



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

**Fabício Bittencourt da Cruz**

**Medidas Provisórias?**

**Análise crítica ao texto constitucional**

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientadora: Flávia Cristina Piovesan

CURITIBA

Agosto de 2006



**Fabício Bittencourt da Cruz**

## **Medidas Provisórias?**

### **Análise crítica ao texto constitucional**

#### **Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Flávia Cristina Piovesan**

Orientadora

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Claudia Maria Barbosa**

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Convidada

**Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto**

Prof. Dr. Convidado

**Prof. Dr. Luiz Vergilio Dalla Rosa**

Prof. Dr. Convidado

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Claudia Maria Barbosa**

Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUCPR.

Curitiba, 22 de agosto de 2006

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

### Fabício Bittencourt da Cruz

Graduou-se em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa em 2000. Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista perante a Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Especialista pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ex-Promotor de Justiça. Juiz Federal Substituto na Seção Judiciária do Paraná. Professor de Direito Constitucional na Escola da Magistratura do Paraná. Professor de Direito Processual Constitucional nas Faculdades Campo Real.

### Ficha Catalográfica

C957m 2006	Cruz, Fabrício Bittencourt da Medidas provisórias? : análise crítica ao texto constitucional / Fabrício Bittencourt da Cruz ; orientadora, Flávia Cristina Piovesan. – 2006. 115 f. ; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006 Inclui bibliografia
	1. Direito constitucional. 2. Medida provisória. 3. Estado. 4. Separação de poderes. I. Piovesan, Flávia Cristina. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
	Doris 4. ed. 341.2 340.3216 341.201 341.233

## Agradecimentos

A Deus.

À minha mãe, Iracema, pelo amor além da linguagem.

Ao Leocádio, meu pai, meu mestre e meu exemplo.

À Jocema, antítese construtiva do meu eu.

À Fernanda, alma gêmea.

Aos eternos amigos Dino, Guedes, Edu, Thiago, Jabur, Julian, Calil, Shimidt, Xandy e Marquinhos, pela paciência e compreensão.

À Sílvia, à Andréia, à Patrícia, à Eva e ao Heldo, pelas energias positivas que só as grandes amizades podem proporcionar.

À Professora Flávia Piovesan, por me guiar pela *selva selvagem* dissertativa.

Ao Professor Vladimir Passos de Freitas, pelos sábios conselhos.

À Isabel e, mais uma vez, à Eva, por tornarem mais tranquilo o caminho de quem mora longe.

À Maria Emília, pelo inestimável auxílio na pesquisa bibliográfica.

## Resumo

Cruz, Fabrício Bittencourt da. **Medidas provisórias? Abordagem crítica ao texto constitucional.** Curitiba, 2006. 115p. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Direito Econômico e Social. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Medidas provisórias? Abordagem crítica ao texto constitucional consiste no estudo da medida provisória enquanto instrumento normativo primário capaz de inovar a ordem jurídica. O dogma da separação dos poderes foi idealizado num momento histórico em que eram buscadas limitações racionais ao poder do soberano. Era a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Na atualidade, com a adoção, pela Constituição Federal, do modelo de bem-estar social na delimitação do âmbito de atuação do Poder Executivo, justifica-se a necessidade de um meio ágil para que o Presidente da República lapide a ordem jurídica em casos relevantes e urgentes, utilizando-se da medida provisória como utensílio de governabilidade. Contudo, a desenfreada edição de medidas provisórias, o desrespeito aos pressupostos constitucionais da relevância e urgência, a inércia do Poder Legislativo no tocante à apreciação e à fiscalização que lhe competem, o respaldo jurisdicional à reedição e a reforma constitucional promovida pela EC 32/2001 tornam imprescindível análise crítica do texto constitucional tanto na redação original quanto na decorrente das inovações promovidas em 11 de setembro de 2001. O trabalho se vincula à linha de pesquisa dos direitos socioambientais não apenas porque analisa os poderes do Estado contemporâneo e suas respectivas limitações, controles e interferências, mas também porque não se furta ao estudo da democracia enquanto fundamento do poder no Estado Democrático brasileiro.

## Palavras-chave

Direito. Constitucional. Constituição. Estado. Democracia. Medida. Provisória.

## Abstract

Cruz, Fabrício Bittencourt da. **Medidas provisórias? Abordagem crítica ao texto constitucional.** Curitiba, 2006. 115p. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Direito Econômico e Social. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Provisional remedies? Critical boarding to the constitutional text in vigor consists on the study of the provisional remedy while primary normative instrument capable to innovate the law system. The dogma of the power separation was idealized at a historical moment where rational limitations to the power of the sovereign were searched. It was the transition of the State Absolutist for the Liberal State. In the present time, with the adoption, for the Federal Constitution, of the welfare state model in the delimitation of the scope of performance of the Executive, justifies it necessity of an agile way so that the President of the Republic stones the jurisprudence in excellent and urgent cases, using itself of the provisional remedy as govern utensil. However, the wild edition of provisional remedies, the disrespect to estimated constitutional of the relevance and the urgency, the inertia of the Legislative in regards to the appreciation that compete to it, the jurisdictional endorsement to the new edition and the constitutional reform promoted by EC 32/2001 in such a way become essential critical analysis of the constitutional text in the original writing how much in the writing after the innovations promoted in 11 of September of 2001. The work if ties with the line of research of the socioambientals rights not only because it analyzes them to be able of the State contemporary and its respective limitations, controls and interferences, but also because it is not stolen to the study of the democracy while bedding of the power in the Brazilian Democratic State.

