



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

BIANCA ARAÚJO BORGES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE CONVERSÃO
DE MEDIDA PROVISÓRIA ANTE A AUSÊNCIA
DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE
RELEVÂNCIA E URGÊNCIA**

BRASÍLIA
2012

BIANCA ARAÚJO BORGES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE CONVERSÃO
DE MEDIDA PROVISÓRIA ANTE A AUSÊNCIA
DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE
RELEVÂNCIA E URGÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Mestre Christine Oliveira
Peter da Silva

Coorientador: Prof^o. Mestre Rodrigo Pereira
de Mello

BRASÍLIA
2012

BIANCA ARAÚJO BORGES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE CONVERSÃO
DE MEDIDA PROVISÓRIA ANTE A AUSÊNCIA
DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE
RELEVÂNCIA E URGÊNCIA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientadora: Prof^ª. Mestre Christine Oliveira Peter da Silva

Coorientador: Prof^º. Mestre Rodrigo Pereira de Mello

Brasília, 6 de julho de 2012

Banca Examinadora

Prof^ª. Mestre Christine Oliveira Peter da Silva
Orientadora

Prof. Mestre Rodrigo Pereira de Mello
Coorientador

Prof. Doutor Luis Carlos Martins Alves Junior
Examinador

Prof. Mestre Antonio Umberto de Souza Junior
Examinador

Agradeço a Deus pela grandiosa oportunidade do conhecimento;
a minha família, especialmente a minha mãe, pelo amor e compreensão
nos momentos de ausência, inevitáveis à gratificante construção desse trabalho;
e aos amigos por sua ajuda indispensável, por seu apoio nos momentos
críticos e por sua confiança sempre presente.

Dedico esse trabalho especialmente a meu pai, Benedito Messias Borges,
cuja inspiração e presença permanecessem sempre vivas em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Christine Peter por ter me recebido de braços abertos, ter superado encantadoramente as minhas expectativas acadêmicas e ter me ajudado a encontrar a razão de ser desse trabalho.

Ao Professor Rodrigo Mello agradeço eternamente por seu apoio e suporte acadêmico indispensáveis e sempre incondicionais, que me proporcionaram tamanha segurança, satisfação e realização.

*A força ativa da Constituição é tão mais efetiva
quanto maior e mais forte a convicção de sua inviolabilidade.*

Konrad Hesse

RESUMO

BORGES, Bianca Araújo. A inconstitucionalidade da lei de conversão de medida provisória ante a ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. 2012. 115 f. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

A presente monografia tem enfoque na problemática da inconstitucionalidade da lei de conversão pela ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência na edição da sua respectiva medida provisória. Haja vista o indissociável nexo causal existente entre ambos os atos normativos, a ausência dos requisitos de relevância e urgência resulta na inconstitucionalidade não só da medida provisória, mas também da sua eventual lei de conversão. Em decorrência da autoridade da constituição, cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto instância judiciária máxima competente acerca de questões constitucionais, exercer controle de constitucionalidade acerca do atendimento da relevância e da urgência, a fim de verificar e reconhecer a inconstitucionalidade da lei de conversão pela ausência desses pressupostos. Com o objetivo, pois, de se enfatizar a importância do exercício e da preservação da supremacia da Constituição, em especial no que toca ao instituto das medidas provisórias, utilizou-se como metodologia de pesquisa a doutrina e a jurisprudência acerca do Estado Constitucional, da supremacia da constituição e do controle de constitucionalidade, em especial o judicial. São referenciais teóricos Pérez Luño, J.J.G. Canotilho, Konrad Hesse, Amaral Júnior, Carmen Lúcia e o Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADI 4048 MC/DF.

Palavras-chave: Medida provisória. Relevância e urgência. Lei de conversão. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ESTADO CONSTITUCIONAL	11
1.1 Estado Constitucional: alternativa do Estado de Direito	11
1.2 A interdependência das funções do Poder	17
1.3 A supremacia da constituição	20
1.3.1 <i>Ferdinand Lassale</i>	21
1.3.2 <i>Hans Kelsen</i>	22
1.3.3 <i>Konrad Hesse</i>	24
1.4 Controle de constitucionalidade	26
2 A MEDIDA PROVISÓRIA, OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E O CONTROLE LEGISLATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE	30
2.1 Os antecedentes da medida provisória da Constituição de 1988	30
2.2 O uso indiscriminado do instituto – A Emenda Constitucional n° 32, de 2001	31
2.3 A natureza de lei da medida provisória	35
2.4 Relevância e urgência: pressupostos constitucionais da medida provisória	37
2.5 O controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo	39
2.6 A tramitação da medida provisória no Congresso Nacional e o controle legislativo de constitucionalidade sobre os pressupostos	43
3 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E A LEI DE CONVERSÃO	47
3.1 O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário	47
3.2 A apreciação judicial dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória	50
3.3 A inconstitucionalidade da lei de conversão ante a ausência dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória	53
3.4 O Supremo Tribunal Federal e a concretização da Constituição Federal	65
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	71
ANEXO A - Voto do Ministro Celso de Mello na ADI n° 4.048-1/DF	73

INTRODUÇÃO

A medida provisória é ato normativo que tem valor e força de lei desde o seu nascimento, eficácia antecipada que impõe a sua submissão imediata à apreciação do Congresso Nacional. Enquanto previsão constitucional legislativa extraordinária, a sua edição deve representar concreto estado de necessidade, que justifique imediato provimento legislativo e que atenda à exigência constitucional dos pressupostos de relevância e urgência.

O presente estudo se concentra na problemática da inconstitucionalidade da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da sua respectiva medida provisória. Em sendo a Constituição a lei suprema, o ponto de apoio de validade de todas as normas do ordenamento jurídico, elas devem se conformar aos preceitos constitucionais para ingressar e permanecer no ordenamento jurídico de forma válida.

No contexto do Estado Constitucional, é dever de todos os Poderes retirar do ordenamento jurídico quaisquer inconstitucionalidades, a fim de concretizar, defender e guardar a Constituição. Mas especialmente ao Supremo Tribunal Federal, o guardião maior da Constituição, cabe a preservação da supremacia constitucional por meio do controle de constitucionalidade.

Com o objetivo, pois, de se estudar a inconstitucionalidade da lei de conversão ante a ausência de relevância e urgência na medida provisória que lhe dera origem, assim como de enfatizar a importância do exercício e da preservação da supremacia da Constituição, especialmente no que toca ao instituto das medidas provisórias, utilizou-se como metodologia de pesquisa a doutrina e a jurisprudência acerca do Estado Constitucional, da supremacia da constituição e do controle de constitucionalidade, em especial o judicial. São referenciais teóricos Pérez Luño, J.J.G. Canotilho, Konrad Hesse, Amaral Júnior, Carmen Lúcia e o Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADI 4048 MC/DF.

Há oposições na doutrina, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diverge acerca do tema, ora se posicionando pela não convalidação, ora pela superação dos pressupostos. Não obstante, a fonte e o resguardo primeiros e, portanto, basilares do presente trabalho é a lei suprema do ordenamento jurídico, a Constituição Federal de 1988, no contexto do Estado Constitucional.

No capítulo 1, serão abordadas as razões que culminaram no Estado Constitucional contemporâneo, a importância e as implicações da supremacia constitucional, em detrimento da primazia das leis, assim como a necessidade da interdependência das funções do Poder e do controle de constitucionalidade na manutenção e no fortalecimento do Estado de Direito.

No capítulo 2, estudar-se-á o instituto das medidas provisórias, a sua origem, a sua natureza de lei, a exigência constitucional dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, o controle legislativo de constitucionalidade, bem como a tramitação no Congresso Nacional e o seu controle de preventivo de constitucionalidade.

Por fim, no capítulo 3 adentrar-se-á na inconstitucionalidade da lei de conversão de medida provisória em decorrência da ausência da relevância e da urgência e no controle judicial de constitucionalidade sobre os pressupostos, com ênfase na importância do exercício jurisdicional do Supremo Tribunal Federal na concretização da Constituição.

Convida-se o leitor, com o presente trabalho, a conhecer um pouco sobre o Estado Constitucional, a compreender a supremacia da Constituição como princípio norteador da atuação de todo o Poder Público e a entender a importância do correto exercício da jurisdição para a efetivação das normas constitucionais, para que, ao fim, se chegue à conclusão proposta acerca da problemática em questão.

1 ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 Estado Constitucional: alternativa do Estado de Direito

Em oposição ao despotismo monárquico dos Estados nacionais, nasceu, no contexto do positivismo jurídico do século XIX, o Estado de Direito¹. Estava o poder, a partir de então, submetido às leis dos homens, à vontade do legislador², e não mais à do monarca. É suprema a lei, e todas as demais fontes normativas têm como condição de validade a sua adequação àquela, representação da vontade máxima do Estado, o detentor do monopólio do sistema de fontes jurídicas. Constituíam-se, assim, a chamada *reserva da lei*.³

Nessa concepção, de Estado subordinado ao império da lei, o Estado de Direito é Estado de mera legalidade formal⁴, cuja juridicidade se reduz ao disposto em lei. E em estrita consonância com as leis devem todos atuar: a elas governantes e governados se encontram pela primeira vez em igualdade de condições, igualmente subordinados e limitados⁵. Nas palavras de Canotilho,

O Estado [de direito] *deve subordinar-se ao direito*. Estar sujeito ao direito significa que o poder político não é um poder livre, desvinculado, transcendente. O direito conforma as organizações do poder, sujeita-os a determinadas regras. Numa palavra: o direito curva o poder, colocando-o sob o império do direito. [...] O Estado, os governantes, as autoridades, obedecem às leis, não estão colocados sobre as leis, mesmo que elas tenham sido criadas ou produzidas pelos órgãos do poder.⁶ (grifos do autor)

¹ No direito alemão, “Rechtsstaat”; no direito inglês, “rule of law”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 24.

² "Não houve, necessariamente, a supressão da monarquia [...], mas a sua transformação de absoluta em constitucional, implicando a substituição da supremacia da vontade pessoal do monarca pela vontade coletiva do povo, representada pelo Parlamento, e consolidada numa Constituição concebida como mecanismo essencial de equilíbrio entre poder e liberdade." MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 6.

³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução: Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 5.

⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução: Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 8.

⁵ Com a instituição da legalidade, criou-se a igualdade jurídica de todos perante a lei. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 49-50.

O Estado de Direito é, também, um Estado liberal. O Estado se limita a agir em defesa da ordem e segurança públicas e a respeitar a esfera de liberdade individual, sem intervir no exercício dos direitos e liberdades individuais, assegurados em lei. O indivíduo é autônomo perante o poder, e qualquer intervenção estatal sobre a sua liberdade e propriedade⁷ está condicionada à preexistência de uma lei aprovada pela representação popular, o Parlamento⁸.

Além da subordinação da atuação do poder público à lei, caracteriza-se o Estado de Direito também por (a) a defesa dos direitos subjetivos perante tribunais independentes⁹; (b) a organização do poder segundo a separação estática dos poderes; (c) o controle de legalidade dos atos normativos; e, acrescenta Canotilho, (d) a responsabilidade e a responsabilização dos titulares do poder, oriunda da divisão de poderes.¹⁰

Estabelecido o Estado de Direito, aos poucos se viram surgir ordens jurídicas paralelas ao Estado¹¹ – o chamado pluralismo jurídico –, criadas por outras ordens de poder¹², tanto infra-estatais quanto supra-estatais¹³, o que deu causa a insegurança jurídica a cidadãos e

⁷ Liberdade e propriedade, os dois direitos fundamentais até então. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 97.

⁸ A chamada “reserva de lei”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 97.

⁹ É pressuposto inevitável do Estado de Direito a submissão da atuação do poder público ao controle de tribunais independentes. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 6.

¹⁰ A separação dos poderes surge com grande influência de Montesquieu, como clara tentativa de limitação à concentração de poder vigente à época. Apona Canotilho que, segundo o constitucionalismo mais recente, o princípio da separação dos poderes comporta duas dimensões complementares entre si: (1) a dimensão negativa, em que a separação é divisão, controle e limite do poder, evitando a sua concentração e protegendo a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos; e (2) a dimensão positiva, na qual a separação assegura a ordenação das funções do estado, estabelecendo competências, funções, tarefas e responsabilidades dos órgãos. Nessa perspectiva positiva, a divisão dos poderes significa responsabilidade pelo exercício de um poder. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 250.

¹¹ Segundo Pérez Luño, ocorria um deslocamento do centro da gravidade da produção normativa: de forma paralela ao Estado surgiram competências normativas de entes sociais superiores e intermediários, situados entre o cidadão comum e o poder estatal, dando origem a normas infra e supra-estatais. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 3. Costa chamou de pluralismo o surgimento de ordenamentos jurídicos paralelos, ao lado do direito estatal e oficial, não-oficiais e não-estatais, portanto, “cada qual vinculado a um determinado grupo socialmente organizado”. COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao Direito: Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2001, p. 145.

¹² COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao Direito: Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Sérgio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2001, p. 193.

¹³ O monopólio das instituições das fontes jurídicas não pertencia mais somente ao Estado, que passou a dividir o cenário normativo com atores internacionais – inserção de normas supra-estatais – e com entidades intermediárias entre o Estado e o cidadão – produção normativa infra-estatal. SILVA, Christine Oliveira Peter

juristas¹⁴. Paralelamente, surge com a Segunda Guerra Mundial a luta pela positivação dos direitos humanos, em busca da preservação da dignidade humana.¹⁵ A eficiência do Estado de Direito, focado na cientificidade da norma jurídica, extremamente formalista e abstrata, passou então a ser questionada, até que se tornou inconcebível a sustentação da hierarquia das leis como ponto de partida para todas as demais fontes normativas¹⁶.

Nesse contexto, surge a hermenêutica do direito denominada de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo¹⁷. Afirma-se a Constituição como a efetiva fonte jurídica suprema do Estado, o parâmetro de validade jurídica das leis e de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Cabe a ela, e não mais às leis, dispor de modo elementar sobre direitos, liberdades e garantias individuais, que a partir de então se encontram positivados em seu texto como direitos fundamentais¹⁸ e princípios jurídicos norteadores de todo o direito.¹⁹ *A reserva da lei dá lugar à reserva da constituição*²⁰, e o Estado de Direito é superado pelo sentido pleno e contemporâneo do Estado Constitucional.

Tem-se no Estado de Direito Constitucional uma releitura do conceito de norma jurídica, isto é, uma abertura das fontes do Direito, que passam a abranger, ao lado das regras jurídicas, também os princípios jurídicos constitucionais.²¹ Busca-se uma maior proteção aos direitos humanos, agora positivados como direitos fundamentais, que se

da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 10.

¹⁴A grande quantidade de normas jurídicas deu causa à dificuldade de entendimento por parte de cidadãos, legisladores e juristas, o que refletiu naturalmente na aplicação do direito. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 12.

¹⁵COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56.

¹⁶SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 11.

¹⁷SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 3.

¹⁸Os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pelo Estado, positivados em sua constituição, em suas leis e em tratados internacionais. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58-59. Eles não nascem da constituição, mas são apenas por ela reconhecidos, declarados e assegurados. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 28.

¹⁹SILVA, Christine Oliveira Peter da. *O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 4.

²⁰PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 5.

²¹SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 5.

apresentam não apenas como direitos subjetivos – característica do Estado de Direito puro²² – mas a partir de então também na qualidade de direitos objetivos e de parâmetro de constitucionalidade para as leis e demais atos normativos.

Na condição de “parâmetro objetivo da ordem jurídico-constitucional”²³, as normas que suportam os direitos fundamentais possuem uma função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva. Elas demandam ações diretivas do Estado, que fica permanentemente incumbido da “função de concretização e realização de seu conteúdo essencial”.²⁴

Para Peter Häberle, tamanha é a força dos princípios jurídicos que eles podem transcender o direito positivo²⁵, isto é, ser a fonte primeira de direito. Reafirma-se, pois, a valoração dos princípios como fontes de direito em detrimento da redução de todo o direito a lei, caracterizadora do antecessor positivismo jurídico. Defende ainda o constitucionalista uma sociedade aberta de intérpretes, na qual todo aquele que vive a constituição pode ser considerado seu intérprete, seu guardião,²⁶ não havendo, pois, guardiões exclusivos da constituição. Nas palavras de Pérez Luño,

Frente ao formalismo caracterizador do Estado de direito, Häberle sustenta que no Estado constitucional a Constituição não aparece entendida somente como um conjunto de formas normativas, senão também como a expressão de certo estado de desenvolvimento cultural, como a representação cultural de um determinado povo e como o espelho de seu próprio legado cultural e o fundamento de suas aspirações e projetos de futuro. A dimensão cultural das

²²Afirma Carmen Lúcia que “não havia asseguramento do exercício, vale dizer, o Estado não era obrigado em qualquer passagem normativa ou por qualquer mandamento jurídico a propiciar o exercício dos direitos fundamentais, mas apenas de não permitir que, sendo exercidos, fossem neste desempenho obstruídos ou comprometidos por alguma conduta externa.” ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 32.

²³SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 5.

²⁴SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 144, *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 14.

²⁵PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 9.

²⁶FURLAN, Fabiano Ferreira. *O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. Revista A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 141, jan./mar. 2010.

Constituições, entendidas como algo vivo, é uma realidade conformada em grande parte pelos intérpretes constitucionais da sociedade aberta.²⁷

No Estado Constitucional o direito não pode ser interpretado como absoluto. Ele não se restringe à norma, mas é a norma somada à realidade fática na qual se encontra²⁸, e a norma é reflexo e resultado da identidade cultural do ambiente em que está inserida²⁹. Nesse sentido, a aplicação do direito está inevitavelmente sujeita a mudanças e inovações jurídicas, em resposta às mudanças sociais, políticas e econômicas.³⁰ Não há mais espaço, pois, para a radical separação entre realidade e norma, entre as ciências do ser e do dever ser. Nesse sentido dispõe Hesse:

Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo. Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro.³¹

Pérez Luño toma a passagem do Estado de direito legal para o Estado de direito constitucional como feito evolutivo do processo de desenvolvimento e da trajetória do Estado de Direito: "o Estado constitucional de direito não anula senão que aperfeiçoa o Estado legal de direito".³² Pois agora caracteriza-se o Estado [de Direito] não só pela plena normatividade, garantida pela jurisdição constitucional, mas também pelo caráter judicial da constituição, que

²⁷PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 9.

²⁸Direito é norma mais realidade. [Nota tomada na reunião de 03 de setembro de 2011 do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, grupo de pesquisa e estudo da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB sob a coordenação da Professora e Orientadora Christine Oliveira Peter da Silva.]

²⁹Diz Pérez Luño que “a juridicidade ou antijuridicidade, a licitude ou ilicitude, a validade ou invalidade dos atos jurídicos são categorias ou fronteiras móveis e oscilantes que de nenhum modo podem considerar-se prévias a sua definição ou tipificação como tais”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 2.

³⁰SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 9.

³¹HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

³²Pérez Luño cita García Pelayo. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução de Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília-DF, 2011, p. 12.

faz submeter à constituição os atos da administração pública; e, essencialmente, pela garantia dos direitos fundamentais, que culminam nos chamados direitos de terceira geração.³³

O Estado de Direito [hoje] é aquele Estado (a) criado e regulamentado por uma constituição; (b) onde o exercício do poder político é dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; (c) em que a lei produzida deve ser necessariamente observada por todos, (d) em que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.³⁴ Hoje o Estado contemporâneo e democrático de Direito só se concebe como Estado Constitucional. Nesse sentido dispõe Canotilho:

O estado de direito é um **estado constitucional**. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – **supremacia da constituição** – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o «*primado do direito*» do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.³⁵ (grifos do autor)

Vê-se que se distingue sobremaneira, assim, o Estado Constitucional contemporâneo do Estado de Direito. Aquele se diferencia ainda por defender (a) a interdependência necessária entre os poderes, no lugar da sua separação estática; (b) o controle de constitucionalidade dos atos normativos, e não de sua legalidade; e (c) a garantia de direitos fundamentais no plano objetivo, além do subjetivo. Acrescente-se ainda que não só leis, mas princípios, valores, fatores e instâncias sociais coexistem no mundo jurídico e

³³O Estado liberal representou os direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, a busca pelas liberdades no sentido individual, que buscavam a não intervenção estatal. Já o Estado social compreende os direitos de segunda geração, que abrange os direitos econômicos, sociais e culturais, por meio de prestações positivas do Estado. Já os direitos de terceira geração, característicos do Estado Constitucional, buscam a proteção de grupos, coletividades, caracterizando-se pela titularidade difusa ou coletiva. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 267-268.

³⁴Figueiredo cita Ari Sundfeld. FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 90.

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 245-246.

influenciam na produção do direito nesse Estado.³⁶ É a constituição elemento de direito aberto e de interface cultural inevitável.³⁷

Ressalta-se ainda que ao lado do Estado de Direito também está o Estado democrático como qualidade indispensável do Estado Constitucional³⁸, isto é, a legitimação da ordem de domínio estatal pelo povo. Configura-se, aqui, o princípio da soberania popular, segundo o qual “todo o poder emana do povo”.³⁹ É nesse princípio fundamental do estado de direito democrático, afirma Canotilho, que se fundamenta a razão pela qual o Estado só tem competência para fazer aquilo que é permitido por lei.⁴⁰

Conforme ressalta Silva C., o Estado Constitucional exige de todo o poder estatal igual comprometimento na realização dos comandos constitucionais, especialmente daqueles que garantem direitos fundamentais.⁴¹ Nesse sentido, se faz extremamente necessária a atuação em conjunto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, embora independentes por disposição constitucional,⁴² a fim de se preservar a supremacia constitucional.

1.2 A interdependência das funções do Poder

Além de (a) a vinculação do Estado ao direito; (b) o reconhecimento e garantia de direitos fundamentais; e (c) a soberania popular ou democracia, é princípio basilar do

³⁶SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. .

³⁷Nota tomada na reunião de 29 de outubro de 2011 do Núcleo de Estudos Constitucionais – NEC, grupo de pesquisa e estudo da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB sob a coordenação da Professora e Orientadora Christine Oliveira Peter da Silva.

³⁸“Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*.” (grifos do autor). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 93.

³⁹Previsão constante do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 247.

⁴¹SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 2.

⁴²Disposição do artigo 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas S.A., 2011, p. 2. “O Estado Constitucional é aquele que reconhece às três funções do poder igual competência de concretizar, cada um nas suas respectivas medidas, os comandos constitucionais.” SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 5.

Estado de Direito Constitucional a (d) não confusão de poderes⁴³ ou separação harmônica dos Poderes ou interdependência das funções do Poder.

Locke foi um dos primeiros escritores a teorizar acerca da divisão dos poderes, afirmando que as funções do Estado deveriam ser exercidas por diferentes órgãos⁴⁴. Mas o princípio ganhou força com Montesquieu, cuja teoria influenciou fortemente a organização dos Estados modernos.⁴⁵ Sistematizada na obra *Do Espírito das Leis*, teve grande repercussão nas Constituições escritas que surgiram nos fins do século XVIII, tornando-se um dogma na ciência constitucional.

Inspirada no pensamento iluminista e fruto das revoluções burguesas⁴⁶, a separação orgânica dos poderes surge como tentativa de imposição de limites ao exercício do poder estatal, até então concentrado nas mãos de única pessoa detentora de poderes absolutos, o monarca. Buscava-se na divisão do poder não só “o antídoto ao poder ilimitado do príncipe”⁴⁷, mas também a garantia da liberdade política. O desmembramento do poder, afirma Bonavides, era o mais forte instrumento de proteção e garantia das liberdades individuais frente ao Estado⁴⁸.

Montesquieu afirmara categoricamente que todo homem que detém o poder tende a dele abusar, a não ser que se imponham limites.⁴⁹ Nesse sentido, o próprio poder deve ser um freio, um limite ao poder, a fim de ser evitar a tirania dos seus detentores. Pois

Quando, na mesma pessoa ou mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo está unido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois é de esperar que o mesmo monarca ou assembléia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se aquele estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também legislador. Se o poder de julgar estiver

⁴³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 87.

⁴⁴AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 177.

⁴⁵AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 178.

⁴⁶Revolução Francesa (1789), Revolução Americana (1776) e Revolução Inglesa (1688-89). Documento de grande expressão da Revolução Francesa, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 estabeleceu a proteção dos direitos fundamentais, em seu artigo 16º: “Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.” MUTA, Luis Carlos Hiroki *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7.

⁴⁷BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Pillares, 2004, p. 29.

⁴⁸BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147.

⁴⁹AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 179.

unido ao Poder Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou a mesma assembleia de notáveis, ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares.⁵⁰

O poder se divide, então, em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Organiza-se e limita-se o poder estatal, por meio da criação e da atribuição de funções, repartição de competências e responsabilidades aos órgãos constitucionais.⁵¹ Cada um dos poderes passa a exercer funções previamente determinadas: ao Poder Legislativo incumbe a fiscalização externa da administração pública e a elaboração das leis; ao Poder Executivo cabe, ademais das funções próprias às relações internacionais, a condução da máquina estatal; e ao Poder Judiciário, a pacificação dos conflitos de interesses, todos os poderes sempre adstritos à legalidade e à constitucionalidade. A soberania agora é da coletividade⁵², pertence ao povo.

Associada a essa separação orgânica, Montesquieu defendeu a harmonia e a reciprocidade entre os Poderes⁵³. Não obstante a natureza indivisível do Estado, que é um só, a literal separação dos poderes destrói a unicidade do poder estatal.⁵⁴ Desse modo, não deve o poder limitar a si próprio de modo a impedir a cooperação e a atuação entre os poderes. As três funções do Estado são independentes, mas não podem se sustentar rigidamente isoladas e incomunicáveis. Deve haver uma relação de cooperação e reciprocidade entre elas, a qual se faz necessária para o equilíbrio do poder, assim como para a garantia dos cidadãos contra o arbítrio do Estado, fim maior a que se destina. Nas palavras de Muta,

Mais do que a antiga distinção formal entre as funções políticas (legislar, administrar e julgar), a técnica moderna e constitucional da separação dos Poderes exige a sua **divisão orgânica** (cada função do Estado atribuída, preponderantemente, a um órgão distinto, que se denomina de Poder, embora tecnicamente o poder político seja uno e indivisível) e a **interação dos órgãos** não apenas no exercício como no controle do poder político (sistema

⁵⁰AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 179.

