



Observatório da Jurisdição  
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.  
Ano 6, vol. 1, mai./2013. ISSN 1982-4564.

## O controle abstrato de constitucionalidade sobre os pressupostos das medidas provisórias: ADIn 4029 (Instituto Chico Mendes)

*André Molinar Veloso* \*

**Resumo:** Em vista da teoria administrativista, defende-se um controle abstrato de constitucionalidade mais rígido sobre os pressupostos das medidas provisórias, a partir da análise de fatos e prognoses, e da utilização de amicus curiae, audiências públicas e perícias técnicas. O julgamento da ADIn 4029 é resultado de uma mudança paulatina de postura do STF, apesar de a Corte ainda não se aprofundar, como poderia e deveria, sobre o tema.

**Palavras-chaves:** Medidas provisórias. Usurpação de poderes. Pressupostos de admissibilidade. Relevância. Urgência. Controle constitucional. Competência do STF. Mudança de posicionamento da Corte. ADIn 4029. Instituto Chico Mendes.

**Abstract:** In view of the Administrative Law's theory, the paper defends a stronger abstract constitutional review on admissibility of provisional measures. Despite of a changed Supreme Court's behavior towards the issue (as seen in the judgment ADIn4029), it is clear that such points are not checked as they should be. Analysis about facts and prognoses, amicus curiae, public auditions and investigations may contribute to that control

**Keywords:** Provisional measures. Usurpation of competence. Admissibility conditions. Relevance. Urgency. Constitutional review. Jurisdiction of the Supreme Court. Changed Supreme Court's understanding. ADIn 4029. Chico Mendes Institute.

\* Graduando do oitavo semestre de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Estagiário de Direito na Procuradoria da República no Distrito Federal - MPF.

## **Introdução: a imprescindibilidade do controle de constitucionalidade abstrato pelo Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro**

Durante boa parte do século XX, o debate entre os juristas Hans Kelsen (1974) e Carl Schmitt (2007) ocupou grande espaço na doutrina<sup>1</sup>. Não por acaso, o que estava em discussão era, nada menos, quem legitimamente deveria ser o guardião da Constituição<sup>2</sup>. Kelsen (1974), com base no princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria, asseverava que ao Presidente do *Reich* não caberia proteger a ordem constitucional, por estar em posição de contrapeso ao Parlamento, com muitas oportunidades jurídicas e estímulos políticos para vulnerar a Carta Magna<sup>3</sup>. Sendo assim, muito embora criticasse o amplo controle de constitucionalidade por magistrados que não integram a Suprema Corte, o jurista austríaco elogiava o controle de constitucionalidade norte-americano, desenvolvido a partir da "invenção" do juiz Marshall, no caso *Marbury VS. Madison*, em 1803.

A partir da segunda metade do século passado, tal debate começou a ser superado e, atualmente, não importa mais a discussão sobre qual dos dois doutrinadores estava certo, mas sim o estudo acerca de qual modelo de controle constitucional é mais adequado, eficiente e legítimo em contextos legais, geográficos, temporais e sociais específicos. Nesse sentido, Jeremy Waldron (2006) tenta demonstrar, até mesmo, que o controle judicial da constitucionalidade de leis não é decorrência natural da democracia<sup>4</sup>. Atacando principalmente o *strong judicial review*, Waldron (2006) identifica *outcome related reasons* e *process related reasons*, que o levam a concluir que o Parlamento seria a instituição comparativamente mais legítima a fazer o referido controle de constitucionalidade e a deliberar sobre questões morais complexas em debate há muitos anos<sup>5</sup>.

Apesar de Waldron (2006) explicitamente ponderar que estas nunca serão satisfeitas por completo, é notório que as condições para a pertinência de sua crítica estão de tal forma tão

---

<sup>1</sup> Cf. PAULSON, Stanley L. *Kelsen e a interpretação jurídica*. Trad. para fins acadêmicos Menelick de Carvalho Netto. texto não publicado; VIANELLO, Lorenzo Córdova. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad em Kelsen y Schmitt. Cidade do México, *Cuestiones Constitucionales*, n.15, jul./dez. 2006, p. 47-68; MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna: com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, *Cadernos da Escola Legislativa*, n. 1 v. 2, jul./dez. 2004, p. 9-20.