## Keywords

Law. Constitutional. Constitution. State. Democracy. Measure. Provisory.

## Sumário

Introdução	10
1. Estado de Direito	13
1.1. Afirmação da supremacia do indivíduo	18
1.1.1. A democracia grega	21
1.1.2. A democracia moderna: sistema representativo	23
1.2. Necessidade de limitação do poder dos governantes	25
1.2.1. O princípio da separação dos Poderes	26
1.2.2. Influência do primado da separação	28
1.2.3. O quarto Poder na Constituição de 1824	29
1.2.4. Críticas ao modelo de Montesquieu	30
1.2.5. Controle recíproco e a interpenetração entre os Poderes	32
1.2.6. A CF/88 e o mecanismo de pesos e contrapesos	34
1.2.7. Atuação do Poder Executivo na perspectiva do Estado Social	35
2. Medidas provisórias	39
2.1. Atividade normativa do Poder Executivo na CF/88	40
2.2. Medidas provisórias: imprescindibilidade?	43
2.3. Medida provisória x <i>decreto-legge</i>	45
2.4. Medida provisória x decreto-lei	52
2.5. Medida provisória: natureza jurídica	55
2.6. Medida provisória: procedimento	58
2.7. A redação original do art. 62 da Constituição Federal	62
2.7.1. Os pressupostos da relevância e da urgência	64
2.7.2. Limites constitucionais à edição de medidas provisórias	70
2.8. A atual redação do art. 62 da Constituição Federal	77
2.8.1. Os pressupostos da relevância e da urgência	79
2.8.2. Limites constitucionais à edição de medida provisória	81
2.8.3. Medida provisória x tributo	83
2.8.4. Medida provisória: eficácia	86
2.8.5. Regime de urgência	89

2.8.6. Vedação à reedição	91
2.9. Governadores e Prefeitos x medidas provisórias	92
2.10. Emendas à Constituição x medidas provisórias	95
2.11. A perenização do provisório	98
2.11.1 Retrocesso e desrespeito à premissa do Estado Democrático	105
Conclusão	108
Referências Bibliográficas	119

*As nuvens alaranjadas do crepúsculo douram  
todas as coisas com o encanto da nostalgia; até  
mesmo a guilhotina.*

Milan Kundera, *A Insustentável Leveza do Ser*.

## Introdução

Thomas Kuhn utiliza o conceito de paradigma para explicar que o conhecimento científico não se desenvolve somente de modo cumulativo e contínuo. Um paradigma tem como característica a indicação de um universo de valores partilhados por membros de uma comunidade. Funciona como parâmetro e, muitas vezes, até mesmo como fundamento ao conhecimento científico em determinados momentos histórico-culturais. Alterações paradigmáticas decorrem de insuficiência de respostas a diversas espécies de indagações incapazes de encontrar resposta num paradigma que já se encontra em crise. Essas alterações implicam necessariamente reordenações de princípios tidos como inalteráveis perante o paradigma anterior, justamente porque não se trata de mera inovação, mas de pura ruptura no pensamento escorado no paradigma ultrapassado. Com a mudança paradigmática ampliam-se sobremaneira os horizontes científicos até então tolhidos porque não submetidos a uma crítica mais radical em relação aos padrões anteriores.<sup>1</sup>

A física pós-newtoniana, por exemplo, é marcada pela teoria da relatividade de Einstein, que cuidou de superar o paradigma até então aceito de conceitos metafísicos como espaço e tempo absolutos<sup>2</sup> e pelo princípio da indeterminação de Heisenberg, que pôs termo à teoria mecanicista e à “máquina do mundo newtoniana”.<sup>3</sup>

A existência de enorme quantidade de medidas provisórias editadas, adiadas e reeditadas fornece dados empíricos à constatação de que o princípio da separação estrita dos poderes, idealizado na transição do medievo para o moderno, no molde que Montesquieu se baseou para afirmar a necessidade de limitação do poder pelo próprio poder, é um dos paradigmas que o Brasil contemporâneo indica estar abalado.

Por um lado, a partir da perspectiva do Estado Social não há como negar a necessidade de, em casos relevantes e urgentes a ponto de não se poder a-

---

<sup>1</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 257.

<sup>2</sup> HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. Trad. Ivo Korytowski. 3. ed. São Paulo: Arx, 2001, p. 3-27.

<sup>3</sup> CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 47-91.

guardar o prazo de cem dias previsto para o término do procedimento legislativo sumário, o Presidente da República editar medidas provisórias com força de lei.