⁵¹Para Azambuja, a divisão dos poderes “é a consequência natural do desenvolvimento social, da complexidade crescente da atividade do poder público, do progresso material e moral dos povos.” AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 177.

⁵²Nesse sentido teria teorizado Rousseau. AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 180.

⁵³AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 179.

⁵⁴Bonavides cita o filósofo Hegel. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158.

de controle recíproco, pesos e contrapesos, *checks and balances*).⁵⁵ (grifos do autor)

A essa interferência, reciprocidade e vigilância de um poder sobre o outro, em relação ao cumprimento dos deveres e direitos constitucionais de cada um, numa função moderadora contra possíveis excessos de poder, deu-se o nome de *cheks and balances system* (sistema de freios e contrapesos)⁵⁶. Cada poder exerce sua função típica e, de forma secundária e atípica, também exerce funções atribuídas originariamente a outro poder.

Essa técnica de separação dos poderes é a condição constitucional mínima necessária para que um poder interfira, legitimamente, na competência do outro. E nesse sentido é que se faz possível a edição de medida provisória – ato com força de lei – pelo Poder Executivo, competência que deveria pertencer a princípio ao Poder Legislativo, a quem compete tipicamente a edição de atos normativos primários.

Resume Silva J. acerca dessa técnica de divisão dos poderes:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁵⁷

O Estado Constitucional só se faz possível com a garantia da supremacia da constituição, lei fundamental que abarca as normas constitutivas e estruturais do Estado, os limites do poder político, os direitos, as liberdades e as garantias individuais.⁵⁸

1.3 A supremacia da constituição

A fim de se compreender a supremacia da constituição, a qual se dá, necessariamente, em detrimento de todas as demais normas do ordenamento jurídico, faz-se

⁵⁵MUTA, Luis Carlos Hiroki *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 7.

⁵⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 251.

⁵⁷SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5 ed. São Paulo: RT, 1989, p. 98-99.

⁵⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 54-55.

necessário adentrar no que significa e implica "ser constituição". Nesse objetivo, contribuíram sobremaneira para a formação do Direito Constitucional os teóricos Ferdinand Lassale, Hans Kelsen e Konrad Hesse.

1.3.1 Ferdinand Lassale

Com o intuito de demonstrar a “verdadeira essência de uma Constituição”, Lassale proferiu, em 1862, palestra na Alemanha, a qual posteriormente resultou na obra *O que é uma Constituição?*. Inicialmente, nela o autor trata das diferenças existentes entre uma constituição e uma lei qualquer: a Constituição seria, em primeiro lugar, a lei fundamental, que nessa condição inevitável se coloca como o verdadeiro fundamento de todas as demais leis⁵⁹.

Inevitável porque a idéia de fundamento carrega a noção de "necessidade ativa", isto é, a constituição é fundamento das demais leis por necessidade, porque assim deve ser e não pode ser de outro modo. É ela a força ativa necessária que faz com as leis sejam o que são e se limitem a ser como são, sem que possam ser de outro modo.⁶⁰

Somada a essa premissa, afirma Lassale ser a constituição a soma dos fatores reais do poder que regem uma sociedade⁶¹: classes ou grupos sociais que constituem a força ativa e eficaz da sociedade, que se fazem presentes na realidade histórica e informam as leis e instituições jurídicas⁶², as quais não necessariamente se encontram reunidas num documento escrito. Explicita Mendes:

É que a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e, finalmente [...], o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas

⁵⁹LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 9.

⁶⁰LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 10.

⁶¹LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 10.

⁶²LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 19.

expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais do poder.⁶³

Por essa característica, de simples representação da realidade efetiva⁶⁴, condicionada pelas relações de poder dominantes, todo país tem, e todos tiveram sempre, em todos os momentos de sua história, necessariamente, uma constituição real e efetiva, pois "não é possível imaginar uma nação onde não existam os fatores reais do poder, quaisquer que eles sejam".⁶⁵

Em momento posterior surge, fruto da aspiração moderna, a constituição escrita ou jurídica, que para Lassale é simples folha de papel: mera representação da constituição real, isto é, dos fatores reais do poder.⁶⁶ Nessa esteira, "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade"⁶⁷, pois em nada influencia na realidade dos fatos, que é determinada apenas por si mesma. O mundo do ser é independente do mundo do dever ser.

É boa e duradoura e somente tem valor a constituição jurídica de um país quando ela corresponde fielmente à sua constituição real. Se não houver essa correlação entre ambas, "a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país".⁶⁸

1.3.2 *Hans Kelsen*

Contraposto às idéias de Lassale se situa Kelsen, com sua concepção monista do direito. Para o jurista, o direito se restringe a norma jurídica, a qual é produto exclusivamente da vontade do Estado. Não importa o conteúdo da norma, mas somente a sua

⁶³HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 9.

⁶⁴Muta denomina a visão constitucional de Lassale como perspectiva sociológica. MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 3.

⁶⁵LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 49.

⁶⁶LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 35 e 64.

⁶⁷HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14.

⁶⁸LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005, p. 64.

mera existência⁶⁹, que é suficiente para justificar sua imposição como ordem coativa da conduta humana.

O direito é constituído por um sistema de verticalidade hierárquica, em que uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade em outra de hierarquia superior, e assim sucessivamente, até se chegar à constituição.⁷⁰ Ela é o fundamento de validade jurídica de todo o sistema infraconstitucional, determinando os limites, princípios e diretivas para o conteúdo das leis e para a conduta dos membros da coletividade.

No entanto, não é a constituição jurídica o fundamento culminante do Estado. Acima dela se encontra a "norma hipotética fundamental", o verdadeiro ponto de partida de todo o ordenamento jurídico. Diferentemente das demais normas, ela não é estabelecida por um ato de vontade, mas é norma pressuposta.⁷¹ A sua validade não pode ser indagada, pois ela é fictícia, não tem existência objetiva, não se encontra positivada:

[...] o que é o fundamento de validade da norma estabelecida pelo ato do legislador, então a resposta é: porque esse ato é autorizado por uma norma da Constituição, quer dizer, pelo sentido de um ato de vontade do emissor da Constituição. Esta, historicamente, é a primeira Constituição e pergunta-se por que o sentido subjetivo do ato emitente da Constituição também é seu sentido objetivo, i.e., uma norma válida, ou com outras palavras: o que é o fundamento de validade dessa norma, então a resposta é: porque, como jurista, se pressupõe que se deve conduzir como historicamente prescreve a primeira constituição. Eis uma norma fundamental.⁷²

Nesse sentido, para Kelsen é a norma hipotética fundamental que dá legitimidade à instituição da constituição jurídica pelo Estado, no sentido de declarar que essa, o primeiro legislador, age jurídica e legitimamente com força obrigatória. Em segundo plano, logo abaixo da norma fundamental, se encontram as normas constitucionais na pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico.

⁶⁹VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Geral do Direito: Teoria da Norma Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 124.

⁷⁰LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁷¹KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 328.

⁷²KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 327.

1.3.3 Konrad Hesse

Em A força normativa da Constituição⁷³, Hesse teoriza diferentemente de Lassale e Kelsen. Ele defende que a constituição escrita e a constituição real têm ambas poder decisivo: paralelamente ao poder determinante dos fatores reais do poder, expresso pelas forças políticas, sociais e econômicas, se situa a constituição jurídica com força determinante própria, a quem cabe imprimir ordem e conformação à constituição real.

Não pode a constituição escrita se resumir a ser mera exteriorização da realidade, como postulava Lassale. Está a constituição vinculada à sua realidade história, mas não a ela totalmente condicionada, devendo prevalecer às circunstâncias fáticas a superioridade da norma, pois o Direito Constitucional é ciência normativa, é ciência do dever ser⁷⁴, e nessa condição não pode expressar apenas relações fáticas altamente mutáveis, integrantes da ciência do ser.

Realidade fática e realidade normativa se complementam. A constituição jurídica é determinada pela realidade social, mas simultaneamente, na condição de elemento normativo, a ela cabe dar forma e ordenação à realidade, sendo, portanto, determinante em relação a ela e constituindo-se em força ativa própria.⁷⁵ Nessa relação de coordenação entre constituição real e constituição jurídica, trabalha Hesse com dois pressupostos que permitem à constituição desenvolver a sua força normativa, que esta não está assegurada de plano: (a) o seu conteúdo; e (b) a sua práxis constitucional⁷⁶

A pretensão de eficácia da constituição⁷⁷, isto é, a pretensão de que a realidade fática se desenvolva conforme a ordem normativa constitucional⁷⁸, está condicionada à realidade histórica.⁷⁹ Quanto mais atual e fiel for o conteúdo de uma constituição aos

⁷³HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁷⁴HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 11.

⁷⁵HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

⁷⁶HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20.

⁷⁷HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

⁷⁸Nota das aulas de Direito Constitucional I ministradas pelo Professor Rodrigo Pereira de Mello, no 2º semestre de 2008.

⁷⁹HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

elementos políticos, sociais e econômicos de seu tempo, mais seguro será o desenvolvimento de sua força normativa.

Há de estar presente em todos os partícipes da vida constitucional (todos aqueles sujeitos à normatização da constituição) a vontade de Constituição ou práxis constitucional: a constituição corresponde a uma ordem normativa permanente que protege o Estado de arbítrios, que está em constante processo de legitimação e cuja eficácia depende necessariamente da vontade humana.⁸⁰

Noutras palavras, a constituição jurídica se transforma em força ativa quando as condutas e normas por ela impostas são efetivamente realizadas pela sociedade⁸¹. Para que se concretize por completo a vontade de Constituição, portanto, é preciso o concurso do homem, visto que é ele, em sociedade – em suas relações sociais, políticas e econômicas –, que dá origem e sentido à criação daquela. Do contrário, sucumbirá a constituição jurídica em face da constituição real. Vale mencionar:

A Constituição transforma-se em força ativa [...] se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.⁸²

O Estado Constitucional contemporâneo não se identifica com uma mera descrição da realidade, como defendido na visão sociológica de Lassale, nem se harmoniza com um direito imposto e totalmente apartado dela, como postula a teoria extremamente positivista de Kelsen. A realidade cria normas próprias que a normatividade não pode simplesmente ignorar, pois a eficácia da norma se mostra no mundo do ser. Ao mesmo tempo, a ordem Constitucional é dotada de força própria, motivadora e ordenadora do Estado, e, portanto, tem autonomia perante a realidade histórica.

⁸⁰HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20.

⁸¹Nota das aulas de Direito Constitucional I ministradas pelo Professor Rodrigo Pereira de Mello, no 2º semestre de 2008.

⁸²HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.

Não pode a constituição se submeter por inteiro à realidade fática (mundo do ser) nem ser pura ordem normativa (mundo do dever ser). Ordem jurídica e ordem social coexistem inevitavelmente no Estado de Direito Constitucional.

O conceito moderno de constituição consiste numa associação de elementos jurídico-normativos a elementos sociais e políticos⁸³. Fruto da consolidação do Estado Constitucional, ele supõe, afirma Muta,

[...] material e substancialmente, a adoção de um modelo político fundado na declaração e defesa de direitos e garantias do Estado de Direito, exigindo que a disciplina do poder político estatal não se destine apenas à legitimação de um novo governo ou titular, mas à definição do conteúdo e limite de seu poder (atribuição ou competência, e não poder absoluto ou soberano) para controle social, em favor da coletividade e, sobretudo, da individualidade, para afirmação de direitos fundamentais, sob o pressuposto ideológico de que o indivíduo não é mais súdito ou vassalo, mas cidadão, titular de direitos e garantias fundamentais oponíveis ao próprio Estado.⁸⁴

1.4 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tornou-se necessário quando, conforme antes referido, passou a ser a constituição o fundamento de validade para todas as demais normas do ordenamento jurídico, as chamadas normas infraconstitucionais.⁸⁵ Desde então, toda lei ou ato normativo que contrarie ou transgrida um preceito da constituição, no todo ou em parte, é inconstitucional.⁸⁶

Em sendo suprema a constituição, as normas constitucionais (a) são válidas por si próprias, no sentido de que a sua validade não depende de outras normas de hierarquia superior⁸⁷; (b) constituem a fonte jurídica que condiciona a validade de todo o ordenamento

⁸³“O conceito moderno de Constituição é a síntese complexa de modelos parciais, associando conceitos jurídico-normativos a elementos sociológicos e políticos, aproximando ciências e valores distintos (Direito, Estado e Sociedade) para a formação do sentido e conteúdo axiológico do ordenamento jurídico fundamental.” MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 3.

⁸⁴MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 3.

⁸⁵ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27-28.

⁸⁶AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 172.

⁸⁷A essa qualidade Canotilho dá o nome de “autoprimazia normativa”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1147.

jurídico, hierarquicamente inferior⁸⁸; e (c) implicam a conformidade dos atos públicos com a constituição⁸⁹ – princípio da constitucionalidade da ação estatal.

A constituição é “texto e contexto necessário de todas as leis”.⁹⁰ É ela o ponto de apoio de validade e de legitimação jurídica de todas as normas do nosso ordenamento jurídico, derivadas do processo legislativo previsto nos artigos 59 a 69 da Constituição da República Federativa de 1988. Dispõe Azambuja que

as leis ordinárias devem em tudo conformar-se com o texto constitucional, porque vêm nele não só uma harmonia necessária na ordem jurídica estatal como também uma garantia inestimável para os cidadãos contra abusos de poder ou erros dos órgãos públicos.⁹¹

A supremacia da Constituição Federal de 1988 está assegurada também na sua rigidez, que se caracteriza pela positivação, no próprio texto constitucional, de resistências normativas a modificações formais.⁹² O processo para a alteração de seu conteúdo é especial, visto que se exige um processo legislativo mais difícil para a reforma de seu texto do que o processo legislativo comum, adotado para a elaboração de normas infraconstitucionais. A rigidez se opõe à flexibilidade, característica das constituições nas quais não se observa qualquer processo especial ou mais dificultoso para a alteração de seu texto que aquele fixado para a elaboração normativa legal.

A rigidez constitucional não visa a uma imutabilidade absoluta, mas relativa, que, ao lado de adequar o texto constitucional à realidade fática e histórica em que vige, busca proteger a vontade do Poder Constituinte, manifestação originária e soberana da vontade popular⁹³. A rigidez se mostra, pois, condição necessária à estabilidade da constituição⁹⁴.

⁸⁸Carmen Lúcia chama essa característica da Constituição de "superlegalidade formal e material". ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 51.

⁸⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1147.

⁹⁰ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 51.

⁹¹AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 172.

⁹²ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 54.

⁹³ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 54.

⁹⁴“[...] estabilidade e mudança constitucionais são realidades necessárias e coexistentes no processo constitucional. A rigidez opera, assim, como manifestação da supremacia do poder, fonte da Constituição, e como modo de permitir, e não de impedir, a mudança formal, desde que esta seja comprometida e responsável com o que nele se estabeleceu, sem a submissão à sanha de conveniências e injunções aleatórias e

Rocha cita duas características atreladas à supremacia constitucional: a auto-suficiência e a autogarantia. É auto-suficiente a constituição porquanto não há norma que a supere e à qual possa se remeter.⁹⁵ Acima da constituição está apenas a legitimidade democrática que se dá a essa norma jurídica.⁹⁶ Já a autogarantia revela que se encontram no próprio texto constitucional as garantias de sua supremacia. Já que inexistente norma superior à constituição, ela própria desenvolve mecanismos para garantir a sua autoridade.

Embora a supremacia constitucional seja um princípio norteador da atividade legislativa, leis e outros atos normativos podem nascer em desacordo com a constituição, resultando no vício da inconstitucionalidade. Assim, a fim de se preservar a supremacia constitucional, faz-se necessário também o controle de constitucionalidade das leis, outro instrumento de garantia da constituição.⁹⁷ Afirma Rocha:

A inconstitucionalidade é o seu descumprimento e a imperiosidade de se manter a fundamentalidade, e a sua condição de obrigatoriedade suprema é o primeiro e imprescindível pilar sustentador da inteligência constitucional. A interpretação de todos os princípios e normas se têm que compor com a garantia da Constituição, exercida pelo controle quando sobrevierem dúvidas sobre o seu perfeito acabamento e respeito.⁹⁸

No controle de constitucionalidade verifica-se a adequação de uma norma em face da constituição⁹⁹. Em sendo a constituição a lei básica, fundamental e suprema¹⁰⁰, todas as demais leis e atos jurídicos devem se conformar aos seus preceitos para ingressar ou

momentâneas.” ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 55.

⁹⁵ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 53.

⁹⁶Embora criada por assembléia constituinte, formada por representantes do povo, a garantia da constituição depende de forças sociais ativas, isto é, do consentimento popular, da legitimidade advinda de toda a sociedade. [Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leony Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.]

⁹⁷“O Direito Constitucional moderno elaborou, basicamente, dois instrumentos de garantia da Constituição, quais sejam, a rigidez constitucional e o controle da constitucionalidade das leis.” ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 99. Além do controle de constitucionalidade e da rigidez constitucional, a qual impõe diversas regras à reforma do texto constitucional, outros instrumentos que visam a defesa da constituição são (1) o princípio da supremacia constitucional; (2) o princípio da constitucionalidade da ação estatal; e (3) o mecanismo de separação dos poderes. [Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leony Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.]

⁹⁸ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 113.

⁹⁹“De nada adiantaria que a Constituição fosse dotada de toda essa supremacia se não existissem, na própria ordem constitucional, meios de se extirpar do arcabouço jurídico as leis incompatíveis com os valores marmorizados na Constituição.” ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 26.

¹⁰⁰A Constituição possui “primariedade cronológica, ideológica, material e formal”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 99.

permanecer no ordenamento jurídico de forma válida,¹⁰¹ sob pena de nulidade, anulabilidade, inexistência ou ineficácia – princípio da constitucionalidade.¹⁰² Nesse sentido, a norma que se encontra em desconformidade com a constituição apresenta o vício da inconstitucionalidade, equivalente ao “descumprimento da norma maior e de obrigatoriedade máxima”.¹⁰³ Pois

a sua [da Constituição] condição de obrigatoriedade suprema é o primeiro e imprescindível pilar sustentador da inteligência constitucional. A interpretação de todos os princípios e normas se têm que compor com a garantia da Constituição, exercida pelo controle quando sobrevierem dúvidas sobre o seu perfeito acabamento e respeito.¹⁰⁴

No que toca à natureza do órgão legitimado para exercer o controle, o controle de constitucionalidade pode ser político ou jurisdicional. É político o controle realizado pelos mecanismos internos dos Poderes Executivo ou Legislativo no curso do processo legislativo, no momento de sua participação na elaboração do instrumento normativo¹⁰⁵, enquanto ato jurídico imperfeito, carecedor de eficácia jurídica. É jurisdicional o controle realizado exclusivamente pelo Poder Judiciário, quando já há lei ou ato normativo capazes de produzir efeitos jurídicos. Nesses termos, diz-se ser preventivo o controle de constitucionalidade realizado pelos órgãos políticos, e repressivo ou sucessivo o controle realizado pelo Poder Judiciário.¹⁰⁶

Seja qual for o mecanismo ou modelo de controle de constitucionalidade, o seu objetivo será sempre o de afastar do ordenamento jurídico possíveis inconstitucionalidades, a fim de se preservar a superioridade hierárquica das normas constitucionais.

¹⁰¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹⁰²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1148.

¹⁰³ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 98. “A inconstitucionalidade é um vício de incompatibilidade vertical entre normas de hierarquia distinta, criando um conflito normativo que se resolve, considerado o princípio de que a ordem jurídica é orgânica, unitária e estrutural, sempre com a prevalência da norma superior, situada na Constituição que, como fundamento de validade de todo o Direito, anula a eficácia da norma hierárquica inferior, legal ou infralegal.” MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 41.

¹⁰⁴ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 113.

¹⁰⁵ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32.

¹⁰⁶Na França, o controle de constitucionalidade é exclusivamente político, de modo que não é possível que uma lei, após sua entrada em vigor, seja declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. AZEVEDO, Luiz Henrique Cascell de. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 80.

2 A MEDIDA PROVISÓRIA, OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E O CONTROLE LEGISLATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Os antecedentes da medida provisória da Constituição de 1988

No que toca aos antecedentes da medida provisória tal qual atualmente regulada, remonta-se ao *decreto-legge* da Constituição italiana de 1947, que deu origem às características do decreto-lei da Constituição brasileira de 1967, o qual, por sua vez, deu lugar à medida provisória da Constituição de 1988.¹⁰⁷

O *decreto-legge*, segundo Amaral Júnior, surgira para dar legitimidade às ações governamentais de "decretação de urgência", as quais eram tão recorrentes que teriam levado o constituinte "a estabelecer uma rígida disciplina formal para o *decreto-legge*, sem, no entanto, dar-lhe nascimento"¹⁰⁸.

No direito italiano, caracterizado pelo parlamentarismo, é de competência do governo a edição de um *decreto-legge*, adotado sob a sua responsabilidade.¹⁰⁹ O decreto é adotado em razão de deliberação do Conselho de Ministros, e, posteriormente, editado formalmente pelo Presidente da República: deliberada e aprovada a sua edição, o decreto deve ser apresentado ao Presidente para ser editado, com a indicação das circunstâncias de necessidade e urgência, pressupostos para a sua edição, sujeitos à análise subjetiva e discricionária do governo.¹¹⁰

Segundo a doutrina italiana, o pressuposto da necessidade não pode ser objetivamente determinado, ficando a cargo da valoração política que é confiada ao governo. Na mesma esteira se dá a urgência, que se refere a um imediato provimento legislativo, que

¹⁰⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 56-57; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 924-925.

¹⁰⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

¹⁰⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71. No direito brasileiro, não se prevê a responsabilidade do Presidente da República no caso de não aprovação da medida provisória pelo Parlamento. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 536.

¹¹⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69-70.

não precisa ser acompanhado necessariamente de um provimento em concreto, de eficácia imediata.¹¹¹

No Direito brasileiro, o decreto-lei surgira na Constituição de 1937, mas seus estudos se consagraram na Constituição de 1967¹¹². Nessa, sua edição deveria atender aos requisitos constitucionais de "urgência" ou "interesse público relevante", não sendo necessária a configuração concomitante de ambos¹¹³. Submetido à apreciação do Congresso Nacional, o decreto deveria ser aprovado ou rejeitado em bloco, não havendo o direito a emendas.¹¹⁴

Transcorrido o prazo de sessenta dias sem deliberação, ocorria a aprovação tácita do projeto, sendo considerados atendidos os pressupostos. Se aprovado, o decreto-lei não era convertido em lei, permanecendo com sua própria denominação original.¹¹⁵ Ademais, entendia, majoritariamente, o Poder Judiciário à época não possuir legitimidade para adentrar no mérito dos pressupostos.¹¹⁶

2.2 O uso indiscriminado do instituto – A Emenda Constitucional n° 32, de 2001

A faculdade da edição de medidas provisórias deve ser exercida de forma excepcional e em concordância com as normas constitucionais, essencialmente com os pressupostos de relevância e urgência. Entretanto, afirma-se que desde o nascimento do instituto essa faculdade legislativa foi exercida de modo abusivo¹¹⁷, comprometendo a autonomia do Poder Legislativo.

Foi a edição indiscriminada e excessiva de medidas provisórias que deu origem à Emenda Constitucional n° 32, de 2001¹¹⁸, a qual instituiu relevantes modificações no

¹¹¹AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

¹¹²AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 56-57.

¹¹³AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 114.

¹¹⁴AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 116.

¹¹⁵AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 118.

¹¹⁶AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 114.

¹¹⁷FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 238; LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 537.

¹¹⁸Redação do artigo 62 da Constituição Federal, que cuida do instituto das medidas provisórias, dada pela Emenda Constitucional n° 32, de 2001:

processo legislativo desse ato normativo, como a proibição de reedições, limitação das matérias sobre as quais o instituto pode versar e a instituição do rito bicameral para apreciação da medida provisória.¹¹⁹

Antes da referida emenda, a apreciação da medida era feita em sessão conjunta do Congresso Nacional. Se em período de recesso, o Congresso deveria ser convocado extraordinariamente no prazo de cinco dias contados da publicação da medida provisória. Com a promulgação da emenda, a apreciação da medida provisória passou a ser feita em

"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.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

§ 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.

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional.

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto."(NR). BRASIL. *Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001*. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm> Acesso em: 7 abr. 2012.

¹¹⁹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 538.

Casas separadas: desde então, a votação inicia-se na Câmara dos Deputados e depois segue para o Senado Federal, que atua como casa revisora.¹²⁰

Desde então, a medida provisória deve ser convertida em lei não mais em trinta dias, mas no prazo de sessenta dias após a sua publicação, prorrogável por igual período, o que não ocorrendo ocasiona a perda de sua eficácia¹²¹.

Após a emenda, passou a ser expressamente vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo¹²². Observou-se ainda maior interesse do legislador em oferecer segurança jurídica: os atos regidos por medida provisória não convertida em lei continuam por elas regidos, salvo se editado decreto legislativo pelo Congresso Nacional que disponha de modo contrário.¹²³

Outra mudança provocada ainda pela Emenda é que as medidas provisórias não podem mais versar sobre qualquer matéria¹²⁴. Sobre o assunto dispõe Branco:

Até o advento da EC n.32/2001, havia polêmica em torno das limitações materiais ao uso de medida provisória. Logo em seguida à promulgação do Texto de 1988, vozes chegaram a afirmar que a medida provisória não estaria submetida a restrição de conteúdo, já que o constituinte não o fizera expressamente, como ocorria com o decreto-lei anteriormente.

A doutrina e a jurisprudência descobriram, no entanto, obstáculos implícitos ao uso da medida provisória, a partir da disciplina constitucional de outros institutos jurídicos.

[...]

A Emenda de 2001 [...] acrescentou várias limitações materiais explícitas ao uso das medidas provisórias, consolidando a jurisprudência e acolhendo ponderações doutrinárias.¹²⁵

¹²⁰Disposição do artigo 62, §8º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹²¹Entretanto, a medida pode vigor por prazo superior, visto que tal prazo: (a) é automaticamente prorrogado por mais sessenta dias caso não haja deliberação sobre a medida; (b) fica suspenso no período de recesso do Congresso Nacional; e (c) que a medida provisória continua a produzir seus efeitos enquanto pendente sanção ou veto de eventual projeto de lei de conversão. Ademais, ainda que o projeto seja vetado, enquanto não deliberado o veto pelo Congresso Nacional, a medida provisória permanece em vigor, produzindo efeitos jurídicos. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237.

