

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.029 DISTRITO FEDERAL  
VOTO**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA URGÊNCIA PARA A EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA. INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA APENAS NO PRISMA FORMAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE (ART. 27, P. U., LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

- 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB.**
- 2. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle**

abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como conseqüência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional.

3. *In casu*, a entidade proponente da ação *sub judice* possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente.

4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista,

diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que “O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias’. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: ‘No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro ‘império’ do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário’. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias

*convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.”* (In: ÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: RT, 2008. p. 285)

6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno,

julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998).

7. Constata-se, na hipótese *sub judice*, que inexistia urgência para a edição da Medida Provisória nº 366 de 2007, porquanto criou autarquia (o Instituto Chico Mendes) responsável por funções exercidas por entidade federal pré-existente (o IBAMA), utilizando, ademais, recursos materiais disponibilizados por esta.

8. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

9. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, *caput*, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001,

devem ser expurgadas com efeitos *ex tunc*.

10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.

11. Ação Direta julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Federal nº 11.516/07, modulando temporalmente os efeitos da pronúncia de nulidade, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para após o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da prolação desta decisão.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade questiona a juridicidade da Lei Federal nº 11.516/07, a qual criou nova entidade autárquica, cognominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

Preliminarmente, cumpre analisar a legitimidade ativa *ad causam* da associação nacional dos servidores do IBAMA (ASIBAMA nacional), composta por quatro mil e quinhentos associados por todo o território nacional, integrantes de todos os órgãos ambientais federais do Brasil.

A Carta de Outubro de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta, inaugurou nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, superando o amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do

monopólio conferido pela Constituição de 1967 ao Procurador-Geral da República para a utilização da Representação de Inconstitucionalidade.

O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Em passagem de sua obra, o autor alemão ressalta a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

(...)

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (...).

(HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor,

1997)

O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos.

Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. *passim*), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico.

Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: *“‘El dominio del pueblo’ se debe apoyar en la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales, no sólo mediante elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas, sino a través de competencias basadas en procesos también cada vez más progresistas”* (em tradução livre: *“O domínio do povo deve se apoiar na participação e determinação da sociedade nos direitos fundamentais, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, senão também através de competências baseadas em processos também cada vez mais progressistas”*). HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 137).



A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida.

À luz dessas considerações deve ser interpretado o inciso IX do art. 103, não se recomendando uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal.

Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, dentre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino (*La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate político, da qual não pode esta Corte descurar.

O Ministro Gilmar Mendes, em obra elaborada em coautoria com Ives Gandra, noticia que até 28 de fevereiro de 2008 foram extintas por ilegitimidade ativa da entidade de classe 154 (cento e cinquenta e quatro) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Op. cit. p. 175-185). Descrevendo a conjuntura por outro ângulo, Luís Roberto Barroso relata que até o final do ano de 2005 somente 34 (trinta e quatro) confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional tiveram seu direito de propositura

reconhecido (O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 148-149). O quadro relatado revela um descompasso entre as aspirações democráticas da Constituição e o rigor interpretativo do Pretório Excelso.

Na espécie, a entidade proponente comprovou possuir ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de proteção ao meio ambiente.

Consectariamente, não merece prosperar o argumento suscitado pela Advocacia-Geral da União, no sentido de que a ASIBAMA Nacional reúne apenas pequena parcela dos servidores públicos federais, de carreiras que sequer têm identidade originada da Carta Magna, pelo que lhe faltaria representatividade. Em verdade, caso assim se entendesse, haveria clara contradição com a orientação deste Supremo Tribunal, firmada, *v. g.*, na ADI 57 (rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13/12/1991), na ADI 334 (rel. Min. Moreira Alves, DJ 31/03/1995), e na ADI 108 (rel. Min. Celso de Mello, DJ 05/06/1992), de que deve haver homogeneidade de interesse entre os integrantes da associação, pois *“não se configuram como entidades de classe aquelas instituições que são integradas por membros vinculados a extratos sociais, profissionais ou econômicos diversificados, cujos objetivos, individualmente considerados, revelam-se contrastantes”*.

Ora, resta evidente que a criação de nova autarquia destinada à defesa do meio ambiente só interessa àquela parcela de servidores públicos que atuam na seara ambiental, estes representados pela Associação proponente. Configurada, portanto, a legitimidade ativa, nos termos do art. 103, XI, da Constituição.