Por outro, mostra-se extremamente preocupante não só a atividade normativa do Poder Executivo em larga escala, como se percebeu ao menos até a promulgação da EC 32/2001, mas também, após a reforma constitucional daquele mundialmente inesquecível e lastimável 11 de setembro: a possibilidade de trancamento de pauta no Congresso Nacional como instrumento político manejável pelo Presidente da República; a manutenção dos efeitos de medida provisória expressamente rejeitada quando o Congresso Nacional não regulamentar as relações jurídicas dela decorrentes; e, entre outras disfunções, aquilo que se optou por denominar *perenização* dos efeitos de todas as medidas provisórias editadas em momentos anteriores ao advento da EC 32/2001.

O texto é confeccionado em dois capítulos. No primeiro faz-se inicialmente breve abordagem a respeito do surgimento e da evolução do Estado de Direito. Discorre-se sobre a passagem do sistema de feudos para o sistema capitalista e o paralelo nascimento do Estado Absolutista, baseado principalmente nas doutrinas de Maquiavel e Hobbes. Em seguida refere-se a algumas das características do Estado Liberal e cita-se o constitucionalismo como consequência direta de ideais iluministas voltados à busca de limitações ao poder absoluto do soberano. Dedicar-se ainda parte da pesquisa ao discurso da democracia como fundamento ideológico do poder no Estado de Direito com o objetivo de expor bases sobre as quais se permite afirmar, linhas adiante, se há, ou não, déficit democrático na atividade normativa do Poder Executivo, seja ao editar medidas provisórias, ao legislar por delegação do Poder Legislativo ou ao publicar decretos autônomos, estes entendidos como instrumentos normativos primários capazes de inovar a ordem jurídica.

Indica-se *O Espírito das Leis* como uma obra que não só demonstrou a necessidade de limitação do poder dos governantes, mas convenceu os estudiosos e políticos da época em que foi publicada e é tida como essencial ao estudo da ciência política pela fortíssima influência que gerou e vem gerando até os dias atuais. Busca-se a identidade do Poder Executivo na perspectiva do Estado Social e noticiam-se críticas atuais à divisão dos poderes de Estado nos estritos moldes preconizados por Montesquieu no Século XVIII e propugnados pelo Estado Liberal que então germinava na Europa continental.

No segundo capítulo, depois de análise das maneiras pelas quais pode o Presidente da República, com base na Constituição Federal, inovar a ordem jurí-

dica direciona-se o trabalho a aspectos especificamente relacionados às medidas provisórias.

Aborda-se o decreto-lei como antecedente histórico imediato e destaca-se a incongruência entre o sistema de governo presidencialista, adotado pela República Federativa do Brasil, e o perfil da medida provisória, copiado do *decreto-legge* traçado especificamente para a Itália e seu sistema parlamentarista de governo.

Analisa-se tanto o texto original do art. 62 da CF quanto o atual com o objetivo de comunicar que a EC 32/2001 além de ter contemplado mudanças substanciais nesse mecanismo tido por “quase legislativo”, ao arripio de regras constitucionais pré-existentes, acarretou nítido desvirtuamento da natureza jurídica das medidas provisórias editadas para instituição ou majoração de algumas espécies de impostos, incorreu em inconstitucionalidade ao pretender fazer com que todas as medidas provisórias editadas antes de 11 de setembro de 2001 permanecessem em vigor sob condição resolutiva, tornou possível a manutenção dos efeitos de medida provisória rejeitada na hipótese de ausência de regulamentação das relações jurídicas pelo Congresso Nacional e atribuiu indiretamente ao Presidente da República a possibilidade de trancar a pauta legislativa.

Salienta-se que, a despeito das grandes mudanças, ainda há limites para além das matérias hoje expressamente distanciadas de veiculação por medida provisória.

A pesquisa desenvolvida também possibilita a demonstração de que a relevância e a urgência, como pressupostos à edição de medidas provisórias, embora se trate de conceitos indeterminados, denotam a excepcionalidade do procedimento e podem encontrar, no próprio texto constitucional, um parâmetro quantitativo objetivo, qual seja, a possibilidade de o Presidente da República solicitar urgência para apreciação de projetos de lei de sua iniciativa e a verificação de que o Presidente da República e, na melhor das hipóteses, os Governadores de Estado e Distrital são os possíveis detentores da prerrogativa de edição de medidas provisórias.

# 1

## Estado de Direito

No medievo europeu continental<sup>4</sup> não havia Constituição alguma. O que existia eram feudos e a relação de poder à época era a verificada entre servos e senhores. Os senhores (duques, barões) viviam em castelos, ao redor dos quais, com o desenrolar da história (séculos XII, XIV e XV), formaram-se pequenos vilarejos conhecidos por burgos, locais em que passava a ser exercido o comércio. Isto ocorria porque a sociedade, até então simples e composta basicamente por três castas (clero, nobreza e camponeses), passava a se tornar mais complexa: os feudos já não absorviam toda a mão-de-obra camponesa, que aumentava exponencialmente; como consequência, os “excluídos” daquele sistema tinham de exercer outras atividades, tornando-se ferreiros, carpinteiros, artesãos, pequenos comerciantes e formando pequenas comunidades. A terra deixava de ser a única fonte de riqueza.