¹²²Disposição do artigo 62, §10, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹²³Disposição do artigo 62, §11, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹²⁴As medidas provisórias não podem dispor sobre os conteúdos constantes do artigo 62, §1º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95-96.

Diante das mudanças, afirma-se que o maior avanço proporcionado pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, foi a considerável diminuição na quantidade de edições e reedições de medida provisória¹²⁶. Não obstante, há quem afirme que a utilização do instituto continua abusiva¹²⁷. Criticou Ferreira Filho:

[...] a medida provisória foi prevista para o caso de uma urgência qualificada pela relevância. Ou seja, como instrumento de *legiferação de urgência*. Quanto a isto, a Emenda Constitucional nº 32/2001 nada mudou: a medida provisória pressupõe *relevância* e *urgência*. Entretanto, sendo improvável que o Supremo Tribunal Federal altere sua jurisprudência, é de supor que o Executivo continue a editar medidas provisórias em matérias que não sejam flagrantemente tão urgentes, com a tolerância do guardião da Constituição. Nada indica que neste ponto a prática abusiva seja obstada pela nova redação.¹²⁸ (grifos do autor)

Afirma Amaral Júnior que, por ter em mãos o poder de edição de medidas provisórias, o Poder Executivo não é pressionado a aperfeiçoar o planejamento de suas ações no momento oportuno, o que o leva a utilizar, por comodidade, o instituto como forma mais ágil para a execução de suas ações governamentais. Esse desvirtuamento do uso da medida provisória decorreria da conivência do Executivo com o Legislativo na manutenção do poder estatal.¹²⁹

A legislação pelo Poder Executivo não coloca em risco o princípio da separação dos Poderes. O que o afronta, gerando desequilíbrio na governabilidade, é o uso constante, exorbitante do instituto das medidas provisórias.¹³⁰ Para controlar esse emprego

¹²⁵MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 928.

¹²⁶AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 266.

¹²⁷Nesse sentido o Ministro Celso de Mello. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2EENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

¹²⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242.

¹²⁹AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203, *apud* MASSUDA, Janine Malta. *Medidas Provisórias: os fenômenos na reedição*. Porto Alegre: Fabris, p. 72-73.

¹³⁰MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. *O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória*, p. 241. Separata da: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 43, n. 170, p. 235, abr./jun. 2006; MELLO FILHO, José Celso de. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes.

excessivo e restringir o seu uso efetivamente às situações de relevância e urgência se faz necessária uma atuação efetiva e conjunta dos Poderes. Se o uso do instituto não é excepcional afronta-se à Constituição, e a responsabilidade por essa inconstitucionalidade é dos três Poderes.

Em prol do princípio da separação dos Poderes e do próprio Estado democrático de Direito, há de se ter no Poder Executivo maior rigor e critério na edição de medidas provisórias, quanto ao que de fato é relevante e urgente; no Poder Legislativo, maior efetividade em seu controle político e menos conivência com o exercício dessa função legislativa; e no Poder Judiciário, a incorporação definitiva do controle de constitucionalidade dos pressupostos de relevância e urgência, a fim de se proteger de inconstitucionalidades o ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A natureza de lei da medida provisória

Prevista no artigo 62 da Constituição Federal, dentro da seção que comporta as regras constitucionais atinentes a processo legislativo, a medida provisória é ato normativo privativo do Presidente da República¹³¹. Ela tem valor e força de lei¹³² desde o seu nascimento, e desde então produz efeitos jurídicos. Essa eficácia antecipada impõe a submissão imediata da medida provisória à apreciação do Congresso Nacional, o que caracteriza o caráter provisório e resolúvel do instituto, sendo a medida provisória lei sob condição resolutiva¹³³, ou ainda lei especial dotada de vigência provisória imediata¹³⁴.

Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 168.

¹³¹ Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, governador de estado e prefeito municipal terão direito a edição de medidas provisórias desde que haja expressa autorização na constituição do Estado, não podendo a Lei Orgânica prever o instituto sem respaldo da Constituição estadual. Essa deve regular o instituto conforme as normas da Constituição Federal. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 199; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 941. Segundo Amaral Júnior, dar aos Estados o poder de editar medidas provisórias afirma e fortalece a sua autonomia, reconhecida pela Constituição, perante os demais entes federativos. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193.

¹³² Disposição do artigo 62, *caput*, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 95.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 926.

Com força de lei, a medida provisória é, pois, ato normativo primário e geral¹³⁵. É primário porque inova o ordenamento jurídico, estabelecendo direitos e obrigações. É geral visto que prescreve condutas a pessoas indeterminadas, impondo seu cumprimento obrigatório por parte do Estado e dos cidadãos, indistintamente.¹³⁶

Explica o Ministro Celso de Mello que a medida provisória possui força de lei desde a sua origem em face da necessidade de imediata produção de efeitos jurídicos, que caracteriza a situação fática, a princípio relevante e urgente, ensejadora do uso do instituto:

As Medidas Provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se reveste de força, eficácia e valor de lei.

[...]

O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional [...] é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.¹³⁷

Silva M. se posiciona em defesa da característica legislativa das medidas provisórias, rechaçando possível equiparação do instituto a ato administrativo:

É [a medida provisória], pois, pra mim, um ato legislativo. Uma delegação constitucional da função de legislar, constante do “processo legislativo” tendo força idêntica à da lei. Não é um ato administrativo, pois no momento em que o Presidente da República a edita, o faz a condição, não de chefe da Administração Pública, mas de legislador delegado constitucionalmente, razão pela qual a natureza jurídica de sua ação é legislativa e não administrativa.¹³⁸

¹³⁴Entendimento de Eros Roberto Grau. OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. *Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 44, n. 173, p. 287, jan./mar. 2007.

¹³⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 241.

¹³⁶ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 140.

¹³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida provisória... ADI 293 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Brasília, 6 de junho de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28293%2E%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

¹³⁸MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Modificação de medida provisória na conversão em lei – necessidade de remessa para sanção ou veto em face da alteração – outros aspectos – opinião legal*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 11, n. 2, abr./jun. 1999, p. 18.

Por sua natureza de lei, tendo a medida provisória vigência e eficácia imediatas, se a sua redação conflitar com lei do ordenamento jurídico, a lei perde, enquanto vigente a medida provisória, a sua vigência e eficácia. Se rejeitada a medida provisória, a lei anterior é restaurada. Aprovada a medida provisória ou eventual lei de conversão restará revogada a lei conflitante, vigente anteriormente à edição da medida provisória.¹³⁹

2.4 Relevância e urgência: pressupostos constitucionais da medida provisória

A edição de medidas provisórias consiste num poder legislativo legítimo¹⁴⁰ – visto que previsto constitucionalmente – mas excepcional¹⁴¹, que interfere diretamente na competência originária Poder Legislativo de legislar. Deve ser a edição de medidas provisórias uma excepcionalidade, que represente concreto estado de necessidade a justificar imediato provimento legislativo. Nesse sentido se justifica a exigência constitucional dos requisitos de relevância e urgência:

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.¹⁴²

A edição da medida provisória está condicionada à existência de ambos os pressupostos, cumulativamente. A ausência de ambos ou de qualquer um deles deslegitima a

¹³⁹MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. *O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória*. Separata da: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 43, n. 170, p. 241, abr./jun. 2006.

¹⁴⁰“O Estado Constitucional, fora do qual não faz sentido considerar a Separação de Poderes, é fruto do pensamento iluminista e das revoluções burguesas [...], em cujo mote central estava assegurar a liberdade e outros ‘direitos imemoriais’ [...]; ou seja, a luta por ‘direitos fundamentais’ (compreenda-se: os direitos fundamentais originários de primeira geração) foi a causa que levou ao Estado Constitucional (sem aquela não haveria este), e este, justamente porque surgido em decorrência daquela, foi pensado no contexto de ser limitado, controlado, vindo daí, e tão somente como modo operacional àquela realização, a Separação de Poderes (‘checks and balances’), fora de cujo contexto qualquer discussão sobre a existência de condicionais à edição de atos normativos por uma autoridade pública (no caso, o Presidente da República) frente a outra autoridade pública (no caso, o Congresso Nacional) absolutamente não faria nenhum sentido.”[Contribuição pessoal do Professor Rodrigo Pereira de Mello, em orientação à construção do presente trabalho, em 2 de setembro de 2011.

¹⁴¹De modo contrário pensa Amaral Júnior, para quem a medida provisória não é ato legislativo extraordinário, pois "compõe a ordem normal de competências da Constituição de 1988". Extraordinários seriam os seus pressupostos de relevância e urgência, pois é o Presidente da República partícipe legítimo do nosso processo legislativo. Ao editar uma medida provisória, ele exerce uma função legislativa da qual se encontra investido pela própria Constituição, que lhe assegura o poder permanente e institucionalizado de legislar. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 127-128.

¹⁴²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

validade da medida provisória¹⁴³. A legitimidade da medida provisória está condicionada à configuração de situação em que a mora na produção legislativa ordinária possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público.¹⁴⁴ Se possível aguardar o processo legislativo ordinário para apreciação de determinado projeto de lei, sem comprometimento do interesse público, a princípio não estará caracterizada a urgência.

No entanto, não há na Constituição Federal parâmetros objetivos para que se determine a ocorrência de urgência e relevância, as quais ficam sujeitas à discricionariedade do Presidente da República, no momento da edição da medida provisória. Por essa razão, a doutrina majoritária defende que tais conceitos são indeterminados, abarcando vários significados e hipóteses.¹⁴⁵

Mendes alerta que a urgência é política, e não temporal.¹⁴⁶ O uso do instituto da medida provisória seria extremamente vinculado a um juízo político de oportunidade e conveniência, sendo, portanto, relevância e urgência requisitos de natureza eminentemente política.¹⁴⁷

De fato, embora o juízo acerca dos pressupostos seja altamente subjetivo, ficando a cargo do juízo do Presidente da República, ambos estão atrelados necessariamente ao interesse público¹⁴⁸, finalidade que deve nortear qualquer atuação do Poder Público, tendo em vista que o titular do poder é o povo. Amaral Júnior cita Mello:

¹⁴³ FERREIRA Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992, 3. v., p. 288, *apud* ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 926.

¹⁴⁵ ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Notas taquigráficas da Sessão de 15 de maio de 2002 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 4ª Sessão Legislativa Ordinária da 51ª Legislatura. Brasília: Senado Federal, 2002, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. *Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 44, n. 173, p. 288, jan./mar. 2007.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. *Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 44, n. 173, p. 288, jan./mar. 2007.

Todo interesse público é relevante, é obvio, mas, se o texto utilizou a expressão 'relevante', não é qualquer interesse público, mas sim um interesse público qualificado, excepcional, anormal, que o ultrapassa o simples dizer 'isso é interesse público'.¹⁴⁹

Partindo-se, portanto, das premissas de que (a) ambos os pressupostos estão necessariamente atrelados ao interesse público; e (b) o poder de editar medidas provisórias é conferido pela Constituição, certamente o exercício desse poder legislativo não pode ser ilimitado e totalmente discricionário. Se assim o fosse, não haveria de ser necessária, por determinação constitucional, a apreciação da medida provisória e de seus pressupostos pelo Congresso Nacional, nem possível novo juízo de mérito pelo Poder Judiciário.

2.5 O controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo

O controle de constitucionalidade exercido pelo Parlamento durante o processo legislativo é o denominado controle prévio, político ou preventivo de constitucionalidade.¹⁵⁰ No Congresso Nacional, o controle pode ser exercido em dois momentos: (a) quando a proposição legislativa é submetida a parecer das comissões com competência para pronunciamento acerca da sua constitucionalidade; e (b) na fase de discussão e votação da matéria no Plenário das Casas Legislativas, na forma de seu Regimento Interno.¹⁵¹

Na ordem democrático-constitucional, o legislador é indispensável à concretização do conteúdo normativo da constituição, pois quanto mais efetivo o seu controle de constitucionalidade, mais preservada estará a supremacia constitucional. O controle parlamentar é de extrema importância porque ele assegura a presunção de constitucionalidade das leis¹⁵², de modo que a norma que se encontra no ordenamento jurídico é presumidamente constitucional até que seja reconhecida a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário¹⁵³.

¹⁴⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Notas taquigráficas da sessão de 22 de março de 2000 da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Substitutivo do Senado Federal à Proposta de Emenda Constitucional 472-D, de 1997, Diário da Câmara dos Deputados, do dia 23/03/2000, p. 12.029, *apud* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157-158.

¹⁵⁰ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 32.

¹⁵¹MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 46.

¹⁵²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 40.

¹⁵³"[...] toda lei, à partida, é compatível com a Constituição e assim deve ser considerada, até judiciosa conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a inconstitucionalidade não pode ser presumida, antes deve ser provada, de modo cabal, irrecusável e incontroverso". MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio

Essa pretensão se faz necessária para se assegurar segurança jurídica e estabilidade às relações derivadas das normas de direito.¹⁵⁴ Rocha Neto cita Bittencourt:

É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.¹⁵⁵

A produção das leis deve observância a normas constitucionais relativas a competência, forma, procedimento e conteúdo, o que Canotilho chama de vinculação do legislador à Constituição¹⁵⁶. A lei ou ato normativo é formalmente inconstitucional quando possui vício na sua formação, relativo aos procedimentos ou pressupostos para sua edição. A inconstitucionalidade material, por sua vez, ocorre quando o vício é relativo ao próprio conteúdo do ato.¹⁵⁷ No controle de constitucionalidade se verifica, pois, a adequação material e formal de uma norma frente à constituição, no que toca à origem do vício da lei.

Essa distinção, entre norma material e formal, não deve dar ao Congresso Nacional a faculdade de decidir quando um preceito constitucional é relevante ou não para se determinar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Todas as normas constitucionais no que toca ao processo legislativo são igualmente fundamentais, de observância obrigatória pelo poder legiferante. Se uma provisão é constitucional, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, exatamente porque se contém no instrumento

Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141.

¹⁵⁴ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

¹⁵⁵BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 83, *apud* ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

¹⁵⁶“A **vinculação do legislador à constituição** sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo *órgão*, terem a *forma* e seguirem o *procedimento* nos termos constitucionalmente fixados. [...] A constituição é, além disso, um *parâmetro material intrínseco* dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição.” (grifos do autor) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 246.

¹⁵⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 28.

da constituição.¹⁵⁸ Todas as cláusulas constantes do texto constitucional são indistinta e igualmente constitucionais.¹⁵⁹ Nesse mesmo sentido se posiciona Mendes:

a distinção entre normas constitucionais formais e materiais não há de ter relevância no âmbito do controle de constitucionalidade. Do contrário, ter-se-ia de reconhecer o poder de determinados órgãos para discernir entre cláusulas constitucionais substanciais e acessórias, o que “acabaria por se sobrepor à Constituição, passando a definir o que fosse uma cláusula constitucional em cada caso concreto e segundo razões de mera conveniência”.¹⁶⁰

O legislador se encontra estritamente vinculado à constituição, de modo que a atividade legislativa deve estar decididamente vinculada primeiramente às estipulações e determinações constitucionais antes de atender a quaisquer aspirações sociais, econômicas ou políticas. Se o processo legislativo observa as normas constitucionais, boas serão as leis, boa será a aplicação do direito. Afinal, "como a Constituição regula, no essencial, a elaboração das leis, a legislação é, com respeito a ela, aplicação do direito".¹⁶¹

Ao lado da vinculação à Constituição, existe a chamada liberdade de conformação do legislador¹⁶². Essa dá ao legislador certa discricionariedade quanto à aplicação de normas constitucionais, que ocorrerá de acordo com os reclamos e interesses políticos. Essa liberdade deve ser aceitável, razoável, pois não se admite ser total. A vinculação constitucional é insuperável no Estado de Direito contemporâneo, e por isso a subordinação da atividade legislativa, ainda que discricionária, aos parâmetros constitucionais.¹⁶³ Ao mesmo tempo em que busca atender a interesses políticos e sociais,

¹⁵⁸CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 394-5, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 31.

¹⁵⁹CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito Constitucional*. 2 v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 392, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 30.

¹⁶⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 31.

¹⁶¹KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 125.

¹⁶²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 247.

¹⁶³AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 129.

deve pautar o desenvolvimento de seu trabalho – a elaboração das leis – pelos limites constitucionais.¹⁶⁴

Se excessiva a discricionariedade do legislador, ficará caracterizado o excesso de poder legislativo, que se dá quando o legislador prioriza as determinantes autônomas, que se encontram à sua escolha, em detrimento das heterônomas, as disposições constitucionais, as quais devem constituir as diretivas materiais e os fins de sua atuação.¹⁶⁵ Haverá, nesse caso, contrariedade, irrazoabilidade ou incongruência da lei em face da constituição¹⁶⁶; haverá, pois, vício(s) no(s) ato(s) legislativo(s). Dispõe Mendes que

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, idéia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas [...]¹⁶⁷

Por fim, a discricionariedade a que tem direito o legislador no exercício de sua função só se faz legítima se subjugada inteiramente à constituição. Canotilho afirma que

[...] se outrora a constituição se movia no âmbito das leis, hoje são estas que se movem no âmbito da constituição. Em termos gerais, as normas constitucionais dirigem-se ao legislador sob três formas fundamentais: (1) fixando princípios; (2) estabelecendo imposições; (3) definindo competências. Em qualquer dos casos, a lei, ao concretizar princípios, executar imposições ou exercer competências, não se pode nunca furtar a uma referencia positiva e negativa às normas constitucionais. A fundamentação constitucional significa, desde logo, que é na constituição – nas suas normas «principais», «impositivas» e «orgânicas» – que se deve procurar o parâmetro de referência material da actividade legiferante. É a constituição e não quaisquer outros «parâmetros» ou «determinantes» situados fora dela que se deve considerar heteronomamente vinculante dos actos legislativos.¹⁶⁸

¹⁶⁴ AZEVEDO, Luiz Henrique Cascellli de. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 127.

¹⁶⁵ Azevedo cita Canotilho. AZEVEDO, Luiz Henrique Cascellli de. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 130.

¹⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 258.

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1064.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 266-267.

Deve estar sempre presente na sua mente uma preocupação com a adequação das leis aos preceitos constitucionais. Não cabe ao legislador apenas o dever de legislar, mas também o dever de aferição e de adequação dos seus atos legislativos à Lei Maior.

2.6 A tramitação da medida provisória no Congresso Nacional e o controle legislativo de constitucionalidade sobre os pressupostos

A tramitação das medidas provisórias no Congresso Nacional se encontra regulada no artigo 62 da Constituição Federal e na Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional. A Constituição traz os princípios e as normas gerais que norteiam o instituto, enquanto a Resolução cuida das especificidades de procedimento legislativo a serem observadas no decorrer do processo legislativo no âmbito da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Com força de lei ordinária, a medida provisória passa a produzir efeitos a partir de sua publicação, quando deve, obrigatoriamente, ser submetida de imediato à apreciação do Congresso Nacional¹⁶⁹, onde será designada Comissão Mista de Deputados e Senadores para emissão de parecer¹⁷⁰ acerca da sua constitucionalidade material e formal e do seu mérito¹⁷¹.

¹⁶⁹Disposição do artigo 62, *caput*, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

¹⁷⁰Disposição do artigo 62, §9º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97. Em verdade, na prática a Comissão Mista, embora designada, não emite parecer, cabendo ao relator da medida provisória fazê-lo em Plenário, o que, segundo Amaral Junior, causa “um verdadeiro ‘império’ do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário”. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 247. No Senado Federal há constante debate acerca dessa prática. O ex-Senador Itamar Franco, na 27ª sessão, deliberativa ordinária do Senado Federal, em 15 de março de 2011, publicada no Diário do Senado Federal de 16 de março de 2011, discursou: “Ensina-nos o princípio da legalidade que toda atividade pública deve seguir aquilo que está expresso na lei. A Constituição, em seu art. 62, § 9º, determina expressamente que o parecer deverá ser emitido pela Comissão Mista, o que não vem sendo feito. Primeiro, a Comissão Mista não se reúne; ela não existe, como é o caso desta Medida Provisória nº 507, e os Srs. Senadores e as Srs. Senadoras, ao que parece, não querem tomar conhecimento do que levanto neste instante. Ainda que ao amparo da Resolução nº 1, de 2002, que atribui a cada Casa a designação de Relatores substitutos, passar por cima da Comissão Mista, no meu entendimento, fere a Constituição Federal.” Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?codDiario=3802>> Acesso em: 8 abr. 2012. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, tomada no julgamento da ADI 4029, em 8 de março de 2012, declarou a inconstitucionalidade incidental dos artigos 5º, *caput*, e 6º, § 1º e § 2º, da Resolução nº 1, de 2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc*. Sobre as medidas provisórias editadas a partir de então, deve ser proferido o parecer obrigatoriamente no âmbito da Comissão Mista, antes de iniciada a sua apreciação pela Câmara dos Deputados, obedecendo-se à respectiva disposição constitucional, constante do artigo 62, § 9º. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202191>>. Acesso em: 8 abr. 2012.

¹⁷¹Disposição do artigo 5º da Resolução nº 1, de 2002-CN. BRASIL. Congresso. Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011, p. 190.

Perante a Comissão poderão ser oferecidas emendas parlamentares ao texto da medida provisória. Após a instrução da Comissão, na forma de parecer, a medida vai à apreciação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, Casa Legislativa onde se inicia a sua tramitação¹⁷², após o que segue para apreciação pelo Plenário do Senado Federal.

Se em quarenta cinco dias não houver findada a deliberação, a medida provisória entrará em regime de urgência, trancando a pauta de deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando¹⁷³. Essa determinação constitucional se justifica pela urgência que demanda do Poder Legislativo o uso desse provimento legislativo do Poder Executivo.

As medidas provisórias possuem pressupostos próprios no que toca à formação da sua constitucionalidade. Os pressupostos materiais dizem respeito ao atendimento às limitações de conteúdo a que estão sujeitas¹⁷⁴. Já os pressupostos formais se referem às exigências necessárias à própria formação do ato legislativo em questão, como a relevância e a urgência e a iniciativa privativa pelo Chefe do Poder Executivo.

Antes da análise do mérito da medida provisória, as suas Casas Legislativas procedem ao chamado juízo de admissibilidade, em que analisam o atendimento aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, à adequação financeira ou orçamentária e à exposição da motivação do ato normativo.¹⁷⁵ Somente se atendidos todos os pressupostos é que poderá ser analisado, pelo Plenário da Casa Legislativa, o mérito da medida provisória, pois a ausência de relevância e urgência ou a inadequação financeira ou orçamentária resultará no arquivamento da medida provisória¹⁷⁶, por sua inconstitucionalidade formal.

¹⁷²Disposição do artigo 62, §8º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹⁷³Disposição do artigo 62, §6º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 96.

¹⁷⁴As medidas provisórias não podem dispor acerca dos conteúdos constantes do artigo 62, § 1º, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p.95-96.

¹⁷⁵Disposição do artigo 5º, *caput*, da Resolução nº 1, de 2002-CN. BRASIL. Congresso. Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011, p. 190.

¹⁷⁶Disposição do artigo 62, §5º, da Constituição Federal, disciplinada no artigo 8º da Resolução nº 1, de 2002-CN. BRASIL. Congresso. Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011, p. 192.

Aprovada a medida provisória sem alteração de mérito, ela será promulgada como lei, pelo Presidente pelo Congresso Nacional¹⁷⁷ – nesse caso, não cabe sanção, por ser o ato legislativo de autoria do próprio Presidente da República. Se aprovada com emendas, tem-se alteração de seu texto, o que origina um projeto de lei de conversão de medida provisória¹⁷⁸. Se aprovado, o projeto irá à sanção presidencial.

A medida provisória pode ainda ser rejeitada, deixando de produzir efeitos jurídicos a partir de então, ou perder a sua eficácia por simples decurso do prazo, sem que tenha ocorrido a apreciação parlamentar no prazo constitucional. Nos casos de aprovação de lei de conversão, rejeição da medida provisória ou perda de sua eficácia, deve ser editado decreto legislativo pelo Congresso Nacional, no prazo de sessenta dias, a fim de regular as relações jurídicas decorrentes da edição da medida provisória.¹⁷⁹

O Congresso Nacional exerce controle de constitucionalidade sobre os pressupostos de relevância e urgência em dois momentos: (a) quando a medida provisória é submetida a parecer da Comissão Mista, constituída para esse fim¹⁸⁰; e (b) na fase de discussão e votação da matéria no Plenário da Câmara dos Deputados e posteriormente no Plenário do Senado Federal¹⁸¹.

No que toca ao processo legislativo das medidas provisórias, vê-se que há importante e necessária interação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Dispõe Amaral Junior que o processo de conversão da medida provisória em lei representa “o ápice do

¹⁷⁷ Disposição do artigo 12, *caput*, da Resolução nº 1, de 2002-CN. BRASIL. Congresso. Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011, p. 194.

¹⁷⁸ Disposição do artigo 5º, §4º, da Resolução nº 1, de 2002-CN. BRASIL. Congresso. Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011, p. 191.

¹⁷⁹ Disposição do artigo 62, §11, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹⁸⁰ Disposição do art. 62, §9º, da Constituição Federal: "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." BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

¹⁸¹ Disposição do artigo 62, §8º, da Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 97.

controle do Poder Legislativo sobre o exercício da potestade legislativa confiada pela Constituição ao Poder Executivo por meio da decretação de urgência.”¹⁸²

Noutras palavras, é de extrema importância a submissão da medida provisória à apreciação parlamentar, pois a possibilidade de emendas parlamentares é essencial para a preservação da competência legislativa do Parlamento, na medida em que aquela representa a sua vontade. A lei de conversão, enquanto ato do Parlamento originário de ato do Governo¹⁸³, representa a integração entre os Poderes Executivo e Legislativo, ao mesmo tempo em que representa a garantia à separação dos Poderes, como concebida pela Constituição de 1988.¹⁸⁴

Em sendo falho o controle legislativo de constitucionalidade quanto aos pressupostos de relevância e urgência, possui a constituição outra garantia à sua supremacia: o controle judicial ou definitivo de constitucionalidade.

¹⁸²AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

¹⁸³"A lei de conversão transforma o ato legislativo do Governo em ato do Parlamento". AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

¹⁸⁴AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 272.