Superada a preliminar, passa-se à análise das alegações de mérito colocadas pela entidade proponente.

A primeira dessas alegações é a de que durante o processo de conversão da Medida Provisória nº 366 de 2007 na Lei ora objurgada, não

foi observado o quanto disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, *verbis*:

Art. 62, § 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.

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

Art. 5º A Comissão terá o prazo improrrogável de 14 (quatorze) dias, contado da publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União para emitir parecer único, manifestando-se sobre a matéria, em itens separados, quanto aos aspectos constitucional, inclusive sobre os pressupostos de relevância e urgência, de mérito, de adequação financeira e orçamentária e sobre o cumprimento da exigência prevista no § 1º do art. 2º.

(...)

Art. 6º A Câmara dos Deputados fará publicar em avulsos e no Diário da Câmara dos Deputados o parecer da Comissão Mista e, a seguir, dispensado o interstício de publicação, a Medida Provisória será examinada por aquela Casa, que, para concluir os seus trabalhos, terá até o 28º (vigésimo oitavo) dia de vigência da Medida Provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

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

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

Em breves linhas, dispõe a mencionada Resolução que a Comissão Mista terá o prazo de quatorze dias para emitir parecer sobre a Medida Provisória. Findo esse prazo, mesmo sem a prolação do parecer, o processo legislativo deve seguir seu curso, passando a Câmara dos Deputados a examinar a matéria. Nesta hipótese, a Comissão Mista pode, conforme determina a Resolução, emitir o parecer, por meio de seu Relator, no Plenário da Câmara dos Deputados. E assim ocorreu no caso *sub examine*: o parlamentar nomeado como Relator se encarregou de emitir parecer sobre a Medida Provisória diretamente perante o Plenário, posteriormente convertida na Lei Federal nº 11.516/07.

Sob o enfoque do Direito comparado, temos que, na Argentina, o art. 99, 3, da Constituição estabelece que os *decretos de necesidad y urgencia* devem ser apreciados por comissão parlamentar mista permanente:

Art. 99, 3. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.

El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideraran las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Apesar da relevância institucional da Comissão Bicameral, que se

encarrega de lançar luzes sobre as razões de fato e de direito que devem ser apreciadas pelas Câmaras no processo de aprovação do decreto, tanto o preceito constitucional supracitado, quanto a Lei Nacional nº 26.122/06, que dispõe sobre o *“régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes”*, permitem que o decreto seja analisado diretamente pelas Câmaras, caso o parecer não seja proferido pela Comissão Mista no prazo de dez dias:

Ley nº 26.122/06

Despacho de la Comisión Bicameral Permanente

ARTÍCULO 19.- La Comisión Bicameral Permanente tiene un plazo

de diez días hábiles contados desde la presentación efectuada por el Jefe de Gabinete, para expedirse acerca del decreto sometido a su consideración y elevar el dictamen al plenario de cada una de las Cámaras. El dictamen de la Comisión debe cumplir con los contenidos mínimos establecidos, según el decreto de que se trate, en los Capítulos I, II y III del presente Título.

Tratamiento de oficio por las Cámaras

ARTÍCULO 20.- Vencido el plazo a que hace referencia el artículo anterior sin que la Comisión Bicameral Permanente haya elevado el correspondiente despacho, las Cámaras se abocarán al expreso e inmediato tratamiento del decreto de que se trate de conformidad con lo establecido en los artículos 99, inciso 3 y 82 de la Constitución Nacional.

Há, todavia, importante distinção entre o panorama argentino e a determinação do art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional: naquele país, a dispensabilidade do parecer da Comissão Bicameral decorre da própria Constituição; aqui, não há correspondente permissivo.

Põe-se em cheque, desta feita, a própria constitucionalidade do processo legislativo estabelecido no art. 6º da Resolução do Congresso, por meio da qual foi aprovada a Lei impugnada na presente Ação Direta.

A magnitude das funções das Comissões Mistas no processo de

conversão de Medidas Provisórias não pode ser amesquinhada. Procurou a Carta Magna assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada. Percebe-se, assim, que o parecer da Comissão Mista, em vez de formalidade desimportante, representa uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

Em razão disso, há que se reconhecer, ainda que em caráter incidental, a inconstitucionalidade dos dispositivos da Resolução supracitada que dispensam a prolação de parecer por parte da Comissão Mista, não sendo suficiente sua elaboração por parlamentar Relator.

