

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Senhor presidente, eminente Relator, Min. Alexandre de Moraes, eminentes Ministros.

Dirirjo do relator por entender não ser cabível a presente ADPF. Adianto que, se vencido na preliminar, com o devido respeito ao e. Ministro Relator apresento voto, desde logo, pelo indeferimento do pedido contraposto. Portanto, exporei as razões pelas quais, quer na preliminar, quer no mérito, com expresse pedido de vênia, não referendo a liminar deferida.

Retomo brevemente os pedidos deduzidos: na ADPF n. 661, o Partido Progressista requer medida cautelar para suspensão dos prazos de vigência, sem perda de eficácia, de Medidas Provisórias que não versem sobre a contenção e controle dos efeitos da pandemia de COVID-19; enquanto na ADPF n. 663, o Presidente da República, diante da situação de excepcionalidade instaurada pela pandemia do COVID-19, requer seja aplicado o prazo de suspensão previsto para o recesso parlamentar, no intuito de evitar a caducidade das medidas provisórias que se encontrem ou venham a se encontrar na situação do art. 62, §3º, da Constituição, inclusive com a possibilidade de prorrogação por 30 dias.

Por sua vez, o Congresso Nacional, em manifestação conjunta das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, informou as medidas adotadas a fim de evitar a transmissão do vírus em suas dependências e, ao mesmo tempo, preservar a continuidade das atividades, em especial, o Sistema de Deliberação Remota. Refuta, assim, a inviabilidade do funcionamento parlamentar, propondo, em relação à tramitação das Medidas Provisórias, uma minuta de ato conjunto a ser editado com o aval do Supremo Tribunal Federal para este fim.

O ministro relator anotou que a *“a hipótese trazida aos autos não é de recesso parlamentar”* e entendeu que a *proposta do Congresso Nacional é “razoável e atende ao princípio da eficiência”* e autorizou, *“nos termos pleiteados pelas Mesas das Casas Legislativas, que, durante a emergência em Saúde Pública de importância nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, as medidas provisórias sejam instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando, excepcionalmente, autorizada a emissão de parecer em substituição à*

Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental; bem como, que, em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque possam ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota (SDR) em cada Casa; sem prejuízo da possibilidade das Casas Legislativas regulamentarem a complementação desse procedimento legislativo regimental.”

Penso, porém, que todos os pedidos, inclusive o do Congresso Nacional, esbarram nos limites da cognição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo certo que, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, “*não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*”.

Com base no texto legal, é possível identificar três requisitos para a propositura da arguição: a legitimidade para agir; a controvérsia judicial ou jurídica, nos casos em que a doutrina tem denominado de “arguição incidental”; e a subsidiariedade.

Nos termos da legislação pertinente, a petição inicial deve, portanto, não apenas atender aos requisitos da propositura, como também deve demonstrar a utilidade da intervenção do Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, a petição inicial deve conter: (i) a indicação do preceito fundamental que se entende violado; (ii) a indicação do ato questionado; (iii) a prova da violação do preceito fundamental; (iv) o pedido com suas especificações; e (v) a comprovação, se for o caso, da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Para além dos requisitos explícitos, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal também tem reconhecido limites implícitos à utilização da ADPF que decorrem, por sua vez, do próprio limite da atuação do Poder Judiciário. Assim, em alguns precedentes, o Tribunal assentou que não se admitiria a ação quando a declaração de inconstitucionalidade parcial implicasse inversão do sentido da lei, porquanto “*não é permitido ao Poder Judiciário agir como legislador positivo*” (ADI 1.949-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 25.11.2005).

Os requisitos de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental não traduzem mera formalidade jurídica que possa ser dispensada quando o direito material, por relevante, assim o exigir. As formalidades exigidas pela lei servem de amparo para o funcionamento das instituições constitucionais e, por isso, são parâmetros estruturantes do Estado Democrático de Direito que visam preservar a competência própria de cada um de seus órgãos.

