

UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI Nº 4.029/2012

José Eduardo Sabo Paes

Doutor em Direito pela Universidade de Madri - Espanha
Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, Distrito Federal - Brasil
e coordenador do Núcleo de Estudos Avançados do Terceiro Setor (NEPATS)
e do Grupo de Pesquisa: Terceiro Setor e Tributação Nacional e
Internacional: formas de integração repercussão na sociedade,
ambos da Universidade Católica de Brasília – DF - Brasil

Julio Edstron Santos

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – Distrito Federal - Brasil
edstron@yahoo.com.br

Rodrigo Amaral do Nascimento

Graduado em Direito pela Universidade Católica
de Brasília – Distrito Federal – Brasil, membro do NEPATS
- Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro
Setor da Universidade Católica de Brasília -DF

Recebido em: 23/09/2015

Aprovado em: 13/10/2015

RESUMO

A supremacia e a rigidez constitucional pressupõem observância irrestrita das normas infraconstitucionais para com a Constituição de um Estado. O controle de constitucionalidade possui o condão de analisar a compatibilização entre a Constituição e as normas infraconstitucionais, sendo o texto constitucional um verdadeiro paradigma de validade e eficácia das leis. No Brasil, atualmente, a teoria de que a norma inconstitucional é nula de pleno direito vem sendo mitigada, inclusive, por força de lei, admitindo-se, a modulação temporal dos efeitos que assim a declaram, aproximando-a, assim, da teoria da anulabilidade do ato normativo inconstitucional. Em determinadas situações, a inconstitucionalidade da norma, apesar de ser reconhecida, não é declarada formalmente pelo Supremo Tribunal Federal que o faz em razão da segurança jurídica. Nesses casos, tendo em vista a densidade axiológica dos valores constitucionais que permitem a mitigação da teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional, a decisão que é exarada deve possuir argumentação jurídica suficiente a ponto de não causar contradição interna na ordem normativo-constitucional. Na ADI nº 4.029 de 2012, a Suprema Corte brasileira, apesar de reconhecer que a Lei nº 11.516/2007 era inconstitucional, a manteve no ordenamento jurídico, sob pena de que a declaração formal de sua inconstitucionalidade trouxesse um panorama de insegurança jurídica em razão de outras normas que se encontravam na mesma situação e mantém plena eficácia. O presente artigo busca de analisar, de forma crítica, a argumentação e a racionalidade do voto do ministro relator que manteve uma norma, anteriormente reconhecida inconstitucional, no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Controle de constitucionalidade. Unidade constitucional.

A BRIEF REVIEW CRITICIZES THE DECISION OF THE FEDERAL SUPREME COURT IN ADI No. 4029/2012

ABSTRACT

The supremacy and constitutional rigidity assume unrestricted compliance with the infra-constitutional norms to the Constitution of a State. The judicial review has the power to examine the compatibility between the Constitution and infra-constitutional norms, and the constitution a true paradigm of validity and effectiveness of laws. In Brazil, currently, the theory that the unconstitutional rule is null and void, has been mitigated, including by operation of law, assuming the temporal modulation of the effects so the state, bringing it closer to, well, the theory the annulment of the unconstitutional normative act. In certain situations, the unconstitutionality of the norm, despite being recognized, is not declared formally by the Supreme Court who does so because of legal certainty. In such cases, given the density of axiological constitutional values that allow the mitigation of invalidity of the theory of unconstitutional normative act, the decision shall be drawn up so that must have enough legal argument as to not cause internal contradiction in legal-constitutional order. In ADI No. 4029 of 2012, the Brazilian Supreme Court, while recognizing that Law No. 11,516 / 2007 was unconstitutional, kept the legal system, under penalty of the formal declaration of unconstitutionality brought an overview of legal uncertainty due to other rules that were in the same situation and maintains full effectiveness. Thus, this article aims to analyze, critically, the reasoning and rationality of the vote relator who maintained a standard, previously recognized unconstitutional, in the legal system.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Judicial review. Constitutional unit.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de um Estado como instrumento de validade normativa “regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo.”¹ É, pois, “a lei maior de um País, sendo, como o próprio nome indica, o que lhe constitui em termos político, social, econômico e cultural.”² Dessa maneira, nenhuma norma jurídica pode ser contrária à Constituição, de modo que, contrariando-a, tem-se a sua invalidade, e consequentemente a sua nulidade ou anulabilidade.³

Com esboço na decisão tomada pelo Juiz Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, *leading case* estadunidense precursor no controle de constitucionalidade, a declaração de

¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

² COSTA, Nelson Nery. **Constituição federal anotada e explicada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 344.

³ *Ibidem*, 2012.

inconstitucionalidade de um ato normativo resulta no reconhecimento de sua nulidade. Assim, “ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.”⁴

Ao lado da rigidez constitucional, em uma via de mão dupla, o controle de constitucionalidade mantém a supremacia da constituição e esta lhe confere legitimidade para a proteção da ordem jurídica, de modo a aquilatar o ordenamento jurídico às previsões constitucionais, mantendo a compatibilização material (conteúdo) ou formal (processo legislativo) das normas infraconstitucionais, aniquilando aquelas que lhe são contrárias.

A questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano de validade da norma supostamente (in)constitucional. Em regra, lei inconstitucional é lei nula. Nos termos expressos do texto constitucional e da Lei 9.868/1999 a decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade é dotada de eficácia *erga omnes*.

Levando-se em consideração que a decisão declaratória de (in) constitucionalidade, além de possuir eficácia contra todos e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, a partir de casos em que se exigia parcimônia na análise de constitucionalidade da norma, o legislador ordinário regulamentou metodologia que possibilitasse articular temporalmente os efeitos da nulidade do ato normativo inconstitucional conforme redação do artigo 27 da Lei 9.868/99.

A ideia da presente pesquisa tem como ponto de partida a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 4.029 que pugnava pela inconstitucionalidade formal e material do ato de criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), qual seja, a Medida Provisória número 366 de 2007, posteriormente, convertida na Lei número 11.516/2007.

Para a associação nacional dos servidores do IBAMA, que ajuizou a demanda, a norma seria formalmente inconstitucional, uma vez que o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) foi criado a partir de uma Medida Provisória do governo convertida na lei questionada, sem ter sido apreciada por uma comissão mista de deputados e senadores, como prevê a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 62, parágrafo 9º. Além disso, a matéria não possuiria as características de urgência e relevância a justificar a edição de medida provisória.

Na oportunidade, a Suprema Corte julgou procedente a ADI nº 4.029, modulando os efeitos do *decisum* para o fim de considerar nula a norma inconstitucional somente após 24

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

meses, lapso temporal este para a edição de nova lei que garantisse a existência do ICMBio, respeitando, agora, os ditames constitucionais e legais.

Todavia, por uma questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, que alertou o Supremo Tribunal Federal sobre as consequências da declaração de inconstitucionalidade da norma que deu origem ao ICMBio, sobretudo, em razão do número excessivo de medidas provisórias que encontravam na mesma situação, o Pretório Excelso reeditou a decisão anteriormente proferida, julgando a ADI improcedente no mérito, e declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do artigos 5º, *caput*, e 6º, §§ 1º e 2º da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, modulando os efeitos dessa decisão conferindo eficácia *ex nunc* em relação à pronuncia dessa inconstitucionalidade.