3 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA E A LEI DE CONVERSÃO

3.1 O controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário

Para Kelsen, ao Poder Legislativo, responsável pela aprovação das leis, não poderia ser reservada a competência de exercer o controle definitivo ou judicial de constitucionalidade sobre suas próprias leis, o qual fica, constitucionalmente, a cargo do Poder Judiciário, a partir da Constituição Republicana de 1891.¹⁸⁵ Nesse sentido:

[...] seria ingenuidade política contar que ele [o Parlamento] anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional. O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.¹⁸⁶

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Poder Judiciário um papel até então nunca outorgado pelas Constituições brasileiras, assim como uma autonomia institucional até então desconhecida na história do nosso constitucionalismo.¹⁸⁷ Buscou-se garantir a sua autonomia financeira, administrativa e funcional, a fim de se estabelecer a sua independência em relação aos demais Poderes, o que se mostra indispensável ao exercício do controle de constitucionalidade.

O modelo brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade é classificado como misto, por agregar elementos tanto do sistema norte-americano (*judicial review*¹⁸⁸) quanto do sistema austríaco. Naquele, é assegurado a qualquer órgão judicial

¹⁸⁵MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 48.

¹⁸⁶KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150.

¹⁸⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 974.

¹⁸⁸"De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação

afastar, em um caso concreto, a aplicação de uma lei incompatível com a Constituição. Já no sistema austríaco, a jurisdição constitucional fica concentrada em um Tribunal Constitucional.¹⁸⁹

Nesse sentido, quanto ao órgão jurisdicional competente, o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado. O controle é difuso quando pode ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário.¹⁹⁰ Já o controle concentrado é da competência exclusiva de um órgão específico: a nível federal, ele cabe exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, que o exerce por meio da ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal.¹⁹¹

No que toca ao modo de exercício, o controle pode se dar por via principal ou por via incidental. Naquela, a questão constitucional é o objeto do processo; ela (a) é suscitada a título principal, (b) em processo autônomo e (c) independe de controvérsia entre partes concretas. No controle por via incidental, a questão constitucional é secundária, pois é (a) levantada incidentalmente, (b) no curso de uma ação, (c) em um processo comum, e (d) discutida na medida em que relevante para a solução do caso.¹⁹²

O controle pode ser ainda concreto ou abstrato. Enquanto naquele se discute direito próprio das partes, numa ação judicial, num caso concreto, no controle abstrato não se suscita defesa de interesse próprio, mas da própria Constituição; nele não se faz necessária a existência de litígio concreto entre partes, pois se trata de um processo de defesa da Constituição. Nesses termos, em regra, o controle concreto se encontra associado ao difuso e incidental; e o controle abstrato, ao concentrado e principal.¹⁹³

de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação". KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 311.

¹⁸⁹Resultado da influência de Hans Kelsen na Constituição Austríaca de 1920. Ele atribuiu a um Tribunal Constitucional a guarda da Constituição. AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 77.

¹⁹⁰No âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade somente é possível por decisão da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 118.

¹⁹¹BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

¹⁹²Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leony Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.

¹⁹³Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leony Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.

A decisão no controle de constitucionalidade difuso surte efeito apenas entre as partes do processo, o chamado efeito *inter partes*; se reconhecida a inconstitucionalidade, deixa-se de aplicar a norma apenas no caso concreto, para as partes da respectiva ação judicial¹⁹⁴. Já no controle concentrado, a decisão possui eficácia *erga omnes*, isto é, vale contra todos; e efeito vinculante¹⁹⁵, sendo de observância obrigatória por todo o Poder Judiciário.

A inconstitucionalidade pode ter por origem uma ação ou uma omissão do Estado. Esta se dá quando há o descumprimento de uma norma mandatória: a constituição impõe ao Estado o dever de legislar, mas este é inerte; pratica-se, então, uma omissão inconstitucional.¹⁹⁶ De modo contrário, se há o descumprimento de uma norma vedatória, isto é, impõe-se um não agir do Estado, mas este pratica um ato normativo, tem-se uma ação inconstitucional, caracterizando-se a inconstitucionalidade por ação.¹⁹⁷

A liberdade legislativa não se sujeita apenas à hierarquia das normas constitucionais e ao controle político de constitucionalidade, mas também ao controle judicial. Cabe ao Poder Judiciário fiscalizar em caráter terminativo a conformidade material e formal dos atos legislativos em face da Constituição, na medida em que exerce o controle definitivo de constitucionalidade.

¹⁹⁴A inconstitucionalidade também pode ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário, nos termos do art.102, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, quando o controle de constitucionalidade será difuso e cuja decisão, portanto, terá eficácia apenas para as partes do processo. No entanto, a decisão poderá ter eficácia *erga omnes*, se houver a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal, conforme disposição do art. 52, X, da Constituição Federal. [Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leony Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.]

¹⁹⁵Disposição do artigo 102, §2º, da Constituição Federal: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 126.

¹⁹⁶“Onde a ação é dever constitucional, a inércia é inconstitucionalidade”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 112.

¹⁹⁷Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leony Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.

3.2 A apreciação judicial dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória

A medida provisória é ato normativo com força de lei¹⁹⁸, e como lei opera seus efeitos. Sobre essa norma jurídica primária e abstrata, enquanto ato normativo federal¹⁹⁹, cabe controle judicial de constitucionalidade, com o fim de se verificar o cumprimento da Constituição, inclusive o atendimento aos pressupostos de relevância e urgência.

Quando submetida a medida provisória à apreciação do Congresso Nacional, em princípio, ela sofrerá controle de constitucionalidade pelo Parlamento – controle prévio ou político de constitucionalidade. No entanto, a medida provisória ou sua eventual lei de conversão pode ser aprovada sem que de fato subsistam os pressupostos de relevância e urgência, incorrendo no vício da inconstitucionalidade.

Entende o Supremo Tribunal Federal que o Poder Judiciário, quando provocado, tem legitimidade para analisar a extensão dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória apenas quando for evidente a sua ausência, caso em que se caracteriza a existência de abuso no poder de legislar pelo Poder Executivo. Nesse sentido dispõe a Ministra Ellen Gracie, como relatora no julgamento da ADI 2.527-9/DF:

Esta Corte somente admite o exame jurisdicional dos méritos dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a improcedência da alegação de presença seja evidente [...] ²⁰⁰

Esclarece ainda a Ministra que esse entendimento se encontra sedimentado na Corte Suprema, e para tanto cita como exemplo o voto do Ministro Carlos Velloso na ADIN 1.397 MC/DF:

¹⁹⁸Disposição do artigo 62, *caput*, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 95.

¹⁹⁹Disposição do artigo 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 123.

²⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade... ADI 2527 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministra Ellen Gracie. Brasília, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282527%2E+OU+2527%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

[...] a apreciação de tais requisitos (relevância e urgência) assume caráter político, ficando tal apreciação por conta, em princípio, do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional. Falo em princípio, porque, se a alegação de urgência e relevância, por parte do Chefe do Executivo, evidenciar-se, claramente, improcedente, pode ela sujeitar-se ao controle judicial. De regra, entretanto, isto não deverá ocorrer [...] ²⁰¹

Entendemos, no entanto, que o Poder Judiciário tem plena legitimidade para adentrar no mérito dos pressupostos de relevância e urgência. Há respaldo constitucional no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances system*) – característica acentuada do nosso Estado democrático de Direito –, assim como no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. ²⁰²

Deve, por dever constitucional, o Supremo Tribunal Federal se pronunciar, quando provocado, ²⁰³ acerca do atendimento aos pressupostos de relevância e urgência na edição de medidas provisórias. Pelo simples fato de constituírem norma constitucional, os pressupostos devem passar pelo crivo do Poder Judiciário, especificamente da Corte Suprema. ²⁰⁴ Afinal, como afirma Mello,

[...] se 'relevância e urgência' fossem noções só aferíveis concretamente pelo Presidente da República, em juízo discricionário incontestável, o delineamento e a extensão da competência para produzir tais medidas não decorriam da Constituição, mas da vontade do Presidente, pois teriam o âmbito que o Chefe do Executivo lhes quisesse dar. Assim, ao invés de estar limitado por um círculo de poderes estabelecido pelo Direito, ele é quem

²⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Medida Provisória: Urgência e Relevância... ADI 1397 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Carlos Velloso. Brasília, 28 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281397%2ENUME%2E+OU+1397%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Carlos Velloso.

²⁰²BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

²⁰³Pelo princípio da inércia, o Poder Judiciário só atua mediante provocação. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 630.

²⁰⁴Nesse sentido o voto do Ministro Marco Aurélio, na ADI 1397 MC/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Medida Provisória: Urgência e Relevância... ADI 1397 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Carlos Velloso. Brasília, 28 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281397%2ENUME%2E+OU+1397%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

decidiria sua própria esfera competencial na matéria, idéia antinômica a tudo que resulta do Estado de Direito.²⁰⁵

A favor da apreciação judicial da relevância e urgência se posiciona parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Em julgamento no qual se discutia a presença de urgência e imprevisibilidade na edição de medida provisória para abertura de créditos extraordinários²⁰⁶, afirma o Ministro Marco Aurélio que não pode a Corte se esquivar do seu papel de guardião da Constituição:

O que ocorre na espécie? A apreciação do caso, sob o ângulo formal, definindo-se se poderia ou não a matéria ser tratada mediante medida provisória. Os requisitos constantes da Carta são aferíveis por aquele que possui a guarda dessa mesma Carta, o Supremo. Sempre sustentei isso, quanto à relevância e à urgência relativamente às medidas provisórias.

[...]

Não é dado ao Supremo se despedir do papel de guarda da Constituição, potencializando, a mais não poder, o subjetivismo que pode, reconheço, grassar quando se perquire se a situação, realmente, mostrou-se imprevisível e urgente. Há de se adentrar a matéria e há de fazê-lo tendo, em nossa ordem jurídica constitucional, a última palavra sobre o alcance da Carta Federal.²⁰⁷

Alerta o Ministro Celso de Mello que a tão evidente discricionariedade do Presidente da República no que toca à escolha do que seria atividade legislativa urgente e relevante por si só legítima a fiscalização do Poder Judiciário quanto aos pressupostos:

O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir. Sem prejuízo, obviamente, de igual competência do Poder Legislativo, a ser exercida a posteriori (....) Esse poder cautelar geral – constitucionalmente deferido ao Presidente da República – reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. E ele, o chefe de Estado, o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício.

²⁰⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115, *apud* BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Pillares, 2004, p. 66-67.

²⁰⁶Segundo disposição do artigo 167, §3º, da Constituição Federal, a abertura de créditos extraordinários por medida provisória exige, além de relevância e urgência, o requisito da imprevisibilidade: “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

²⁰⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário... ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

Essa circunstância, contudo, não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorar, até, se for o caso, os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional.

O reconhecimento da imunidade jurisdicional, que pré-excluísse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso admitido fosse –, implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão do seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional.²⁰⁸

Percebe-se, portanto, que é totalmente legítima e constitucional a apreciação judicial quanto ao atendimento da relevância e da urgência na edição da medida provisória. Ao fazê-lo, o Poder Judiciário não viola o princípio da separação dos poderes, mas garante a sua integridade, visto que protege competência típica do Poder Legislativo.²⁰⁹

3.3 A inconstitucionalidade da lei de conversão ante a ausência dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória

Quando o Congresso Nacional aprovar alterações ao texto da medida provisória submetida à sua apreciação pelo Presidente da República, originar-se-á uma lei de conversão.²¹⁰ Essa lei é ato legislativo de origem do Poder Legislativo e tramitará, pois, como lei ordinária, a qual, se aprovada, deve ser remetida, obrigatoriamente, à sanção ou veto do Poder Executivo.²¹¹

²⁰⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida provisória... ADI 293 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Celso de Mello. Brasília, 6 de junho de 1990. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28293%2E%29%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

²⁰⁹ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125.

²¹⁰Disposição do artigo 5º, § 4º, inciso I, da Resolução nº 1, de 2002-CN. BRASIL. Congresso. Regimento Comum: Resolução nº 1, de 1970-CN (texto consolidado até 2010) e normas conexas. Brasília: Congresso Nacional, 2011, p. 191.

²¹¹Diz Martins: “É que esta matéria, por ser nova, originária do Congresso Nacional e sobre ela não ter se manifestado o Presidente da República, necessita de sua sanção ou de seu veto para ganhar validade no mundo jurídico.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Modificação de medida provisória na conversão em lei – necessidade de remessa para sanção ou veto em face da alteração – outros aspectos – opinião legal*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 11, n. 2, abr./jun. 1999, p. 18-19.

A lei de conversão pressupõe a existência da medida provisória que lhe deu origem, existindo entre ambas indissociável nexos causal.²¹² É necessariamente a medida provisória o ato normativo que deflagra o processo legislativo que pode culminar na aprovação da lei de conversão.²¹³ Nesse sentido é que esta se particulariza frente às previsões normativas constantes do artigo 62 da Constituição Federal, visto que ela (a) pressupõe uma medida provisória a ser convertida; (b) possui seu conteúdo delimitado e condicionado pela pertinência temática com a medida provisória que lhe deu origem; (c) segue processo legislativo próprio; e (d) deve ser aprovada dentro do prazo constitucional sob pena de decadência.²¹⁴

O nexos causal ainda pode ser comprovado em ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto medida provisória. Se a lei de conversão derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade não tiver provocado alterações materiais, isto é, de conteúdo do ato normativo editado pelo Presidente República, ela pode ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da petição inicial. De modo diverso, se a lei de conversão alterou substancialmente a medida provisória, ela deve ser impugnada em nova ação, ficando prejudicada a ação anterior²¹⁵. Nesses termos entende o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQUENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. Perda de objeto da ação direta

²¹²MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. *O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória*. Separata da: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 43, n. 170, p. 240, abr./jun. 2006.

²¹³AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 288.

²¹⁴AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

²¹⁵MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. *O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória*. Separata da: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 43, n. 170, p. 236-237, abr./jun.2006; AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 270.

em relação ao art. 33, caput e parágrafos, da MP 1.699-41/1998, em razão de o dispositivo ter sido suprimido das versões ulteriores da medida provisória e da lei de conversão. A requerente promoveu o devido aditamento após a conversão da medida provisória impugnada em lei. Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. [...] ²¹⁶

Caracterizado o nexo causal, como pressupostos à edição de medida provisória, a relevância e a urgência também são necessariamente pressupostos à constitucionalidade da respectiva lei de conversão. Essa tem por pressuposto de validade a validade da medida provisória que lhe tenha dado origem. ²¹⁷ Se a medida provisória é inconstitucional, inclusive pela ausência dos pressupostos – formais – de relevância e urgência, a lei de conversão também será inconstitucional, no seu todo. Em verdade, estará configurada a inconstitucionalidade da lei seja o requisito ausente na edição da medida provisória formal ou material. Dispõe o Ministro Marco Aurélio:

Entendo que o fato de se haver logrado a conversão de medida provisória em lei não afasta o vício notado originariamente; porque vislumbro, nesse processo legislativo, um ato complexo, dependendo, portanto, o subsequente – a conversão – da observância das formalidades constitucionais quanto ao ato anterior, a edição da própria medida provisória [...] Entendo que o vício inicial contamina a lei de conversão [...] ²¹⁸

²¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art. 33... ADI 1976/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de março de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281976%2EENUME%2E+OU+1976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012

²¹⁷Nesse sentido o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, na ADIN 1417/DF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Medida Provisoria. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição... ADIN 1417-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional de Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 2 de agosto de 1999. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281417%2EENUME%2E+OU+1417%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

²¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Medida Provisoria. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição... ADIN 1417-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional de Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 2 de agosto de 1999. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281417%2EENUME%2E+OU+1417%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

No que toca à exigência constitucional dos pressupostos de relevância e urgência, exploremos possíveis significados de “pressuposto”: (a) circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro; como sinônimo de “requisito”: (b) condição necessária para alcançar certo fim; (c) condição necessária para a obtenção de certo objetivo, ou para o preenchimento de certo fim; (d) exigência legal necessária para certos efeitos; (e) quesito.²¹⁹

Como se vê, pressuposto é, em suma, condição. Quaisquer pressupostos constitucionais são indispensáveis à formação da constitucionalidade da medida provisória, enquanto ato normativo. A validade constitucional da lei de conversão depende da validade constitucional da sua respectiva medida provisória – pois entre ambas há necessário nexo causal –, e nesse sentido, o vício na medida provisória pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência contamina necessariamente a sua eventual lei de conversão.

A apreciação da medida provisória pelo Congresso Nacional não é capaz de sanar ou convalidar seus vícios presentes à edição. Caberá ao Poder Judiciário, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, reconhecer a inconstitucionalidade da lei de conversão, quando judicialmente confirmada a ausência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência na edição da medida provisória que lhe dera origem.

A jurisprudência da Corte Suprema por muito tempo entendera que a conversão em lei da medida provisória convalidava eventuais vícios formais. Nesse sentido se deu o julgamento da ADI 1417-MC/DF, em 1999, em que se decidiu pela superação da contestação do preenchimento dos requisitos de relevância e urgência pela conversão da medida provisória em lei. Nesse sentido os votos dos Ministros Octavio Gallotti, Relator, e Moreira Alves:

No que toca às arguições de ordem formal postas na petição inicial, seja a relativa ao pressuposto de urgência da medida provisória, seja a concernente ao princípio de reserva legal, penso acharem-se superadas ambas as questões pela conversão [...].²²⁰

²¹⁹(a) (c) (d) (e): FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4 ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009, p. 1627. (b): HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 640.

²²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Medida Provisoria. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição... ADIN 1417-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional de Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro

Acompanho o eminente Relator porque não me parece, pelo menos em face da atual jurisprudência da Corte, que tais vícios formais da medida provisória convertida em lei acarretem a inconstitucionalidade desta. Aliás, essa expressão “lei de conversão!” não deixa de ser imprópria, uma vez que, tomada literalmente, teria ela de converter a medida provisória em todos os seus termos e não é isso o que se tem admitido.²²¹

Em 2006, no julgamento da ADI 3090/DF, a Corte se manifestou pela não convalidação dos vícios existentes na medida provisória:

EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória nº 144, de 10 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, e dá outras providências. 2. Medida Provisória convertida na Lei nº 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória. 3. Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na Medida Provisória nº 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição: "É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive". Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 6/95 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão "empresa brasileira de capital nacional" pela expressão "empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país", incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a Medida Provisória nº 144/2003 não está destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC nº 6/95, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico.

Octavio Gallotti. Brasília, 2 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281417%2E%2E%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Octavio Gallotti.

²²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Medida Provisória. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição... ADIN 1417-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional de Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 2 de agosto de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281417%2E%2E%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Moreira Alves.

Vencida a tese que vislumbrava a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia. 4. Medida cautelar indeferida, por maioria de votos.²²²

Não obstante, no ano seguinte, em 2007, no julgamento da ADI 1976/DF, a Suprema Corte voltou a se manifestar pela convalidação dos pressupostos de relevância e urgência com a conversão em lei da medida provisória, assim como pela impossibilidade do seu controle judicial. *In verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQUENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. Perda de objeto da ação direta em relação ao art. 33, caput e parágrafos, da MP 1.699-41/1998, em razão de o dispositivo ter sido suprimido das versões ulteriores da medida provisória e da lei de conversão. A requerente promoveu o devido aditamento após a conversão da medida provisória impugnada em lei. Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da ação direta em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Decidiu-se que não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. Superada a análise dos pressupostos de relevância e urgência da medida provisória com o advento da conversão desta em lei. A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida

²²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade... ADI 3090 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283090%2EENUME%2E+OU+3090%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.²²³ (grifo nosso)

Explicitou o Relator da ação, Ministro Joaquim Barbosa, as razões do posicionamento da Corte:

[...] os requerentes pugnam pelo reconhecimento da ausência de relevância e urgência da Medida Provisória impugnada.

É de se ressaltar, no entanto, que houve conversão da medida provisória em lei. Isso parece afetar de modo essencial a análise dos requisitos de relevância e urgência.

Do ponto de vista dos efeitos prospectivos da medida provisória, não há mais que se falar em relevância e urgência. A análise acerca da legitimidade dos pressupostos se restringe à medida provisória, não podendo se aplicar, prospectivamente, aos efeitos da lei de conversão.

É esse o posicionamento da Corte, como ficou especialmente ressaltado no julgamento de mérito da ADI 1417 e na ADIMC 1726.

Desse modo, considero superada a análise dos requisitos de relevância e urgência, em virtude da conversão da Medida Provisória em lei.²²⁴

Em 2008, no julgamento da ADI 4048-1/DF, em que se ajuizou contra a constitucionalidade de medida provisória, voltou a Suprema Corte a se manifestar pela não convalidação dos pressupostos com a conversão da medida provisória em lei. A Lei 11.658/2008, derivada da Medida Provisória nº 405/2007, teve suspensa a sua vigência, por não ter a medida provisória atendido aos seus pressupostos constitucionais de imprevisibilidade e urgência, em se tratando de abertura de crédito extraordinário. *In verbis*:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da

²²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art. 33... ADI 1976/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de março de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281976%2EENUME%2E+OU+1976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

²²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art. 33... ADI 1976/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de março de 2007. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281976%2EENUME%2E+OU+1976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 91-92.

medida provisória na Lei nº 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP nº 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP nº 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei nº 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008.²²⁵

No mesmo sentido do acórdão se manifestou no julgamento em questão o Ministro Celso de Mello (ANEXO A). Ele defendeu que não poderia a aprovação congressional da lei de conversão ter o poder de convalidar os vícios da medida provisória, pois eles importam em afronta direta à Constituição. Se nem a superveniência de emenda ao texto

²²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2ENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

constitucional pode convalidar lei originariamente inconstitucional, muito menos uma lei ordinária, hierarquicamente inferior à emenda, pode fazê-lo.²²⁶

O princípio da supremacia constitucional possui caráter extremamente rígido, que se estende naturalmente às normas constantes de seu texto. A atividade estatal tem por fundamento de sua própria “existência, validade e eficácia” a sua conformação à atividade normativa constitucional. Dessa forma, nenhum ato estatal, seja executivo, legislativo ou judicial, pode contrariar os seus preceitos. À vontade do Poder Constituinte não pode se sobrepor a vontade dos poderes constituídos.²²⁷ Esses são criados pela Constituição e por ela limitados juridicamente, segundo suas regras de forma e conteúdo.²²⁸

A aprovação de lei de conversão, em detrimento da medida provisória, produz o importante efeito de atribuir estabilidade ao ato legislativo presidencial, que se transforma em lei ordinária e é incorporado definitivamente ao plano do ordenamento positivo. No entanto, em se tratando de norma inconstitucional, o vício configura afronta à constituição, caso em que, afirma Celso de Mello, não há se falar em existência de valor jurídico: “é nenhum [...] o valor jurídico dos atos eivados de ilegitimidade inconstitucional.”²²⁹

Nessa esteira, o Ministro se posicionou favoravelmente à possibilidade do controle jurisdicional dos pressupostos da urgência e relevância pelo Supremo Tribunal Federal. Esses não só são requisitos legitimadores e essenciais para o exercício da

²²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2EENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 137-139.

²²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2EENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 139.

²²⁸MUTA, Luis Carlos Hiroki *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 10.

²²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2EENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 145.

competência extraordinariamente delegada ao Presidente da República, mas são requisitos de “índole constitucional,”²³⁰ que integram a estrutura de constitucionalidade da medida provisória. Essa qualidade por si só justifica a possibilidade do controle judicial.²³¹

A discricionariedade permitida ao Presidente da República acerca do juízo da relevância e da urgência, na edição da medida provisória, pode dar causa a abusivo exercício dessa prerrogativa extraordinária de legislar. Como no Estado de Direito não se tolera o abuso de poder, se faz essencial a apreciação jurisdicional dos pressupostos a fim de se aferir a extensão do exercício legislativo²³². Por essas razões, a Corte Suprema tem reconhecido a possibilidade do controle jurisdicional sobre a configuração dos pressupostos. Afirmou o Ministro Celso de Mello:

A discricionariedade governamental, em casos anômalos de excesso de poder ou em situações inaceitáveis de manifesto abuso institucional, não pode ignorar o princípio da supremacia da Constituição, nem desconsiderar os postulados que derivam do sistema consagrado por nosso ordenamento constitucional.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões nas quais tem reconhecido, embora excepcionalmente, a possibilidade de controle jurisdicional sobre a configuração desses pressupostos de índole constitucional, sempre em ordem a impedir que se concretizem situações tipificadoras de abuso do poder de legislar [...] ou que se caracterizem, então,

²³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 149.

²³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 148.

²³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

hipóteses reveladoras de evidente ausência desses mesmos requisitos de índole jurídica.²³³

Vê-se que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal acerca da problemática não é pacífica. A depender, por exemplo, do relator da ação direta de inconstitucionalidade – o qual exerce importante influência na condução do processo e na solução da sua lide – pode o Tribunal entender tanto pela não convalidação do vício da ausência de relevância e urgência quanto pela sua superação, com a superveniência de lei de conversão.

A Corte Constitucional italiana entendia que a lei de conversão era espécie legislativa autônoma em relação ao *decreto-legge* que lhe deu origem. Os vícios formais do decreto, relativos aos requisitos de "extraordinariedade, necessidade e urgência", não se comunicariam àquela, mas apenas os seus vícios de cunho material.²³⁴ Atualmente, conforme julgados recentes, a Corte tem mostrado entendimento diverso, se posicionando pela não convalidação dos vícios com a conversão em lei da medida provisória.²³⁵

Para Amaral Júnior os vícios próprios da medida provisória não se transmitem à sua eventual e subsequente lei de conversão,²³⁶ pois essa seria ato legislativo formal autônomo relativamente à medida, como as demais espécies normativas constantes do artigo 59 da Constituição. Nesse sentido, a constitucionalidade da medida provisória poderia ser legitimamente questionada tão somente no período de sua vigência, ficando preservada a sua respectiva lei de conversão. Nas palavras do autor,

[...] o correto é – em havendo inconstitucionalidade decorrente de vício próprio e peculiar à medida provisória – fulminar apenas e tão-somente a

²³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 151.

²³⁴AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

²³⁵AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 86-87.