Não se desconhece que este Supremo Tribunal já teve oportunidade de apreciar a matéria, na ADI 3289, julgada pelo Pleno em 05/05/2005, no bojo da qual o Min. Gilmar Mendes, relator, matizou a aplicação do art. 62, § 9º, da Constituição, nos seguintes termos, extraídos de seu voto:

Outra impugnação de caráter formal refere-se à suposta violação ao art. 62, § 9º, da Constituição. (...) considerando que ainda estamos em uma fase de consolidação do novo modelo trazido pela Emenda 32 para as medidas provisórias, não vejo como adotar interpretação com os rigores pretendidos pelo requerente na ADI 3.289.

No caso, resta evidenciado que por duas vezes foi convocada a reunião para instalação da Comissão, não se chegando, todavia, ao quorum necessário.

Essa falha procedimental, considerado o atual estágio de implementação da Emenda 32, assim como as circunstâncias do caso, em que resta demonstrada a tentativa, por duas vezes, de instalação da comissão mista, no meu entendimento, ainda não permite a formulação de um juízo de inconstitucionalidade por ofensa ao referido § 9º.

Afigura-se claro, da leitura deste excerto, que a aludida decisão baseou-se em motivos circunstanciais, consubstanciados na recentidade

da Emenda Constitucional nº 32/2001, que inseriu no corpo da Lei Maior a exigência do § 9º do art. 62. No presente caso, decorrida uma década sem que o Congresso tenha se estruturado de forma eficiente para cumprir o comando constitucional, a aplicação de idêntico argumento soaria frívolo.

Argumenta-se em favor da dispensabilidade do parecer da Comissão Mista que a Medida Provisória deve ser apreciada em prazo exíguo, não somente para preservar a situação de urgência que, ao menos supostamente, justificou a sua edição, mas também para não tumultuar os trabalhos do Legislativo, pelo trancamento de pauta. A escusa não procede. Além de a Constituição apenas prever o regime de urgência caso a Medida Provisória não seja apreciada em 45 dias, contados de sua publicação, não se deve olvidar, outrossim, que o regime de urgência constitucionalmente previsto para as Medidas Provisórias não consiste em exceção ao art. 62, § 9º, da Carta Magna, o qual impõe a efetiva participação da Comissão Mista no processo de conversão. Essa também a orientação de Paulo Adib Casseb, para quem *“a realidade anula a esperança constitucional quanto à efetivação do juízo de admissibilidade e do exame do mérito das medidas provisórias que, em tese, competiriam à Comissão Mista”* (Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285).

A visão crítica, em reproche à praxe parlamentar de substituir, na quase totalidade dos casos, a atuação da Comissão Mista pela de um Relator, inspirou a obra de Clèmerson Merlin Clève, que se ocupou precisamente da matéria ora debatida, sendo relevante a transcrição do seguinte trecho:

Conforme Juliana Freitas do Valle, os trabalhos da Comissão Mista propiciam o uso legítimo das medidas provisórias: *“O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias”*. Por essa importância, defende-se que

qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista.

(...)

A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: “No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário”.

Cumprir lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte.

(...)

Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes.

(Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180)

É válido mencionar a existência de Mandado de Segurança em curso perante o Supremo Tribunal Federal, impetrado por parlamentar que objetiva impedir novas apreciações, pelo Plenário, de Medidas



Provisórias sobre as quais não haja parecer da Comissão Mista. Trata-se do MS 27.971, da relatoria do Min. Celso de Mello.

A efetividade do art. 62, § 9º, da Carta Magna não pode mais ser negada. O Pretório Excelso não pode ser conivente com o desrespeito à Constituição, quanto mais quando a práxis vetusta se revela tão nociva à democracia e ao correto funcionamento do sistema de equilíbrio entre os Poderes da República.

Porém, esse não é o único vício de inconstitucionalidade formal que inquina a Lei vergastada. Em verdade, não havia urgência para a edição da Medida Provisória nº 366 de 2007, porquanto criou autarquia (o Instituto Chico Mendes) responsável por funções exercidas por entidade federal pré-existente (o IBAMA), utilizando, ademais, recursos materiais disponibilizados por esta. Fica vencida, diante disso, a alegação de que a urgência, na hipótese, decorreu da necessidade de reestruturar a organização administrativa de defesa do meio ambiente, considerando que os danos ambientais, na maior parte dos casos, são irreversíveis.