Assim, manteve-se o ICMBio, e, conseqüentemente, a Lei nº 11.516/2007 originada da medida provisória nº 366/2007, ainda que inconstitucional, renovando-se o julgamento da ADI nº 4.029, declarando-se inconstitucional incidentalmente apenas os artigos 5º, *caput*, e 6º, §§ 1º e 2º da Resolução nº 01/2002 do Congresso Nacional que não enquadravam o rito de tramitação das medidas provisórias nos termos da Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, o presente trabalho se propõe a analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no caso em tela, isto é, se houve racionalidade na decisão, e quais os fundamentos jurídicos que a legitimaram.

Ressalte-se que, não se pretende questionar a possibilidade de juízo revisor das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. À primeira vista surge o questionamento acerca da possibilidade da Suprema Corte revisar o mérito de seus julgados no controle de constitucionalidade sem que haja previsão expressa que lhe permita fazê-lo. É que, como regra, no controle concentrado por via principal, não há possibilidade de interposição de recurso – em sentido estrito, salvo embargos declaratórios - que reverta à decisão.

Surgem então os seguintes questionamentos: Manter um ato normativo inconstitucional retira a força normativa da Constituição (em seu aspecto de supremacia e rigidez)? A Constituição permite ao intérprete sopesar a incompatibilidade da norma em face de outro postulado constitucional?

Metodologicamente, a pesquisa foi calcada em análise bibliográfica acerca dos temas pertinentes para o descortinamento da conclusão e análise do caso proposto. Ademais, para o estudo de caso realizado ao final do trabalho utilizou-se o sítio do Supremo Tribunal Federal para se observar o andamento processual da ADI nº 4.029, as decisões proferidas por ocasião

de seu julgamento e demais atos processuais⁵. Por fim, quanto ao método científico utilizou-se o método dedutivo e abordagem qualitativa.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA INCOLUMIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O ordenamento jurídico é sistema que pressupõe de ordem e unidade para o seu real funcionamento. A harmonia que se espera entre as normas que o compõem, se traduz na compatibilização entre elas e delas com a norma superior que lhes confere validade.⁶

Para que se mantenha a unidade e harmonia do sistema jurídico é necessária a existência de mecanismos de correção destinados a restabelecer a sua ordem. O controle de constitucionalidade, pautado na Constituição como paradigma de validade das demais normas, objetiva assegurar a observância do texto constitucional e assim garantir a sua estabilidade.⁷

Como pressupostos do controle de constitucionalidade podem-se identificar dois postulados norteadores da manutenção do texto constitucional, quais sejam: a Supremacia e a Rigidez Constitucionais; os quais serão estudados.⁸

2.1 Princípios da supremacia e da rigidez constitucional

A ideia de que todo ato normativo deve observar a Constituição, é decorrência lógica do lugar que ela ocupa no ordenamento jurídico, pois os temas retratados no texto constitucional são, em regra, essenciais à ideia de Estado, este considerado não apenas em seu caráter organizacional-político, mas também na sua vertente social.

José Afonso da Silva, ao conceituar Constituição, explana brevemente noções etimológicas que representam seu significado, podendo-se destacar duas delas para fins de análise do controle de constitucionalidade neste trabalho, a saber: (i) “Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a *constituição* do universo, a *constituição* dos corpos sólidos; conjunto de normas que regem uma corporação (...); (ii) a lei fundamental de um Estado.”⁹

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4029&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 5 mar. 2015.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁷ Ibidem, 2011.

⁸ Ibidem, 2011.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

A despeito do caráter de lei fundamental de um Estado de Direito – este considerado como aquele cujo exercício está submetido a normas jurídicas, as quais dele são independentes¹⁰ - o referido autor afirma o seguinte:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regule a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.¹¹

A partir do momento que se tem a previsão constitucional dos temas mais relevantes para a construção de um Estado, deve a Constituição ocupar um lugar de destaque, servindo como norma diretiva para todo o ordenamento jurídico, ao tempo em que exerce o caráter de validade e adequação em relação às normas que lhe são inferiores.

Pontes de Miranda afirma que “a Constituição pelo fato de existir, é lei: como lei, impõe-se.” Defendê-la, segundo o autor, é um propósito técnico que deve preponderância sobre qualquer outra lei, “por ser a lei que constitui o Estado”.¹²

Nessa trilha, Kelsen, ao propor o sentido-jurídico de Constituição afirma que esta “equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau”.¹³ Trata-se, pois, de verdadeiro escalonamento vertical na qual a Constituição funciona como fundamento de validade para as demais normas inferiores de modo que, “uma norma inferior, para ter validade, necessita estar de acordo com a norma superior, sendo proferida pelo órgão estatal competente e enquadrada dentro do ordenamento jurídico.”¹⁴

Assim, a supremacia constitucional se assenta na ideia de submissão da ordem política e jurídica à Constituição. Quanto à primeira, significa dizer que o exercício do poder de Estado tem como limite de sua atuação as diretrizes formais e materiais, estabelecidas na Constituição.¹⁵ Enquanto que, na submissão jurídica, todas as normas devem com ela ser compatibilizadas, tomando-a como base para sua validade e eficácia.

Noutro norte, para que a Constituição possa figurar como paradigma de validade de outras normas é imprescindível que tenha um processo de elaboração diverso e mais

¹⁰ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 15.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

¹² MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 237.

¹³ SILVA, op. cit., p. 39.

¹⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 82.

¹⁵ DINIZ, Marcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 100.

complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais.¹⁶ Nos dizeres de Paulo Bonavides, constituições rígidas “são aquelas que não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias. Demandam um processo de reforma mais complicado e solene.”¹⁷

Segundo José Afonso da Silva, “a rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para a sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal.”¹⁸, e sua razão para o estudo do controle de constitucionalidade reside no fato de que, se uma lei infraconstitucional obedece ao mesmo trâmite de elaboração de uma norma constitucional, estar-se-á diante da revogação do ato com ela incompatível e não de sua inconstitucionalidade, não havendo, portanto, que se falar em distinção formal.¹⁹

Assim sendo, não basta que ocupe posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, é necessário que a Constituição se diferencie dos demais atos normativos, não apenas na sofisticação dos valores superiores nela declarados, mas também no seu processo de elaboração e reforma.

2.2 O controle de constitucionalidade brasileiro

Com a Constituição de 1988, uma gama de novidades é trazida a lume, no que tange ao controle de constitucionalidade, quando comparada às demais Constituições que lhe precederam. A Constituição atual manteve o sistema eclético, combinando o controle por via incidental e difuso, com o controle por via principal e concentrado. Assim, permaneceu concomitantemente, o controle difuso e o controle concentrado.

Luís Roberto Barroso, dentre as inovações trazidas pela Constituição de 1988, destaca as seguintes:

- a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);
- b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, §2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, §2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º);
- e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

¹⁷ Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

Dentre as principais novidades, indubitavelmente, destacam-se a ampliação, no que tange ao número de possibilidade de ações, e no número de legitimados para provocarem o controle (o PGR perde a legitimidade única – monopólio – para ajuizar a ADI genérica).²⁰

Nesse sentido, a partir da Emenda nº 3 de 1993, o Brasil passa a ter cinco espécies de ações para o exercício do controle concentrado de constitucionalidade: 1. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade genérica; 2. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão; 3. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade interventiva; 4. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; e 5. Ação Declaratória de Constitucionalidade.²¹

Para fins de análise do objeto do presente trabalho, torna-se desnecessário o estudo de todas as vias judiciais brasileiras existentes para o exercício do controle de constitucionalidade.

