. 6º [...]

§ 1º Esgotado o prazo previsto no caput do art. 5º, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a Medida Provisória.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Comissão Mista, se for o caso, proferirá, pelo Relator ou Relator Revisor designados, o parecer no Plenário da Câmara dos Deputados, podendo estes, se necessário, solicitar para isso prazo até a sessão ordinária seguinte.

[...] E assim ocorreu no caso *sub examine*: o parlamentar nomeado como Relator se encarregou de emitir parecer sobre a Medida Provisória diretamente perante o Plenário, posteriormente convertida na Lei Federal nº 11.516/07.

[...] 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. Em razão disso, há que se reconhecer a inconstitucionalidade dos já citados artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, pois dispensam a prolação de parecer por parte da Comissão Mista, não sendo suficiente sua elaboração por parlamentar relator. [...] Também não procede a alegação de que a oposição parlamentar poderia turbar os trabalhos da Comissão, impedindo a votação da matéria e, conseqüentemente, da aprovação das Medidas Provisórias. As comissões devem guardar representação proporcional à dos partidos ou dos blocos parlamentares, nos termos do art. 58, § 1º, da Constituição. Se o cenário político no Congresso é desfavorável à aprovação da medida, presume-se que não é da vontade democrática a sua adoção. Entender o contrário implica transferir ao Executivo a política legislativa ordinária, eliminando os mais turvos traços da Separação dos Poderes na configuração do Estado brasileiro, característica essa erigida pelo constituinte ao *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III).

[...] 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.¹³²

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 3.289 - 5/ DF. Relator(a) Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal, 05/05/2005. DJ 24/02/2006. pp. 327 e 328.

Inicialmente o Plenário julgou parcialmente procedente a ação, com modulação dos efeitos, contra registrou-se os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski¹³³ que julgava improcedente, e Marco Aurélio¹³⁴ que julgava de todo procedente, segue trecho da ementa e da decisão que consta no extrato da ata de 07/03/2012:

4. As Comissões Mistas e 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

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/DF. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. pp. 15 a 20.

¹³³ Segue trechos do voto divergente do Ministro Ricardo Lewandowski: “Especificamente com relação ao § 9º do artigo 62, eu quero reiterar a preocupação que manifestei anteriormente no sentido de que este dispositivo constitucional está redigido de maneira imperativa, ou seja, a comissão mista de deputados e senadores que examinará as medidas provisórias não pode omitir-se. Ela deve dizer sim ou não, dar ou não o seu *placet* à medida provisória que vem do Poder Executivo. [...] Apesar de ter sido designado um relator que emitiu parecer, a comissão não deu *quorum* simplesmente. Houve manobra de claríssima obstrução que impede exatamente o Congresso Nacional, que representa soberanamente o povo, de exercer o seu papel de examinar as medidas provisórias pelo Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. [...] Editou-se a Resolução 01/2002 que estabelece exatamente isso e, a meu ver, *data venia* o que se pretende impedir é que seja violada essa metodologia constitucional, ou seja, de que se examine essas medidas provisórias em tempo hábil para que elas não percam a sua eficácia no prazo de sessenta dias. [...] Alterando uma disposição regimental, ou seja, estabelecendo prazo de tramitação dessas medidas provisórias no âmbito, no seio do Congresso Nacional, é que se editou essa Resolução 01/2012 estabelecendo exatamente isto, um prazo improrrogável de quatorze dias, contado da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, para que essa comissão se manifeste, nos termos expressos da Constituição, diga sim ou não, está ou não de acordo. Não é um parecer vinculante. E nesse caso há mais uma particularidade que me impressiona, que é a seguinte: ante uma manobra obstrutiva dessa comissão mista, o que fez o Congresso Nacional? Avocou a discussão para o plenário das duas Casas. E aí ficou obedecido, a meu ver, exatamente o princípio da proporcionalidade, ou seja, o Congresso Nacional sabidamente é representado pelas várias correntes de opinião pública nos seus plenários, no da Câmara dos Deputados e no do Senado Federal. [...] Desse modo, se nós dermos essa interpretação (conforme o relator), com todo o respeito, que me parece será a prevalente, no sentido de possibilitar a uma comissão mista de deputados e senadores a obstrução destas medidas provisórias, nós estaremos, mais uma vez, com o devido respeito, subtraindo ao Poder Executivo um instrumento importantíssimo para interferir na realidade social e econômica, cujo quadro não se apresenta, na atual conjuntura, muito róseo. Então, com a devida *vênia*, eu vou discordar do eminente Relator para julgar improcedente esta ação direta de inconstitucionalidade, rejeitando ambos os fundamentos.” *ibid.* pp. 58-61.

¹³⁴ Segue trechos do voto divergente do Ministro Marco Aurélio: “[...] As comissões estão previstas na Carta da República, e mais especificamente no § 9º do artigo 62, a versar justamente a tramitação das medidas provisórias – e parece que, até aqui, a Emenda Constitucional nº 32/2001 ainda não surtiu efeitos. Prevê o preceito que a medida provisória deve passar por uma comissão mista, integrada por Deputados e Senadores, que diria mais robusta do que as comissões em geral. O que houve na espécie? A medida provisória não passou por essa comissão – e, então, não sei qual foi o critério utilizado, designou-se um Deputado Federal, poderia ter sido um Senador, para emitir o parecer, que deve ser emitido pela Comissão –, e a medida provisória veio a ser convertida em lei. [...] O que houve na espécie? A medida provisória não passou por essa comissão – e, então, não sei qual foi o critério utilizado, designou-se um Deputado Federal, poderia ter sido um Senador, para emitir o parecer, que deve ser emitido pela Comissão –, e a medida provisória veio a ser convertida em lei. [...] Dar um jeito na situação considerado o objeto? Não posso, Presidente, porque devo sopesar valores, e o compromisso maior do Supremo é com a guarda da Constituição Federal. Não desconheço a importância do instituto criado, que merece loas, mas não posso, potencializando o objetivo, simplesmente rasgar a Carta Federal e afastar do processo legislativo a forma essencial, como disse, prevista no § 9º do artigo 62 da Constituição Federal, que é claríssimo, é de uma clareza solar, e, mesmo assim, se mostrou desconhecido dos nossos representantes, deputados federais e senadores. [...] Que poder tem a comissão mista para colocar em segundo plano a