O comércio e a indústria expandiram-se e a classe burguesa, vivenciando o que se pode chamar de capitalismo embrionário, precisava de moeda e de segurança para negociar (nego + ócio). Era factível, então, a necessidade de algo que assegurasse a normalidade e a ordem mediante coerção. Inaugurava-se a transição do medievo à Idade Moderna (séculos XV a XVIII), marcada pela centralização de poder a monarcas.

A solução encontrada pelos burgueses, ao perceberem que era necessária uma diferente organização política, capaz de conferir-lhes estabilidade, ordem e tranqüilidade, foi fortalecer a autoridade do rei para consolidar tais objetivos. Formavam-se crescentes monarquias nacionais. Surgia o Estado Absolutista.

O Estado Absolutista passou por duas fases. Na primeira, a fundamentação era divina e incontestável. Maquiavel, nessa época, escreveu *O Príncipe*. Paradoxalmente, o absolutismo encontrava freios, os quais eram decorrentes da fundamentação teleológica estatal. Havia dualidade de poder entre monarca e clero.

---

<sup>4</sup> Diante da matriz romano-germânica em que se fundamenta nosso sistema jurídico optou-se por abordar somente alguns dos aspectos históricos ligados à Europa continental.

A segunda fase foi marcada pelo distanciamento da idéia de Estado de toda e qualquer base teleológica. O absolutismo passava a ser fundamentado em bases filosóficas e contratuais. Viviam-se num período de revolução paradigmática no campo da filosofia. Instaurava-se uma nova fundamentação ao poder, apta a substituir os valores medievos. Aceitavam-se novas argumentações – visão antropocêntrica, racionalista e humanista na filosofia.

Era a época do renascimento cultural, que acarretou a definitiva secularização do Estado em relação à Igreja.

Tomas Hobbes, o primeiro contratualista, discorreu a respeito do Estado “Leviatã”. Tratava-se de discurso dialético envolvendo civilização e barbárie.<sup>5</sup>

O homem perde a liberdade em troca da promessa de conservação. Evidentemente que um preço deve ser pago ante a passagem ao estado de sociedade. Todas as liberdades são transferidas ao Estado, “senhor absoluto da vida e dos comportamentos humanos, pelos menos segundo a tese implícita nessa singular doutrina com que a razão buscou edificar o Estado Moderno”.<sup>6</sup>

A grande conquista na transição do medieval para o Estado Moderno foi a soberania estatal. O Estado passou a ter existência tanto no plano interno quanto no externo, internacional.<sup>7</sup>

Maquiavel e Hobbes forjaram ideologias que guiaram e legitimaram os arbítrios do regime absolutista, despido de valores ou limitações morais e submergido em atrocidades, o que facilitou a propagação da idéia de uma nova justificativa alicerçar o discurso do poder Estatal.

Paulo Bonavides refere-se a Locke, Montesquieu e Rousseau como responsáveis pela descrição, no Século XVIII, de uma trajetória que se iniciou com

---

<sup>5</sup> “Palco de uma guerra civil do gênero humano, o estado de natureza aparelhava, por conseguinte, o extermínio e mútuo aniquilamento de todos. Era um estado de sangue, desconfiança e ferócia contumaz, em que o medo, institucionalizado no instinto de sobrevivência, não deixava ainda antever o advento da consciência agregativa, suscetível de instituir um sistema de relações fundado no estabelecimento da ordem e da segurança. Estado de natureza fadado a perpetrar-se se não houvesse logo, por necessidade já inelutável, a passagem ao estado de sociedade.” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25).

<sup>6</sup> Id, p. 25.

<sup>7</sup> “O século XVII servira de apogeu à justificação, propagação e consolidação da doutrina da soberania. Esta doutrina extrai-se de uma imposição causuística do poder – o poder do monarca, gradativamente edificado e ampliado e afirmado no curso das dissensões e antinomias medievais, como absoluto e supremo, quer do ponto de vista interno, quer do ponto de vista externo. Externamente, fundava-se a independência do Estado Moderno, favorecido pelos antigos combates do Imperador germânico com o pontífice romano e internamente erguia-se um centro de autoridade incontrastável na cabeça visível do monarca de direito divino ou de poderes absolutos”. (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p 134-135).

sérias e severas críticas ao absolutismo enquanto doutrina e terminou com a ideologia da vontade geral como cerne da democracia moderna.<sup>8</sup>

Era a época do Renascimento e do Iluminismo, movimentos nos quais já se havia internalizado o novo paradigma filosófico, fundado no (e a partir do) sujeito cognoscente, na razão pura, no “penso logo existo” de Descartes.<sup>9</sup>

Esses movimentos difundiram-se sobremaneira durante o século XVIII e marcaram franca oposição ao regime absolutista. Discutia-se a possibilidade da mudança das bases nas quais se fundava a noção de Estado. Propunha-se liberalismo econômico, maior participação popular nas decisões estatais e limitações ao poder dos soberanos.