²³⁶AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 287.

medida no período em que vigeu – e tão-só nesse – preservando-se a sua respectiva lei de conversão.²³⁷

Assim, a não ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência só poderia ser questionada no âmbito da medida provisória. O autor faz ressalva apenas quanto ao vício, na medida provisória, de cunho material – vício que a contamina com relação ao seu conteúdo –, e ao vício formal da iniciativa, casos em que a lei de conversão restaria inconstitucional pela impossibilidade de convalidação.²³⁸

Não obstante oposições doutrinárias e divergências na jurisprudência interna do próprio Supremo Tribunal Federal, reafirmamos a inconstitucionalidade da lei de conversão na ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória que lhe dera origem. A conversão da medida provisória em lei não sana suas inconstitucionalidades, pois não é a lei de conversão espécie normativa primária autônoma, dissociada da medida provisória que lhe dera origem.

Todas as normas constitucionais são igualmente fundamentais, de observância obrigatória pelo poder legiferante. Se uma provisão é constitucional, é uma provisão essencial, portanto, indispensável e imperativa, exatamente porque se contém no instrumento da constituição. Nesse sentido, a inconstitucionalidade, qualquer que seja, é sempre absoluta e, portanto, invalável²³⁹. Embora haja inconstitucionalidade total ou parcial, não há graus de inconstitucionalidade. As normas ou são constitucionais ou não são constitucionais.²⁴⁰

Portanto, na comprovada ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória, a lei de conversão desta derivada será inconstitucional, havendo indiscutível afronta à normatização constitucional. Deve, pois, o Supremo Tribunal Federal,

²³⁷ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 287.

²³⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória e a sua conversão em lei: a Emenda Constitucional n.32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 291.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 139.

²⁴⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 100.

na qualidade de guardião maior da constituição, reconhecer e declarar a sua inconstitucionalidade, a qualquer tempo²⁴¹.

3.4 O Supremo Tribunal Federal e a concretização da Constituição Federal

No Estado Constitucional, Estado erigido pelo Direito e que respeita o Direito, é dever comum às funções Legislativa, Executiva e Judiciária do Poder a concretização da constituição, a fim de ser garantir a sua supremacia. Mas especialmente ao Poder Judiciário cabe o exercício da jurisdição constitucional.

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que aperfeiçoou o controle de constitucionalidade no Brasil, aumentou as competências do Supremo Tribunal Federal – STF, com o surgimento da ação direta de inconstitucionalidade, do efeito vinculante e das súmulas vinculantes, o que provocou uma consequente diminuição do papel do controle de constitucionalidade difuso quando promovido pelas instâncias inferiores e ordinárias.²⁴² Desde então, qualquer controvérsia constitucional relevante pode ser submetida à Suprema Corte, mediante o controle concentrado ou abstrato de normas.²⁴³

De fato, há quem defenda que se mostra desvantajoso o controle de constitucionalidade difuso²⁴⁴, porquanto diferentes órgãos podem divergir quanto à constitucionalidade de uma lei, dando-lhe ou negando-lhe aplicação. Invalida-se a norma num caso concreto, mas a lei continua válida enquanto norma geral, sendo aplicada em outros

²⁴¹“O ato inconstitucional [...] revela-se insuscetível de convalidação, qualquer que tenha sido o lapso de tempo já decorrido ou ainda que convertida, em lei, a medida provisória que lhe deu origem.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 146.

²⁴²Nota das aulas de Defesa da Constituição ministradas pelo Professor Léo Leoncy Ferreira, no Centro Universitário de Brasília, no 2º semestre de 2011.

²⁴³MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1112.

²⁴⁴Nesse sentido dispunha Hans Kelsen, para quem o controle difuso de constitucionalidade comprometia a autoridade da Constituição. FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.134, jan./mar. 2010.

casos. Assim, a ausência de uma decisão uniforme num ou noutro sentido gera insegurança jurídica, configurando grande ameaça à autoridade da constituição.²⁴⁵

Ressalta Silva C. que a função primeira e mais importante do STF, desde o seu surgimento, é a de sentinela da constituição.²⁴⁶ Cabe precipuamente à Corte Suprema exercer a jurisdição constitucional, isto é, (a) praticar atividades jurídicas destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais²⁴⁷; e (b) dizer e aplicar o direito previsto na constituição, tornando concreto o seu conteúdo²⁴⁸ e retirando do ordenamento jurídico todo e qualquer ato normativo infraconstitucional com ela conflitante. Pois a Constituição Federal de 1988 é rígida²⁴⁹, e

quando a Constituição é rígida [...] a garantia mais concreta e eficaz da proibição de que suas normas sejam modificadas por meio das leis ordinárias consiste, indubitavelmente, na possibilidade de não aplicar ditas leis quando se encontrarem em contradição com algum preceito fundamental.²⁵⁰

Tem-se, assim, no controle judicial de constitucionalidade exercido pelo STF instituto indispensável à garantia da constitucionalidade das leis e, portanto, da própria constituição.²⁵¹ Apenas a decisão do Poder Judiciário, mormente do STF, sobre a (in)constitucionalidade de uma lei é decisiva, porquanto a lei inconstitucional é considerada plenamente válida enquanto não declarada inconstitucional pela Corte. Justifica Rocha que apenas o Poder Judiciário reúne as competências necessárias à manifestação da declaração de inconstitucionalidade:

Quem diz a constitucionalidade, em sistemas jurídicos que têm o mesmo modelo do Brasil, é o poder judiciário, até porque está a se manifestar, nesta matéria, sempre, sobre o Direito, seu cumprimento, sua aplicação. Por isso mesmo os demais podem emitir opiniões, não certas de inconstitucionalidades. Até porque os titulares dos demais poderes não são necessariamente e na maioria das vezes preparados ou habilitados para

²⁴⁵KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.

²⁴⁶SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 25.

²⁴⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 828.

²⁴⁸ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 41.

²⁴⁹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

²⁵⁰ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

²⁵¹"Garantias da Constituição significam portanto garantia da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.126.

analisar e resolver juridicamente os casos em que o Direito, em sua formação e aplicação, é que esteja sendo questionado.²⁵²

Kelsen diferenciou a vinculação do legislador à constituição do exercício da jurisdição constitucional. A atividade do legislador observa a constituição de modo menos rigoroso, pois sua vinculação é mais procedimental que material, enquanto que a atividade do legislador negativo – o Tribunal Constitucional – se dá totalmente nos termos constitucionais:

Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.²⁵³

Ao Tribunal Constitucional a maior parte da responsabilidade pela guarda da constituição, por meio do controle concentrado de constitucionalidade²⁵⁴. Afirma Kelsen que “[...] com a função de proteger a constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas.”²⁵⁵

Na qualidade de Tribunal Constitucional e de instância judiciária máxima competente acerca das questões constitucionais, o STF deve dizer com responsabilidade máxima a constituição, pois aplicar a constituição é aplicar os maiores e os mais fundamentais dos direitos, é exercer a jurisdição. Se à Corte foi dada a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis, a ela se atribuiu o papel de interpretar a maior delas, a constituição²⁵⁶.

Cabe aos tribunais, por meio de seus juízes, independentes, a responsabilidade de dizer o direito, em nome do povo²⁵⁷. Mas, como guardião máximo da constituição, deve o STF, como a instância jurisdicional constitucional²⁵⁸ máxima, reagir contra violações

²⁵²ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 121.

²⁵³KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

²⁵⁴FURLAN, Fabiano Ferreira. O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p.135, jan./mar. 2010.

²⁵⁵KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

²⁵⁶AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 172.

²⁵⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 69.

²⁵⁸Silva M. define jurisdição constitucional como “a atividade pela qual o Estado, através de seus órgãos, conforme previsão constitucional, interpreta a Constituição e, conseqüentemente anula – ou deixa de aplicar ao caso concreto – todo e qualquer ato normativo infraconstitucional que com ela conflite”. Esse processo

constitucionais. A supremacia da constituição não basta por si só, e o texto constitucional precisa a todo o momento ser efetivado, a fim de se consolidar e preservar a sua força normativa²⁵⁹.

Se o Estado de Direito Constitucional é governado pela supremacia constitucional, afirma Canotilho que nele

os tribunais devem ser constituídos por juízes e os juízes são agentes do povo nos quais este deposita a confiança (*trust*) de preservação dos princípios de justiça e dos direitos condensados na lei superior. Se necessário, os juízes farão uso do seu ‘direito-dever’ de acesso à constituição desaplicando as ‘más leis’ do governo e declarando-as nulas (*judicial review of legislation*).²⁶⁰ (grifos do autor)

Silva C. cita Francisco Campos, que ressaltou acerca da importante função de um Tribunal Constitucional:

Desde que decidis matéria constitucional, estais decidindo sobre os poderes do Governo. Sois o juiz dos limites do poder do Governo, e, decidindo sobre os seus limites, o que estais decidindo, em última análise, é sobre a substância do poder. [...]. O domínio de vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos.” E acrescenta: “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la, é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte norte americana.”²⁶¹

O Direito e a sociedade têm na constituição uma garantia jurídico-formal contra ações e comportamentos arbitrários e irregulares por parte dos poderes públicos²⁶². A constituição comporta regras superiores, de valor proeminente para a sociedade, onde cada norma constitucional é norma fundamental de Estado. Nesse sentido, em sendo o país

consiste no controle de constitucionalidade. LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a Constituição brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 208.

²⁵⁹LIMA, Fernando Machado da Silva. *Jurisdição constitucional e controle do poder: é efetiva a Constituição brasileira?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 209.

²⁶⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 95.

²⁶¹CORREA, Oscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 57-58, *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009, p. 25-26.

²⁶²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 244.

governado pela supremacia constitucional, esta deve embasar quaisquer atos do poder público. Alerta Canotilho:

O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima*.²⁶³ (grifos do autor)

A violação da ordem constitucional por entes privados não se equipara a violação perpetrada pelo poder público. Essa é muito mais gravosa, pois são os órgãos públicos os destinatários primeiros de seus comandos normativos,²⁶⁴ e o exercício do poder se submete rigidamente aos termos constitucionais.²⁶⁵

Deve-se buscar a preservação do Estado Constitucional, que se dá na medida em que se reconhece, se aplica e se preserva a força normativa da Constituição.

²⁶³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 251.

²⁶⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 10. Dispõe Rocha que o significado primordial atribuído à constituição foi o de estabelecer normas de organização e competência dos poderes públicos, definindo princípios e fixando suas competências. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 43.

²⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048-MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012. Trecho referido destacado do voto do Ministro Celso de Mello, p. 173.

CONCLUSÃO

O uso do instituto não se revela atentatório ao Estado Democrático de Direito, desde que esteja o Executivo sujeito a rígido controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Aquele, tornando efetivo o controle político; este, exercitando o controle judicial e definitivo de constitucionalidade. Afinal, ao exigir relevância e urgência como pressupostos elementares na edição de medidas provisórias buscou a Constituição proteger a competência originária do Poder Legislativo de legiferação. Cabe aos Poderes, pois, atuar com mais responsabilidade no que toca à aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais.

A lei de conversão pressupõe a existência da medida provisória que lhe deu origem, existindo entre ambas indissociável nexos causal. É a medida provisória o ato normativo que deflagra o processo legislativo que pode culminar na aprovação da lei de conversão. Como pressupostos à edição de medida provisória, relevância e urgência também são necessariamente pressupostos à constitucionalidade da respectiva lei de conversão. Essa tem por pressuposto de validade constitucional a validade da medida provisória que lhe tenha dado origem.

Nesse sentido, se a medida provisória é inconstitucional pela ausência dos pressupostos – formais – de relevância e urgência, a eventual lei de conversão também será inconstitucional. A aprovação congressional da lei de conversão não tem o poder de convalidar os vícios da medida provisória, pois eles importam em afronta direta à Constituição. No exercício dessa atividade legislativa, ambos os Poderes, Executivo e Legislativo, se encontram conformados e limitados pelos pressupostos materiais e formais do instituto legislativo, todos com natureza vinculativa, visto que preceitos constitucionais.

A discricionariedade permitida ao Presidente da República acerca do juízo da relevância e da urgência, na edição da medida provisória, pode dar causa a abusivo exercício dessa prerrogativa extraordinária de legislar. Nesse sentido, é essencial a apreciação jurisdicional dos pressupostos a fim de se aferir a extensão desse exercício legislativo.

Portanto, na comprovada ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória, a lei de conversão desta derivada será inconstitucional, havendo indiscutível afronta à normatização constitucional. Deve, pois, o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião maior da Constituição, reconhecer e declarar a sua inconstitucionalidade, a qualquer tempo, e assim, preservar a força normativa constitucional.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei: a emenda constitucional n. 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 39 ed. São Paulo: Globo, 1998.

BARIONI, Danilo Mansano. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Pillares, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art. 33... ADI 1976/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional da Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de março de 2007. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281976%2EENUME%2E+OU+1976%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso: 8 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Medida Provisória. Improriedade, na fase de julgamento cautelar da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição... ADIN 1417 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional de Indústria. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Octavio Gallotti. Brasília, 2 de agosto de 1999. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281417%2EENUME%2E+OU+1417%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida provisória nº 405, de 18.12.2007. Abertura de crédito extraordinário...ADI 4048 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284048%2EENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade... ADI 3090 MC/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283090%2EENUME%2E+OU+3090%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 8 maio 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução: Leandro Farina. 2 ed. São Paulo: Minelli, 2005.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio S. *O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória*. Separata da: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 43, n. 170, abr./jun. 2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Modificação de medida provisória na conversão em lei – necessidade de remessa para sanção ou veto em face da alteração – outros aspectos – opinião legal*. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 11, n. 2, abr./jun. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade. Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MUTA, Luis Carlos Hiroki. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002. Tradução: Viviane de Almeida Cunha Logrado. Brasília, 2011.

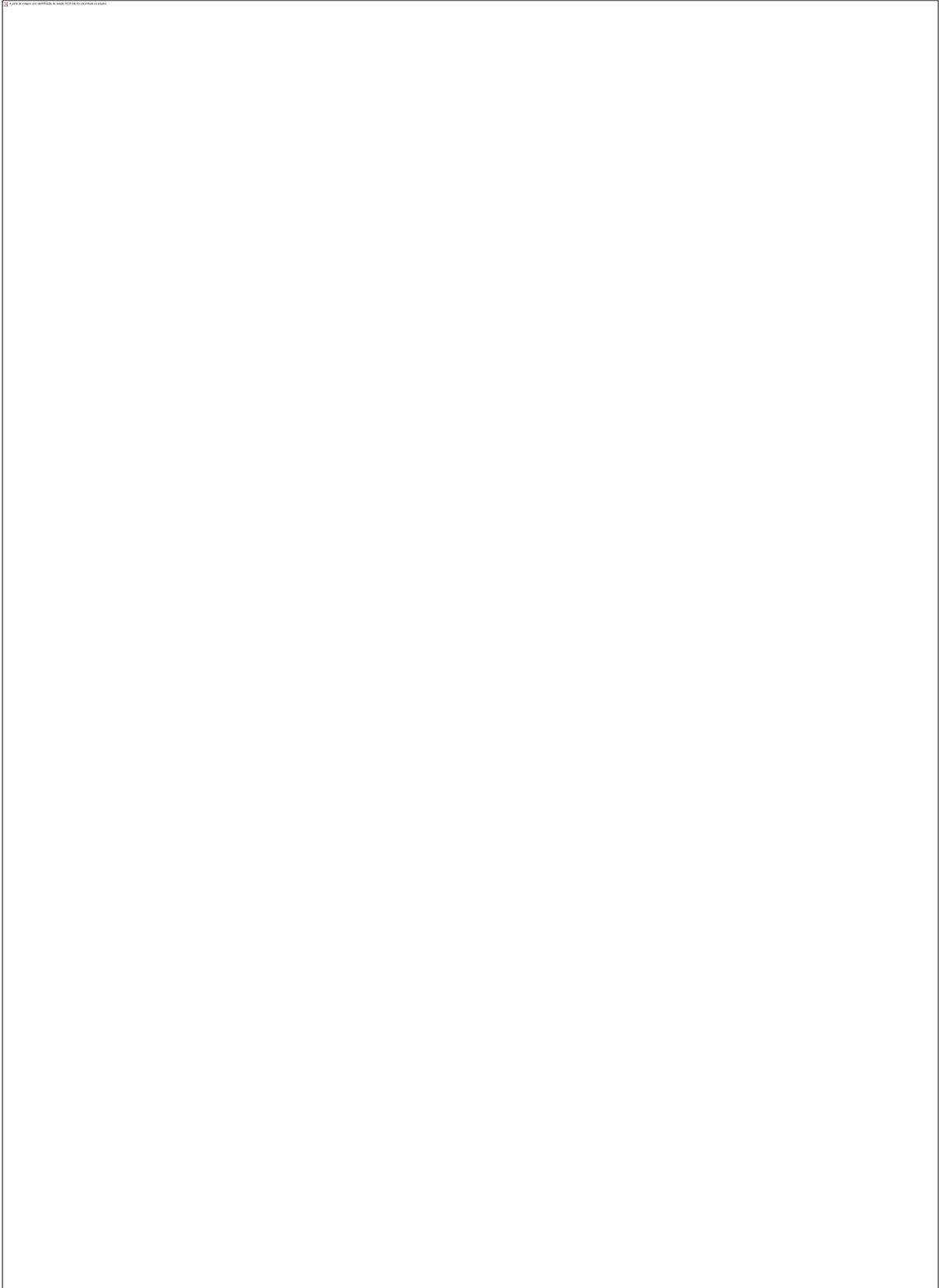
ROCHA NETO, Alcimor. *Controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

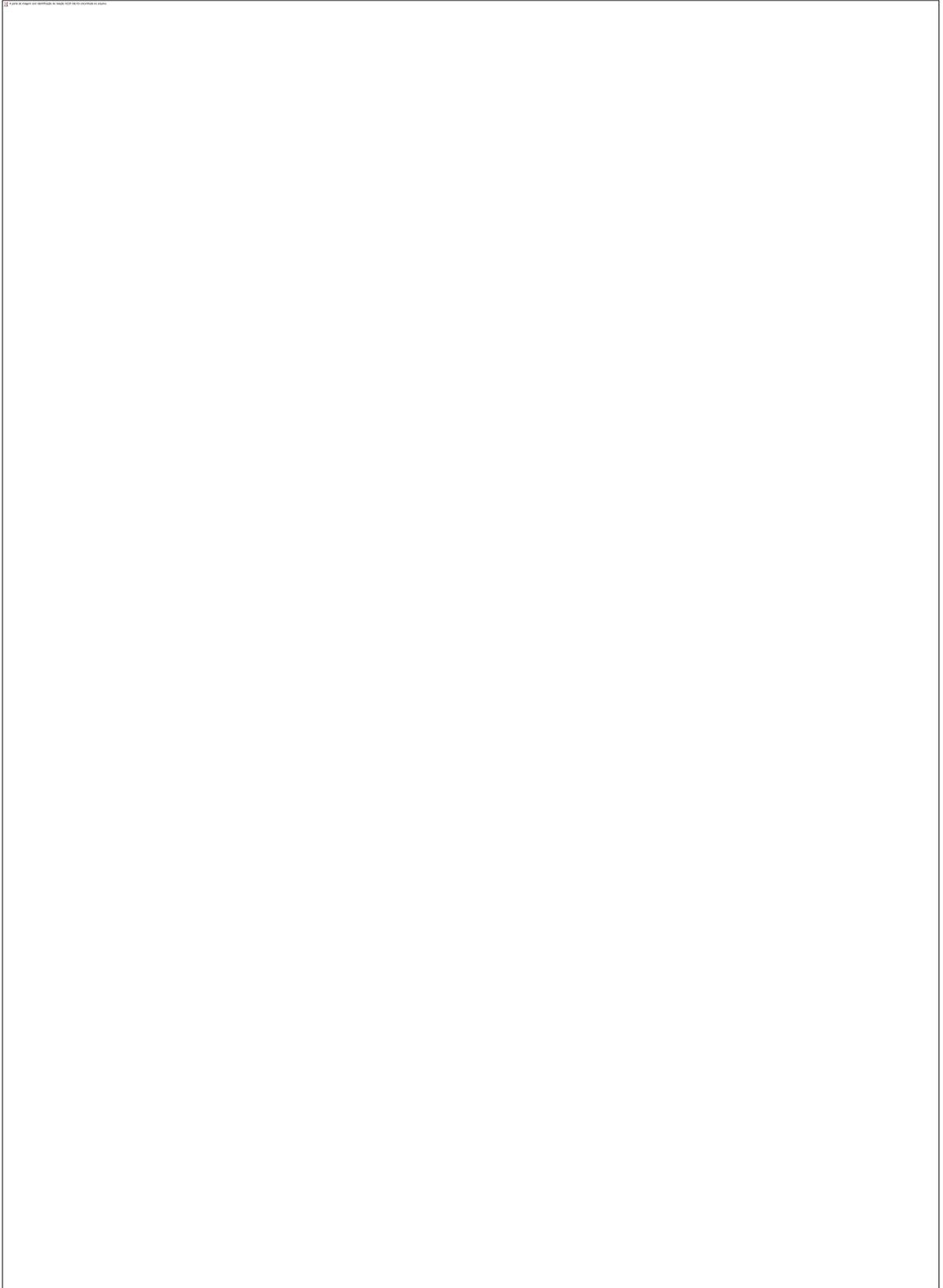
ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: LÊ, 1991.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A jurisdição e a defesa da Constituição no Estado Constitucional Brasileiro*. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 5 ed. São Paulo: RT, 1989.

ANEXO A - Voto do Ministro Celso de Mello na ADI n° 4.048-1/DF.





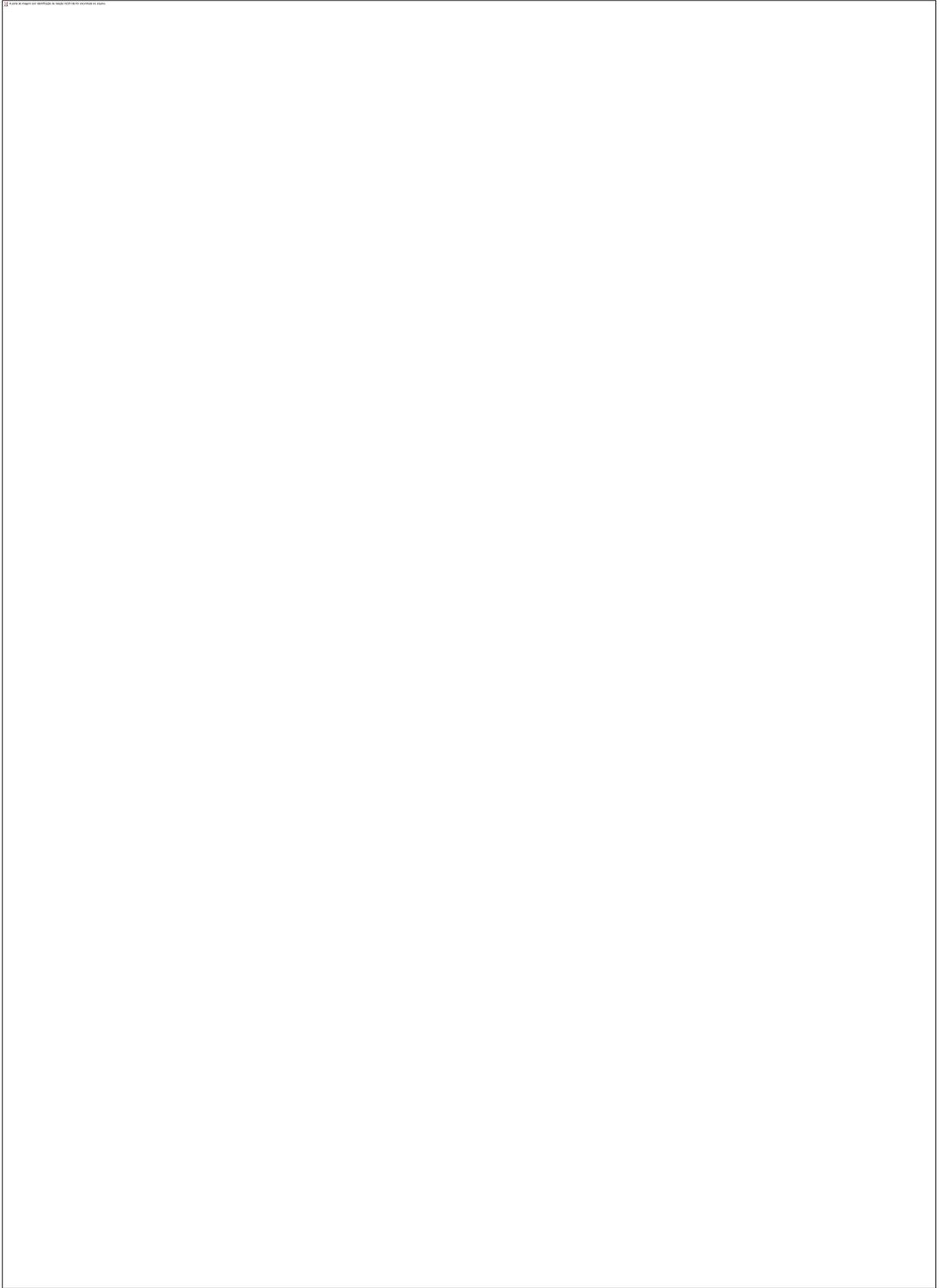
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in conjunction with the Pearson Education, Inc. textbook.