<sup>2</sup> Cf. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 225-233; SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Trad. para fins acadêmicos Menelick de Carvalho Netto. Texto não publicado; KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. 4ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 200, p.79-120;

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 240.

<sup>4</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, *The Yale Law Journal*. New Haven, Connecticut, vol. 115, nº 6, abr. 2006, p. 1346-1406.

<sup>5</sup> Entende-se o *strong judicial review* como o controle exercido pelas cortes quando deixam de aplicar alguma lei por ser inconstitucional, no fundo, em um juízo abstrato, sem que se utilizem sequer da modulação de efeitos de suas decisões.

distantes da realidade brasileira, que é inimaginável a abolição do *strong judicial review* neste sistema. As condições previstas por Waldron (2006, p. 1360) são:

*We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a nonrepresentative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights.*<sup>6</sup>

Dentre outros motivos, a ausência de uma esfera pública atuante, nos moldes em que Habermas (1997) previa, faz com que atos normativos importantes não sejam editados pelo Parlamento brasileiro, ou então não sejam devidamente controlados segundo a Constituição, como no caso das medidas provisórias. No que tange a estas, tendo em vista que o Poder Executivo começa a abusar da edição de medidas provisórias, para verdadeiramente legislar, e o Congresso é brando no controle de seus pressupostos, a análise judicial pode e deve impedir o esbulho constitucional, originado a partir do atentado ao princípio da tripartição de poderes.

## 1. A compatibilidade da medida provisória com a tripartição de poderes

A medida provisória não pode ser considerada, por si só, uma usurpação de poderes pelo Chefe do Executivo. Esse instituto foi uma das novidades da Constituição Federal de 1988, previsto em seu artigo 59 e disciplinado pelo artigo 62, fruto da preocupação do constituinte com os constantes exercícios de atividades legislativas pelo Executivo. Sendo assim, extinguiu-se o decreto-lei e foi criada a medida provisória, muito embora ambos os atos normativos tenham sido inspirados no *provvedimenti provvisori* da Constituição italiana de 1947<sup>7</sup>.

Realmente, é inegável a importância da medida provisória, pois é um instrumento com força de lei que se outorga ao Executivo, para lhe dar mobilidade e flexibilidade necessárias na contemporaneidade dinâmica. No entanto, a adequação deste instrumento ao ordenamento jurídico brasileiro ocorre somente por sua característica transitória e sua submissão ao controle total pelo Poder Legislativo, que pode, inclusive, retirar a eficácia das medidas provisórias retroativamente.

---

<sup>6</sup> WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*, The Yale Law Journal. New Haven, Connecticut, vol. 115, nº 6, abr. 2006, p. 1360.

<sup>7</sup> POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 98-115.

Cabe ainda ao Congresso disciplinar as relações jurídicas que surgiram a partir da edição da medida provisória e que, depois, foram extintas com efeitos *ex tunc*, caso não ocorra a conversão do ato normativo original em lei<sup>8</sup>.

Nesse sentido, o Ministro Moreira Alves esclareceu:

Faço essas considerações, para afastar do exame da relevância da presente arguição de inconstitucionalidade qualquer tratamento distintivo desfavorável à medida provisória em si mesma, como se fosse ela um instrumento suspeito e conflitante com o princípio da independência e da harmonia dos Poderes. Foi a Assembléia Constituinte brasileira que livremente a adotou, e o fez sem outras limitações expressas, senão a da transitoriedade de sua eficácia e do controle integral que atribuiu ao Poder Legislativo.<sup>9</sup>

As medidas provisórias são, portanto, atos normativos do Poder Executivo, que obedecem a um procedimento especial, tanto que submetidas ao Congresso Nacional. Infere-se, assim, que a Constituição confere, prevalentemente, o exercício de uma função do Estado a um dos Poderes, sem, contudo, afastar a possibilidade de colaboração entre eles, e até mesmo o exercício subsidiário ou excepcional de atribuição<sup>10</sup>.