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, e ainda: **EXTRATO DE ATA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029. Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. [...]. Plenário, 07.03.2012.¹³⁵

Com base nesta decisão inicial o Supremo Tribunal Federal pretendia estipular um prazo para que o Congresso regularizasse aquela situação de inconstitucionalidade formal. Assim foi veiculada a decisão no próprio *site* do STF:

Quarta-feira, 07 de março de 2012

STF mantém Instituto Chico Mendes, mas dá dois anos para Congresso editar nova lei sobre a autarquia

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), mas deu um prazo de dois anos para que o Congresso Nacional edite nova lei para garantir a continuidade da autarquia. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4029, ajuizada na Corte pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Até lá, o instituto segue funcionando.¹³⁶

No entanto, após refletir sobre a questão de ordem suscitada pelo Advogado Geral da União, referente à quantidade de Medidas Provisórias que tramitaram e que tramitam no Congresso Nacional que adotaram no processo legislativo de conversão, o procedimento inconstitucional ofensivo ao mandamento previsto no art. 62, § 9º da CF¹³⁷, houve por bem alterar o Acórdão conforme abaixo:

Constituição Federal? A norma não é dispositiva, não é norma que somente atue quando não haja manifestação de vontade. Ela impõe às Casas do Congresso Nacional a arte de proceder. Por isso, Presidente, peço vênua para ficar do lado diametralmente oposto ao que adotou o Ministro Ricardo Lewandowski para acolher, de forma integral, o pedido formulado na inicial. A criação verificada não se mostra, a todos os títulos, válida, presente a Constituição, a não ser que, no tocante a essa medida provisória, tendo em conta o objetivo a ser alcançado, digamos que não incide o Texto Maior.” *ibid.* pp. 63-65.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ DF. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. pop. 2-3.

¹³⁶ Notícias do Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202057>>. Acessado em 30/08/2012.

¹³⁷ Como exemplos marcantes desta praxe legislativa têm-se: a Medida Provisória 459/2009 que posteriormente converteu-se na Lei 11.977/09 que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida do Governo Federal. Fonte: Portal Atividade Legislativa. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90169> acessado em 30/08/2012

por maioria de votos, em acolher questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal *julgou improcedente* a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput* , artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que julgava procedente a ação. Brasília, 8 de março de 2012¹³⁸. (grifo nosso)

Desta forma a decisão proferida na ADI 4.029/DF só terá eficácia para as Medidas Provisórias que forem emanadas pela Presidência da República após o trânsito em julgado da decisão. As medidas de urgência que já estão tramitando no Congresso e as que já concluíram o processo legislativo especial, inclusive a MP 366/2007, foram consideradas “ainda constitucionais” no dizer do Ministro Gilmar Mendes durante os debates da questão de ordem: “Essas normas e outras que tenham sido votadas sobre este rito “eram ou devem ser consideradas ainda constitucionais” e declaramos, então, a inconstitucionalidade[...]”¹³⁹

Apresentado este panorama básico inicial do julgamento da ADI 4.029/DF, o presente trabalho pretende lançar uma crítica sobre o pronunciamento da Corte Suprema em sede da ADI apresentada.

2.1. A Inconstitucionalidade formal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF

No caso da ADI 4.029/DF, a não submissão da MP 366/2007 que posteriormente foi convertida na Lei 11.516/07, a um debate preliminar na Comissão Mista previsto no

e Medida Provisória 132/2003 que se converteu na Lei 10.836/2004 que criou o Programa Bolsa Família. Fonte: Portal Atividade Legislativa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWebproposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=138604>> acessado em 30/08/2012. Dentre outras tantas que podem ser visualizadas nos portais da atividade legislativa de ambas as Casas do Congresso. No transcurso dos debates a cerca da questão de ordem o Ministro relator, Luiz Fux chega a afirmar que aproximadamente quinhentas MPs estavam tramitando no âmbito do legislativo naquela ocasião sob a guarda de um procedimento declarado inconstitucional. “Informações preliminares dão conta de que aproximadamente quinhentas medidas provisórias tramitaram mediante a adoção do procedimento ora declarado inconstitucional. Daí a necessidade imperiosa que seja dada segurança jurídica às normas já editadas, evitando-se grave distorção de todo o sistema na corrida desenfreada ao Poder Judiciário. Quer dizer, essa é uma demonstração de que devemos ter, nesse caso, uma postura consequencialista.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 73.

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 5.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor da ADI 4.029/ AM. Relator(a) Min. Luiz Fux. Distrito Federal, 08/03/2012. DJ 27/06/2012. p. 84.

seio da Constituição Federal, implica em não observar o valor constitutivo democrático que permeia o transcurso do devido processo legislativo de sede constitucional. Desta forma, o debate preliminar na Comissão Mista traduz a reflexão popular indireta sobre um projeto de lei do Presidente da república sobre a ótica dos vários interesses representados pelos 12 senadores e 12 Deputados Federais que de forma diminuta representam o próprio parlamento (art. 2º §§ 1º e 2º da Res. nº 01/2002 do CN).