A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. John Hart Ely explicita de forma precisa o papel do Judiciário no jogo democrático: *“Courts thus should ensure not only that administrators follow those legislative policy directions that do exist (...) but also that such directions are given”* (em tradução livre: “As Cortes, então, deveriam assegurar não somente que os administradores sigam essas orientações políticas dadas pelo Legislativo já existentes, mas também que tais orientações sejam dadas”). *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 133). O Supremo Tribunal Federal, nesta esteira, deve assegurar que o Legislativo não se torne um simples anexo do Executivo, subserviente e pouco ativo, que se limite a apreciar, na maior parte do tempo, as medidas materialmente legislativas adotadas pelo Chefe da

Administração.

A má utilização dos provimentos de urgência pelo Executivo pode gerar efeitos indesejados, não somente para a ordem social, mas igualmente para a dinâmica decisória das Casas parlamentares, com constantes trancamentos de pauta e apressando a deliberação sobre temas que demandariam maior reflexão.

Mario Midón, ao dissertar sobre os efeitos indesejados da adoção desse instrumento tipicamente parlamentarista em sistemas presidencialistas, como sói acontecer em quase toda a América Latina, conclui:

En efecto, un espacio institucional en que el Ejecutivo es emanación de las Cámaras, donde su mantenimiento responde a la voluntad de la asamblea y al equilibrio político entre gabinete y Parlamento, presta un marco de interdependencia por integración a partir del cual es más factible que el controlante juzgue a su controlado.

Por oposición, la modalidad presidencial con un Ejecutivo fuerte – sobre todo si es fuertísimo – como ocurre en la mayoría de los países Latinoamericanos – ofrece a aquél la nada desdeñable perspectiva de extender sus prerrogativas para convertirse en un presidente que no sólo gobierna y administra, sino que de modo regular también legisla.

Si alguna duda cupiese están a la vista los desarreglos de Perú y Brasil, naciones donde al amparo de permisivas interpretaciones estos actos se ven multiplicados como peces y panes en el milagro bíblico.

(em tradução livre: “Com efeito, um espaço institucional em que o Executivo é emanção das Câmaras, onde sua manutenção reflete a vontade da Assembleia e do equilíbrio político entre Governo e Parlamento, proporciona um quadro de interdependência por integração a partir do qual é mais factível que o controlante julgue seu controlado. Em contraste, a modalidade presidencial com um Executivo forte – sobretudo se for fortíssimo – como ocorre na maioria dos países

Latinoamericanos – oferece àquele a nada desdenhável perspectiva de alargar suas prerrogativas para se tronar um Presidente que não só governa e administra, mas também legisla regularmente. Se existe alguma dúvida, estão à vista as desordens de Perú e Brasil, nações aonde, ao amparo de interpretações permissivas, esses atos se vêem multiplicados como peixes e pães no milagre bíblico”. MIDÓN, Mario A. R. Sobre la dimensión adquirida por los decretos de necesidad y urgencia en el derecho argentino. Disponível em <[www.juridicas.unam.mxwww.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mxwww.juridicas.unam.mx)>. Acesso em 12 de maio de 2011.)

O controle da existência do requisito de urgência não é novidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que se nota a partir da análise das decisões a seguir arroladas:

EMENTA: Ação rescisória: arguição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MP 1.703/98 a MP 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial": preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida. 1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente. (...)

(ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004, DJ 27-02-2004 PP-00019 EMENT VOL-02141-02 PP-00408)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA NÃO REJEITADA EXPRESSAMENTE: REEDIÇÃO: POSSIBILIDADE. REQUISITOS DE URGÊNCIA E RELEVÂNCIA. PREVIDENCIÁRIO: CONTRIBUIÇÃO DOS SERVIDORES AO PSSSP. I. - Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADIns 295-DF, 1.397-DF, 1.516-RO, 1.610-DF, 1.135-DF. II. - Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, se tais requisitos -- relevância ou urgência -- evidenciarem-se improcedentes, no controle judicial, o Tribunal deverá decidir pela ilegitimidade constitucional da medida provisória. Precedentes: ADIns 162-DF, Moreira Alves, 14.12.89; e 1.397-DF, Velloso, RDA 210/294.

(ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998, DJ 26-03-1999 PP-00001 EMENT VOL-01944-01 PP-00093)

Outros precedentes podem ser citados: ADI 2736/DF, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998.