Muito embora não represente em si violação à ruptura do princípio da separação de poderes, a medida provisória deve ser editada excepcionalmente, com observância de seus pressupostos de relevância e urgência. Isso para que o ato normativo governamental não seja utilizado para burlar o necessário debate que deve ocorrer no âmbito do Legislativo.

Sendo assim, a mera lentidão do Legislativo não é justificativa suficiente para a edição inescrupulosa de medidas provisórias. Ainda que se perceba uma crise do Parlamento, há de se concordar com Waldron (2006) na constatação de que este é o órgão mais legítimo, em critérios de participação dos governados, para decidir questões complexas, até porque suas decisões são pautadas, em geral, pelo debate e publicidade.

As discussões políticas travadas no Parlamento, para obtenção da maioria, fazem parte do jogo democrático e, inclusive, a lentidão no procedimento nas Casas Legislativas pode justamente evidenciar a ausência da urgência em disciplinar determinada matéria. A manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence corrobora com essa ideia:

A experiência democrática mostra que muitas vezes a demora do Poder Legislativo não é ociosidade, é uma forma de legislar, é uma forma de mostrar que as propostas de alteração

---

<sup>8</sup> POLETTI, Ronaldo. *Ibidem*, p. 102.

<sup>9</sup> ADIn (MC) 223-6/DF. Rel. Min. Paulo Brossard, julg. 05.04.90, DJ 29.06.90.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Ana Paula Manso. *A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 83.

da lei ainda não obtiveram o grau de amadurecimento bastante para converter-se em lei. E isso é prática preciosa do jogo na democracia.<sup>11</sup>

## 2. Possibilidade de controle judicial sobre os pressupostos das medidas provisórias

Certamente, o uso indiscriminado de medidas provisórias pelo Executivo é favorecido pela falta de controle pelo Parlamento dos pressupostos de urgência e relevância destes atos normativos. Muito embora se tenha admitido que a mera omissão ou mora do Congresso em legislar não confere ao Poder Executivo prerrogativa de editar medidas provisórias, questão controvertida é se a omissão do Legislativo em averiguar os pressupostos de admissibilidade de tais atos normativos confere ao Judiciário a possibilidade de exercer tal controle.

Não são poucos os autores, como Ronaldo Poletti (2001) e Ivo Dantas (1991), que defendem que os pressupostos de relevância e urgência, por apresentarem natureza política, estão fora do alcance da jurisdição constitucional. Também é ponto pacífico no Direito Administrativo a imposição de limites bem claros ao Judiciário na análise de questões de mérito dos atos administrativos, ou seja, que envolvam aspectos relativos a oportunidade e conveniência.

Não obstante a isso, a doutrina administrativista tem o entendimento comum sobre a relevância do princípio da motivação de todos os atos dos administradores, que aduz à essencialidade da exposição detalhada de motivos pelo Presidente da República, ao editar uma medida provisória<sup>12</sup>. Ademais, como já exposto, as medidas provisórias, apesar de emanarem do Poder Executivo, são, de fato, atos normativos primários, somente válidos se tiverem conteúdo constitucionalmente possível, seguirem procedimentos formais especiais e possuírem os pressupostos de relevância e urgência. Ou seja, com ou sem omissão do Legislativo, o Judiciário não pode se abster em exercer o controle de constitucionalidade destas medidas, sob todos seus aspectos.

Friedrich Müller (2001), em 1999, já demonstrava preocupações com a regulamentação das medidas provisórias, o uso abusivo destas pelo Executivo e a jurisprudência pouco interventiva na averiguação de seus pressupostos. Temia o ilustre doutrinador alemão que as medidas provisórias resultassem em uma fatalidade para o Brasil, tal como os decretos emergenciais dos

---

<sup>11</sup> Voto na ADIn (MC) 162, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 14.12.1989, DJ 19.09.97.

<sup>12</sup> Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 125-129; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 38ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104-107; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 116-118.