O poder público deve respeito ao processo legislativo constitucional sob todos os aspectos, formal e materialmente, como desdobramento da segurança jurídica voltada para o ente estatal. Ao se imaginar que a lei é um produto aperfeiçoado pelo debate amplo nas casas do Congresso, no procedimento de conversão da medida de urgência em lei, tudo que representa um afastamento do debate, seja em escala menor, como no âmbito da Comissão Mista, seja em escala maior, como nos plenários, deve ser encarado como fraude ao texto constitucional, e representa o campo onde o jogo político fere princípio regente da ordem jurídica brasileira.

Dissertando sobre o fim político do próprio modo de proceder do parlamento nacional e valendo-se de Roberto Gargarella, Clèmerson Clève transcreve trecho da obra daquele autor, em tradução livre:

o fato de que há anos (o Congresso) se tenha convertido em mero anexo do Poder Executivo; a realidade de que não há debates se as partes estão abertas a mudar de opinião; dado habitual, inquestionado, de que se intercambiam – abertamente, à luz do dia, como se isso fosse a própria essência da democracia – favores por votos; a inatividade de meses contrastando com urgências angustiantes que dotam a política de um tom desesperado, exasperado¹⁴⁰.

A análise da Comissão é a materialização do princípio democrático e de certa forma o pluralismo e o equilíbrio político aduzidos da Lei Maior, e ainda, sob a ótica processual legislativa, é uma prévia sobre o que poderá ocorrer no plenário¹⁴¹.

¹⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* p. 181.

¹⁴¹ Quanto à ótica do trabalho da comissão mista que representa o pluralismo e o equilíbrio político, José Afonso da Silva valendo-se da obra de Diego Valadès destaca: “o equilíbrio é o elemento que caracteriza a ordem constitucional [...] o equilíbrio constitucional consiste na existência de uma distribuição relativamente igual do poder, de tal maneira que nenhum grupo, ou combinação de grupos, possa dominar sobre os demais [...] a democracia é o equilíbrio mais estável entre os grupos de poder. [...] a competição entre os distintos grupos sociais só é tolerável na medida em que esses mesmos grupos estejam subordinados aos procedimentos constitucionais.” VALADÈS, Diego. *La Dictadura Constitucional en América Latina*, p. 31. *apud.* SILVA, José Afonso da. *Constituição e Segurança Jurídica*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 24.

O parecer exarado não é de somenos importância como aventado pelo Ministro Gilmar Mendes, ainda sob a égide da, então recente EC 32 de 2001, por ocasião do voto preferido na ADI 3.289 e ratificado na ADI 4.029 pelo AGU e pelo PGR, pois é neste *locus* deliberativo que se verificará a adequação entre aquilo que foi gerado na Presidência da República com as diretrizes orçamentárias, determinado pelas Leis Orçamentárias vigente, prestigiando o Estado Responsável, vale dizer, o procedimento do art. 62, § 9º da Constituição, ofendido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.029/DF e em inúmeras outras, tem o vigor pleno de determinar a inconstitucionalidade formal, ou seja, deixou-se de observar uma formalidade plena de significado principiológico garantista constitucional.

Da mesma forma é na Comissão Mista que se debruçará pela primeira vez sobre o mérito da MP e seus pressupostos de urgência e relevância, habilitando a matéria a ser posteriormente analisada pelas casas do Congresso.

Vale ainda lembrar que uma leitura atenta na Resolução do Congresso Nacional nº 01 de 2002 mostra que o trabalho da comissão mista é maior do que emitir parecer referente à medida de urgência da presidência, há outros trabalhos de importância cruciais como a adequação das relações jurídicas aos textos suprimidos e/ou substituídos por meio de decreto de regulação.

A importância da reflexão neste ambiente parlamentar plúrimo é tão flagrante que caso entendam que há vícios no texto da Medida Provisória os parlamentares membros da comissão, desde este momento processual, já podem apresentar emendas objetivando adequar o texto aos diversos interesses representados nas casas legislativas (art. 5º §§ 3º e 4º da Res. nº 01/2002 do CN) e regular as possíveis relações que se concretizaram, no transcurso do processo legislativo da conversão em lei, amparados nestes trechos substituídos ou suprimidos do texto original.

Por assim dizer, o parecer é uma etapa de um todo, com objetivos claros de suprir a falta de legitimidade deliberativa democrática por meio do debate, o ato que nasceu monocrático, em um primeiro momento, e a segurança jurídica dos particulares, em um segundo momento, respeitando ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI da CF).

Substituir o debate pelo parecer, também monocrático do relator da Comissão Mista, é desrespeitar a pluralidade e os próprios princípios constitucionais norteadores dos trabalhos parlamentares e excluir uma série de interesses que poderiam adentrar na “normatização” presidencial, é por assim dizer, excluir o próprio detentor da soberania

da participação deliberativa; e representa também; em larga medida, não otimizar os trabalhos das próprias casas legislativas com discussões que não sofreram um processo de maturação deliberativa prévia.¹⁴²

2.2. A (In)segurança jurídica na Decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.029/DF.

Vale lembrar também que no contexto da ADI 4.029/DF, alterado a decisão pelo acolhimento da questão de ordem, a fundamentação manteve-se, ou seja, tem-se uma fundamentação substancial para julgamento procedente das razões apontadas pela ASIBAMA Nacional, ainda que parcial, conforme a decisão proferida em 07/03/2012; e uma decisão de improcedência conforme publicado Diário da Justiça de 27/06/2012. Desta forma, a fundamentação da decisão e o dispositivo não tem uma ligação lógica alinhada com os fundamentos do art. 93, IX da CF, principalmente quando se contextualiza a decisão desta ADI com os valores da supremacia constitucional, o devido processo legislativo da Constituição e a excepcionalidade das Medidas Provisórias com força de lei.