Ao Supremo, cabe o exame da violação, ou de sua ameaça, de um preceito fundamental. Ao arguente, cabe a demonstração dessa violação ou do justo receio de que ela venha a ocorrer. A adequada definição do ato violador é indispensável para que o Supremo não avance nas esferas de atribuições de outros poderes.

E isso deve persistir mesmo – e, quiçá, especialmente – no período marcado juridicamente pela excepcionalidade do estado de calamidade pública. Como escrevi recentemente, “*a fortaleza da Constituição também deve resistir ao assédio que se quer se alavancar, insuscetível, no caso da pandemia, a justificar um regime extravagante.*” (FACHIN, Edson. A esperança não é um estado de exceção. Folha de São Paulo, São Paulo, ano 100, n. 33.230, 26 de mar. 2020, Tendências/debates, p. A2)

Os atos questionados seriam os atos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados (Ato da Comissão Diretora do Senado Federal n.º 7/2020, IN da Mesa do Senado Federal n.º 13/2020 e a Resolução da Câmara dos Deputados n.º 14/2020) que dispensaram o trabalho presencial dos congressistas e servidores e instituíram o sistema de deliberação remoto, postulando-se, ainda, a interpretação conforme do art. 62, §4º, da Constituição, a fim de que seja aplicado o prazo de suspensão previsto para o recesso parlamentar. A cumulação de pedidos implicaria o cabimento, pela subsidiariedade, da ADPF. Como preceitos fundamentais, citam o devido processo legislativo, bem como a soberania e a segurança jurídica.

No entanto, os atos questionados tratam especificamente do pleno funcionamento do processo legislativo.

Os fundamentos servem, não à suspensão que pleiteiam – com a conseqüente perpetuação da eficácia das Medidas Provisórias –, e sim à necessária preservação do devido processo legislativo constitucional, no qual não há qualquer previsão fundada nessa excepcionalidade. Eis o que prescreve o artigo 62 da Constituição da República, destacando-se os parágrafos 3º e 4º que tratam dos prazos:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I - relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) direito penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

III - reservada a lei complementar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

O recesso parlamentar, por sua vez, é determinado por exclusão do período de reunião, previsto no art. 57: “ *O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.* ”

A atividade legislativa do Poder Executivo é, num Estado Democrático de Direito, uma função atípica e, portanto, excepcional. A excepcionalidade está a indicar que as regras instituídas pelo constituinte (originário e reformador) para o seu exercício devem ser compreendidas como imprescindíveis, afinal:

"o procedimento democrático não é uma atividade espontânea, senão um produto de regras. Estas regras não são arbitrárias, mas sim estão desenhadas para maximizar o valor epistêmico daquele processo." (Tradução livre de NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997. p. 273)

A relação entre os poderes Executivo e Legislativo não é estanque, e apresenta variações formais importantes ao longo da história. Bastaria lembrar, por exemplo, como ao final do séc. XVIII os revolucionários dos dois lados do Atlântico desconfiavam fortemente do Poder Executivo. A memória do poder ministerial do Antigo Regime inspirava reticência nos atores políticos, e o pensamento constitucional refletia em larga medida o teor de famosa passagem do Contrato social, na qual Jean-Jacques Rousseau marginalizava o Executivo como o 'reino dos atos particulares': "*O poder executivo não pode pertencer à generalidade como legislador ou soberano; porque esse poder consiste apenas em atos particulares que não pertencem à ordem da lei nem tampouco, por conseguinte, à ordem da soberania, cujos atos só podem ser leis*" (ROUSSEAU, J-J. *Du contrat social*. In: *Oeuvres complètes*, t.3. Paris: Gallimard, 1964, p. 395-396).