Por ora, tomando por base o caso que será analisado ao final do trabalho, no qual se aferiu o controle de constitucionalidade por via de ação principal perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, vê-se necessário como premissa básica apenas o estudo desta última espécie de ação.

2.2.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI

O exercício do controle normativo pelo Supremo Tribunal Federal é regulado pela Lei 9.868 de 1999, que dispõe sobre o processo das ações declaratórias de constitucionalidade e de ações diretas de inconstitucionalidade, tanto por ação quanto por omissão legislativa. Acerca dos aspectos principais, o presente estudo se restringirá tão somente à hipótese de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual terá, logo abaixo, os seus principais aspectos analisados.

A função precípua da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a defesa da ordem constitucional, de modo a possibilitar a extirpação da lei ou ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico.

Quanto à natureza jurídica da ADI, o seu processo é objetivo. É dizer, na ADI, a inconstitucionalidade da lei é declarada em tese, sem que esteja sob apreciação de qualquer caso concreto, vez que possui o escopo de examinar a validade da lei em si. É o meio adequado para a defesa da Constituição enquanto fundamento da coletividade nacional,

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 945.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

traduzido na preservação da higidez do ordenamento jurídico. Daí que decorre o fato de não haver partes, bem como a impossibilidade de desistência da ação e da intervenção de terceiros, uma vez que o interesse de expurgo do ato normativo ou lei inconstitucional é justamente a manutenção da harmonia e higidez do ordenamento jurídico fundado na Lei Superior.²²

Quanto ao objeto da ADI, somente as leis e atos normativos federais podem ser questionados pelo STF.²³ Superando grande higidez exigida para o controle dos atos normativos e leis federais, posto que, para o Pretório Excelso somente poderiam ser objeto de controle se tais fossem dotados dos atributos de generalidade e abstração, o STF passou a admitir o controle em situações excepcionais ou se contentar com doses reduzidas de abstração, mormente quando postas ao controle matéria de índole orçamentária, citando-se, outrossim, conforme Barroso, a hipótese que envolvia, nos idos de 2008, o controle de medidas provisórias que abriam créditos extraordinários sem atender aos requisitos de urgência e imprevisibilidade estatuídos no art. 167, § 3º da Constituição.²⁴

Em suma, são passíveis de controle de constitucionalidade pelo STF, as normas elencadas no art. 59 da Constituição, a saber: a) emenda constitucional; b) lei complementar; c) lei ordinária; d) lei delegada; e) medida provisória; f) decretos legislativos e resoluções; g) decretos autônomos; h) legislação estadual; e i) tratados internacionais.²⁵

Quanto à provocação do controle normativo pelo STF, a propositura de ADI veicula pretensão de reconhecimento da invalidade da norma objeto de questionamento, a fim de impedir a produção de seus efeitos no ordenamento jurídico. Contrastando com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, aquela tem por escopo expurgar a norma inconstitucional, enquanto esta veicula pretensão de reconhecimento absoluta validade constitucional, impedindo eventuais questionamentos sobre a mesma.²⁶

²² LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 65.

²³ *Ibidem*.

²⁴ BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 194: STF, DJE, 22 ago. 2008, ADInMC 4.048/DF, rel. Min. Gilmar Mendes: 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.

²⁵ BARROSO, op. cit., p. 195.

²⁶ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

Ao contrário do modelo incidental, em que qualquer interessado pode suscitar a controvérsia constitucional relacionada a um caso concreto discutido em juízo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, os legitimados são aqueles arrolados pelo art. 103 da Constituição²⁷:

Conforme Barroso, os legitimados, segundo jurisprudência do STF, podem ser classificados em duas categorias para propositura da ADI, quais sejam:

(i) os *universais*, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e (ii) os *especiais*, que são os órgãos e entidades cuja atuação é restrita à questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em relação às quais possam atuar com representatividade adequada.²⁸

Assim, são legitimados universais: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional. Os legitimados especiais, a seu turno, compreendem o Governados de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe ou âmbito nacional.²⁹

A defesa da constitucionalidade do ato normativo, seja ela federal ou estadual, caberá ao Advogado-Geral da União, o qual, segundo Barroso, funciona como “uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público.”³⁰

De igual modo, embora o Procurador-Geral da República figure como legitimado ativo para proposição de ADI, a ele incumbe, por força do art. 8º da Lei 9.868/1999³¹, emitir parecer nas ações desta natureza, seja ele requerente ou não.³²

Ademais, anota Barroso que, a Lei 9.868/1999 contempla também “a possibilidade de determinados órgãos ou entidades se manifestarem acerca de matéria levada a julgamento, em caso de relevância da discussão de representatividade do postulante”, sendo que a sua admissão é ato discricionário do relator do processo e a sua manifestação, sendo deferida, deve adotar a forma escrita, reconhecendo-se, *a posteriori*, o direito à sustentação oral.³³

Por fim, ainda pertinente à proposição do presente trabalho, cumpre trazer à baila os efeitos jurídicos das decisões no controle concentrado, em especial no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que será objeto do próximo capítulo.

²⁷ BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

²⁹ BARROSO, op. cit., p. 183.

³⁰ Ibidem, 2011, p. 181.

³¹ Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

³² BARROSO, op. cit., p. 192.

³³ Ibidem, 2011.

2.2.1.1 Efeitos decisórios do controle concentrado de constitucionalidade

A Lei nº 9868/1998 trata de forma conjunta da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade. O que se tem na verdade é uma ambivalência conceitual acerca dessas duas ações de controle de constitucionalidade, com variação apenas no pedido delas, o que de uma forma ou de outra produzirá efeitos semelhantes em ambas as ações.

O art. 24 da Lei nº 9868/1999 acentua o caráter ambivalente ou dúplici³⁴ da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, *in verbis*:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.³⁵

Assim, acaso julgada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade improcedente, estará o Supremo Tribunal Federal declarando que a lei ou ato normativo é plenamente constitucional; em sentido diverso, julgando procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade improcedente, estar-se-á declarando que a lei ou ato normativo, que ora se requer a compatibilização, é inconstitucional.

Ademais, as decisões de mérito proferidas pelo Pretório Excelso nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade possuem eficácia *erga omnes*, efeito *ex tunc* e vinculante.³⁶

A eficácia *erga omnes* significa que a decisão é dotada de eficácia contra todos, alcançando todos os indivíduos que estariam sujeitos à aplicação da lei ou ato normativo impugnado, conceito esse que se pode extrair do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/1999, assim:

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.³⁷

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 547.

³⁵ BRASIL. **Lei 9.868/1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

³⁶ Ibidem.