Presidentes alemães foram para Alemanha, a partir de 1919. Müller (2001) chega ao ponto de explicitamente dizer:

Minhas Senhoras e meus Senhores, permitam também a mim, ao não-brasileiro que se ocupa com toda a lealdade com os problemas de seu grande país, esse apelo à jurisdição constitucional: apliquem, Srs. Juizes do Supremo Tribunal Federal, o art. 62 com todas as suas cautelas como o direito constitucional positivo diretamente que ele é. Verifiquem e eventualmente sancionem a atuação do Presidente da República como ação vinculada ao direito positivo (e não legitimável a partir da natureza, da historia ou da "graça de Deus"). Ela é legitimável apenas a partir dessa Constituição de 1988. [...]

Com isso os Senhores fortalecerão de modo insubstituível a constitucionalidade, a legalidade e a legitimidade da República Federativa do Brasil!<sup>13</sup>

É contundente, portanto, a crítica de Müller (2001) a Carl Schmitt (2007), que admitia que as medidas emergenciais poderiam, inclusive, violar todos os artigos individuais da Carta Constitucional, pela própria finalidade da Ditadura. Schmitt (2007), através da distinção entre Constituição ("decisão existencialmente total do povo alemão") e leis constitucionais, passa por cima do direito positivo, em benefício de uma finalidade axiomáticamente afirmada pela Ditadura.

Conceitos vagos, como urgência e relevância, poderiam realmente levar a entendimento semelhante ao de Carl Schmitt (2007), pela imunidade dos pressupostos da medida provisória à análise jurisdicional. Até mesmo Kelsen (1974) admitia que o emprego de termos vagos, fluidos, no domínio da direito constitucional poderia levar a um deslocamento de poder, em que a vontade da população seria substituída pela vontade de um colegiado de juizes, composto de maneira mais ou menos arbitrária<sup>14</sup>.

A existência de normas constitucionais abertas, no entanto, não exime o Supremo Tribunal Federal em proteger a Carta Magna, até porque a imunidade a esse controle seria incompatível com o Estado Democrático de Direito. Normas constitucionais abertas apenas impõem certo limite a extensão do controle judicial. Limite esse que impede o engessamento da utilização das medidas provisórias, a partir de definições objetivamente prefixadas sobre o que vem a ser relevância e urgência, pressupostos que devem ser verificados em face de uma situação fática específica<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> MÜLLER, Friedrich. *As Medidas Provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 354-355.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Trad. Rolando y Salmorán. Armário Jurídico I, 1974, p. 503.

<sup>15</sup> RODRIGUES, Ana Paula Manso. *A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de medidas provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. John Hart Ely (2002) explicita de forma precisa o papel do Judiciário no jogo democrático: "*Courts thus should ensure not only that administrators follow those legislative policy directions that do exist (...) but also that such directions are given*".<sup>16</sup>

### **3. Postura do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade abstrato sobre medidas provisórias**

Ainda que não ocorresse a extinção das medidas provisórias do ordenamento jurídico brasileiro, como seria o mais adequado, segundo Müller (2001), o doutrinador alemão sugeriu alterações na redação do artigo 62 da Constituição, principalmente, a fim de restringir a reedição das medidas provisórias e o conteúdo passível de regulação por esses instrumentos. Nesse sentido, a Emenda Constitucional 32, promulgada em 11 de setembro de 2001, veio atender diversas sugestões doutrinárias e alguns raros contornos jurisprudenciais.

Não obstante a isso, o próprio Friedrich Müller (2001) já previa que o mal da práxis reside não no artigo 62, mas no fracasso do campo institucional circundante (do Congresso Nacional até o Supremo Tribunal Federal), que evita controles e teme sanções. E, de fato, o que se percebe é que o advento da Emenda constitucional 32 não impediu que o Executivo continuasse fazendo distorções no uso das medidas provisórias para realmente legislar. O argumento limitador da análise jurisdicional sobre os pressupostos de relevância e urgência acaba por ser a suposta sustentação e salvação de medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais.