Após Hobbes, o poder absoluto do Estado já não havia sendo aceito e germinavam os ideais revolucionários, no entanto ainda não havia Constituição.

John Locke, o segundo contratualista, tal como Hobbes, fundava os argumentos na idéia de delegação, todavia não de forma tão ampla, visto que refutava a possibilidade de delegação da própria vida em prol da segurança e salientava a pré-existência de direitos naturais ao homem e superiores ao poder do Estado. Em Locke, já se sinalizava certa noção de Constituição, pois se resguarda a liberdade individual, a vida e outros direitos tidos por naturais.

Rousseau, por sua vez, não utilizou o discurso barbárie versus civilização. Os argumentos foram voltados à idéia de um “consenso” inicial: “O homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado. Aquele que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles. Como se deu essa mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio poder resolver esta questão”.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, op. cit. p. 195.

<sup>9</sup> O paradigma do ser encontrou aceitação desde a perspectiva filosófico-cosmológico-grega até o mundo medieval e a respectiva perspectiva filosófico-teocêntrica. O paradigma do ser dá suporte à filosofia como ontologia. O ser é tido como fundamento dos entes. Não há falar em ser pensado, como posteriormente pretenderam os filósofos antropocêntricos. A modernidade filosófica é marcada pela substituição do paradigma do ser pelo paradigma do sujeito. O *conhecimento* é que cria o objeto. Não se pode ignorar a contribuição kantiana com a crítica à razão pura e a inauguração do modelo filosófico transcendental: “Até agora se supôs que todo nosso conhecimento tinha que se regular pelos objetos; porém, todas as tentativas de mediante conceitos estabelecer algo a priori sobre os mesmos, através do que o nosso conhecimento seria ampliado, fracassaram sob esta pressuposição. Por isso tente-se ver uma vez se não progredimos melhor nas tarefas da Metafísica admitindo que os objetos têm que se regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com a requerida possibilidade de um conhecimento a priori dos mesmos que deve estabelecer algo sobre os objetos antes de nos serem dados”. (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Balduur Moosburger. 3 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987, p. 14.).

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**; Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 09.

Ele sustentava que a ordem social não advém da natureza, mas funda-se em convenções, uma vez que “o mais forte nunca é bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”.<sup>11</sup>

E adiante: “dizer que um homem se dá gratuitamente é dizer uma coisa absurda e inconcebível; este ato é ilegítimo e nulo, pelo simples fato de que quem o pratica não está em seu juízo perfeito. Dizer o mesmo de todo um povo é supor um povo de loucos: a loucura não estabelece o direito”.<sup>12</sup>

Para Rousseau, antes de buscar compreender o ato pelo qual um povo elege um soberano, um Estado Leviatã, é preciso examinar o ato pelo qual um povo é um povo e é aí que reside a idéia de um pacto inicial com vistas a uma comunhão de forças suficiente à fundação da sociedade.

Argumentou que Robinson Crusó e Adão, enquanto sozinhos em seus respectivos mundos, não necessitavam de pacto inicial algum. Contudo, a partir do momento em que passaram a coexistir, o pacto inicial necessitava ser firmado.

Com o pacto inicial, Rousseau pressupôs a unanimidade em um tempo remoto qualquer. Se assim não o fizesse “onde estaria a obrigação de os menos numerosos se submeterem à escolha dos mais numerosos e de onde vem o direito de cem indivíduos, que querem um senhor, votar por dez que não o querem?”.<sup>13</sup>

Rousseau não esteve imune a críticas. Entretanto, concretizou a idéia de Estado como instrumento hábil à busca de um objetivo comum e limitado no tocante à possibilidade de manejar direitos individuais.

Estava formado o “caldo de idéias” iluministas. A burguesia, classe já fortalecida, não mais se contentava somente com o poder econômico e não mais suportava os abusos absolutistas. Os burgueses queriam o poder político. Advio a Revolução Francesa sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade. O Terceiro Estado, classe composta por burgueses e camponeses que representava quase a totalidade da população francesa, tomava o poder.

Instituiu-se a Assembléia Nacional para a criação de uma Constituição democrática e, após a invasão popular, em 1789, da velha prisão da Bastilha, símbolo do absolutismo monárquico, Luís XVI viu-se forçado a reconhecer a legitimidade da Assembléia.

---

<sup>11</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques, op. cit, p. 12.

<sup>12</sup> Id, p. 14.

<sup>13</sup> Id, p. 19-20.

Proclamou-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 1791 concluíram-se os trabalhos constituintes e a Constituição elaborada pelo Terceiro Estado deu início à monarquia constituinte na França.

Surgia o Estado Liberal, absenteísta.<sup>14</sup>

A burguesia precisava dos princípios do “deixai fazer”, de modo a possibilitar o desenvolvimento do capitalismo, base de seu poderio econômico. O Estado tinha por base a lei codificada. O que não era proibido era permitido. Protegiam-se os direitos de primeira dimensão (vida, liberdade, segurança).