³⁷ BRASIL. **Lei 9.868/1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

Assim, todo aquele que está, de certa forma, abrangido pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional, será alcançado pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

No que tange aos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade de normas na Ação Direta de Inconstitucionalidade mencione-se, que o são - por força do reconhecimento da nulidade da norma inconstitucional, isto é, viciada desde o seu nascimento, com vício congênito, portanto - *ex tunc*,³⁸ retroagindo à gênese da norma no ordenamento jurídico considerando-a inválida desde o início de sua vigência.

A decisão no controle concentrado irradia a todos os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração direta e indireta, em todas as esferas federativas, de modo que, se houver desrespeito a ela, é possível o manejo do instrumento processual denominado reclamação.

A vinculação da decisão torna obrigatória a sua observância no tratamento das relações jurídicas encampadas pela norma submetida à análise do Supremo Tribunal Federal.

A reclamação, instrumento processual destinado a garantir a autoridade do *decisum* do Pretório Excelso possui o condão de cassar decisão judicial em sentido contrário ou anular ato administrativo que lhe deixe de observar.

Assim, vê-se imperativa a decisão proferida pelo STF em relação ao Poder Judiciário e Administração Pública, de modo que pode vir a se tornar sem efeito o ato ou decisão conflitante com o pronunciamento da Suprema Corte.

Ademais, cumpre ressaltar que as eficácias vinculantes das decisões aqui discutidas não alcançam o próprio Supremo Tribunal Federal de modo que pode o Tribunal mudar seu posicionamento jurisprudencial, independentemente, da decisão anteriormente dada.

Outrossim, o efeito vinculante também não alcança o Poder Legislativo que continua livre em relação à sua produção normativa. A esse respeito *jus* trazer à baila voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na reclamação 5.442/PE, *in verbis*:

O efeito vinculante e a eficácia contra todos ("*erga omnes*"), que qualificam os julgamentos que o Supremo Tribunal Federal profere em sede de controle normativo abstrato, incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo, não se estendendo, porém, em tema de produção normativa, ao legislador, que pode, em consequência, dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada em legislação anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo, ainda que no âmbito de processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, sem que tal conduta importe em desrespeito à autoridade das decisões do STF. Doutrina. Precedentes. Inadequação, em tal contexto, da utilização do instrumento processual da reclamação.³⁹

³⁸ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 70.

³⁹ Rcl 5442 MC / PE. Relator: CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 31/08/2007, Publicado no DJE: 01/08/2013, p. 134.

Com efeito, cumpre registrar que a decisão declaratória do Supremo Tribunal Federal só alcança a atuação legiferante do Poder Legislativo. No que diz respeito à atuação atípica do referido Poder, isto é, quando atuante na sua organização administrativa como qualquer outro órgão administrativo estatal, estará, *incontinenti*, vinculado à decisão da Suprema Corte.

Após os estudos, por fim, dos efeitos das decisões na Ação Direta de Inconstitucionalidade, faz-se necessária a análise da mitigação desses efeitos com vistas a operabilizar o ordenamento jurídico, sempre observando os postulados constitucionais, sem, contudo, causar tumulto social e insegurança jurídica.

2.3 O artigo 27 da lei nº 9.868/99

Da premissa teórica de que lei inconstitucional é lei nula, decorre o fato de que a ela dado tratamento de invalidade, reconhecendo-a que jamais teria existido, pois se não respeitou a Constituição quando do seu nascimento é porque, verdadeiramente não nasceu.

Como consequência da nulidade da norma inconstitucional, reconhecendo-a como tal, desde o seu nascimento, é de se ver que a eficácia da decisão que assim lhe declara, retroagirá até o seu próprio nascimento. Portanto, dotada de efeitos *ex tunc*.

Em regra, as decisões no controle concentrado de inconstitucionalidade, mais especificamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (que tem equivalência na Ação Declaratória de Constitucionalidade, segundo a própria lei regulamentadora das ações), possuem efeitos retroativos, contra todos e vinculante.

No entanto, por vezes, a mera declaração de inconstitucionalidade de uma norma possui resultados insuficientes para a harmonização da ordem jurídica, bem como intransigência na comunidade social, uma vez que, o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, e, conseqüentemente, a sua invalidade, pode ser mais nocivo em termos gerais, do que a sua manutenção, como se constitucional fosse.

Atentas a essas consequências a doutrina, legislação e jurisprudência trataram de mitigar a regra da invalidade normativa, temperando a decisão reconhecedora da inconstitucionalidade, sejam modulando os seus efeitos, ou readequando a norma à Constituição.

Como já se viu, a questão da inconstitucionalidade das leis situa-se no plano de validade, isto é, quando inconstitucional, é nula de pleno direito.⁴⁰ Ocorre que, com vistas a

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 232.

mitigar a regra geral de nulidade da norma inconstitucional, o que resulta na eficácia retroativa, contra todos e vinculante da lei, o legislador optou por normatizar a possibilidade de temperamento dos efeitos temporais desta com a inclusão do art. 27 da Lei 9.869/1999, que assim dispõe:

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.⁴¹

O dispositivo em apreço permite que Supremo Tribunal Federal, de maneira excepcional, proceda à modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica e interesse social.

Os requisitos para que o STF possa manipular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade são dois: (i) 2/3 dos seus membros; e (ii) razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, sendo estes últimos abordados nos tópicos seguintes.

2.4 Modulação dos efeitos no Controle Concreto

Embora a Lei n. 9.868/1999 autorize o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, um questionamento interessante reside sobre a possibilidade do seu uso da modulação dos efeitos temporais da decisão no controle concreto.

A técnica da modulação dos efeitos nasceu com vistas a dar maior estabilidade e segurança jurídica às decisões proferidas no controle concentrado, dada a abstrativização decorrente da causa de pedir aberta realizada nesta modalidade de controle. Nos dizeres de Walber de Moura Agra

A modulação de efeitos ou liberdade de determinação da extensão temporal das decisões era aplicada apenas no controle concentrado de constitucionalidade em razão de que essa discricionariedade tem a função de melhor garantir a segurança jurídica e de adequar o controle de constitucionalidade às demandas da sociedade.⁴²

É de se registrar que o modelo difuso não se mostra incompatível com a técnica decisória da limitação dos efeitos, de modo que, havendo excepcional interesse público e necessidade de se garantir segurança jurídica, pode o STF afastar a regra do efeito retroativo

⁴¹ BRASIL. **Lei 9.868/1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 30 out. 2014.

⁴² AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 813.

da declaração de inconstitucionalidade, para evitar que essa declaração seja mais prejudicial à população do que a própria manutenção da inconstitucionalidade.⁴³

Estando de igual modo sujeitos às inferências que o controle de constitucionalidade possa causar na ordem jurídica, é indubitosa a possibilidade de limitação dos efeitos decisórios no controle incidental. Sob o escólio de Gilmar Mendes assim se infere:

A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, essa decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.⁴⁴

Nos moldes em que apresentado o controle concreto, a declaração da inconstitucionalidade, inevitavelmente, possuirá eficácia *ex nunc*. Interessante questão situa-se, pois, aos casos pendentes de decisão nas instâncias inferiores. Nesse caso, os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado da decisão. Os casos concretos ainda não transitados terão o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.⁴⁵

Para o fim de solucionar a celeuma, a proposta realizada pelo Min. Gilmar Mendes alcança a razoabilidade pretendida na compatibilização do Ordenamento Jurídico, sem, contudo, retirar-lhe o fim último a que se presta:

Tendo-se em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, mostra-se possível distanciamento temporal entre decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Pode-se ensinar a insegurança jurídica. É razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos sub judice, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1593.