Como relembra o eminente Relator, min. Alexandre de Moraes, a distância entre o conceito de "lei" e o do Poder Executivo será reduzida para responder a crescentes demandas de atuação em casos de excepcional necessidade e urgência. Se, de fato, é possível reconhecer na teoria constitucional da Restauração monárquica um novo equilíbrio de forças entre os poderes, vai ser sobretudo a exigência de novas funções do Estado que catalisará a elaboração dos contornos de um poder normativo primário do Executivo. A passagem do séc. XIX ao séc. XX, na Europa, testemunha o que o historiador e sociólogo francês Pierre Rosanvallon chamou de "A era da reabilitação", isto é, uma reformulação radical do papel do poder Executivo em regimes constitucionais, com consequente extensão de suas competências e reforço de mecanismos de produção de legitimidade (ROSANVALLON, Pierre. *Le bon gouvernement*. Paris: Seuil, 2015, p. 90).

Se tomarmos o caso dos decretos-lei italianos, que estão na origem da concepção que hoje temos das nossas Medidas Provisórias, veremos que a competência legislativa do Poder Executivo caminhará da pura excepcionalidade, fundada apenas na necessidade de defesa do Estado, à institucionalização constitucional. É o que nota José Levi Mello do Amaral Júnior em seu comentário ao Art. 62. da Constituição: "*Inicialmente, sem nenhuma previsão no Direito positivo; a seguir, como fonte normal do*

Direito, por ele próprio prevista” (AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Art. 62. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1.234). Essa situação corresponde à formação de certo senso comum, durante a primeira metade do séc. XX, de que a teoria da separação dos poderes teria sido superada: *“a função do Governo, afirmou Carlos Medeiros Silva, se confunde cada vez mais com a legislação*” (SILVA, Carlos Medeiros. As atribuições constitucionais do poder executivo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 31, p. 1-9, jan. 1953, p. 9).

Não se pode, contudo, descurar de dois fatores decisivos para a análise dessa transição de paradigmas. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a assunção de funções legislativas pelo Governo jamais foi feita sem ressalvas pela doutrina, e encontrou importante resistência entre os autores a ela contemporâneos. O jurista italiano Luigi Rossi resumiu a questão em frase basilar: o poder do governo de decretar em regime de urgência é uma questão *“juridicamente importante, constitucionalmente vital e politicamente espinhosa*” (ROSSI, Luigi. Il decreto-legge sui Provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario. Temi veneta, n. 42, 509-513, 1899, p. 509).

Em segundo lugar, a Teoria Constitucional se mobilizou para identificar os mecanismos de controle aos atos normativos primários do Poder Executivo. Nas palavras de Clemerson Merlin Clève, professor na Universidade Federal do Paraná, minha alma mater, e que tanto se dedicou ao tema: *“cumpre trabalhar juridicamente (e politicamente, por que não?) no sentido de fulminar o abuso da atividade legiferante do Governo, em benefício da plena efetividade da Constituição e para proveito da democracia*” (CLÈVE, Clemerson Merlin, Medidas provisórias. 3ª ed., São Paulo: RT, 2010, p. 23). Essa será a marca de um constitucionalismo não mais centrado na preponderância de um Poder sobre os demais, mas no equilíbrio justo e constitucionalmente regulado entre as funções executiva, legislativa e judicial.

A partir de artigo seminal do professor da Universidade de Oregon, Hans Linde, a doutrina passou a conceber a necessidade de um *Due process of Lawmaking*, isto é, a aplicação da cláusula do “devido processo” à produção legislativa. Isso significa algo mais que a ideia de que ninguém será privado de sua vida, de sua liberdade ou de sua propriedade sem um devido processo legal. Aqui, a palavra “processo” se amplia para referir à própria noção de legislação. Segundo Linde: *“o ponto é que o processo é governado, em todas as suas partes, por regras; que essas regras são*

dirigidas a fins e que, de tempos em tempos, são modificadas; e que a maioria das regras é suficientemente concreta, de modo que participantes e observadores reconheçam quando um corpo legislativo está seguindo o devido processo legislativo ou não” (LINDE, H. Due process of Lawmaking. Nebraska Law Review, vol 55, p. 197-255, 1976, p. 242).