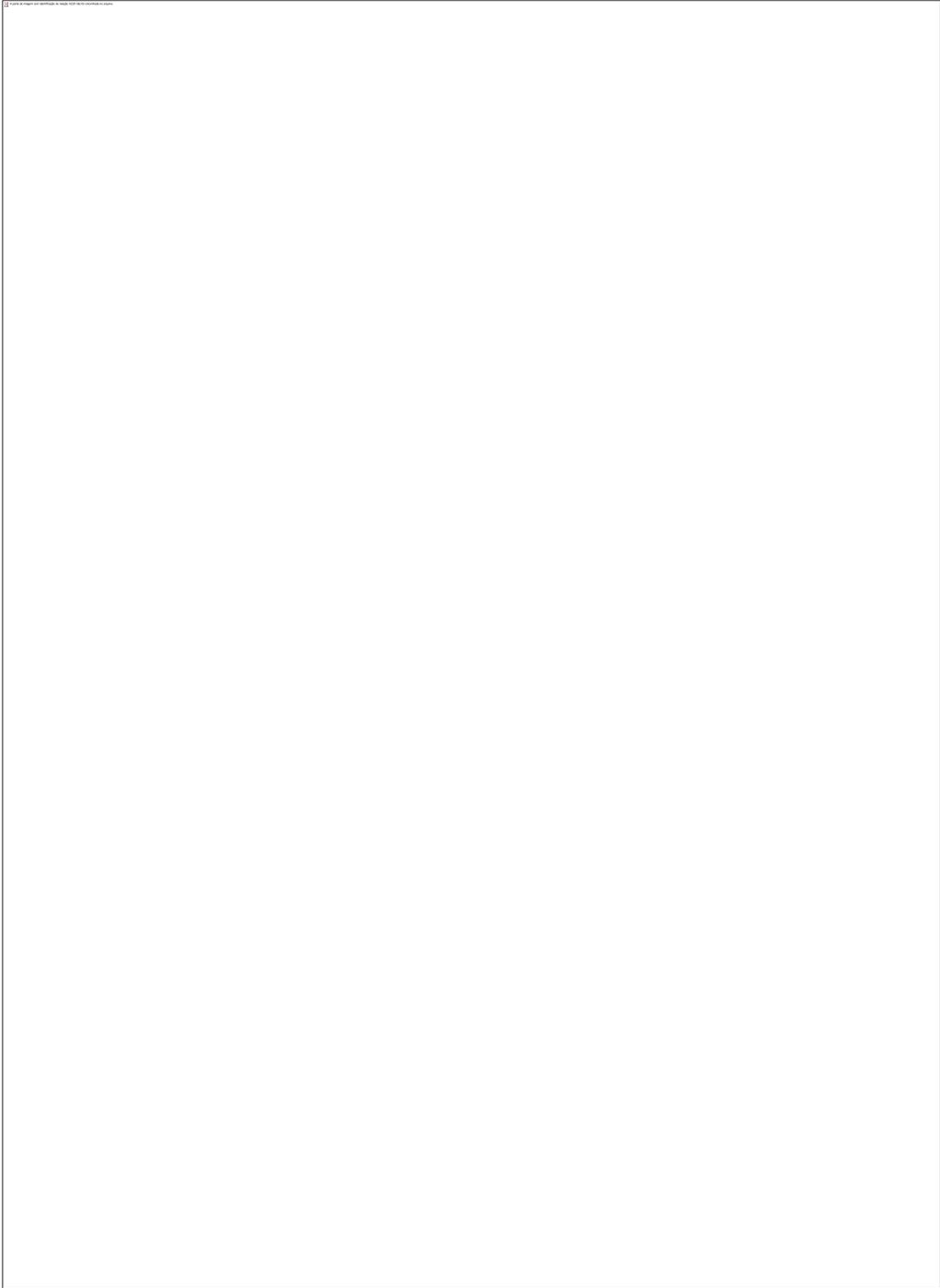
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in conjunction with the Pearson Education, Inc. product.

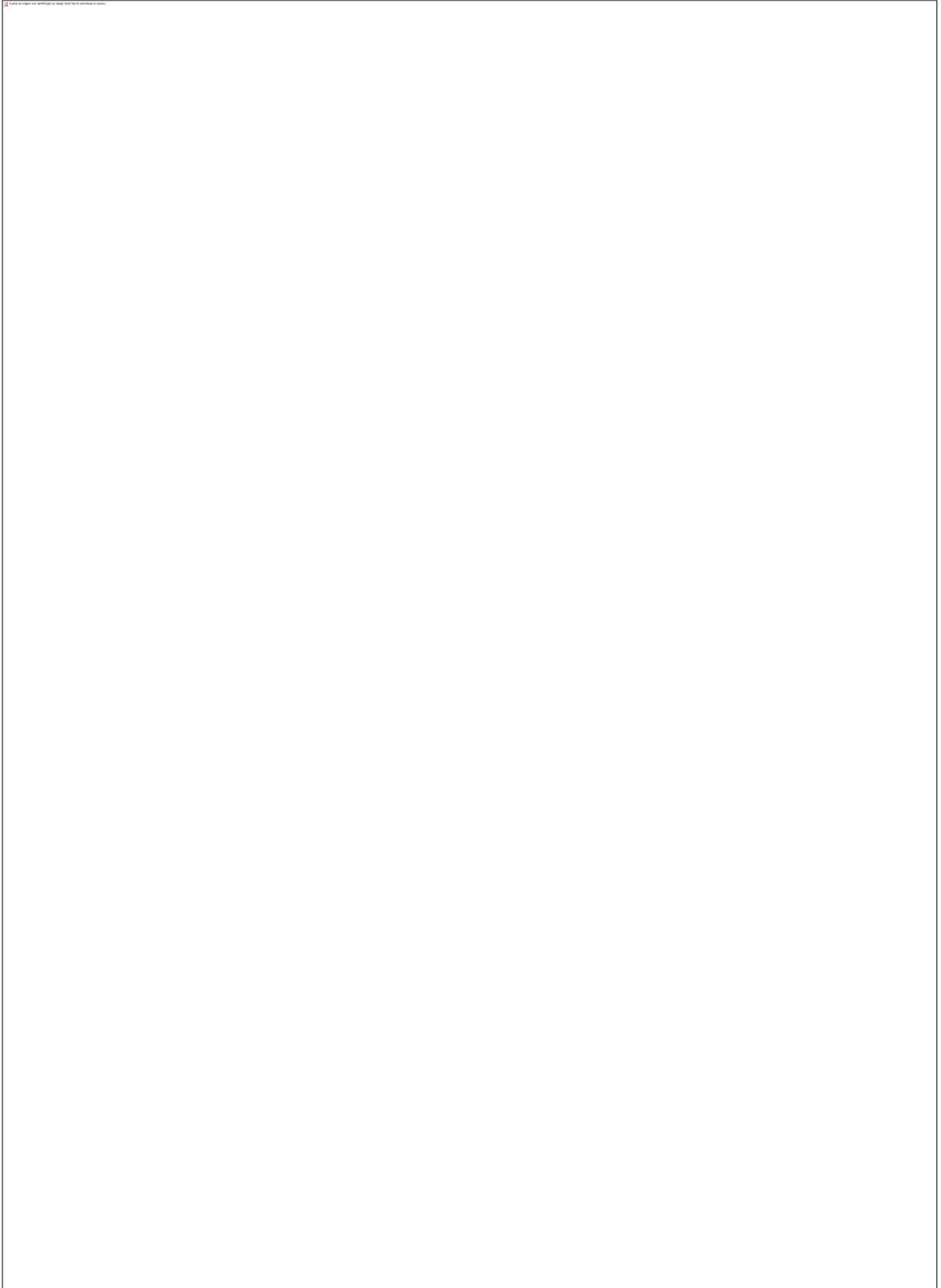
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only as a supplement to the textbook and is not to be distributed separately.

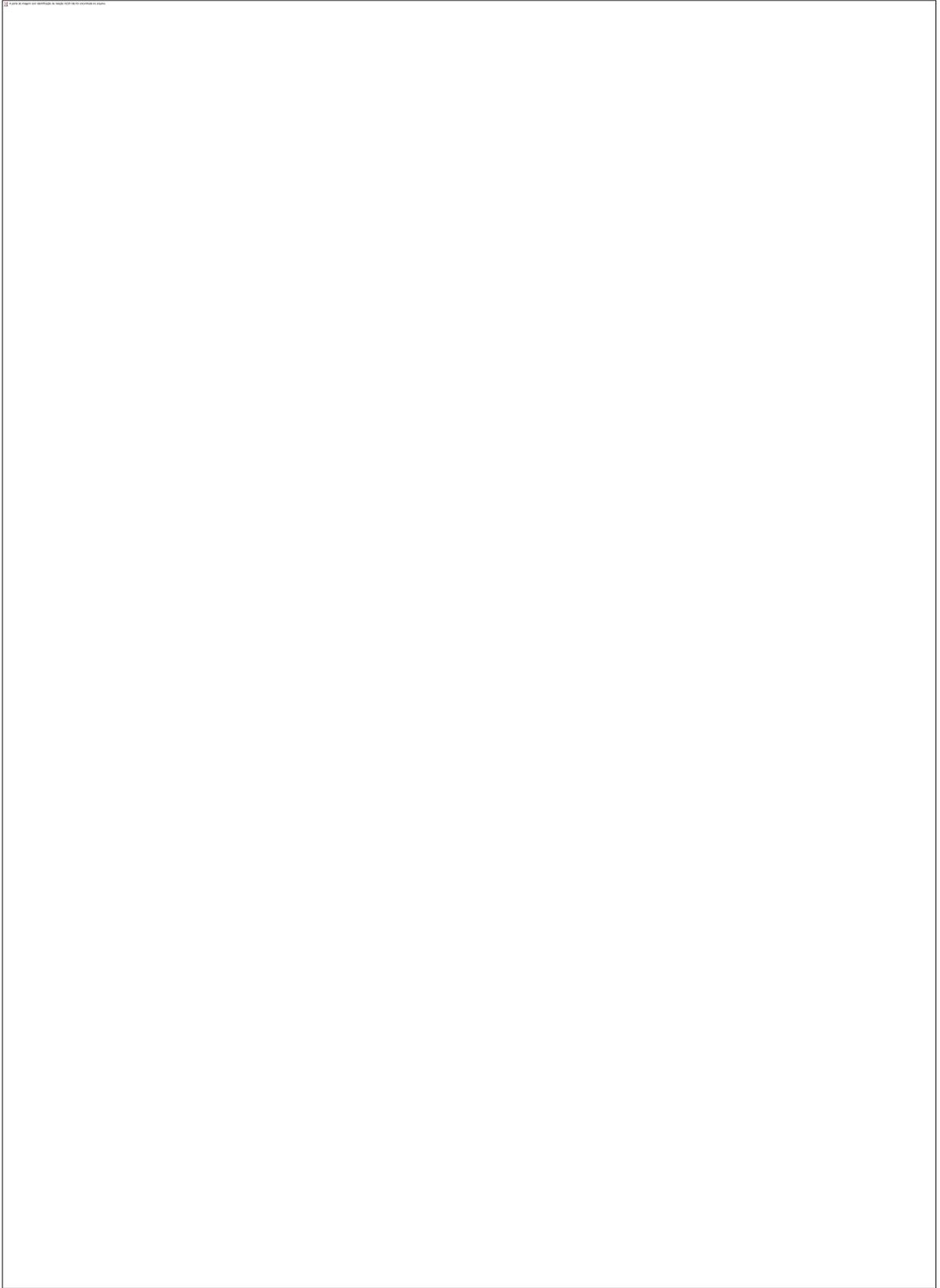
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.

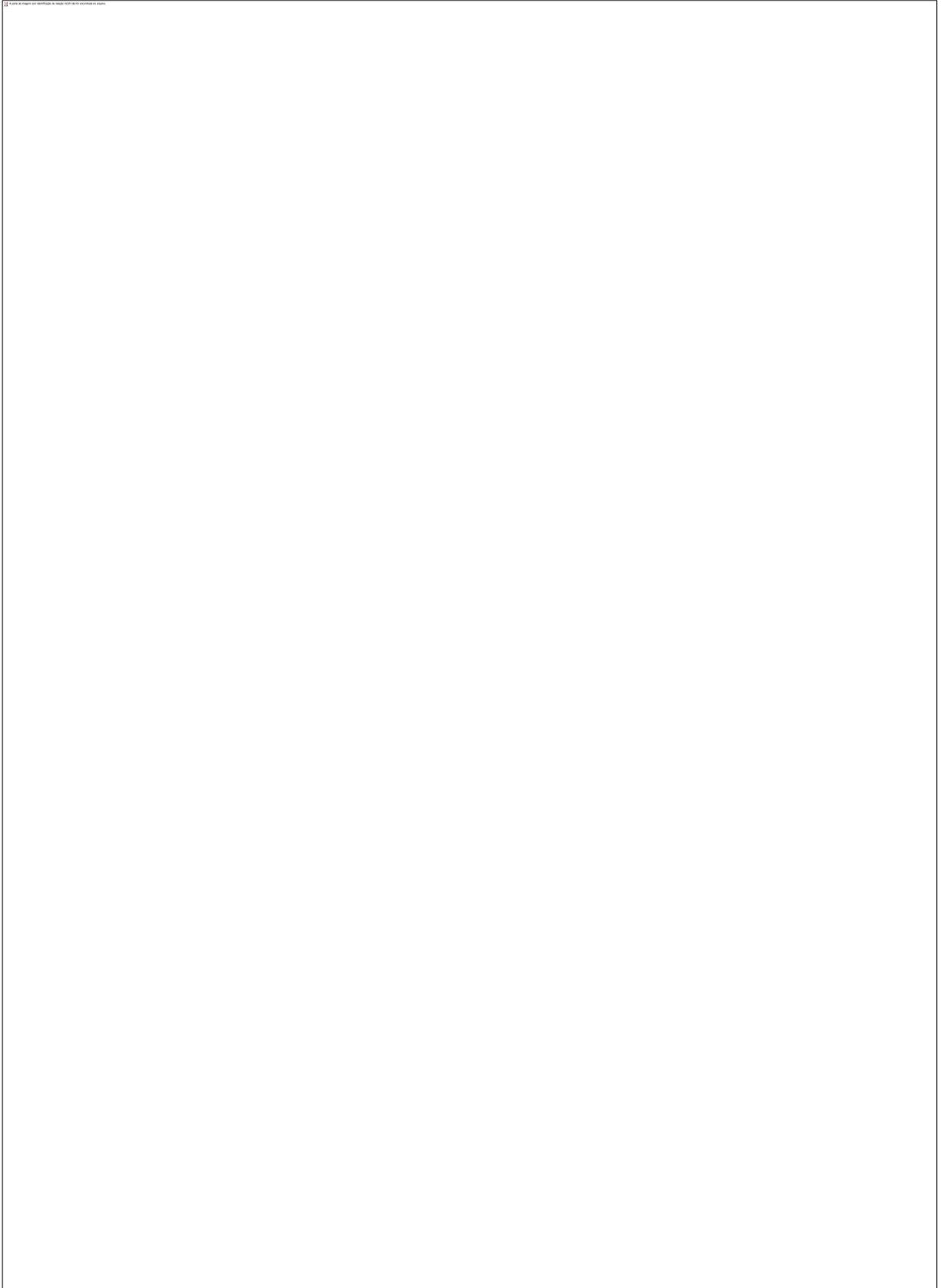
© 2010 Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended solely for the personal use of the individual user and is not to be disseminated broadly.