⁴⁴ Ibidem, 2014.

⁴⁵ Ibidem, 2014, p. 1593.

Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle in abstracto nos diversos processos de controle concreto.⁴⁶

Assim, mostra-se indubitável, que a limitação de efeito é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, mecanismo voltado para a harmonização da órbita jurídica sem que haja o esvaziamento de outros princípios fundamentais tão importantes quanto o da Supremacia Constitucional, fato este que enseja a aplicação da modulação dos efeitos decisórios tanto no controle direto quanto no controle incidental.

A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle difuso (participação de *amicus curiae* e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação da fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário e a desformalização do recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível causa *petendi* aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito brasileiro.

Pode-se, assim apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.029 de 2012 E O VÍCIO FORMAL DA LEI Nº 11.516/2007: O CASO ICMBIO

O controle de constitucionalidade concentrado brasileiro não segue uma regra fechada. Em outras palavras, não há formula obrigatória pré-ordenada de como deve seguir o intérprete na análise de compatibilização entre um ato normativo e a Constituição.

Em um primeiro momento, é sim, a norma constitucional que deve nortear o nascimento e aplicação de qualquer ato normativo na ordem jurídica nacional. Mas não é só. Em diversos casos, a mera análise de compatibilização entre a Constituição e os demais atos normativos que lhe são inferiores, vai de encontro aos próprios mandamentos contidos no texto constitucional.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Em suma, se a Constituição deve ser respeitada, e o controle de constitucionalidade se apresenta de modo a relegar uma norma constitucional, é necessário que se encontre uma solução que não exclua nenhum dos dois polos conflitantes.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029 se apresentou como um caso pragmático em que o Pretório Excelso teve de optar por uma solução que não admitisse o desrespeito à Constituição Federal de 1988, bem como que não trouxesse insegurança à ordem jurídica.

Após a promulgação do acórdão pelo pleno do STF, o Advogado-Geral da União levantou questão de ordem, a qual, após longo debate pelos integrantes da Suprema Corte, decidiu-se acolhê-la julgando improcedente a ADI e incidentalmente inconstitucional os arts. 5º, caput, e 6º, §§ 1º e 2º da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional.

Em síntese, a ADI analisada se revelou como mais um dos casos, em que o STF abriu mão da teoria da nulidade e aplicou, com a criatividade que se espera do Poder Judiciário, uma solução que atendesse não só os anseios sociais, já que a questão de ordem levantada pelo AGU demonstrava a possibilidade da decisão final atacar a ordem jurídica, interferindo nas relações sociais até então pactuados, com base nas leis e medidas provisórias reflexamente inconstitucionais, mas também a ordem e unidade jurídico-constitucional brasileira.

Na presente seção, se buscou trazer à baila a discussão acerca da inconstitucionalidade formal do ICMBio. Tendo em vista, que nela é que se concentra a maior celeuma tratada na ação. Nota-se, que é exatamente neste ponto, que reside a questão de inconstitucionalidade questionada pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama.

3.1 Alegação de inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.516/2007

Segundo a associação nacional dos servidores do IBAMA (ASIBAMA Nacional), o processo legislativo constitucional que deu origem à Lei nº 11.516/2007 foi descumprido, tendo o vício de inconstitucionalidade formal surgido com a edição da Medida Provisória nº 366 de 2007, contaminando aquela lei.

Segundo a referida associação, o trâmite previsto no art. 62, § 9º da Constituição Federal não foi observado, bem como não foram observados os requisitos de relevância e urgência existentes no *caput* do artigo. Assim, dispõe o referido dispositivo normativo:

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. [...] § 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.⁴⁷

Para a ASIBAMA Nacional, a tramitação da Medida Provisória importou em grave violação ao processo legislativo constitucional, vez que

[...] foi submetida à votação pelo Congresso Nacional, sem antes atender ao disposto no § 9º, do art. 62 da Constituição da República. Ou seja, a tramitação da MP desrespeitou o comando constitucional que determinar a instalação de uma Comissão Mista de Deputados e Senadores no Congresso Nacional para analisar a matéria objeto da Medida Provisória e emitir parecer, submetendo aos seus pares o conteúdo do crivo parlamentar.⁴⁸

Na hipótese, segundo a ASIBAMA Nacional, ao revés da instalação da Comissão Mista conforme o §9º do art. 62 da Constituição Federal de 1988, o deputado federal Ricardo Bastos foi designado *ad hoc* pela Mesa da Câmara dos Deputados para proferir parecer substituindo a Comissão Mista do Congresso Nacional. Nesse sentido, sequer houve instalação da referida Comissão, conforme preceito, anteriormente, citado.

Ademais, segundo o autor da ação, os requisitos de relevância e urgência estavam ausentes, vez que o IBAMA já exercia as funções relegadas ao ICMBio, citando, inclusive, o fato de terem os dois entes firmado um termo de cooperação, cujo o resultado, segundo a ASIBAMA Nacional, “é a visível apropriação de toda a estrutura normativa, funcional e organizacional do IBAMA” pelo ICMBio.

3.2 A Decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

Ao se manifestar pela análise de mérito da ADI nº 4.029 de 2012, o ministro Luiz Fux, após fazer um panorama entre dispositivo da Constituição brasileira e argentina, entendeu que não há dispositivo na Constituição cidadã, de 1988, que permita a dispensabilidade de parecer da comissão bicameral do Congresso Nacional, nos casos de análise de medida provisória.

Contrariamente à previsão constitucional brasileira, a Constituição argentina dispõe que os *decretos de necesidad y urgência* serão apreciados por comissão parlamentar mista permanente. Todavia, não sendo o parecer proferido no prazo de dez dias pela Comissão, o mesmo será analisado, diretamente, pelas Câmaras.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_62_.shtm>. Acesso em: 20 maio 2015.

⁴⁸ Trecho da petição inicial da ADI nº 4.029. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2595890>>. Acesso em: 19 maio 2015.

Assim, entendeu o ministro relator Luiz Fux que, na ausência de dispositivo constitucional permissivo à engenharia legislativa operada pelo Congresso Nacional, a Lei aprovada se revestiria de vício formal, pois, aprovada com a inobservância do que propõe o art. 62, § 9º da Constituição.

Além do mais, na mesma oportunidade, o ministro relator reconheceu a existência de vício de inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.516/2007 uma vez que, segundo o próprio, não havia urgência para a edição da Medida Provisória nº 366 de 2007 que criou o ICMBio, sobretudo, por realizar funções exercidas pelo IBAMA, com recursos materiais fornecidos por essa autarquia.

3.3 A questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União

O acórdão da ADI nº 4.029, disponibilizado no sítio do Supremo Tribunal Federal, dá conta de que, o Advogado-Geral da União levantou questão de ordem para o fim de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade que permeava a Lei 11.516/2007. Consignou na oportunidade, que haveria mais de 500 medidas provisórias convertidas em lei que seguiram os trâmites da lei que criou o ICMBio. No mais, aproximadamente outras 50 ações que tramitava no STF continham como causa *petendi*, a inconstitucionalidade formal de leis que também não respeitaram o trâmite da medida provisória, conforme art. 62, §9º da Constituição.