Questão relevante que pode ser suscitada por esta mudança repentina de dispositivo de decisão é sobre a transcendência dos motivos determinantes decisão. A Doutrina constitucional Alemã defende a posição de que é ínsito ao controle de constitucionalidade e a função de uma verdadeira Corte Constitucional que o efeito vinculante das decisões da Corte Constitucional deve abranger a *ratio dicendi*, a fundamentação da decisão quando enfrentar matéria constitucional. Gilmar Mendes diferenciando a coisa julgada e a força de lei afirma:

Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas hão de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal Constitucional Alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão. Segundo este entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes

¹⁴² Clèmerson Clève utilizando-se das lições de José Levi Mello do Amaral Júnior reforça a sua tese de que a praxe esvazia o trabalho da Comissão Mista e instala aquilo que denominou de “império do relator”, nos seguintes termos: “Na Prática do modelo vigente, a Comissão Mista tem papel bastante reduzido na apreciação da medida provisória. É o relator quem verdadeiramente dinamiza os trabalhos parlamentares relativamente à medida provisória, podendo, até mesmo, propor, em seu relatório – que, no mais das vezes, é apresentado em Plenário – modificações outras que não aquelas constantes das emendas protocolizadas no prazo próprio de seis dias contados da publicação.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* p. 179.

sobre interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.¹⁴³

Neste sentido, a não ligação lógica da decisão que possui uma fundamentação constitucional para julgamento de procedência e tem, em verdade, um julgamento de improcedência, causa perplexidade se expandirmos as razões constitucionais de decidir deste julgamento. Mas, na atualidade o Supremo parece firmar no sentido de que o efeito vinculante diz respeito apenas à parte dispositiva de decisão¹⁴⁴.

Segue trecho da ementa do Agravo Regimental na Reclamação 9.778/RJ: “[...] Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes. III – Agravo a que se nega provimento.”¹⁴⁵

Assim, toda esta fundamentação que efetiva o comando do art. 62, § 9º da CF e a improcedência acaba por perder a importância, pois o que se levará do julgamento da ADI 4.029/DF é apenas a parte dispositiva da sentença.

Sobre a estreita ligação entre a *jurisdictio* e o governo das leis que em larga medida orientam a razão de ser das fundamentações da atividade jurisdicional, as lições de Cândido Rangel Dinamarco nos esclarecem que:

Os louvores à interpretação evolutiva não podem chegar a algo que se pareça com as ideias de escola do direito livre. [...] A sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às palavras desta, é impeditiva da 'livre invenção jurídica', tendo-se o *governo das leis* como inerência dos sistemas jurídicos em que vivemos e como 'imperativo axiológico da segurança jurídica'.¹⁴⁶ (grifos no original)

¹⁴³ SILVA MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868, de 10 -11- 1999**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 599. O Autor cita Klaus Vogel no seguinte sentido: “ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concedida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes.” Klaus Vogel. *Rechtskraft und Gesetzskraft*, in *BVerfG und GG*. v. 1. p. 568(589). *apud. ibid.* p. 600. Ver também Rcl. 2.363-0 Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes. J. 23/10/2003 e DJU 01/04/2005, onde o relator defendeu a aplicação da transcendência também no âmbito do STF.

¹⁴⁴ No recente AgR. Rcl. 5.216/PA a relatora afirma: “Ademais, a questão referente à aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal: Rcl. 6.204-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 28.5.2010; Rcl 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 31.1.2008; Rcl 5.365-MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007; e Rcl 3.014-AgR/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 21.5.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do AgR. Rcl. 5.216/PA. Relator(a) Min. Cármen Lúcia. Distrito Federal, 13/0362012. DJ 19/09/2012. p. 8.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa do AgR. Rcl. 9.778/RJ. Relator(a) Min. Ricardo Lewandowski. Distrito Federal, 26/10/2011. DJ 11/11/2011.

¹⁴⁶DINAMARCO. Cândido Rangel. *op. cit.* p. 279.

Não pode a Corte Constitucional fazer interpretações alienadas do contexto valorativo, pois como foi dito anteriormente a ligação, tão esperada e desejada, do Texto Maior à realidade brasileira, depende das decisões desta corte guardiã das nossas escolhas políticas. A segurança jurídica e interesse social residem neste respeito por parte dos órgãos públicos e possível imposição, se for o caso. As Medidas Provisórias não podem representar local de exclusão da efetivação democrática e instalação da insegurança.

No Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional não pode ser utilizada para mitigar a própria Carta Política que definiu um procedimento pleno de valores implícitos no que diz respeito à conversão das Medidas Provisórias¹⁴⁷. O procedimento adotado pelo STF no caso da ADI 4.029/DF mitiga a ordem jurídica e o sistema de controle baseado na supremacia e rigidez da constitucional.