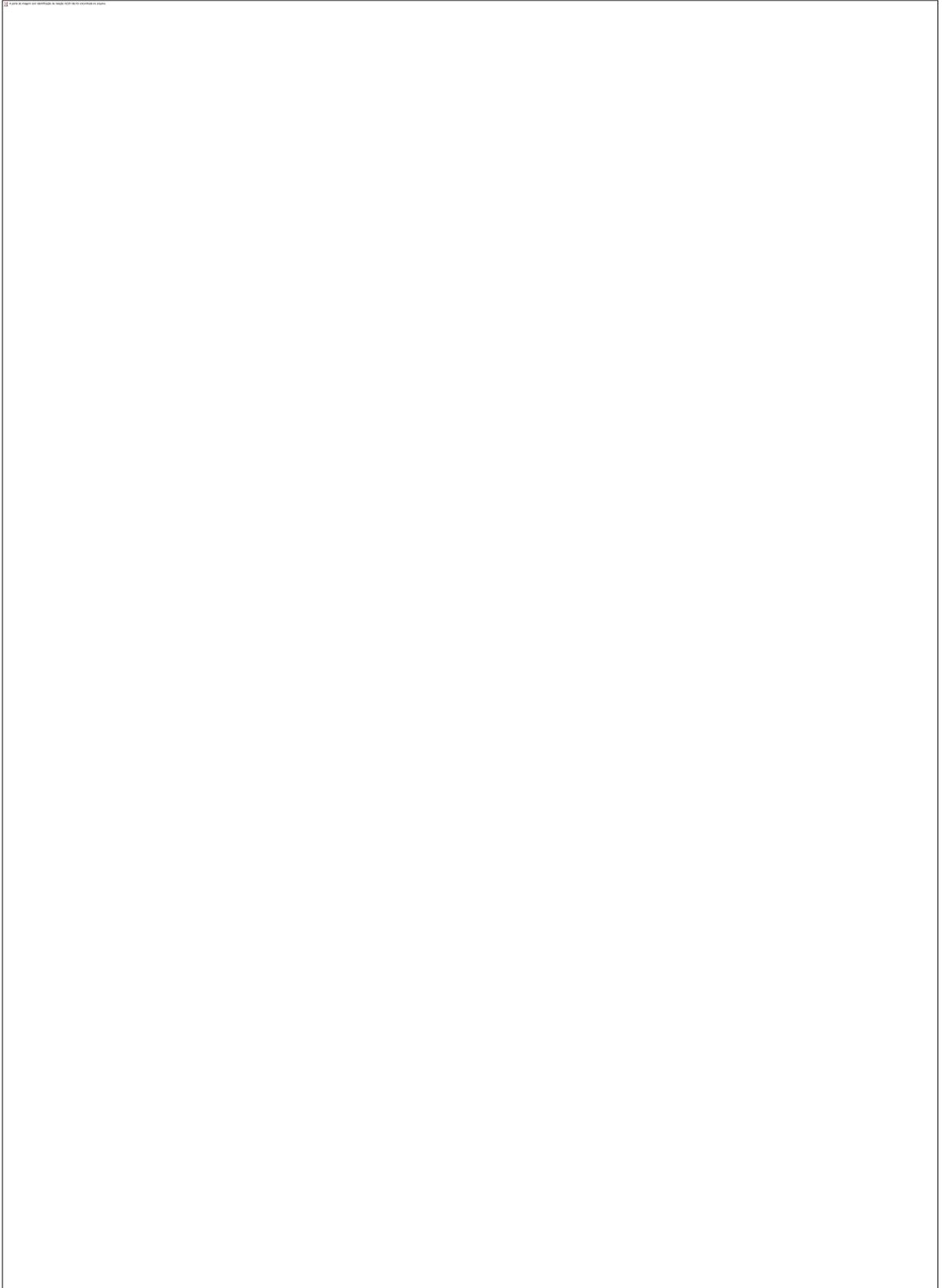


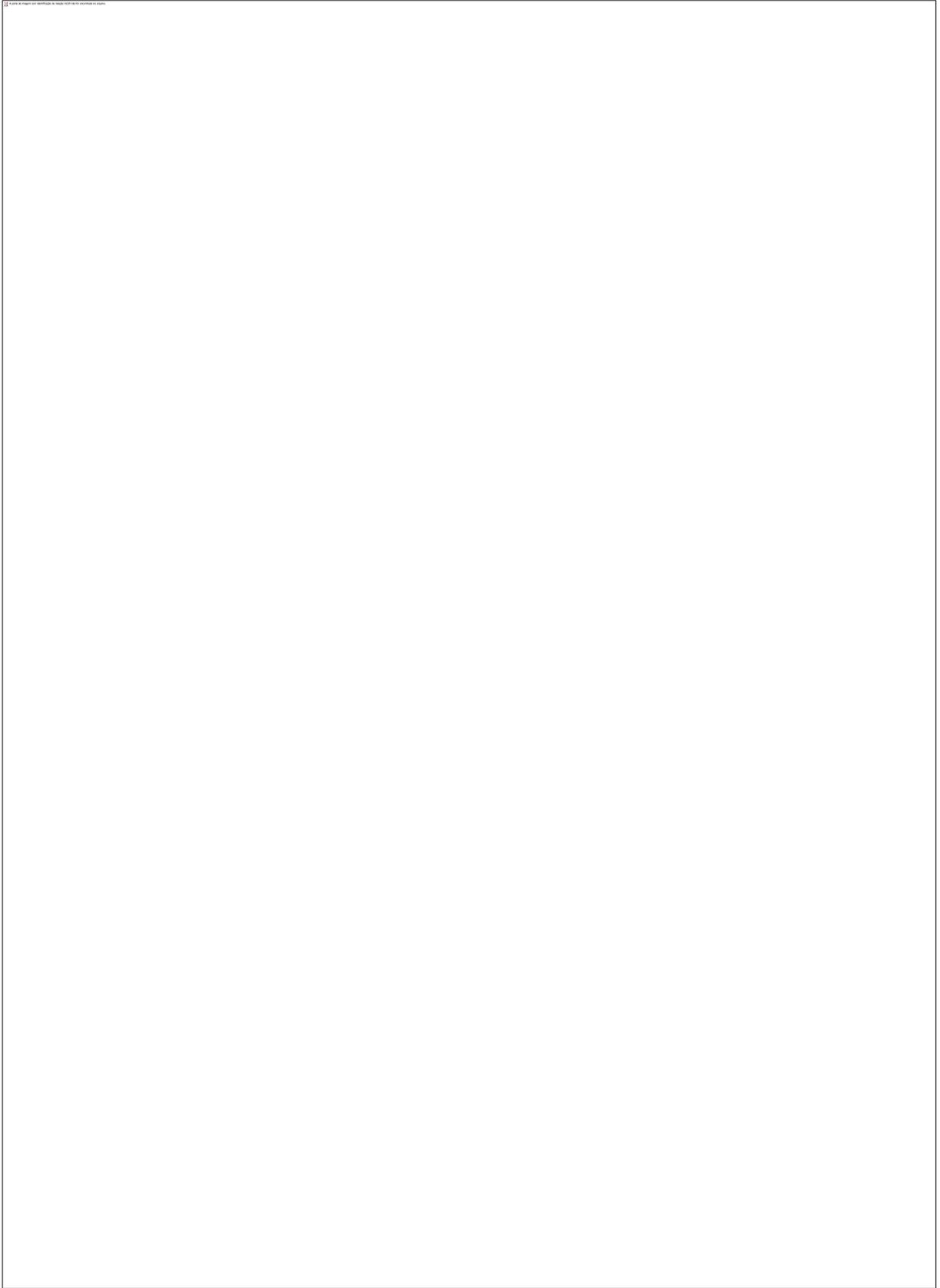


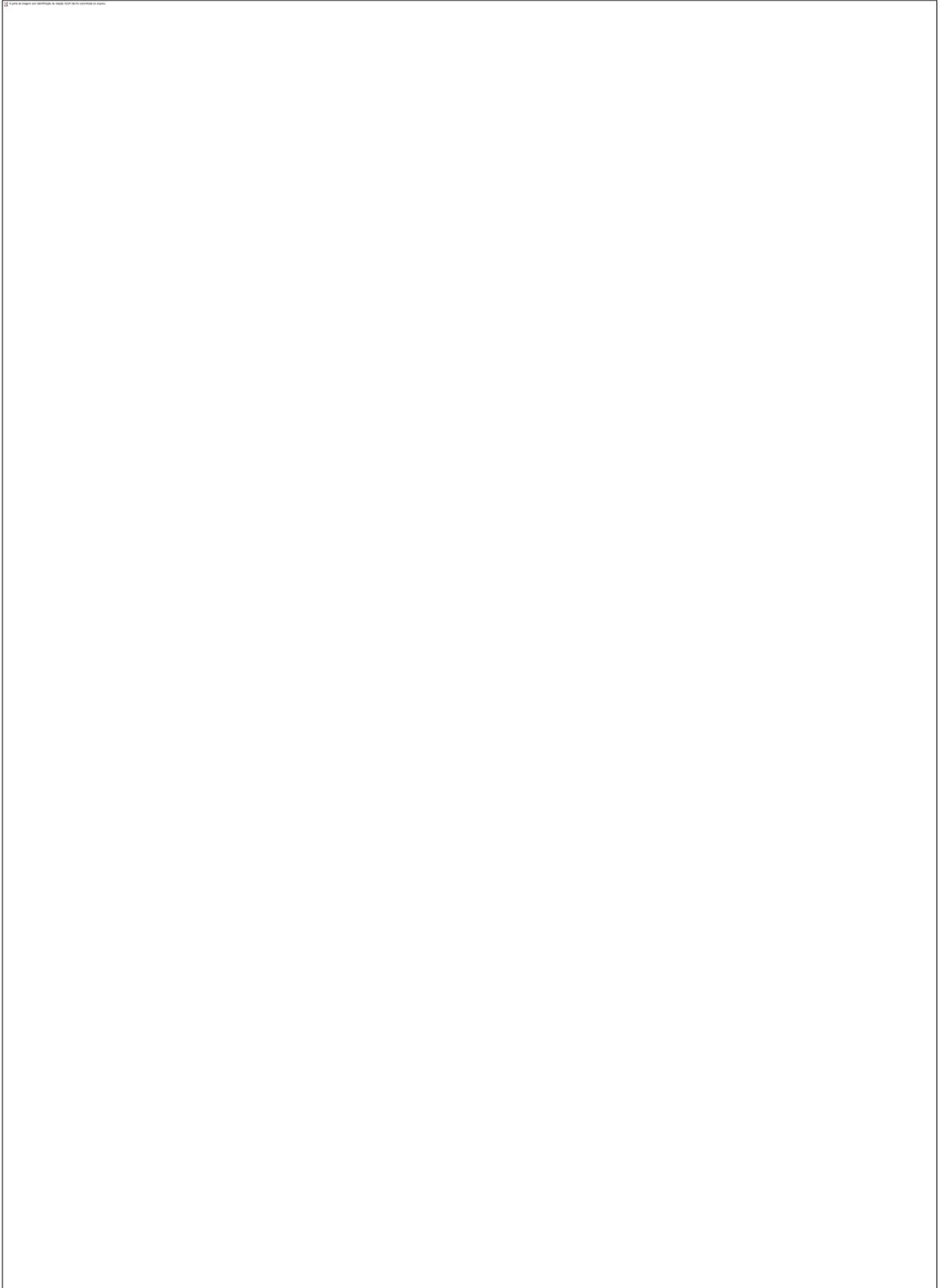


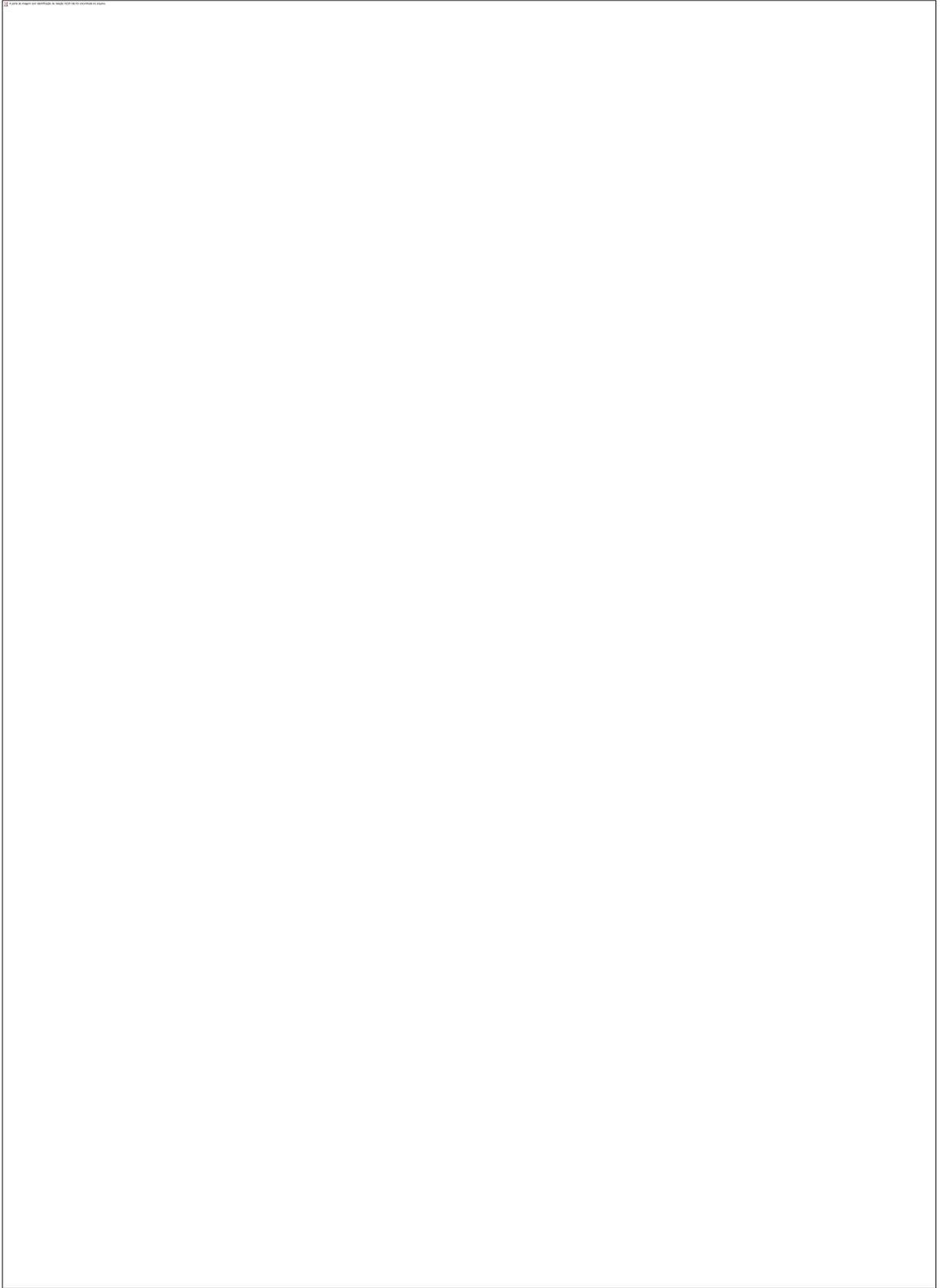


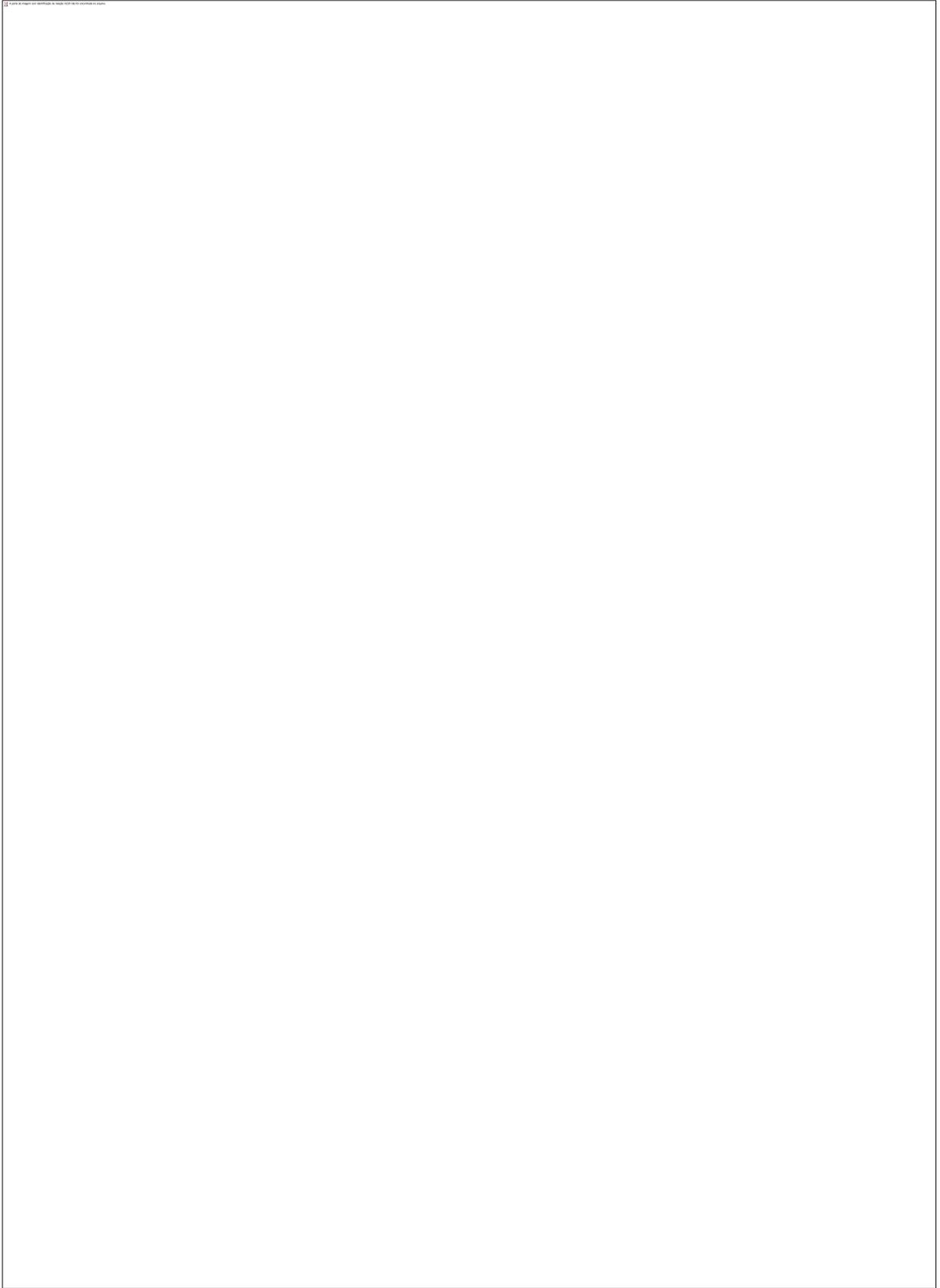


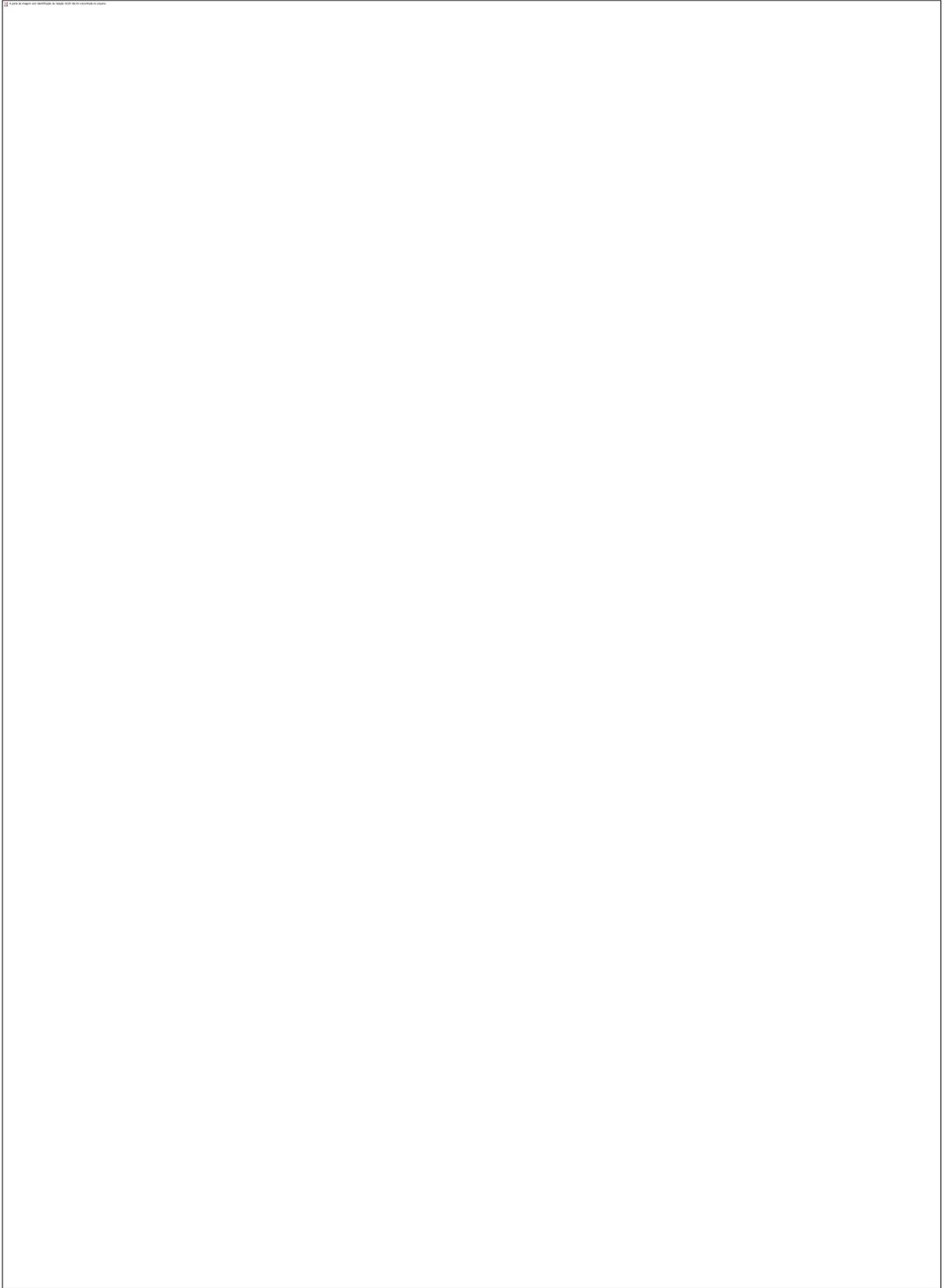


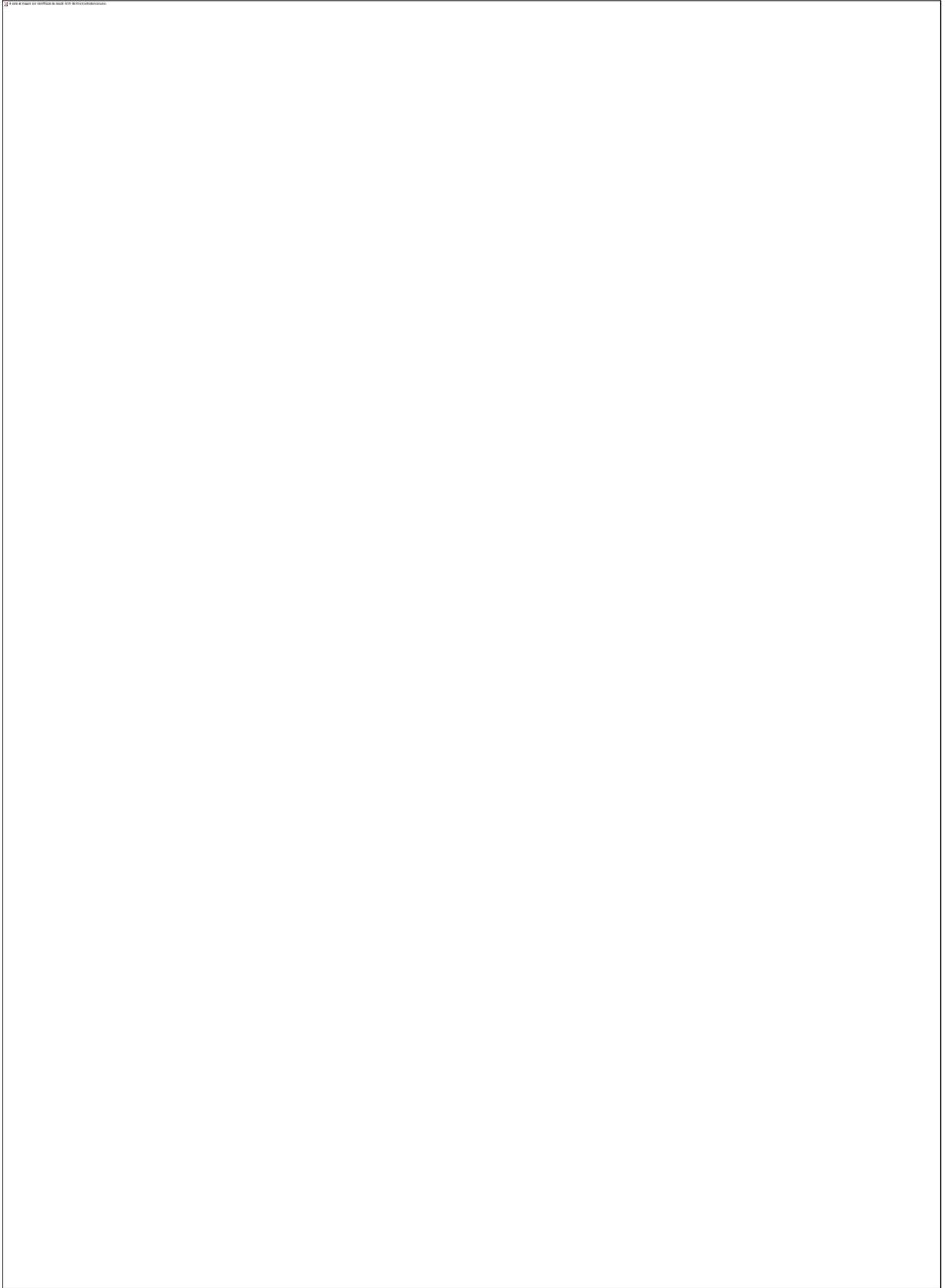




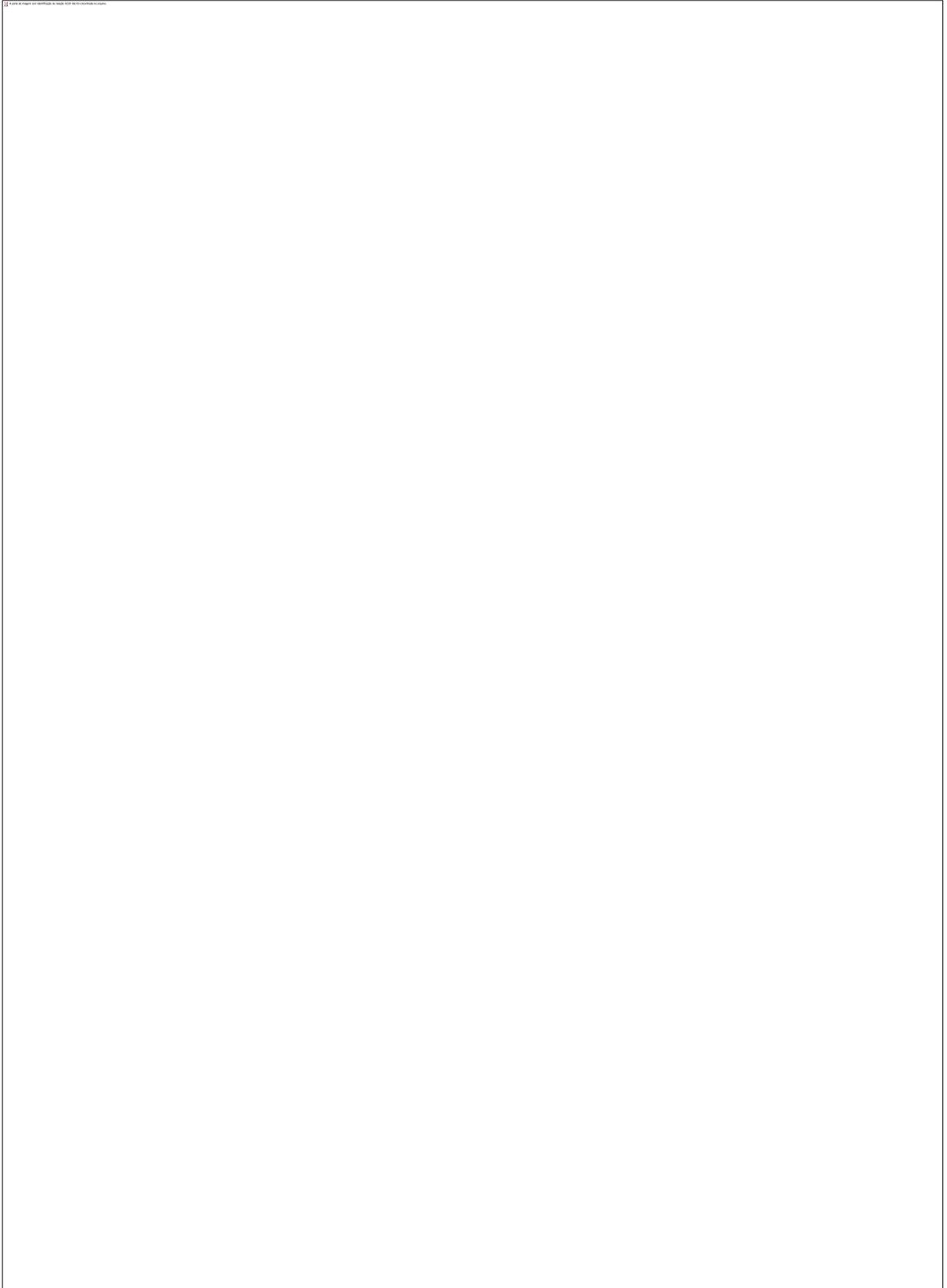




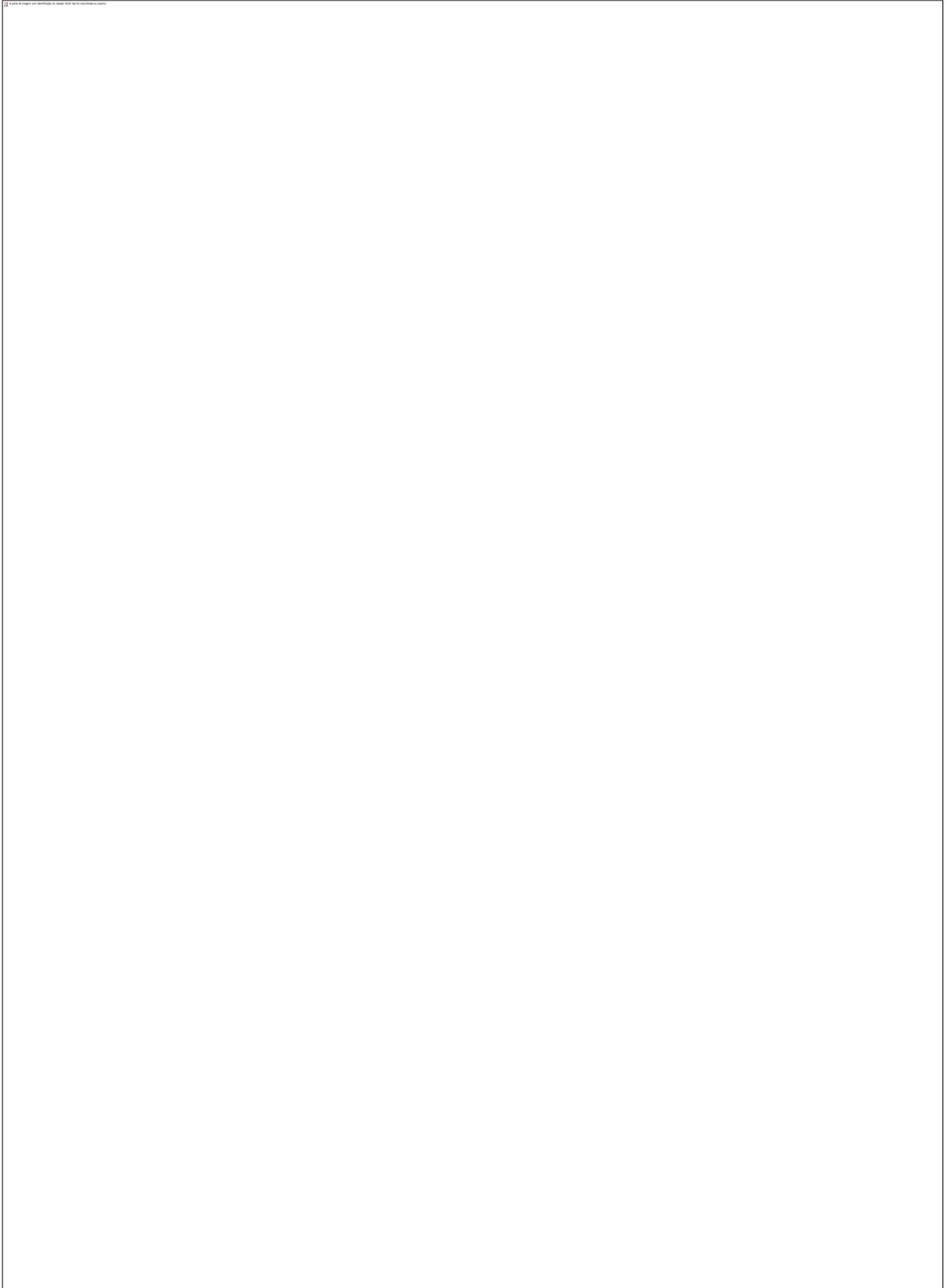




© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.



© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.

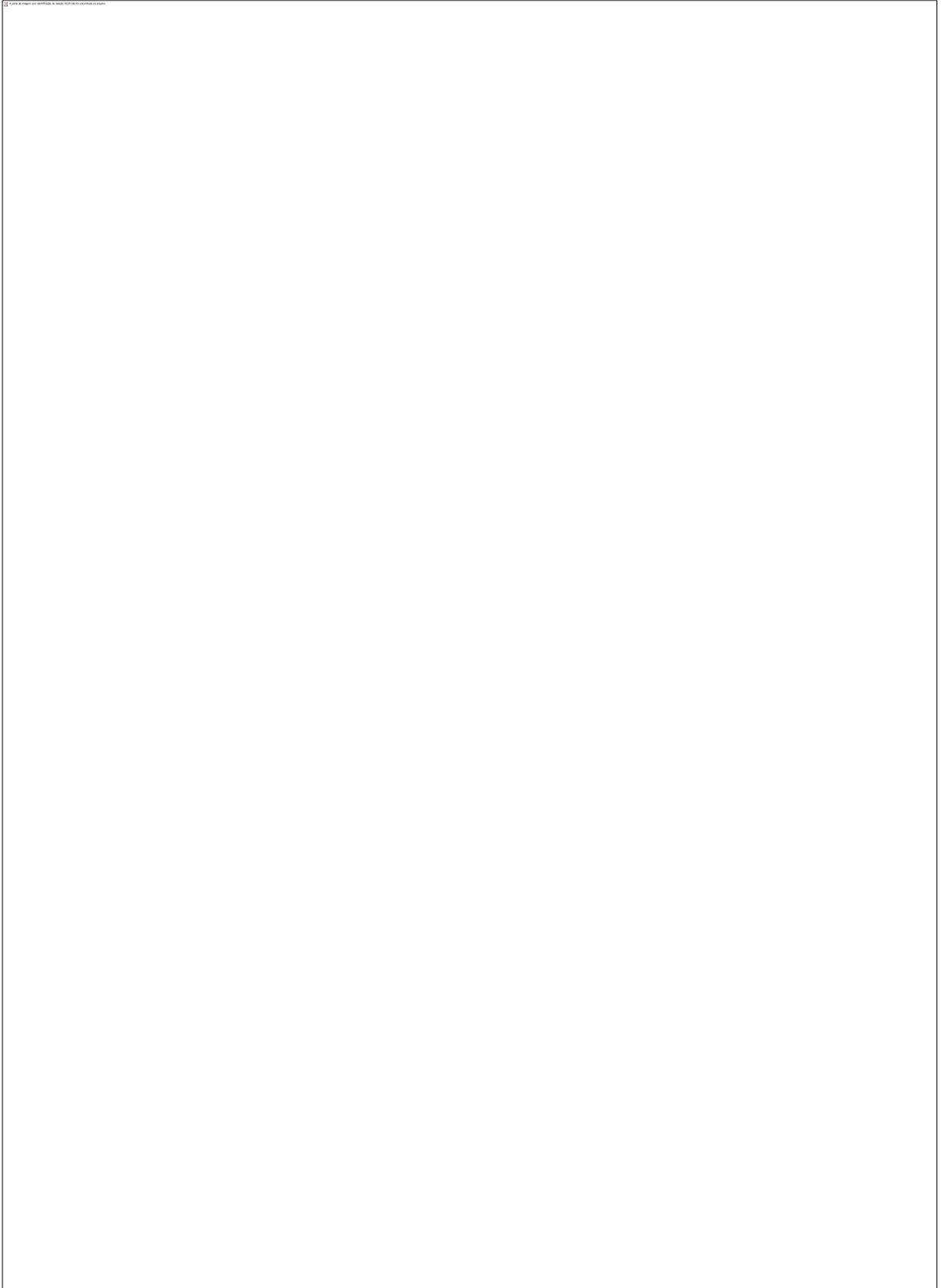


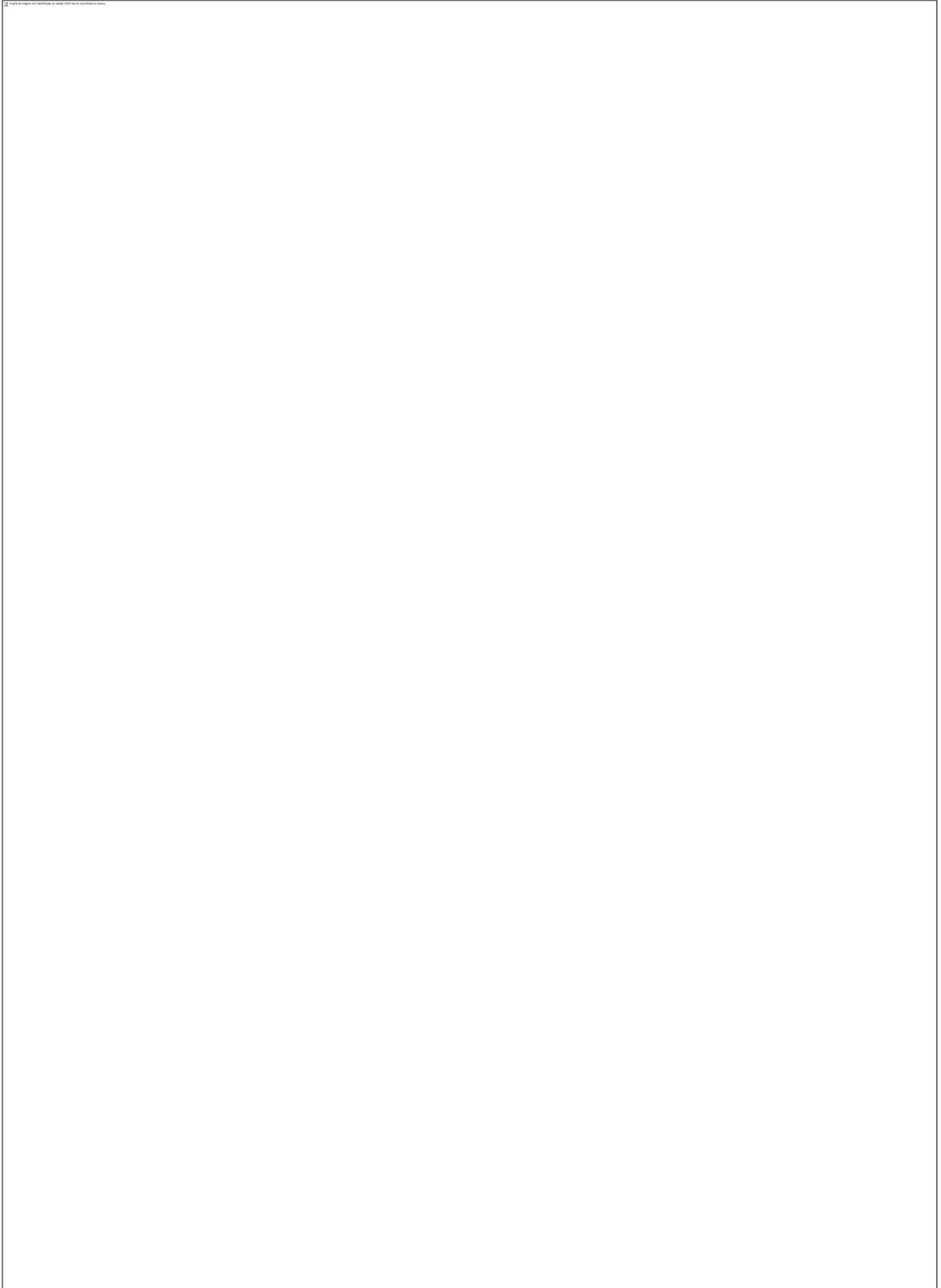
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.