A modulação proposta pelo AGU consistiria em conceder prazo de 24 meses para o Congresso Nacional adaptar o processo legislativo de tramitação das novas medidas provisórias conforme a nova orientação dada pelo STF.

3.4 Modificação do julgamento

Após análise do pleito, o ministro relator Luiz Fux, sensibilizado pela questão de ordem levantada, propôs ao pleno do STF que o julgamento, anteriormente realizado, fosse modificado.

Apesar da discussão envolvendo a matéria, o plenário chegou ao consenso em declarar incidentalmente a constitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergando os efeitos dessa decisão para as medidas provisórias que se encontrassem em tramitação para análise no Congresso Nacional, bem como as que surgiram anteriormente ao julgamento da demanda.

A partir dali, todas as Medidas Provisórias deveriam respeitar o comando do art. 62 da Constituição Federal de 1988. Na hipótese, a modulação dos efeitos temporais da decisão, como cediço, sustentou-se no art. 27 da Lei 9.868/99.

4 UNIDADE DO SISTEMA NORMATIVO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E OS REFLEXOS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.029/2012

Inicialmente, cumpre informar que, segundo o art. 93, IX da Constituição Federal, todas as decisões judiciais serão fundamentadas sob pena de nulidade. A fundamentação judicial não se resume à mera indicação normativa, a argumentos teratológicos, ou ainda, aos argumentos que em nada se baseiam no Direito.

Sob essa perspectiva, cumpre realizar uma breve análise sobre a decisão proferida na ADI nº 4.029, em que se utilizaram, preponderantemente, para a manutenção de uma lei inconstitucional, as consequências sociais e jurídicas ulteriores a uma eventual declaração de inconstitucionalidade.

Todavia, conforme se passará a expor, ao juiz não é dada a arbitrariedade de, utilizando-se de princípios constitucionais demasiadamente abertos axiologicamente, decidir conforme bem entender, ainda que no fundo sua decisão esteja baseada em boas intenções.

4.1 Superação do formalismo jurídico: o constitucionalismo moderno

O declínio do formalismo jurídico se deu no início do século XX. À época, várias foram as razões que levaram à adoção de um método interpretativo além da subsunção normativa. O surgimento de novas teorias que clamavam pela interpretação “correta” da norma foi inevitável. Entretanto, muitas delas situam-se em um plano altamente subjetivo, fato que deu notoriedade ao chamado neopositivismo, no qual não se nega que cada uma das teorias pós-positivistas tenha sua importância prática, mas o abandono total da aplicação normativa ao caso, restringindo a solução aos termos exatos da norma (subsunção), não seria a melhor guinada para se obter soluções adequadas aos problemas postos.

O abandono do formalismo jurídico surge, sobretudo, das necessidades impostas pela superação do modelo anterior⁴⁹, que encontraram espaço nas duas Grandes Guerras e nos regimes totalitários, imbuindo-o de legitimidade perante a sociedade:

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 26-27.

O fim da Segunda Guerra Mundial, com a derrota do fascismo na Itália e nazismo na Alemanha e a perplexidade planetária com as desumanidades praticadas sob amparo da legalidade (de que são exemplos marcantes o campo de concentração de Treblinka e a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagazaki), impôs uma releitura das concepções teóricas que concebiam o ordenamento jurídico como algo indiferente a valores éticos. Passa-se a repensar as regras jurídicas sob a perspectiva de sua relação com os princípios e os valores, quadra em que se encontra o Direito contemporâneo.⁵⁰

Nesse contexto histórico de ruptura do modelo positivista, reconheceu-se que esse modelo não serviria como elemento fundante e protecionista de uma comunidade democrática. Nele, o direito já abandonado, assim foi reconhecido posteriormente:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A Constituição já não mais se restringe ao estabelecimento de limites aos poderes estatais e a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos “valores fundamentais” da ordem da vida em comum.⁵¹

A partir daí, o constitucionalismo moderno nasce como uma guinada na legitimidade dos anseios e instituições sociais, servindo como um escudo contra os “temidos retornos de uma época de terror, de pressão, de tirania”.⁵² O “novo” Direito Constitucional (neoconstitucionalismo) ganha contornos a partir de novas características, antes não vislumbradas como: a superação do positivismo normativo; a ascensão dos valores; reconhecimento normativo dos princípios; e essencialidade dos direitos fundamentais.⁵³ Há, ademais, uma virada radical quanto ao método e a ótica sob a qual se divisa a ciência constitucional.⁵⁴

No novo patamar alcançado pela Constituição como fundamento de “validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de

⁵⁰ FACI, Lucio Picanço. **Discrecionariadade judicial**: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_sumario.htm> Acesso em: 10 maio 2015.

⁵¹ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre El Estado de Derecho y La Democracia**. Madrid: Trotta, 2000, p. 40.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 25.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 41.

⁵⁴ NOBREGA, Guilherme Pupe de; BRANCO, Paulo Gonet (Org.). Legitimidade das decisões em sede de jurisdição constitucional: Parâmetros para uma análise do discurso jurídico no Brasil. In: _____. **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012.

Direito”.⁵⁵ Nela a atuação da jurisdição constitucional se aproxima de um caráter mais político do que jurídico, necessitando de um movimento hermenêutico que lhe confira (ou mantenha) sua legitimidade.

4.2 A argumentação jurídica como pressuposto de legitimidade das decisões judiciais

O novo paradigma constitucional desenhado a partir da conformação pós-positivista impõe que o “instrumento decisivo do ‘método’ de interpretação constitucional não é mais a subsunção, mas a retórica e o argumento.”⁵⁶

Nesse prisma, princípios e regras ganham caráter normativo, possuindo distinções na textura e flexibilidade, podendo, ambos, ser “formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.” Princípios são, assim como as regras, “razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.”⁵⁷ A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Sobre a distinção entre regras e princípios, Willis Santiago Guerra Filho, assim se posiciona:

As regras trazem a descrição de estado-de-coisa formado por um fato ou certo numero deles, enquanto nos princípios há uma referência direta a valores. Daí se dizer que as regras se fundamentam nos princípios, os quais não fundamentariam diretamente nenhuma ação, dependendo para isso da intermediação de uma regra concretizadora. Princípios, portanto, têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade (referente à classe de indivíduos à que a norma se aplica) e abstração (referente à espécie de fato a que a norma se aplica) do que a mais geral e abstrata das regras.⁵⁸

No contexto em que se posiciona a Constituição, tanto as regras como os princípios são encarados como normas. A distinção entre eles, conforme exposto sob o escólio de Willis Santiago, dá aos princípios um amplo espaço hermenêutico, lugar este que não se encontra nas regras de modo tão amplo, pois, possuem um campo de abstração muito menor.

O espaço hermenêutico que se extrai dos princípios não é um espaço sem limitação. Daí que surge como problematização hermenêutica, a forma de “preenchimento, adequação,

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

⁵⁶ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**. Sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 153.

⁵⁷ NOBREGA, Guilherme Pupe de; BRANCO, Paulo Gonet (Org.). Legitimidade das decisões em sede de jurisdição constitucional: parâmetros para uma análise do discurso jurídico no Brasil. In: _____. **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012.