Seguindo a conduta histórica no controle de decretos-leis, com o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal continuou com sua postura auto-restritiva, atribuindo caráter extraordinário ao exame da existência de relevância e urgência nas medidas provisórias sob análise de constitucionalidade<sup>17</sup>. Dentre diversos outros casos, os julgamentos das ADIn (MC) 162, ADIn (MC) 1.667, ADIn (MC) 1.130, ADIn (MC) 2.150 são exemplos da defesa de que os pressupostos da medida provisória "configuram juízo político do governo e uma das pouquíssimas coisas que

---

<sup>16</sup> ELY, John Hart. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 133.

<sup>17</sup> RODRIGUES, Ana Paula Manso. *A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 88.

neste país escapam à consideração judiciária", conforme voto do Exmo. Ministro Francisco Rezek na ADIn (MC) 1.130, julgada em 1994<sup>18</sup>.

O Tribunal, até final da década de 1990, se posicionava no sentido de que mesmo ausentes os pressupostos das medidas provisórias, só estaria caracterizada a inconstitucionalidade destas, caso fosse manifesto o abuso ou arbítrio por parte do Executivo. Sendo assim, excepcionalmente, em 1998, ocorreu a desaprovação de medida provisória por falta de pressuposto formal, no julgamento da ADIn (MC) 1.753, com a seguinte ementa: "(...) raia pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória"<sup>19</sup>.

A partir de então, o posicionamento do Supremo Tribunal Constitucional mudou relativamente, e para isso, posteriormente, a Emenda Constitucional 32 contribuiu em certa medida, embora não suficientemente, como já mencionado. A Corte começou a aferir de forma um pouco mais profunda a constitucionalidade das medidas provisórias, ainda ressaltando, sempre que possível, que somente tem caracterizada a inconstitucionalidade da medida provisória quando objetivamente evidenciada, "e não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito"<sup>20</sup>.

#### **4. Modo de atuação e posicionamento da Corte Suprema a serem defendidos**

Ora, como já ressaltado, é evidente que não se suscita neste artigo que o Supremo Tribunal Federal se transforme em uma nova casa do Parlamento, mas sim que analise a fundo a motivação dos atos administrativos, bem como questões lógicas ligadas ao próprio instituto das medidas provisórias, com base em poderes que tanto a Emenda Constitucional 32, quanto a Lei nº 9.868 de 1999 já conferiram à Corte.

Como exposto, com base na teoria da motivação do Direito Administrativo, é dever e, não mera prerrogativa, do Judiciário analisar a fundo a exposição de motivos que fundamentaram a edição das medidas provisórias impugnadas. Não cabe, portanto, ao Presidente da República meramente invocar acontecimentos genéricos, sem um vínculo direto com o acarretamento de urgência e relevância para a edição do ato normativo.

---

<sup>18</sup> ADIn (MC) 1.130, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 21.09.94, DJ 02.12.1994.

<sup>19</sup> ADIn (MC) 1.753, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. 16.04.1998, DJ 12.06.1998.

<sup>20</sup> ADIn (MC) 1.717, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 22.09.9, DJ 25.02.00

O próprio Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, em seu artigo 38, estabelece que a exposição de motivos deverá demonstrar, objetivamente, a relevância e a urgência no caso de projeto de medida provisória. O artigo 39 do mesmo decreto também determina que os projetos de medidas provisórias somente sejam apreciados pela Presidência da República quando devidamente demonstradas a relevância e a urgência da matéria objeto da proposta. Além disso, o Anexo I do referido decreto lista quais questões devem ser analisadas para a edição de atos normativos pelo Executivo, dentre as quais se destacam "o que acontecerá se nada for feito? A proposta não poderia ser submetida ao Congresso em regime de urgência?" (item 6.2) e "estão caracterizadas a relevância e a urgência necessárias para ser editada medida provisória?" (item 6.5). Não obstante a isso, é prática rotineira a exposição sucinta e superficial sobre os motivos da edição das medidas provisórias.

A regulação da relevância da matéria, realmente, é de difícil análise pelo Judiciário, muito embora esta seja requisito de adequação aos preceitos constitucionais. Sendo assim, é necessário conjugar esta análise com a apreciação da urgência, mais passível de aferição objetiva. Por exemplo, quando o Executivo estabelece que a aplicação da medida provisória deve ficar diferida no tempo ou, então, quando se verifica que a matéria pode aguardar o trâmite legislativo em regime de urgência, dificilmente o pressuposto de urgência estará atendido, bem como o da relevância.