O Estado passou a ser estruturado em um sistema normativo fundamental. Os direitos humanos, tidos como fundamentais ao homem, passaram a ser assegurados tais como alguns direitos políticos como a participação popular nas políticas estatais e outros, sociais, como a proteção do trabalho.

Conseqüência direta dos ideais iluministas, o constitucionalismo surgiu numa época em que as liberdades individuais eram mitigadas, menosprezadas pelo poder do absolutismo monárquico que imperou durante os séculos XV a XVIII.

Filósofos contratualistas como Locke, Rousseau e Kant, além de Montesquieu com seu *Espírito das Leis*, teorizaram limitações racionais ao absolutismo de então. Esses limites racionais ecoavam uma espécie de regramento fundamental continente de normas ligadas à separação de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e, inclusive, à possibilidade de destituição do governante em caso de descumprimento do “contrato” inicial que teria supremacia em relação a todas as outras regras.

Paulo Ricardo Schier aponta que toda a caracterização do Estado Liberal é fundada numa tríplice separação entre Estado e sociedade: separação entre política e economia, separação entre o Estado e a moral e separação entre o Estado e a sociedade civil. Refere-se a Kant como um dos expoentes na divulgação da idéia de que questões morais não são passíveis de resolução mediante uma legislação tida por “externa” como o direito; a Adam Smith e à teorização

---

<sup>14</sup> “O Estado Liberal, também chamado por alguns de Estado Constitucional, é o que vai procurar com a maior eficiência até hoje conhecida o atingimento da liberdade no sentido de não-constrangimento pessoal. É o coroamento de toda luta do indivíduo contra a tirania do Estado (...) O seu pressuposto fundamental é que o máximo de bem-estar comum é atingido em todos os campos com a menor presença possível do Estado. É uma concepção basicamente otimista. Não repudia a natureza humana no que ela tem de egoísta e ambiciosa. Pelo contrário, parte dessa constatação para afirmar que o livre jogo dos diversos egoísmos produzirá o bem-estar coletivo.” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p 68).

da auto-regulação do mercado sem a necessidade de qualquer tipo de interferência estatal; e a Humboldt como o principal expoente de uma concepção a partir da qual o Estado é mera referência comum dos indivíduos o qual tem como único escopo garantir a paz social capaz de permitir o desenvolvimento da sociedade de acordo com suas próprias regras.<sup>15</sup>

Dalmo de Abreu Dallari cita três objetivos que, conjugados, resultam no constitucionalismo ou o por ele denominado Estado de Direito: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”.<sup>16</sup>

### 1.1. **Afirmação da supremacia do indivíduo**

A supremacia do indivíduo pode ser analisada sob a ótica da própria fundamentação do que se entende por Estado Moderno desde o fim do absolutismo, ou seja, a vontade do indivíduo enquanto parte de um povo, enquanto co-responsável pela legitimação do poder estatal, enquanto ator social ao qual se reconhece o “poder” de decidir acerca do futuro da nação em que habita.

Aristóteles classificou as formas de Governo em monarquia, aristocracia e democracia. Definiu a monarquia como o governo de um só; a aristocracia como o governo de alguns, ou o governo dos melhores; e a democracia como o governo que deve atender na sociedade aos reclamos de conservação e observância dos princípios de liberdade e igualdade.

A sociedade romana, por intermédio dos escritores políticos da época, acolheu com reservas a classificação de Aristóteles, acrescentando uma quarta forma: a forma mista de governo que, conforme Cícero, existia no Estado romano e vinha a ser a melhor de todas. Essa forma aparece, em regra, por mera limitação ou redução dos poderes da monarquia, da aristocracia e da democracia, mediante determinadas instituições políticas, como um Senado aristocrático ou uma Câmara democrática.

Maquiavel afirmou que “todos os Estados, todos os domínios que exerceram e exercem poder sobre os homens, foram e são ou Repúblicas ou Principados”. Com essa afirmação, acabou classificando as formas de Governo de ma-

---

<sup>15</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional**: anotações nucleares. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 33-35.

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2.005, p. 168-173.

neira dualista: de um lado a monarquia, como poder singular, e, de outro, a República, poder plural capaz de englobar, segundo ele, a aristocracia e a democracia.<sup>17</sup>

Montesquieu legou a mais afamada das classificações das formas de Governo, que se desdobrariam em republicana, monárquica e despótica. Definiu a republicana como aquela em que o povo, em seu conjunto (ou apenas uma parte dele), possui o poder soberano; a monárquica como aquela em que só um governa, mas somente por meio de leis fixas e estabelecidas; e a despótica como sendo a em que um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua própria vontade e de seus caprichos.<sup>18</sup>

Para Hans Kelsen, tanto na antiguidade quanto na contemporaneidade, um governo do povo é desejado pelo fato de tal governo ser, supostamente para o povo, o que permite concluir (ou ao menos esperar) que o governo atue no interesse desse mesmo povo.