Furtar-se à aplicação da lei ao caso concreto é que representa a insegurança, vale dizer, na medida em que a Constituição é afastada pelo uso do art. 27 de lei 9.868/99 em nome de uma suposta segurança jurídica ou de excepcional interesse social, em verdade, pelo que foi defendido até aqui, é este ato do Supremo Tribunal Federal que implanta a insegurança jurídica, ou seja, há uma inversão da lógica normativa, é a lei infraconstitucional que permite afastar, *in casu*, a formalidade constitucional que deveria ser obedecida por todos, inclusive o Estado, em nome da segurança jurídica e do excepcional interesse público.

Indo um pouco mais afundo na flexibilização das decisões em controle concentrado defende-se aqui, a tese de que as razões de segurança jurídica e do excepcional interesse público só poderiam ser invocadas quando a decisão colocasse o indivíduo em patente prejuízo quanto ao exercício de direitos fundamentais e/ou a coletividade no que tange aos direitos exercíveis sob uma perspectiva plúrima¹⁴⁸. Na

¹⁴⁷ Clèmerson Clève discorrendo sobre o papel da jurisdição no controle dos atos do legislativo que implicam comandos que inovam a ordem jurídica afirma: “Cabe ao judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previsto 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 políticos.” Em nota do mesmo trecho, o autor se vale de ensinamentos valiosos de Roberto Gargarella que devem ser transcritos: “não se afirma aqui que os juízes decidam o conteúdo das leis, senão o contrário: se lhes pede que sejam, como devem ser, mais exigentes sobre os procedimentos com que as leis se criam. Não se trata de afogar a democracia, senão do contrário: dar-lhe, por fim, mais de oxigênio, para que todos respirarem um pouco melhor.” GARGARELLA, Roberto. *Controlar el procedimiento legislativo (reloaded): La Corte Sudafricana y la deliberación pública*. Disponível em <<http://seminariogargarella.blogspot.com/2009/03/controlar-el-procedimiento-legislativo.html>> Acesso em: 29 mar. 2009. Tradução Livre. *apud*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *op. cit.* p. 180.

ADI 4.029/DF o beneficiário da modulação é quem deveria observar integralmente a Constituição, o Estado.

Diz Cármen Lúcia:

Quando o próprio Estado é autor, beneficiário ou parte em processo de que tenha resultado julgamento contrário à Constituição, não há deixar de considerar a necessidade de ser desfeita a situação firmada no julgado e que se opere em desconformidade com a Constituição. Não há bem público contrário à Constituição e o Estado atua com legitimidade e validade exclusivamente para realizá-la e dar-lhe concretude.¹⁴⁹

Sob este ângulo, as razões que possibilitam a mitigação da própria lógica constitucional são apenas, os direitos e garantias fundamentais igualmente constitucionais. A estruturação estatal do IBAMA, por meio da criação do Instituto Chico Mendes, não é razão suficiente para embasar a aplicação do art. 27 da lei 9.868/99.¹⁵⁰

¹⁴⁸Gilmar Mendes traz exemplo de aplicação da lei inconstitucional no caso de controle de omissão legislativa constitucional no caso de lei que efetive o art. 7º, IV da CF que trata do salário mínimo. Uma decisão que declare a inconstitucionalidade de lei que fixe o salário mínimo em patamar que não atenda às expectativas constitucionais pode deixar sem qualquer regulação o exercício de um direito fundamental do cidadão brasileiro. Está configurado a segurança jurídica de situações já consolidadas e o excepcional interesse público, uma vez que o salário mínimo diz respeito a toda uma coletividade. MENDES, Gilmar. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 383 e 384. Regina Maria Macedo Nery Ferrari traz outro exemplo, que justifica a aplicação da lei inconstitucional, no que tange a adoção: “Imagine-se a situação decorrente da consideração de que a lei inconstitucional é nula de pleno direito em razão da hipótese da adoção de crianças durante dez ou mais anos, com base em uma lei declarada inconstitucional.” FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no Controle de Constitucionalidade**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* P. 241. Da mesma forma a inconstitucionalidade fundada em exclusão de benefício incompatível com o princípio da isonomia que tem sede constitucional onde, a depender dos beneficiários poderia, se admitir a extensão do benefício fixado em norma declarada inconstitucional (ADI 799-8 de relatoria do Ministro Néri da Silveira, ADI 526 MC –DF da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence). No entanto, o que se extrai da jurisprudência do STF, em larga medida, são decisões que procuram corrigir atos estatais que desde seu nascedouro já desrespeitaram regra constitucional, vale dizer, são decisões que só tem um beneficiário, o próprio Estado.

¹⁴⁹ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* P. 185.

¹⁵⁰ Regina Maria Macedo Nery transcrevendo trecho onde Jorge Miranda cita Otto Bachof declara: “os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares.” MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1991. pp. 500-502. *apud*. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no Controle de Constitucionalidade**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* P. 239. Mais adiante, ainda sob os ensinamentos de Jorge Miranda a autora transcreve trecho que vale a pena reproduzir: “não basta justificar a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sob o argumento de que envolvem alguma incerteza para o mundo do direito e para vida social; é preciso que envolvam uma insegurança de grau elevado e que por isso seus efeitos sejam reduzidos ao estritamente necessário para salvaguardar os valores constitucionais.” *ibid.* p. 250.