Assim, a relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, no marco da Constituição de 1988, depende, portanto, dos princípios e regras que garantem as condições procedimentais para uma gênese democrática do Direito. O devido processo legislativo exerce, neste sentido, não apenas uma função de mediação entre os vetores de poder que emanam do Executivo e do Legislativo, senão antes representa uma cláusula de garantia da orientação democrática da produção normativa. Como assevera Marcelo Cattoni: “devido processo legislativo democrático, ou seja, democracia e abertura nos discursos legislativos de justificação das normas jurídicas do agir” (CATTONI, Marcelo. Teoria da constituição. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 208).

Assim, as limitações, formais e materiais, à edição e perpetuação das Medidas Provisórias, visam justamente a amoldar o sistema de freios e contrapesos necessário à separação de Poderes no Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 e aprimorado pela Emenda Constitucional nº 32/2001. Sobre o tema, assim decidiu esta Corte na ADI n.º 5.127:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (ADI 5127, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: 8

Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016)

Na ocasião, ponderei:

“Não é possível na ambiência histórica atual sucumbir a argumentos fatalistas que aprisionem as potencialidades democráticas do futuro, negando-as em razão de um modo de agir que demonstra desrespeito sistemático à moldura institucional construída pela Constituição da República.

O desvirtuamento dos mecanismos constitucionais que permitem o excepcional exercício de funções atípicas pelos diversos braços do Estado brasileiro pode desembocar em respostas dos demais em um subsequente turno de fala que, a fim de reequilibrar e acomodar os embates institucionais, não raras vezes resulte em distorções da arena democrática.

Tais leituras da ordem constitucional brasileira amesquinham cotidianamente os poderes da República, notadamente o Legislativo,

Poder que deve - à luz da sempre presente tensão entre constitucionalismo e democracia - prestar papel relevante na construção diuturna da narrativa constitucional brasileira.

Lidas sob esse enfoque, as regras formais que regulamentam o devido processo legislativo podem ser desveladas em seu pleno potencial democrático, como arcabouço construído mediante escolhas fundamentais da comunidade nos momentos constituintes (feliz expressão cunhada por Bruce Ackerman) de modo a canalizar os futuros julgamentos políticos e as futuras tomadas de decisão.

Tais questões não passaram despercebidas em sede doutrinária. Em seu livro *Living Originalism*, Jack M. Balkin, não obstante deixe claro apresentar, de um lado, uma teoria constitucional, e, de outro, uma teoria da interpretação e construção constitucionais, bastante específicas - todas elas pensadas a partir da peculiar realidade dos Estados Unidos da América -, traz ao debate a interessante chave de leitura do denominado originalismo de moldura (framework originalism), que, ao mesmo tempo em que reconhece um dever de fidelidade às escolhas fundamentais, não ignora a noção de disputabilidade de sentido e de novas construções a serem realizadas no marco da moldura constitucional (BALKIN, Jack M. *Living Originalism*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, passim).

Sob essas lentes devem ser lidos os pedidos ora analisados. Nada autoriza a suspensão pleiteada. Pelo contrário. A ressalva ao procedimento de deliberação das Medidas Provisória, tal como a interpretação conforme procedida ao art. 62, § 6º, pela decisão do Mandado de Segurança n.º 27.931, citada pelo relator, deve ser lida como exceção, não permitindo relativizar as demais exigências procedimentais a depender de circunstâncias concretas. É justamente nesses momentos que a supremacia da Constituição deve preponderar.