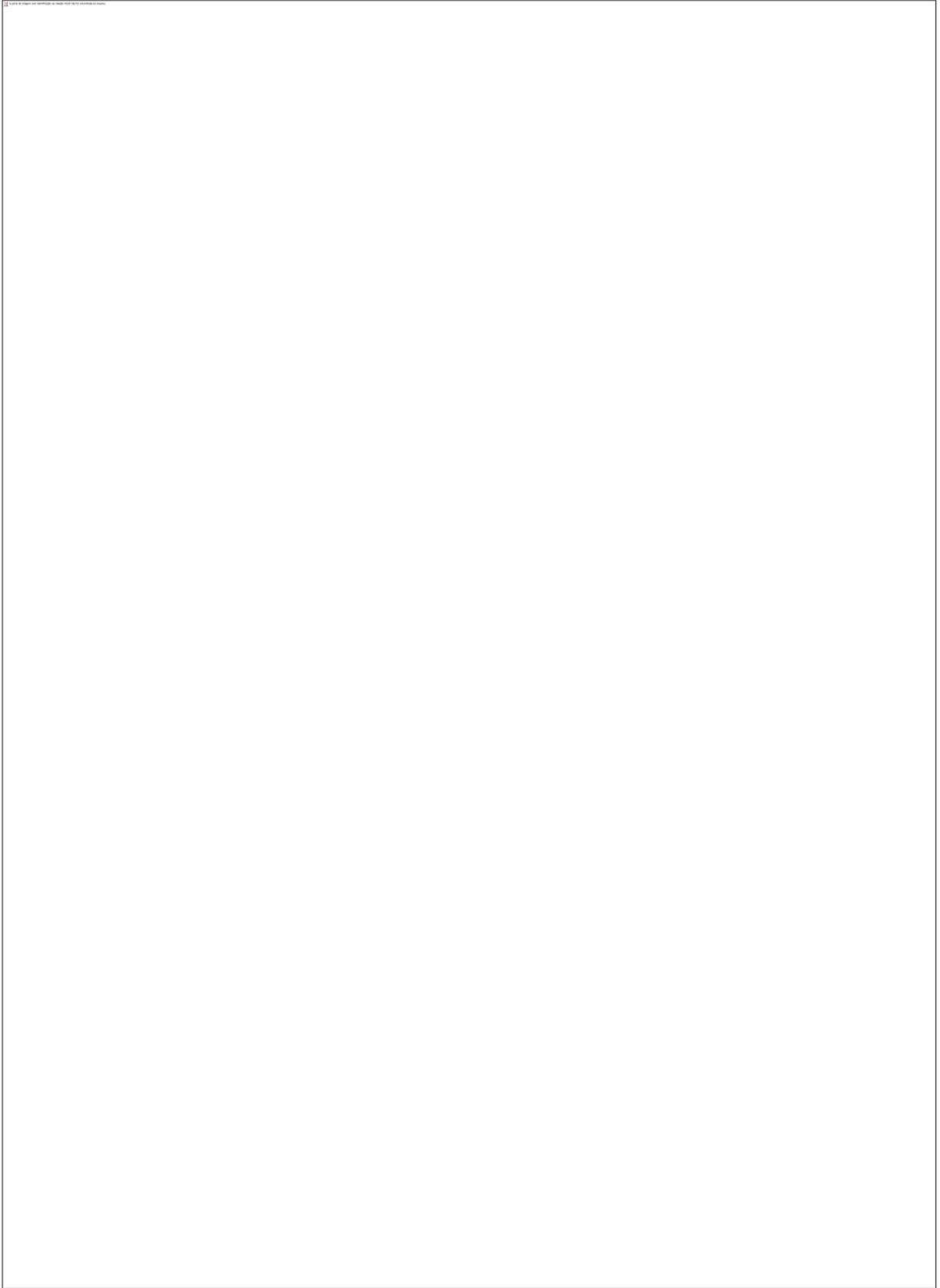
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.

© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in conjunction with the Pearson Education, Inc. textbook.

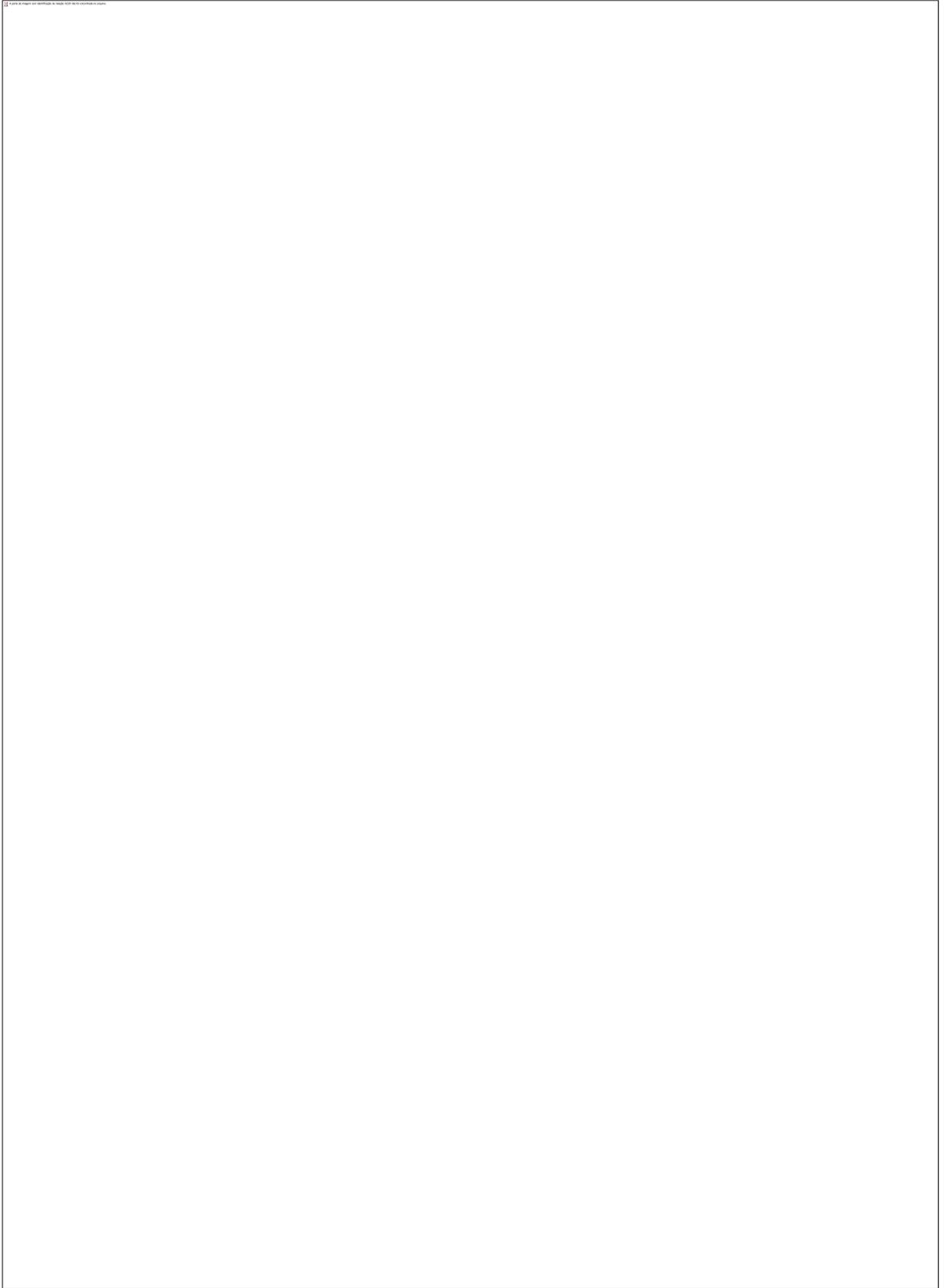
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.

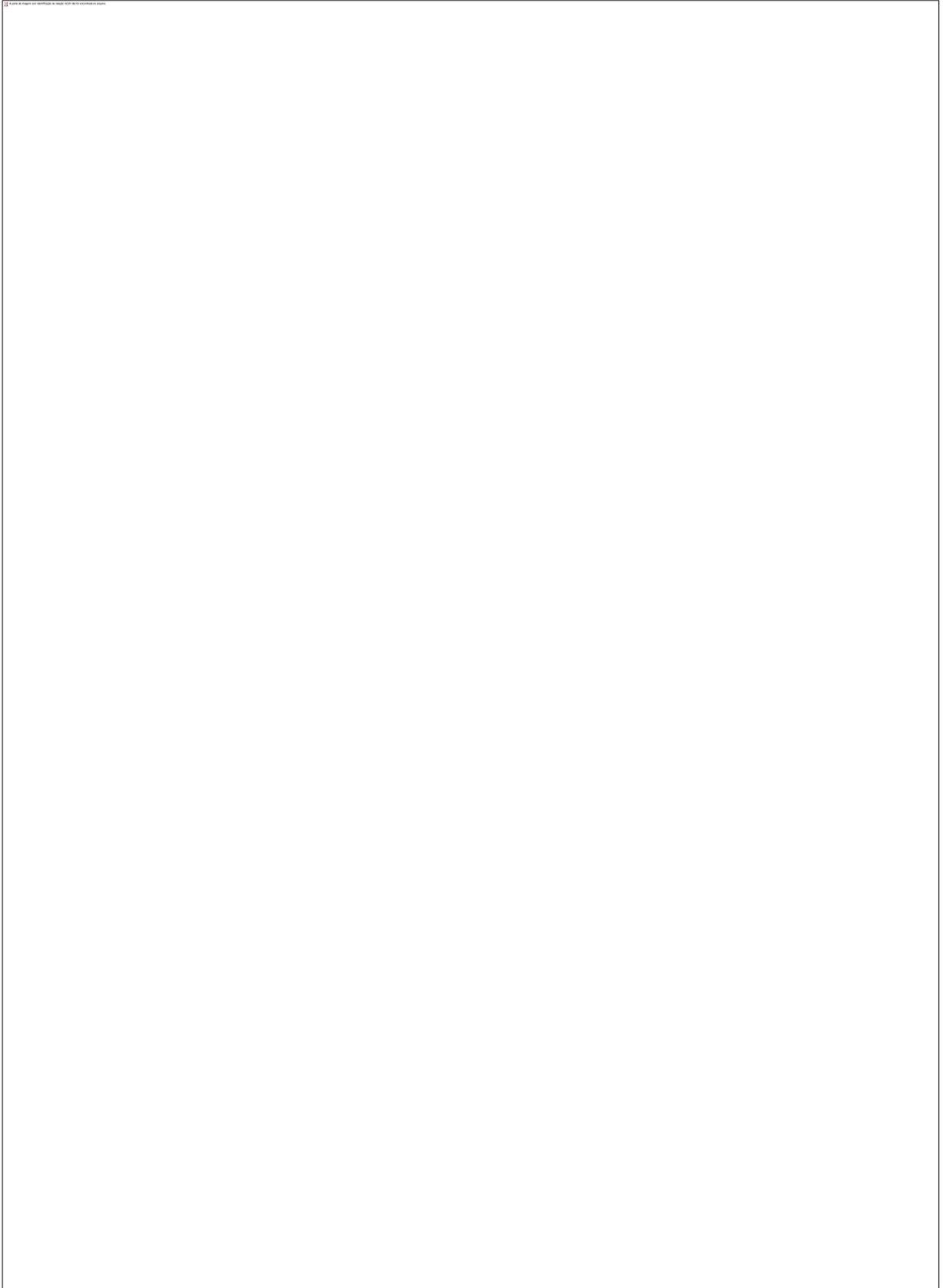


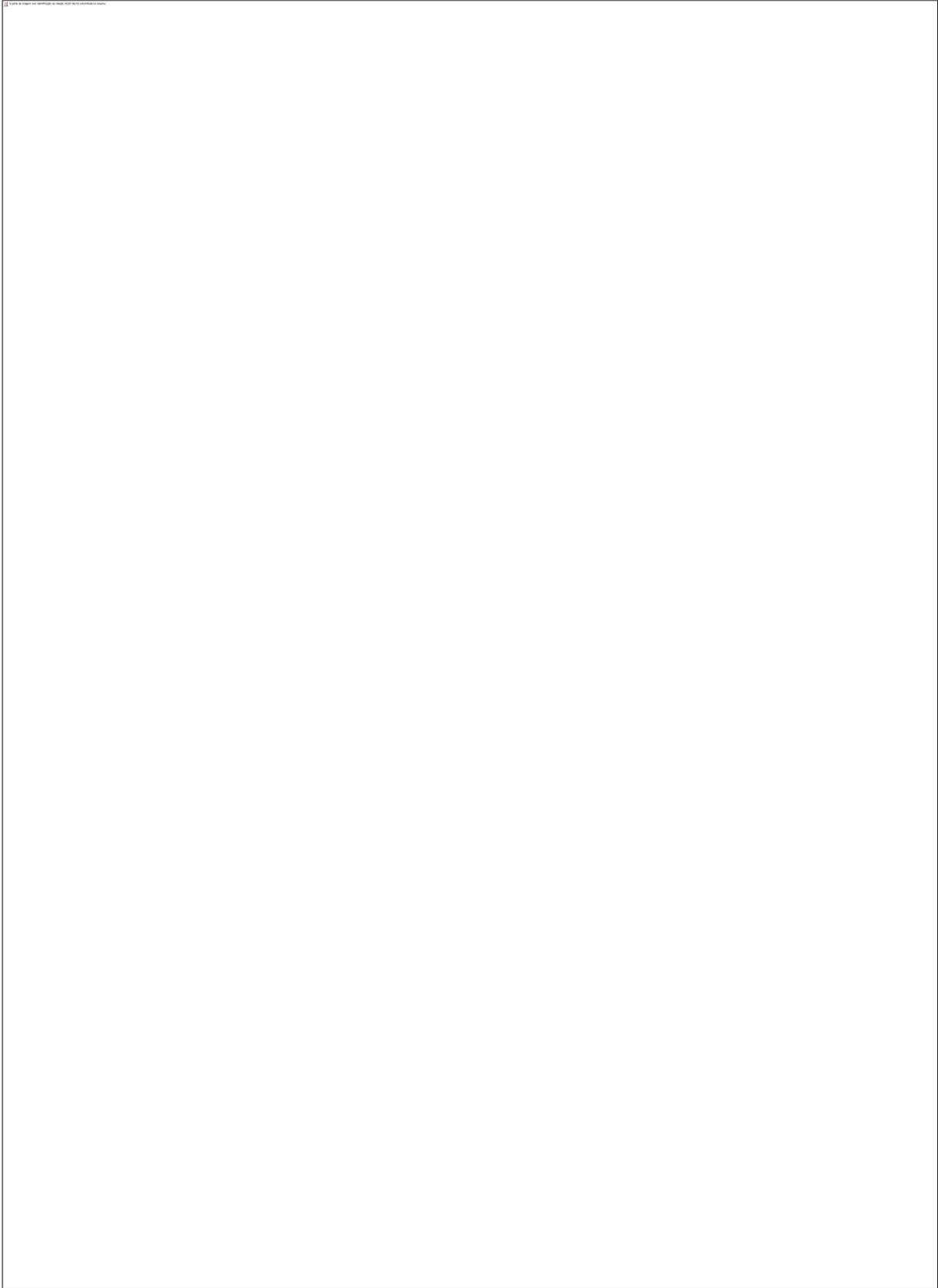




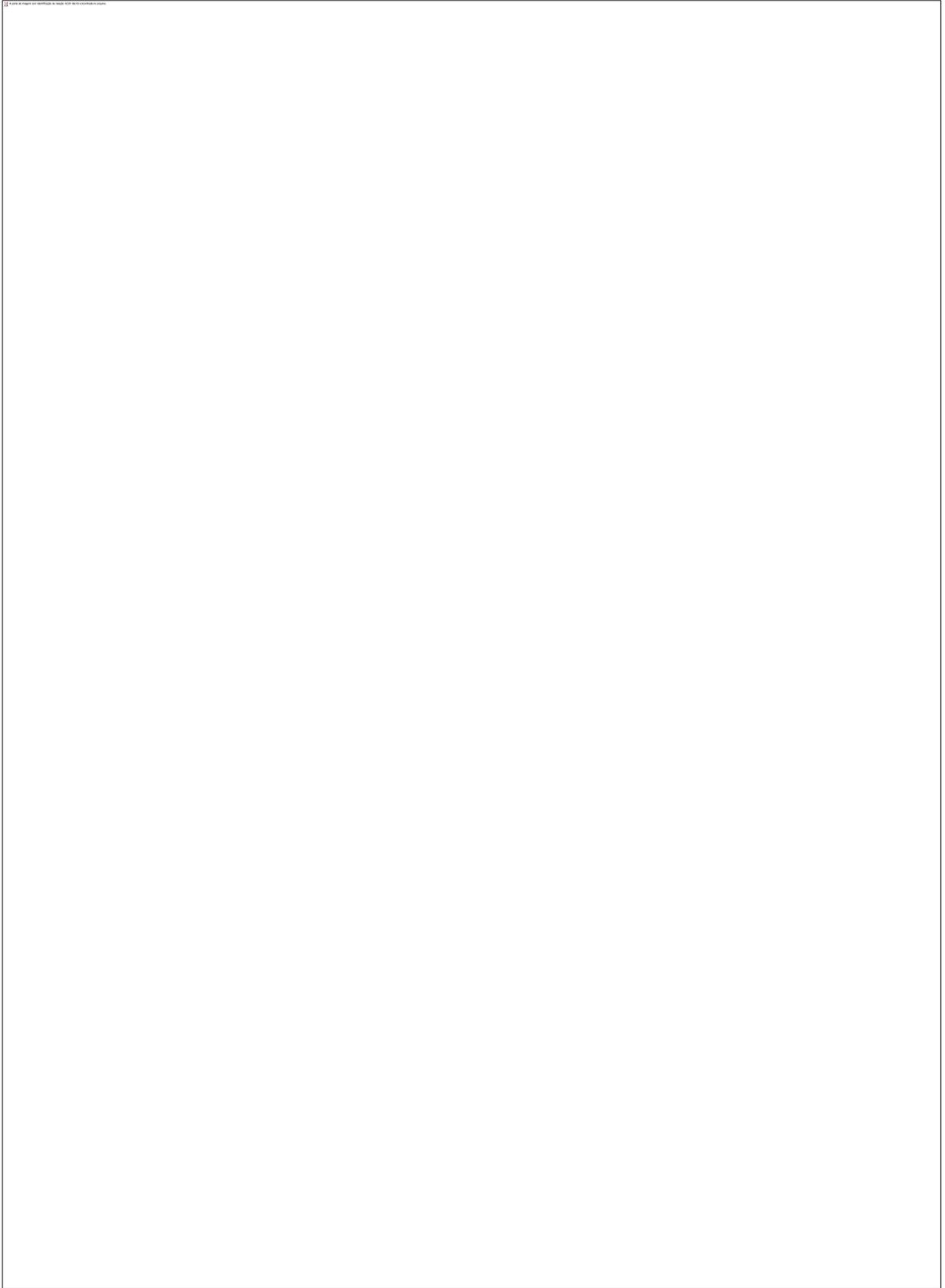
© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.



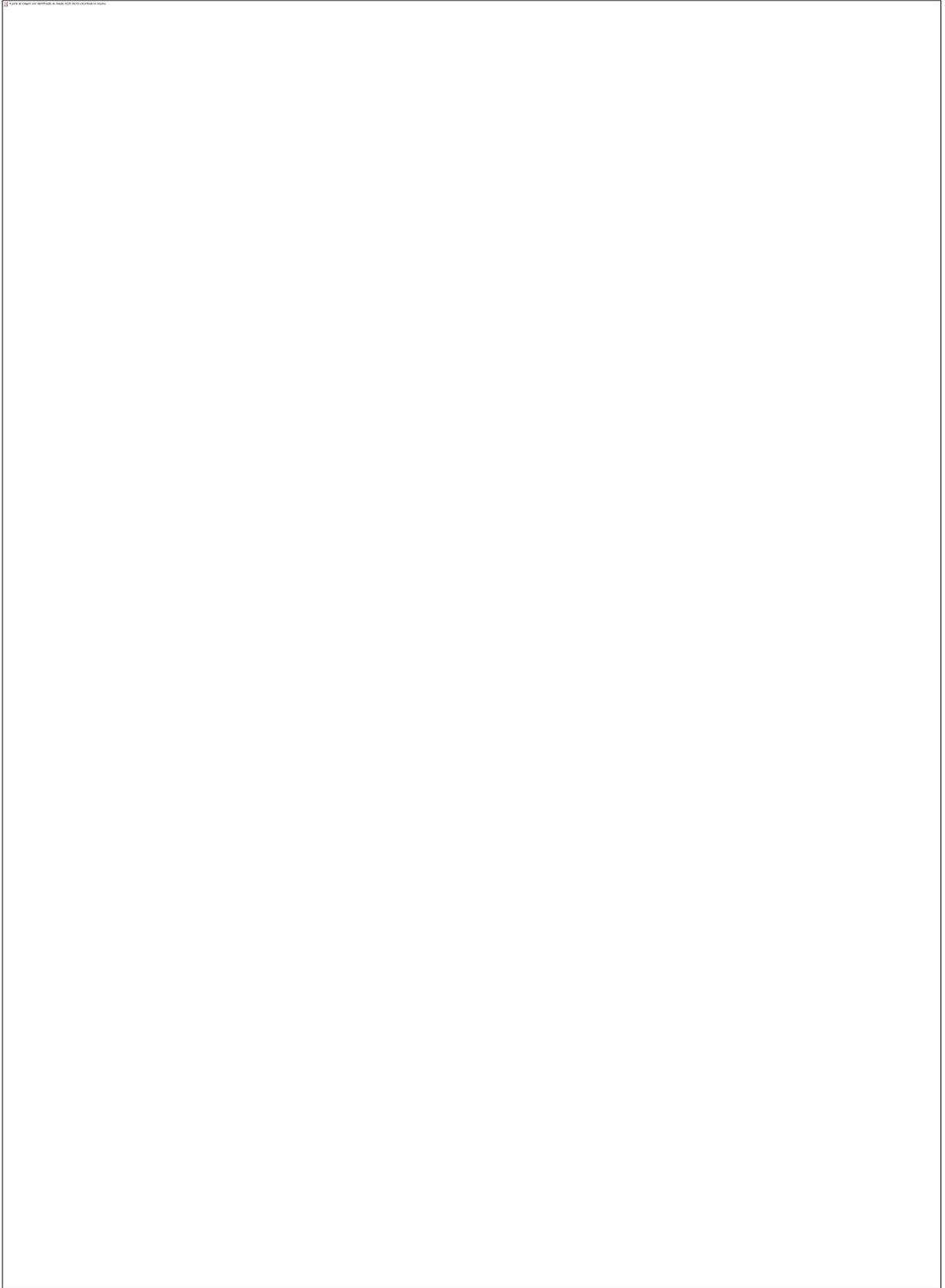




© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the Pearson Education, Inc. publishing program.



© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.



© 2000 by Pearson Education, Inc. All rights reserved. This material is intended for use only in the context of the Pearson Education, Inc. publishing program.