Ainda que se desloque o cerne da decisão para a ponderação de princípios, entre a nulidade de lei formalmente inconstitucional *ab initio* e a segurança jurídica, no dizer de Gilmar Mendes, sob a bênção da razoabilidade, dever-se-ia ter argumentos claros para determinar o porquê da prevalência de um princípio sobre outro, ambos de índole constitucional. Como foi dito, a mera mudança do dispositivo da sentença para um provimento de improcedência das razões da requerente, desconecta a fundamentação e não cumpre o requisito do “severo juízo de ponderação”, dito por Gilmar Ferreira Mendes, pois o que existe ali é uma ponderação que embasa a procedência e não a improcedência das alegações da parte autora. Ao não constatar a existência dos argumentos justificadores da primazia do princípio da segurança jurídica e falta de lógica entre a fundamentação fático-jurídica e o dispositivo da decisão, toda uma comunidade corre o risco de ter sua Carta Política desnaturada pela omissão da Suprema Corte em não corrigir um procedimento inconstitucional dos órgãos legiferantes.

2.3. A resolução do “problema nacional”.

Finalizando os debates da questão de ordem suscitada pelo Advogado Geral da União, o Ministro Luiz Fux (relator da ADI 4.029/DF) afirma que foi “Resolvido um problema nacional.”¹⁵¹

Não se tem dúvidas de que a flexibilização dos efeitos da decisão é uma tendência para as cortes constitucionais e é um mecanismo necessário para enfrentamentos casuísticos, também não se está, com o presente trabalho, pretendendo exacerbar um positivismo extremo. Carlos Aurélio Mota diz:

A constante produção legislativa, os novos costumes criados na sociedade, sobretudo pelo tráfico comercial, as regulamentações administrativas, os contratos negociais, a doutrina e pareceres dos juristas, e também a produção jurisdicional, contribuem diuturnamente para a formação, conformação ou aperfeiçoamento do universo jurídico, sob qual os homens se movem e convivem na sociedade. ¹⁵²

¹⁵¹ Analisando-se o contexto meramente político da decisão talvez se tenha resolvido o problema pontualmente. Mas expandindo a questão para além do ponto de vista formal-constitucional, observar-se-á que nesta ocasião a Constituição foi afastada, em detrimento da segurança jurídica. O problema nacional sempre foi a existência de um texto constitucional e a sua não aderência a realidade fática da sociedade brasileira. Presenciar o acasalamento entre a constituição e a factibilidade social é o real interesse social e a verdadeira segurança, enquanto a Carta Política for um instrumento de realização do ser humano. Portanto, naquele “eterno” processo de efetivação constitucional, afirmado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, o STF deu um passo para retaguarda quando abriu mão de tornar um pouco mais visível a Lei Maior.

¹⁵² SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *op.cit.* p. 147.

No entanto, o que se pretende e a sociedade espera, é uma obediência à Carta Política como mandamento otimizador de uma realidade próxima e expectável¹⁵³, o compromisso estatal firmado pela Constituição de 1988 passa pela fundamentação das decisões e respeito à Carta Política, pelos órgãos estatais, prestigiando o detentor da soberania.

Cármem Lúcia afirma: “O Brasil não precisa de uma nova Constituição ou de um novo milagre econômico, político ou de qualquer ordem. Precisa da mudança de postura social, no sentido de se determinar que a que se tem seja cumprida por todos, especialmente pelos governantes que juraram, ao se assumirem nesta condição, subordinar-se aos seus comandos.”¹⁵⁴

Outro fato, no âmbito da ADI 4.029/DF, que surpreende do ponto vista procedimental é a praxe legislativa adotada pelo legislativo federal, pois o jogo político burla a constituição e não se instala os trabalhos da comissão mista e diante de inviabilidade congressual, procede-se ao parecer monocrático. A perplexidade no caso em tela reside no fato de que, exatamente por ser exceção ao processo de formação das leis em sentido amplo imaginado pelo constituinte, um grande número de projetos de lei de conversão de MPs chegaram aos plenários sem parecer prévio da Comissão Mista. Como visto anteriormente no transcurso procedimental do devido processo legislativo constitucional das MPs o parecer tem um leque de funções muito mais amplo do que afirmar que a “proposição” de natureza presidencial tem ou não mérito ou deve ou não ser arquivada. A realidade brasileira extraída das entrelinhas constitucionais deve ser um alvo a ser atingido pelos poderes constituídos, mas não de qualquer forma, em desrespeito as escolhas sociais estampadas na Lei Maior, porque em larga medida é desrespeitar a própria sociedade¹⁵⁵ e tornar o discurso constitucional mera retórica aos ventos da suposta segurança jurídica e excepcional interesse político. Não há mais segurança jurídica do que uma fiel observância dos preceitos de ordem constitucional pelos poderes da república? Não há mais interesse público do que a transformação da realidade discursiva constitucional em realidade fática?

¹⁵³ Eneida Desiree assevera: “A inauguração de uma nova ordem constitucional traz um projeto democrático inafastável.” SALGADO, Eneida Desiree. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. p. 210.

¹⁵⁴ ROCHA. Cármem Lúcia Antunes. **Constituição e ordem econômica**. In: FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto (orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. pag. 9 -34. pag 31 – 32. apud. SALGADO, Eneida Desiree. *op. cit.* p. 222.

¹⁵⁵ Cândido Rangel Dinamarco é enfático nos seguintes termos: “Tanto como o legislador, ele é agente estatal e tem a missão de decidir segundo as escolhas da sociedade”. DINAMARCO. Cândido Rangel. *op. cit.* p. 277.

Assim, em homenagem a efetividade do texto constitucional e a harmonia dos poderes, a norma contida na Lei 11.576/07 deveria ser retirada do ordenamento, ou pelo menos, como havia sido decidido, ser imposto um prazo para que o parlamento adeque o procedimento de conversão ao texto constitucional¹⁵⁶.