Sobrepôr à exceção do Art. 62, §6º uma outra equivale, na prática, a criar hipótese de suspensão da Constituição não prevista pelo próprio texto. Tratar-se-ia, em última análise, de mitigação do princípio da separação dos poderes em prol de um regime jurídico derogatório alheio ao sistema constitucional de crises (CORRÊA, Oscar Dias. A defesa do Estado de direito e a emergência constitucional. Rio de Janeiro: Imprensa, 1957). As fronteiras entre norma e exceção se tornariam ainda menos claras, e a possibilidade de controle por parte do Poder Legislativo se reduziria drasticamente. O conceito de “estado de crise”, cunhado por Karl Loewenstein para unificar os fenômenos de regulação dos poderes excepcionais em face dos princípios da necessidade, temporalidade e proporcionalidade (LOEWENSTEIN, Karl. Political power and the government process. Chicago: The University of Chicago Press, 1957) perderia o sentido. Afinal, como assevera Giuseppe de Vergottini, a situação de normalidade indicaria, aqui, “*um regime de concentração em favor do Executivo, em um contexto de compressão da autonomia*” (DE VERGOTTINI, Giuseppe. Diritto costituzionale comparato. 9ª ed. Padova: Cedam, 491).

Assim, não havendo efetivamente ato do poder público questionado e diante da inépcia dos pedidos - “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão” (CPC, art. 330, §1º, III) – impõe-se o indeferimento da ADPF, nos termos do art. 4º da Lei n.º 9.882/99, o que, de todo modo, serve ao indeferimento do pedido liminar pela falta da probabilidade do direito.

O acolhimento pelo e. Ministro Alexandre de Moraes do pedido do Congresso Nacional percebeu essa incoerência do pedido, assentando que as limitações procedimentais são necessárias ao sistema de freios e contrapesos da separação de poderes, não tendo sido excetuadas pela Constituição sequer quando regula o estado de defesa e o estado de sítio.

Embora tenha indeferido o pedido cautelar da parte autora, o e. relator deferiu o pedido contraposto do Congresso Nacional, autorizando a edição de ato com a finalidade de regular a tramitação das Medidas Provisórias no período de calamidade, o que foi efetivado por meio do Ato Conjunto nº 01, de 2020, da Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Apesar de compreender incabível o controle prévio de constitucionalidade conforme a pacífica jurisprudência da Corte (ADPF 43 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/11/2003, DJ 19-12-2003 PP-00062 EMENT VOL-02137-01 PP-00001; MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013) ou, mesmo após a superveniência do ato, o controle da constitucionalidade sem efetiva controvérsia (exigida pelo art. 14, III, da Lei n.º 9.868/99), a excepcionalidade do período tem exigido a edição de inúmeras medidas provisórias cuja constitucionalidade quanto ao rito adotado pode ser tardiamente questionada, devendo-se, assim, por razões de segurança jurídica, princípio caro ao Estado Democrático de Direito, ser analisado o mérito do ato, especialmente por considerá-lo *prima facie* inconstitucional.

A questão constitucional do ato editado reside na exigência do art. 62, § 9º, da Constituição, de parecer elaborado pela comissão mista de Deputados e Senadores:

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Previu-se, porém, no ato questionado (trecho em destaque):

Art. 1º Este Ato dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, de medidas provisórias editadas durante a vigência da Emergência em Saúde Pública e do estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, ainda pendentes de parecer da Comissão Mista a que se refere o art. 62, § 9º, da Constituição Federal

Parágrafo único. Aplicam-se as disposições da Resolução nº 1, de 2002-CN, no que não colidir com o disposto neste Ato.

Art. 2º No primeiro dia útil seguinte à publicação, no Diário Oficial da União, de medida provisória, de que trata o art. 1º, a

Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir os respectivos avulsos eletrônicos.

Parágrafo único. Enquanto durar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional e o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19 as medidas provisórias serão instruídas perante o Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ficando excepcionalmente autorizada a emissão de parecer em substituição à Comissão Mista por parlamentar de cada uma das Casas designado na forma regimental.