*In casu*, o abuso do poder de editar Medidas Provisórias afigura-se evidenciado de forma patente, sendo impossível defender com seriedade que a criação de um ente para desincumbir-se das mesmas atribuições de autarquia já em operação revista-se da urgência necessária para afastar a adoção do rito legislativo ordinário.

Por outro lado, não pode a Corte fechar os olhos para os efeitos nocivos que a pronúncia de nulidade com efeitos retroativos pode acarretar para a sociedade.

A proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007.

No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas *ex tunc* do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa.

A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, primeiramente idealizada no direito norteamericano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293), não significa uma afronta à Carta Magna, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (art. 5º, *caput*), sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

Atento a isso, o legislador permitiu expressamente a declaração de inconstitucionalidade com pronúncia prospectiva de nulidade no art. 27 da Lei 9.868/99, que reza:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Entendo, ante as razões narradas, que é o caso de declarar a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.516/07, não pronunciando,

contudo, a sua nulidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Nesse prazo, poderá o Congresso Nacional aprovar nova Lei, de teor semelhante, que impedirá a solução de continuidade na existência do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Em contrapartida, findo esse prazo, o referido diploma perde sua eficácia, deixando o ordenamento jurídico e permitindo a aplicação da normativa pretérita, que fora inconstitucionalmente revogada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é repleta de casos de declaração postergada de nulidade, conforme os seguintes precedentes:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.066, DO ESTADO DO PARÁ, QUE ALTERANDO DIVISAS, DESMEMBROU FAIXA DE TERRA DO MUNICÍPIO DE ÁGUA AZUL DO NORTE E INTEGROU-A AO MUNICÍPIO DE OURILÂNDIA DO NORTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. A fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual provia as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada. Essa fração territorial fora já efetivamente agregada, assumindo existência de fato como parte do ente federativo --- Município de Ourilândia do Norte. Há mais de nove anos. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente

da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da

Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1.997, do Estado do Pará.

(ADI 3689, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00635)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 12.294, DE 22 DE JUNHO DE 2.002, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE ANEXO A LOCALIDADE DE VILA ARLETE, DESMEMBRADA DO MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, AO MUNICÍPIO DE MONTE CARLO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. A localidade de Vila Arlete, desmembrada do Município de Campos Novos, foi efetivamente integrada ao Município de Monte Carlo. 2. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Monte Carlo, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3.



Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua conseqüente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. O desmembramento e integração da localidade de Vila Arlete objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada

procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 12.294, de 22 de junho de 2002, do Estado de Santa Catarina.

(ADI 3489, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-03 PP-00425)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do

Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso.

(ADI 3316, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00021 EMENT VOL-02282-03 PP-00538 RCJ v. 21, n. 135, 2007, p. 101-102)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO

DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.

(ADI 2240, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00279)

É de se ressaltar, ainda, que inúmeras Medidas Provisórias foram convertidas em Lei observando o procedimento previsto no art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Para conferir estabilidade e segurança jurídica às relações decorrentes dessas normas, cabe sinalizar aos jurisdicionados que, em futuras ações que discutam a constitucionalidade formal de Leis frutos de conversão de Medidas Provisórias pelo mesmo rito, será conferido idêntico tratamento, qual seja, a postergação da nulidade da Lei para o futuro.

No que concerne à inconstitucionalidade material suscitada pela entidade proponente, maior razão não lhe assiste. Sustenta-se na inicial

que a criação da nova autarquia vulnerou e fracionou o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), afrontando, assim, o art. 225, § 1º, da Constituição, no qual está previsto o dever do Estado de proteger o meio ambiente; além disso, haveria violação aos princípios da proporcionalidade e da eficiência pela criação de nova entidade, aumentando o gasto público, sem que se observe a melhoria na execução da atividade administrativa em relação aos serviços que já eram prestados pelo IBAMA.

Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Aqui, sim, se aplica o alerta de Alexander Bickel, de que o Judiciário enfrenta “dificuldades contramajoritárias” (*countermajoritarian difficulty*) ao adotar uma postura ativista no controle das decisões dos agentes eleitos democraticamente (The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª ed. Yale University Press, 1986), quanto mais quando não se observa qualquer afronta às determinações constitucionais.

*Ex positis*, voto no sentido de julgar a presente Ação Direta parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Federal nº 11.516/07, modulando temporalmente os efeitos da pronúncia de nulidade, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para após o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a contar da prolação desta decisão.