A ordem e a hierarquia são necessárias em todos os níveis, normas que enfatizam a segurança jurídica apenas sob a ótica dos particulares e não a impõe em relação aos órgãos estatais traz verdadeira insegurança à ordem jurídica. Cria-se uma prisão sem muros, pois onde reina a segurança jurídica há regras a serem seguidas e fora deste ambiente há total liberdade.

É Hans Kelsen quem afirma:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.¹⁵⁷

Há uma intensa correlação entre a estrutura do ordenamento jurídico e seu funcionamento. Carlos Aurélio Mota chega a dizer: “Assim, observa-se uma conexão entre a *dimensão funcional* da segurança jurídica (princípio da legalidade) com seu *sentido estrutural* (exigências de segurança jurídica), pois o próprio ordenamento exige segurança para manter sua integridade ou completude.”¹⁵⁸

A decisão que faz opção pela manutenção no ordenamento de norma inconstitucional quebra a integridade e a concretude da ordem jurídica e gera insegurança como foi dito anteriormente. Esta insegurança ao sabor dos ditames do STF representa um esvaziamento do texto constitucional, pois é a constituição quem define o sentido estrutural da ordem jurídica brasileira¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Norberto Bobbio leciona que: “O exercício do Poder Legislativo é limitado pela Constituição”. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 53. Quanto à possibilidade de o Judiciário fixar prazo para exercício da atividade legislativa o STF já procedeu desta forma na ADI 3.682/MT da relatoria do Ministro Gilmar Mendes que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão referente à *inertia deliberandi* do Congresso para regulamentar o art. 18 § 4º da CF.

¹⁵⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247.

¹⁵⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *op. cit.* p. 76

¹⁵⁹ Gilmar Mendes manifesta-se assim: “A aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional,

Por tudo que foi afirmado nesta seção, a falta de deliberação efetiva realizada no âmbito da Comissão Mista e a emissão de parecer de índole singular pelo relator da comissão são plenamente capazes de macular a lei de conversão da Medida Provisória, com o vício de inconstitucionalidade formal.¹⁶⁰

cláusula inexistente no direito brasileiro. [...] A aplicação geral e continuada da lei considerada inconstitucional representa uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.” (grifo no original). MENDES. Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 62. Cármen Lúcia declara: “[...] não se há cogitar de admitir-se que a Constituição possa acobertar inconstitucionalidades ou que haja segurança onde houver uma inconstitucionalidade.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* p. 182.

¹⁶⁰ Mais uma vez é Gilmar Ferreira Mendes que explana: “Também a inobservância de outras normas fixadas na Constituição sobre o procedimento legislativo torna inevitável a declaração de inconstitucionalidade.” MENDES. Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 342. No mesmo sentido Cármen Lúcia Antunes Rocha é enfática: “A autoridade dos atos do Estado baseia-se na autoridade constitucional que os fundamenta. Faltante a *autoritas constitucionalis* carente de fundamento é o provimento estatal, que pode aparentar formas regulares de exercício do poder, mas que não se dota de conteúdo que o segura no mundo dos atos jurídicos válidos.” ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *op. cit.* p. 165.

CONCLUSÃO

O processo legislativo é, ou deve ser, um procedimento impessoal de captação dos interesses que permeiam o meio social e são transplantados para a norma jurídica segundo um procedimento pré-definido em norma constitucional.

A importância do processo legislativo reside na conformação e produção da lei em sentido amplo, em um contexto de um Estado Democrático de Direito. Esta produção estatal deve respeito aos princípios e regras que regem a produção legislativa para que o seu produto, a lei em sentido amplo, seja reflexo da ordem regente.

Como no Brasil há uma predominância da democracia representativa, a inserção dos interesses plurais na norma depende em regra da legitimação pelo debate que ocorre no procedimento legislativo.

Dentre as diversas espécies legislativas primárias e seus procedimentos legislativos destaca-se, no contexto deste trabalho, o da medida provisória, por ser, dentre as enumeradas no art. 59 CF, a que de imediato, após a publicação, já inova a ordem jurídica, a legitimação pelo debate democrático indireto ocorre em momento posterior. Esses pressupostos que caracterizam a medida de urgência são, conforme a doutrina e a jurisprudência, uma derrogação do postulado da separação de poderes. É o Chefe do Executivo Federal que está legislando sem qualquer participação deliberativa anterior e sobre um leque temático extremamente amplo.

Nesta perspectiva, os controles políticos e jurídicos que envolvem a Medida Provisória deveriam ser rígidos e alinhados aos contornos constitucionais. Se mesmo as leis em sentido amplo, que se aperfeiçoam pelo debate, já causam grandes impactos na vida da comunidade, o que se dirá de uma medida que nasce na soledade do gabinete da presidência da República? Nesse sentido as regras e princípios norteadores do devido processo legislativo constitucional devem incidir na MP com sua máxima força, para que ela não sai dos “trilhos” traçados pelo constituinte.

Diante deste panorama legislativo, somado ao contexto do Estado Democrático de Direito e representatividade parlamentar, tudo que diz respeito ao debate, a discussão, a defesa dos interesses individuais e coletivos, a obediência às normas constitucionais, e ainda, o devido processo legislativo constitucional, deve ser encarado com o rigor característico de uma ordem fundada numa constituição que se coloca no cume da pirâmide normativa e está revestida da supremacia constitucional, esta por sua vez, desdobra-se na rigidez e no controle de constitucionalidade.