Art. 3º À Medida Provisória poderão ser oferecidas emendas perante o órgão competente da Secretaria Legislativa do Congresso Nacional, protocolizadas por meio eletrônico simplificado, até o segundo dia útil seguinte à publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, sendo a matéria imediatamente encaminhada em meio eletrônico à Câmara dos Deputados após decorrido esse prazo;

§ 1º Quando em deliberação nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, operando por sessão remota, as emendas e requerimentos de destaque deverão ser apresentados à Mesa, na forma e prazo definidos para funcionamento do Sistema de Deliberação Remota em cada Casa.

§ 2º As emendas já apresentadas durante os prazos ordinários de tramitação das medidas provisórias vigentes na data de edição deste Ato não precisarão ser reapresentadas.

§ 3º Permanecem válidos todos os atos de instrução do processo legislativo já praticados em relação às medidas provisórias vigentes na data de publicação deste Ato, inclusive designação de relatores e eventuais pareceres já deliberados em comissão mista.

Art. 4º A medida provisória será examinada pela Câmara dos Deputados, que deverá concluir os seus trabalhos até o 9º (nono) dia de vigência da Medida Provisória, a contar da sua publicação no Diário Oficial da União.

Art. 5º Aprovada na Câmara dos Deputados, a matéria será encaminhada ao Senado Federal, que, para apreciá-la, terá até o 14º (décimo quarto) dia de vigência da medida provisória, contado da sua publicação no Diário Oficial da União.

§ 1º A tramitação em cada Casa atenderá às regras estabelecidas para esse período, especificamente no que se refere ao funcionamento dos Sistemas de Deliberação Remota de cada Casa.

§ 2º Havendo modificações no Senado Federal, a Câmara dos Deputados deverá apreciá-las no prazo de 2 (dois) dias úteis.

Art. 6º Ao disposto neste Ato não se aplica o art. 142 do Regimento Comum.

Art. 7º Este Ato se aplica às medidas provisórias já editadas e em curso de tramitação, observado o disposto no § 3º do art. 3º.

Parágrafo único. As medidas provisórias pendentes de parecer da Comissão Mista serão encaminhadas com as respectivas emendas para a Câmara dos Deputados, para que o parecer seja proferido em Plenário.

Art. 8º Havendo necessidade de prorrogação formal de medida provisória a que se refere este Ato, nos termos do § 1º do art. 10 da Resolução nº 1, de 2002-CN, caberá à Presidência do Congresso Nacional avaliar sua pertinência.

Art. 9º Ato interno de cada Casa poderá dispor sobre procedimentos adicionais necessários à implementação do disposto neste Ato.

Art. 10. Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

A inconstitucionalidade reside no art. 2º, parágrafo único, uma vez que os pareceres emitidos por um membro de cada Casa não substituem a exigência constitucional do art. 62, §9º, de parecer elaborado pela Comissão mista.

Essa regra, inclusive, já foi objeto de deliberação por este Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n.º 4029, salientando a importância dos debates nas comissões e do respeito, já ressaltado aqui, do devido processo legislativo, com referência novamente à doutrina do prof. Clemerson Merlin Clève (grifei):

Ementa: 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. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...). 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: CLÈVE, 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). (...) (ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203)

Aqui, de igual modo, a regra questionada esvazia a atribuição deferida pela Constituição ao necessário debate das Comissões Mistas, que, no momento pandêmico, pode ser realizado de forma virtual, tal qual estamos nós a deliberar sobre a matéria. É, novamente, a imprescindível adesão ao devido processo legislativo previsto na Constituição.

O art. 7º é inconstitucional por determinar a aplicação do rito às medidas provisórias pendentes.

Ante o exposto, dirijo do relator e voto pelo não conhecimento e consequente extinção das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 661 e n.º 663, nos termos do art. 4º, da Lei n.º 9.882/99.

Se vencido no não cabimento, acompanho o relator no indeferimento dos pedidos das iniciais, mas dirijo do e. Ministro Relator e voto também pelo indeferimento do pedido contraposto.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta do voto