Advertiu, contudo, que a questão relativa ao que seja realmente o interesse do povo não admite uma única resposta, pois se pode mesmo duvidar tanto de que o povo, em certos casos, tenha uma mesma opinião, quanto de uma vontade do povo dirigida para a realização dessa mesma opinião. Assim, o que ocorre na maioria dos casos é que um governo pode se autoconsiderar um governo *para* o povo, ainda que possa não ser de forma efetiva um governo *do* povo. A forma de governo definida como “governo do povo”, para Kelsen, não pressupõe uma vontade voltada à realização daquilo que efetivamente constitua o bem comum. O termo designa um governo no qual o povo participa direta ou indiretamente, um governo exercido por decisões da maioria de uma assembléia popular ou por um ou mais corpos de indivíduos, ou até mesmo por um único indivíduo eleito pelo povo.<sup>19</sup>

Norberto Bobbio entendia a democracia como uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte e como tal, se contrapondo às formas autocráticas, tais quais a monarquia e a oligarquia.<sup>20</sup>

Segundo Montesquieu, quando na República o povo em conjunto detém o poder soberano, está-se vivendo numa Democracia; ao contrário, quando esse

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit, p. 192-196

<sup>18</sup> MONTESQUIEU. Charles de Seconcat, Baron de. **O espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1.991, p. 140-141.

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2.000, p. 7.

poder está concentrado nas mãos de uma parcela do povo, vive-se numa aristocracia.

O povo na democracia é, sob certos aspectos, o soberano e, em outros, o súdito. Só se pode ser monarca a partir da veiculação de sufrágios, que representam a vontade do povo. Para Montesquieu, a vontade do povo soberano é a própria soberania. Dessa forma, as leis que estabelecem o direito de sufrágio são fundamentais para esse governo. Assim, mostra-se tão importante regulamentar como, por quem, para quem, sobre o que os sufrágios devem ser dados quanto, numa monarquia, saber quem é o monarca e de que maneira ele deve governar.<sup>21</sup>

Max Weber era cético quanto aos valores acrescentados na sociedade pela democracia e deixou isso claro ao afirmar que quaisquer mudanças técnicas que se promovam na forma de governo em si mesmas não têm o condão de acarretar uma nação competente, nem feliz e tampouco valorosa. Elas apenas são aptas a afastar do caminho empecilhos mecânicos, constituindo-se assim, pura e simplesmente, em meios para que determinado fim seja alcançado.<sup>22</sup>

Aristóteles, discípulo de Platão, não era propriamente um democrata. Para ele, a oligarquia não significa a soberania concentrada nas mãos de poucos, mas dos ricos, enquanto que a democracia, em contraposição, significa a soberania concentrada na classe pobre, ou dos menos aquinhoados.<sup>23</sup>

Entretanto, é de Aristóteles o mais conhecido e difundido conceito de democracia, que inspirou a construção dos regimes não autocráticos em todo o planeta e que está insculpido na Constituição Federal<sup>24</sup> como o mais importante dos seus princípios: “governo do povo e para o povo”.<sup>25</sup>

O vocábulo “democracia”, em seu significado original, cunhado na Grécia antiga, significa “governo do povo” (*demos* = povo + *kratein* = governo) que, na verdade, tinha por essência a participação dos governados no governo, o princípio da liberdade no sentido da autodeterminação política. Foi com esse sentido

<sup>21</sup> MONTESQUIEU, op.cit, p. 19-20.

<sup>22</sup> WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 27.

<sup>23</sup> PLATÃO, **O Político**, 302 c e ss.; Aristóteles, **A Política**, 1279 b, 11 e ss.

<sup>24</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO FEDERAL” (Constituição Federal, Preâmbulo).

<sup>25</sup> “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CF, artigo 1º, parágrafo único).

que a expressão se disseminou e chegou até os nossos dias, tendo sido adotada por quase toda a civilização ocidental.

Friedrich Müller adverte que o termo “democracia não deriva apenas etimologicamente de ‘povo’, já que Estados Democráticos se intitulam ‘governos do povo’, justificando-se e afirmando que, em última instância, o povo é que estaria governando. À pergunta: Quem é o povo? Müller responde que não basta um documento político invocar o povo ou, de maneira diametralmente oposta, não basta a descoberta sóbria de que o povo que não exerce a dominação ainda não se deve deslegitimar. O povo que legitimaria as ações de governo seria o povo inteiro, ou apenas os membros dos partidos políticos, ou apenas os membros ativos desses partidos, ou ainda os líderes das respectivas bancadas? Seria portanto o povo fora dos partidos e dos seus aparelhos simplesmente a população? Será que a legitimação dessa atuação provém de todos os detentores da nacionalidade, ou apenas dos detentores dos direitos eleitorais, ou apenas dos detentores do direito eleitoral ativo? E então, quem é o povo ao qual aludem aqueles que o invocam como os reais governantes de um Estado Democrático?”<sup>26</sup>