Ainda que seja mais fácil estabelecer parâmetros objetivos para a verificação da urgência da medida provisória, a presença dos pressupostos só será certificada em face do caso concreto, como já explicitado. Para auxiliar nessa atividade, a análise de fatos e prognoses deve se dar de forma mais profunda possível, como ocorre comumente em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade sobre leis ordinárias ou complementares. A análise de fatos e prognoses é instrumento essencial para a aplicação da teoria da proporcionalidade de Alexy (2008), que aparenta ser a forma mais adequada e segura de realizar o controle de constitucionalidade abstrato.

Quando necessário, em vista dos artigos 7º, § 2º, 9º e 20 da Lei nº 9.868, de 1999, ainda é possível e recomendável que os Ministros se utilizem de *amicus curiae*, peritos, audiências públicas, a fim de esclarecer matéria ou circunstância de fato.

Afasta-se, portanto, a idéia de que a possível ditadura do Executivo estaria sendo substituída por uma ditadura de toga, já que os instrumentos previstos na Lei 9.868, de 1999, permitem a abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle (1997) definiu como sociedade aberta de intérpretes

constitucionais. Em passagem de sua obra, o autor alemão ressalta a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. [...] A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* [...] <sup>21</sup>

Por relevância e urgência serem pressupostos de difícil determinação, eles adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos. Segundo Robert Alexy (2008), o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral, precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade<sup>22</sup>. Afastar a participação popular, ainda que limitada a *amicus curiae* e audiências públicas, desse processo de transformação do axiológico em deontológico seria, de fato, antidemocrático.

## 5. Julgamento da ADIn 4029 - Instituto Chico Mendes

Feitas estas considerações, é inegável a mudança, embora discreta e paulatina, na postura do Supremo Tribunal Federal em sede do controle de constitucionalidade abstrato sobre medidas provisórias. Julgamento recente que certamente que será paradigmático na história constitucional brasileira foi o da ADIn 4029/DF, cujo Relator foi o Exm<sup>o</sup>. Ministro Luiz Fux. Tratava-se, no caso, de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA, Asibama Nacional, contra a Lei federal 11.516/2007, oriunda da Medida Provisória

---

<sup>21</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

366/2007, que dispõe sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio<sup>23</sup>.

Antes de adentrar à análise mais profunda do julgamento, cabe salientar que a lei de conversão não sana os vícios da medida provisória, já que aquela tramita segundo procedimentos peculiares em relação ao da lei ordinária. Também a lei de conversão não poderá ratificar os efeitos produzidos por uma medida provisória que não atenda aos seus pressupostos de relevância e urgência. É ilógico imaginar que uma lei posterior possa conferir validade ao que era inválido, ou seja, tornar inconstitucional um ato normativo com força de lei, que regeu a vida de um número incalculável de indivíduos.

Ciente disso, a Asibama alegou que, durante o processo de conversão da Medida Provisória nº 366, de 2007, na lei em análise, foi descumprido o artigo 62, § 9º da Constituição Federal de 1988, que determina 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<sup>24</sup>.

No presente caso, a Comissão Mista de que trata o dispositivo foi constituída, porém, não houve quórum para votação (um terço dos membros da Comissão), motivo pelo qual foram aplicados os termos da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, que dispõe que, esgotado o prazo de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, para a comissão mista emitir parecer único, o processo será encaminhado à Câmara dos Deputados, que passará a examinar a medida provisória. Conforme determina a resolução, não tendo sido elaborado o parecer da Comissão, o parlamentar nomeado como Relator se encarregou de emitir monocraticamente um parecer direto ao Plenário, que aprovou a conversão da medida provisória nº 366, de 2007, na Lei Federal nº 11.516/07.