⁵⁸ GUERRA FILHO, W. S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

harmonização e maturação do conteúdo desses valores em sede de jurisdição constitucional”.⁵⁹

Kelsen já alertava para a abstração dos princípios elementares dentro do texto constitucional. De acordo com mestre do ciclo de Viena assim aduz: “a própria Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso”.

Segundo Kelsen, na ausência de precisão na interpretação de princípios como aqueles citados anteriormente, estariam tanto o legislador como “os órgãos de execução da lei” autorizados a preencher discricionariamente o espaço hermenêutico lhes confiado pela Constituição e pela lei.⁶⁰

Contudo, acaso assim fosse feito pelo Poder Judiciário, “a força do tribunal seria tal que deveria ser considerada simplesmente insuportável”, de modo que a concepção de cada valor hermenêutico poderia estar em desacordo com a concepção “da maioria da população, e o estaria, evidentemente, em desacordo com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei”. Em suma, Kelsen reconhece o poder que possui o intérprete em normas que são deveras abstratas, mas alerta que a utilização de todo esse poder ao alvedrio do intérprete pode configurar uma arbitrariedade, o que, certamente, perderá sua legitimidade, servindo-se, contrariamente, à norma e ao Estado Democrático de Direito.⁶¹ Calcado na preposição supramencionada, Lênio Streck afirma que:

O fato de não existir um método que possa dar garantia a ‘correção’ do processo interpretativo — denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito — não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (lembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) de acordo com sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo o conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico.⁶²

Desse modo, a jurisdição constitucional não pode realizar ao seu alvedrio a interpretação discricionária dos valores emergentes do texto constitucional. A celeuma então posta, propõe a necessidade de se aferir objetivamente a legitimidade dos argumentos lançados para pelo Tribunal Constitucional incumbido de interpretar a norma maior do Estado, e consequentemente todo o sistema que dela se origina.

⁵⁹ NOBREGA; BRANCO, op. cit.

⁶⁰ Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶¹ Kelsen, op. cit., p. 168-169.

⁶² Streck, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 192-193.

4.2.1 A unidade do sistema normativo-constitucional

Na definição de conceitos e criação de normas constitucionais, a própria jurisdição constitucional tem de sofrer parâmetros de controle. De acordo Guilherme Pupe de Nóbrega,

Esse controle não poderá, a priori, ser técnico (uma vez que a jurisdição constitucional, ela própria, exerce esse controle) e nem atécnico¹⁸⁶ (porque os componentes do Supremo Tribunal Federal, que protagoniza o exercício da jurisdição constitucional no ordenamento brasileiro não são eleitos). O controle será deslocado, então, para o âmbito da própria Corte Constitucional, no seu processo de amadurecimento institucional e de revisão de posicionamentos, e para o “espaço público” (die Öffentlichkeit), ¹⁸⁷ ou para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — é dizer: a sociedade, ela o destinatário final da jurisdição —, que se deterá sobre o discurso jurídico adotado como fundamento da decisão.⁶³

O exercício do controle e legitimidade de uma decisão tomada pela jurisdição constitucional pode ser realizado, sobretudo, através da análise de sua construção argumentativa. O parâmetro principal então, para se aferir a legitimidade e uma decisão judicial oriunda da interpretação dos postulados constitucionais, seria a exigência de uma fundamentação racional.⁶⁴ Assim, ainda de acordo com Nóbrega,

[...] a jurisdição constitucional deverá obedecer a certos limites que funcionem como parâmetros de controle de seu discurso no seu processo de criação do Direito, tanto para servirem de base de identificação da construção argumentativa levada a cabo, quando para conformá-la com a democracia, legitimando suas decisões não apenas em razão da fonte da qual provêm, mas porque racionalmente embasadas, refletindo, de forma coerente, os valores constitucionais.

A racionalidade de argumentação jurídica, portanto, pode ser encontrada no próprio texto constitucional. Assim, ao tempo que otimizam e flexibilizam os valores insculpidos na Constituição, os princípios também possuem uma outra função: a de limitar. Nesse sentido, Nóbrega, utilizando-se do escólio de Lênio Streck afirma que:

Por “mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir ‘múltiplas respostas’; portanto, ‘fecham’ a interpretação (e não a ‘abrem’)”, e, assim, agindo como vetores de interpretação, auxiliarão na distinção da interpretação razoável para aquela desarrazoada.⁶⁵

E é aqui que temos como ponto principal a unidade da Constituição como um sistema orgânico, que não admite contradição, mas, sim, complementação. Daí ser necessário que a solução a ser dada em casos onde há conflito de princípios, mormente daqueles assentados

⁶³ NOBREGA, Guilherme Pupe de; BRANCO, Paulo Gonet (Org.). Legitimidade das decisões em sede de jurisdição constitucional: parâmetros para uma análise do discurso jurídico no Brasil. In: _____. **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012.

⁶⁴ Ibidem, 2012.

⁶⁵ Ibidem, 2012.

constitucionalmente, seja a “menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas”.⁶⁶

4.3 O consequencialismo jurídico

A atuação constitucional contemporânea traz consigo diversos elementos incorporados à novel metodologia interpretativa, dentre elas o chamado consequencialismo que é uma das características da corrente de pensamento denominada pragmatismo, que tem ramificações no campo filosófico e jurídico.

Segundo Souza Neto e Sarmento, o pragmatismo é uma “avaliação das consequências práticas das decisões”. E continua,

A interpretação deve envolver a avaliação das necessidades humanas e sociais. O Direito é entendido não como um fim em si mesmo, mas como um meio para a realização daquelas necessidades; deve, portanto, se adequar a elas.⁶⁷

Para o pragmatismo, o ponto central é a forma como a decisão repercutirá no mundo social. O intérprete, portanto, teria como tarefa: a previsibilidade do impacto da decisão judicial na sociedade, de modo que “a interpretação que produzir as melhores consequências práticas é a que deve ser preferida.”⁶⁸ Ademais, afirmam os referidos autores que:

Ao invés de se voltar para o texto normativo, para as relações sistemáticas entre os preceitos constitucionais ou para o sentido que estes possuíam no momento da entrada em vigor da Constituição, o intérprete deve assumir uma postura pragmática e optar pela interpretação que produza melhores resultados práticos.

Todavia, ainda segundo Souza Neto e Sarmento, há uma corrente pragmatista (sofisticada) que defende “a preocupação como as consequências não apenas da decisão do caso concreto, mas também com aquelas que derivam da adoção ou rejeição de determinados argumentos ou teorias hermenêuticas.”

Além disso, conforme os autores, o pragmatismo clássico tende a abdicar-se do texto normativo, bem como dos preceitos constitucionais dando primazia “pela interpretação que produza melhores resultados práticos.”

O pragmatismo mais sofisticado, tem em si, além da preocupação final da decisão e o seu impacto social, preocupação com as consequências “que derivam da adoção ou rejeição

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁶⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 608.

⁶⁸ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 608.

de determinados argumentos ou teorias hermenêuticas”, nada impedindo que “adira ao formalismo por razões consequencialistas”⁶⁹. Ele pode considerar, por exemplo, que a dita teoria, num dado contexto, produz melhores resultados do que as que decorreriam da adoção de um modelo que permitisse ao intérprete, em cada caso, decidir de acordo com a sua avaliação pessoal das consequências.⁷⁰

Sem dúvida, parece ser mais adequada, de acordo com a ordem constitucional vigente, a corrente pragmatista que defende a necessidade de aferição das consequências sociais, associada à racionalidade da argumentação jurídica.