As ofensas a todos aqueles princípios e regras supracitados deveriam ser tomados como ofensas à escolha político-jurídico da sociedade, representada, pela Lei Maior. Aquelas normas ofensivas não podem sobreviver na ordem jurídica, sob pena de quebrar a idéia de unidade que envolve o conceito de ordenamento jurídico.

No âmbito da ADI 4.029/DF, ao desprezar o tratamento deliberativo preliminar da Comissão Mista delimitado no texto constitucional, a MP 366/07 que se converteu na Lei 11.516/2007, desprezou o princípio democrático e reduziu a importância dos trabalhos daquela comissão, como se tudo resumisse a emissão de parecer. A deliberação na comissão mista não é mera formalidade que se deixou de cumprir, mas um mandamento constitucional pleno de valores democráticos que tem suficiente força para macular a Lei 11.516/2007 com o vício da inconstitucionalidade formal.

Como visto, no decorrer do trabalho, a inconstitucionalidade formal é uma relação de não conformidade com o modelo formal definido na Carta Política. As normas dotadas desta desconformidade devem ser retiradas do ordenamento com eficácia *ex tunc* e *erga omnes* da decisão em controle abstrato, como regra. Mas o art. 27 da Lei 9.868/99 autoriza, diga-se de passagem, por meio de norma infraconstitucional, o afastamento da regra do desfazimento dos efeitos da norma inconstitucional.

Mas, que eficácia normativa teria uma constituição que pudesse ser afastada a todo o momento em que, segundo a Corte guardiã da Lei Maior, houvesse *in casu* a ocorrência de fato relevante para determinação da segurança jurídica e o excepcional interesse público?

Segundo defendeu-se aqui, a presença da segurança jurídica e excepcional interesse público podem embasar a sobrevivência de norma inconstitucional de maneira excepcional, quando a decisão do Pretório Excelso conflitasse, na concretude, com um direito igualmente constitucional de cunho individual ou coletivo, exemplo clássico são as decisões que constatarem a omissão legislativa parcial. Somente neste contexto é que a ausência de norma, retirada do ordenamento pela decisão do Supremo Tribunal Federal, pode provocar a propagação da situação de inconstitucionalidade, é o que consta no acórdão como “situação igualmente inconstitucional”.

No caso em tela, a reorganização da Administração Pública com a criação da autarquia Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), não tem o condão de provocar a aplicação ao art. 27 da Lei 9.868/99, pelo fato de que o próprio executivo, que deve respeito à Constituição segundo a faceta estatal do postulado da

segurança jurídica, é o beneficiário da decisão. Somente secundariamente há interesses individuais dos servidores do ente estatal, primariamente o real beneficiário é o Estado, por isso a decisão que fixava prazo para nova deliberação, coadunava com os interesses sociais e os individuais; aqueles ligados a uma concretização e respeito ao texto constitucional; e estes ligados aos interesses dos servidores do Instituto Chico Mendes, como expressão da verdadeira segurança jurídica em seu duplo aspecto e o excepcional interesse público.

Por fim, vale destacar, que para utilizar-se da modulação dos efeitos da decisão, o STF deve, como órgão jurisdicional, fundamentar suas decisões, ou seja, deve haver uma ligação lógica entre a fundamentação e o dispositivo da decisão, muito mais quando a questão envolve o controle de constitucionalidade.

Por tudo, o que se pode afirmar é que observando o caráter da decisão na ADI 4.029/DF apenas uma espécie de problema nacional, no dizer do relator, foi solucionado, o problema político e casual que envolvia as discussões naquela ação direta de inconstitucionalidade. Por outro lado, a questão jurídica apenas foi postergada para futuras discussões e a sociedade ainda aguarda a verdadeira Constituição, a Constituição visível, palpável e flagrante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (org.). **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2004

BITTENCOURT, Fabrício. **Medidas Provisórias? Análise Crítica do texto constitucional**. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Pós-graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANTIZANO, Dagoberto Liberato. **O Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras e no Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CINTRA, Antônio C. de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2010.

COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito: História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAMOUS, Wadih e DINO, Flávio. **Medidas Provisórias no Brasil: Origem, evolução e novo regime constitucional**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1990.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. **Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade incidental na perspectiva da teoria discursiva do direito e da democracia e reflexos sobre a norma do art. 52, x, da constituição federal**. 43 f. Monografia (Curso de especialização em análise da constitucionalidade) – Curso de especialização da Universidade de Brasília ofertado em parceria com o Senado Federal – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2006.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Do Processo Legislativo**. 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

MARIOTTI, Alexandre. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTINEZ, Maria Asunción Garcia. **El procedimiento legislativo**. Madrid: Publicaciones del Congreso del los Diputados – Gabinete de Publicaciones, 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo:

Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

_____. **Constituição e ordem econômica**. In: FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto (orgs.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____. **Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Pós-graduação em Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **O Processo Legislativo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SEREJO, Paulo. **Fundamento de uma teoria concreta do controle de constitucionalidade**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_19/artigos/PauloSerejo_rev19.htm> acessado em 20/08/2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Poder constituinte e poder popular: Estudos sobre a Constituição**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiro, 2002.

_____. **Princípios do Processo de formação das leis no Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1964.

SKALAROWSKI, Leon Fredja. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SOUTO, Major Borges. **O princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 31/08/2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIANA, Felipe Benedito. **O Controle de Constitucionalidade finalístico**. 186 f. Dissertação (Curso de Pós-Graduação Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VIERIA, Guaraci de Sousa. **Declaração de Inconstitucionalidade: A Aplicação do Princípio da Nulidade da Lei Inconstitucional**. 43 f. Monografia (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu) – Pós graduação lato sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2007.