No entanto, o Tribunal entendeu que a importância das funções das Comissões Mistas no processo de conversão de medidas provisórias não pode ser mitigada. Afirmou, assim, que o parecer da Comissão Mista representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legislativa pelo Executivo, assegurando uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo. Em razão disso, a Corte reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos, da Resolução

---

<sup>23</sup> ADIn 4029/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 08.03.2012.

<sup>24</sup> Informativo nº 658 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo658.htm#transcricao1>. Último acesso em 13.06.2012 às 19h41.

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.

Com base no artigo 62, § 9º, da Carta Magna, infere-se que o pronunciamento do relator não supre a ausência do parecer exigido pelo constituinte, que deveria analisar os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária, com o propósito de trazer pontos novos à discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias.

Também foi verificada a ausência de urgência para a edição da Medida Provisória nº 366, de 2007, que criou o Instituto Chico Mendes. Como já defendido, a atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de medidas provisórias serve à manutenção da democracia e do equilíbrio entre os três poderes da República.

Apesar da defesa neste artigo de um controle cada vez mais profundo por parte do Supremo Tribunal Federal sobre as medidas provisórias, não se pode olvidar da consideração do princípio da proporcionalidade e segurança jurídica. No caso do julgamento em análise, a Corte tomou o cuidado em modular os efeitos de sua decisão, segundo o artigo 27 da Lei 9.868/99, sem fechar os olhos para os prováveis efeitos nocivos que a pronúncia de nulidade, com efeitos *ex tunc*, da Lei 11.516/07 poderia acarretar para a sociedade. A proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida, caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007.

Além disso, seria problemático admitir que todas as leis que derivaram de conversão de medida provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda Constitucional 32, de 2001, deveriam ser expurgadas retroativamente do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam modificadas, caso o Judiciário aplicasse estritamente a regra da nulidade retroativa.

Foi declarada, então, a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, com modulação de efeitos a fim de preservar a validade e a eficácia de todas as medidas provisórias convertidas em lei até a data do julgamento, incluindo a Lei Federal 11.516, de 2007, bem como daquelas em trâmite no Legislativo, a época da decisão.

## Conclusão

Na República brasileira, o Congresso sempre teve dificuldade em exercer de maneira eficaz o seu poder legislativo, haja vista que o nosso ordenamento legal é, em grande parte, constituído por decretos-leis, ditatoriais ou constitucionais, e por medidas provisórias. Como bem previu Müller (2001), a regulamentação, por si só, das medidas provisórias não basta. Mais importante do que isso seria o Congresso atuar sobre as matérias contidas nas medidas provisórias e soberanamente decidir. Dessa forma, admite-se que a conformação da medida provisória ao artigo 62 da Constituição deve ser realizada, principalmente, pelo Executivo e Legislativo legitimados democraticamente, no entanto, o Supremo Tribunal Federal também tem o dever funcional de atuar no controle destes atos normativos.

Apesar dos importantes limites positivados pela Emenda Constitucional 32 de 2001 às medidas provisórias, principalmente no que tange à determinação das matérias insuscetíveis de regulação e vedação da reedição, esse instituto continua sendo distorcido em um meio de transformar o Legislativo em um simples anexo do Executivo, subserviente e pouco ativo. Anexo este que se limita a apreciar, na maior parte do tempo, as medidas materialmente legislativas adotadas pelo Chefe da Administração, que podem ter impressionante vigência próxima a um semestre, caso o Congresso Nacional esteja em recesso (CF, art. 62, § 4º)<sup>25</sup>.

Prova da insuficiência da Emenda Constitucional 32 é o número de medidas provisórias acima da terceira centena, editadas pelo ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, em seus dois mandatos, aproximando-se muito, portanto, da quantidade de edições destes atos normativos feitos pelo governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso.

No desenvolvimento do artigo, buscou-se demonstrar também que a medida provisória não representa, em si, um atentado a tripartição de poderes e que existem alguns critérios objetivos para a caracterização da urgência da regulamentação de determinada matéria. No entanto, por serem cláusulas abertas, os pressupostos das medidas provisórias são utilizadas como válvulas de escape para o Executivo extrapolar seus poderes, ao mesmo tempo em que o Judiciário se esquivava do controle de tal conduta, com base no respeito ao exame de mérito do administrador.