Nesse mesmo sentido, Pirozi ao considerar a função jurisdicional a partir do consequencialismo afirma que

[...] há de se ter prudência, para que não sejam extrapolados os limites de suas funções, devendo o juiz se ater aos “princípios informativos do sistema” (THEDORO JÚNIOR, 2003, p. 121), fundamentando suficientemente suas decisões (art. 93, IX, da Constituição da República), deixando de impor valores eminentemente pessoais. O juiz que claudicar nesse mister verá suas decisões justamente reformadas pelos órgãos recursais.⁷¹

Assim, ainda que se possa considerar que o consequencialismo (vertente pragmatista) possua relevante contribuição à sociedade, a função jurisdicional não pode significar descompasso e desconexão com a ordem jurídica, sob pena de reduzi-la às concepções pessoais e morais internas do intérprete.

4.4 Uma análise crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal

Das premissas, anteriormente, expostas, verifica-se que o Supremo Tribunal, ao julgar improcedente a ADI nº 4.029, o fez com base nos efeitos sociais decorrentes da adoção de um modelo deveras radical, se houvesse de declarar a inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, vez que daí irradiaria a mesma consequência para as leis que se encontrassem em situação similar.

Todavia, não houve no julgamento argumentação jurídica suficiente que fizesse o STF refutar os postulados da supremacia e rigidez constitucionais. A utilização da segurança jurídica como fator permissivo a tal desiderato encontra um valor demasiadamente abstrato.

⁶⁹SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁷⁰Ibidem, 2012.

⁷¹PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo judicial**: uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças.

Não se quer aqui combater quais as medidas provisórias seriam aptas ou não para causar um panorama de insegurança jurídica acaso fosse extirpada do ordenamento jurídico.

Entretanto, não houve sequer menção, no julgado sobre quais medidas provisórias pudessem exprimir tal importância para a ordem jurídica como um todo, deixando essa importante questão sem pronunciamento do STF.

O consequencialismo clássico vai de encontro à necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O seu uso irrestrito retira a legitimidade da atuação jurisdicional, uma vez que até os leigos na área judicante são dotados de boas intenções. Adotar o consequencialismo como bastante para refutar a soberania de uma Constituição é relegar ao acaso a sua manutenção em um grau superior de hierarquia.

Certo é que, a unidade constitucional permite mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo. Todavia, não se pode abrir mão da racionalidade de uma decisão que o pretenda fazê-lo.

Sabendo-se que a Constituição é suprema e rígida, tais qualificações devem também serem incorporadas às decisões da jurisdição constitucional, a fim de que reconheça, sobretudo, o caráter orgânico e sistêmico da ordem jurídica vigente.

A realização do processo de dizer o direito, mormente em sede de interpretação constitucional, deve ter parâmetros bem delineados a fim de que se possa aferir a legitimidade e racionalidade das decisões judiciais. Em que pese a boa intenção e preocupação da Suprema Corte no caso em testilha, observa-se que a fundamentação do acórdão em análise foi insuficiente a demonstrar as razões legítimas de, após declarar uma norma inconstitucional, rever o seu posicionamento mantendo-a no ordenamento jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal representa verdadeiro paradigma de validade para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Kelsen já propunha que a Constituição de um Estado é hierarquicamente superior às demais normas que não estejam dentro dela. Trata-se da supremacia constitucional.

Noutra linha, somente uma Constituição que se diferencie tanto nos valores nela concebidos, como no seu processo de elaboração, pode trazer segurança à ordem normativo-constitucional, pois se assim não fosse, uma regra que estivesse com ela incompatível a revogaria.

Há muito, o Brasil não adota de maneira irrestrita a teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional. Atualmente, essa ideia vem sendo mitigada pelo Supremo Tribunal Federal para o fim de estabelecer um cenário de segurança jurídica, uma vez que a declaração nua e crua de um ato normativo inconstitucional, com eficácia retroativa, pode causar instabilidade da ordem jurídica como um todo.

Nesse cenário, o art. 27 da Lei 9.868/99 permite ao STF que module os efeitos temporais de uma declaração de inconstitucionalidade, desde que exarada por 2/3 dos membros da Corte, bem como, quando houver necessidade calcada na segurança jurídica e no excepcional interesse social.

A ADI nº 4.029 se mostrou como um caso diferenciado em que a Suprema Corte teve de optar entre a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 11.516/2007 (e a consequente extirpação de diversas normas do ordenamento jurídico que estivessem em iguais condições) e a segurança jurídica.

Na oportunidade, embora a Lei nº 11.516/2007 tivesse sido declarada inconstitucional, por ocasião de uma questão de ordem levantada pelo Advogado-Geral da União, o plenário do STF modificou o julgamento, mantendo aquela lei no ordenamento jurídico.

Embora, a permissão a tal desiderato decorra da própria Constituição (de uma análise sistemática da ordem constitucional vigente), haja vista ser uma atuação judicial excepcional, em casos tais é imprescindível que a decisão seja coerente a racional, não se baseando meramente nas consequências que dela podem advir.

Com efeito, por mais que decisões assim representem boas intenções, estas se baseiam, demasiadamente, no conceito interno de moral do julgador. Ao seu alvedrio, analisar se as condições de uma decisão são boas ou não para a sociedade requer argumentação idônea baseada em cânones constitucionais. Ora, somente a Constituição, nas suas qualidades de supremacia e rigidez, pode permitir a manutenção de um ato que com ela seja incompatível. É necessário, pois, argumentação jurídica robusta para o fim de manter a harmonia da ordem normativo-constitucional.

Assim, a submissão à Constituição não se trata de mera compatibilização mecânica da norma infraconstitucional em relação àquela. A própria Constituição proclama a segurança jurídica como um princípio a ser observado, devendo este, em razão da sua densidade axiológica, ser devidamente utilizado a partir de uma argumentação que represente a racionalidade do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. de M. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Lei 9.868/1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>.

BOCKENFORDE, E.-W. **Estudios sobre El Estado de Derecho y La Democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPPELLETTI, M. **Controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

_____. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

COSTA, N. N. **Constituição federal anotada e explicada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DINIZ, M. A. V. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FACI, L. P. **Discricionariedade judicial**: considerações sobre a perspectiva positivista de Kelsen e Hart e a proposta de Dworkin para sua superação. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_sumario.htm> .

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOPES, J. A. V. **Lições de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELLES, H. L.; WALD, A.; MENDES, G. F. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, P. de. **Comentários à Constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NOBREGA, G. P. de; BRANCO, P. G. (Org.). Legitimidade das decisões em sede de jurisdição constitucional: parâmetros para uma análise do discurso jurídico no Brasil. In: _____. **A eficácia das decisões judiciais com foco nas decisões da jurisdição constitucional STF**. Brasília: IDP, 2012.

PIROZI, M. J. M. **Consequencialismo judicial**: uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. Disponível em: < http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/consequencialismo_judicial.pdf>.

QUEIROZ, C. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.