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 953-959.

Defendeu-se que o controle dos pressupostos de relevância e urgência deve ser entendido não como exame de mérito, mas como análise da própria legitimidade da medida provisória. Distorções nestes requisitos podem gerar efeitos indesejados, não somente para a ordem social, mas igualmente para a dinâmica decisória das Casas parlamentares, apressando a deliberação sobre temas que demandariam maior reflexão e gerando constantes trancamentos de pauta, ainda que se admita o ganho de eficiência na atividade parlamentar, a partir da interpretação restritiva dada ao artigo 62, § 6º da Constituição Federal, pelo ex-presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Michel Temer, em 2009.

O abuso das medidas provisórias pode também significar um sério problema à segurança jurídica do ordenamento brasileiro. Isso porque podem ser criadas múltiplas situações jurídicas, a partir da edição deste ato pelo Executivo, já que um decreto legislativo pode vir a regular a medida provisória, ou ainda poderá ser aprovada uma lei ordinária com alterações de mérito em relação à medida provisória originária, suscetíveis de veto pelo Presidente da República<sup>26</sup>.

Tendo em vista os princípios da motivação dos atos da administração e da inafastabilidade da jurisdição, defendeu-se que o Supremo Tribunal Federal pode e deve exercer o controle de constitucionalidade abstrato sobre requisitos das medidas provisórias, utilizando-se de todas as técnicas de decisão, inclusive as já previstas na legislação, com maior abertura possível do debate. Isso inclui a análise profunda de fatos e prognoses, oitiva de *amicus curiae*, peritos, audiências públicas, para que, assim, o controle seja exercido sem que o risco de incorrer na usurpação de legitimidade, abolida por Waldron (2006), e reconhecida por Kelsen (1974), na análise de cláusulas abertas.

Conclui-se que a mudança da postura do Supremo, já observada de forma paulatina e cautelosa, como demonstrado no julgamento da ADIn 4029, traz consigo a possibilidade de modificar a forma com a qual o Executivo edita medidas provisórias. De imediato, a carga argumentativa do Presidente da República deverá aumentar na própria exposição de motivos das medidas provisórias, e conseqüentemente, a longo prazo, tenderá a ser extinto o uso deste instrumento para a regulação de matérias pouco relevantes e nada urgentes, a serem apreciadas pelo Legislativo em seu devido momento.

---

<sup>26</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 953-959.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL Jr., José Levi Mello do Amaral. *Medida Provisória e sua Conversão em Lei: A Emenda Constitucional nº 32 e o Papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 11. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 116-118.
- DANTAS, Ivo. *Medidas provisórias – 2 ed.* - Brasília: Editora Consulex, 1991.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 133
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.
- Informativo nº 658 do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo658.htm#transcricao1>. Último acesso em 13.06.2012 às 19h41.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. Trad. Rolando y Salmorán. Armário Jurídico I, 1974, p. 503
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. 4ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 200, p.79-120.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 38ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 104-107.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÜLLER, Friedrich. *As Medidas Provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo, Malheiros, 2001.
- MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna: com e contra Carl Schmitt*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte, *Cadernos da Escola Legislativa*, n. 1 v. 2, jul./dez. 2004, p. 9-20.
- PAULSON, Stanley L. *Kelsen e a interpretação jurídica*. Trad. para fins acadêmicos Menelick de Carvalho Netto. texto não publicado.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RODRIGUES, Ana Paula Manso. *A medida provisória no controle abstrato de constitucionalidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Trad. para fins acadêmicos Menelick de Carvalho Netto. Texto não publicado.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

VIANELLO, Lorenzo Córdova. La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad em Kelsen y Schmitt. Cidade do México, Cuestiones Constitucionales, n.15, jul./dez. 2006, p. 47-68.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal. New Haven, Connecticut, vol. 115, nº 6, abr. 2006.

*Artigo recebido em 28 de agosto de 2013.*

*Artigo aprovado para publicação em 15 de maio de 2013.*