Desses questionamentos pode-se deduzir ser a lição de Müller voltada à conclusão de que se nem a todos os cidadãos é permitido votar e nem todos aqueles que possuem o direito de voto efetivamente votam, é forçoso admitir haver um outro povo escondido por detrás dos efeitos informais sobre a formação da opinião pública e da vontade política “do povo”; que quando uma constituição atribui todo poder ao povo, ela não formula esse enunciado com base na realidade. Na verdade, ela não fala sobre o poder do povo, todavia se atribui legitimidade através dele.<sup>27</sup>

### 1.1.1. A democracia grega

A democracia – não como se a conhece na atualidade ocidental, mas como foi idealizada pelos antigos – originou-se na Grécia, na Cidade-Estado de Atenas, onde o povo passou a ser conclamado a se reunir para decidir sobre os assuntos de Estado como integrantes de um enorme parlamento, cuja casa legislativa era o Agora, a praça pública. Essa forma de democracia passou a ser

---

<sup>26</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da Democracia. São Paulo: Max Lemonad, 2.003, p. 47-50.

<sup>27</sup> *Povo*, como salienta Friedrich Müller, não é um conceito unívoco e descritivo e, numa das acepções, pode ser considerado tão-somente como operacional à procura de determinado número de sujeitos para a atribuição de certas prerrogativas (MÜLLER, 2003, op. cit, p. 13-14).

doutrinariamente conhecida como democracia direta, porque o povo, reunido em praça pública, discutia e decidia.

As bases da democracia grega, segundo Nitti, citado por Paulo Bonavides, estão representadas pelo princípio da isonomia (que proclamava a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de grau, classe ou riqueza, pois a ordem jurídica reclamava o mesmo tratamento a todos os cidadãos, conferindo-lhes iguais direitos e punindo-os sem privilégio de foro, de forma que toda discriminação de ordem jurídica em proveito de classes ou grupos sociais equivalia à quebra desse princípio); pelo princípio da isotimia (que abolia na organização democrática grega todos os títulos ou funções hereditárias e abria a todos os cidadãos o livre acesso ao exercício das funções públicas, sem mais distinção ou requisito que o merecimento, a honradez e a confiança depositada no administrador pelos cidadãos); e pelo princípio da isogoria, que dizia respeito ao direito à palavra, da igualdade de todos ao falar nas assembléias populares, de debater publicamente os negócios do governo.<sup>28</sup>

Como fundamento, a democracia grega assim exercida, assegurava a todos os cidadãos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, já que todos tinham o direito de falar nas assembléias públicas e debater todos os assuntos afetos à vida social e ao próprio governo do qual, dessa forma faziam parte.

Porém, como escravos, mulheres e estrangeiros não detinham o direito de voto e o número de cidadãos era muito inferior à soma dessas categorias, a grande maioria da população ateniense ficava à margem das deliberações, o que, na prática, transformava a democracia grega numa aristocracia de uma classe dominante: a dos cidadãos. Assim, sob esta ótica, apesar do ardor de Péricles<sup>29</sup>, há quem diga que na Grécia antiga não houve democracia, e sim, aristocracia democrática.

---

<sup>28</sup> BONAVIDES, Paulo, op.cit, p. 70-71.

<sup>29</sup> O grande orador grego Péricles exaltou a democracia grega em termos apaixonados: “Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a unidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante lei, e quando a república outorga honraria o faz para recompensar virtudes e não para consagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada aos estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem os nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem, sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos para vencer, não em preparativos misteriosos, nem ardis e estratégias, senão em nosso valor e em nossa inteligência.” (SANCHE VIAMONTE, Carlos. **Manual de Derecho Político**, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 186)

### 1.1.2.

#### **A democracia moderna: sistema representativo**

A democracia representativa, ou democracia indireta, derivou da dificuldade ou até mesmo da impossibilidade de se reunir o povo sempre que um assunto posto à decisão o reclamasse. Nesta modalidade de democracia, o povo continua a opinar, agora não mais diretamente, mas por intermédio de representantes por ele eleitos periodicamente.

Rousseau teceu ferrenhas críticas à democracia indireta. Afirmou que a democracia não pode ser representada e, ao se referir ao modelo então vigente na Inglaterra, disse: “o povo inglês crê ser livre, mas está redondamente enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; assim que estes são eleitos, ele é escravo, não é nada”.<sup>30</sup>

Entretanto, apesar das críticas, Rousseau estava convencido de que uma verdadeira democracia jamais existiu e jamais existirá, porque exige, acima de tudo, um Estado muito pequeno no qual seja fácil o povo se reunir para deliberar; exige em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes; em terceiro, uma grande igualdade de condições e fortunas e, por fim, pouco ou nada de luxo. Com essas considerações, Rousseau concluiu que, se existisse um povo de deuses, esse povo seria governado democraticamente, contudo um governo perfeito assim não é feito para os homens.<sup>31</sup>

A democracia do povo dos deuses a que se referiu Rousseau seria certamente uma democracia em que todas as decisões seriam tomadas pela maioria sem retirar direitos das minorias vencidas.

Essa democracia teria por principal objetivo a proteção dos direitos humanos fundamentais, principalmente a liberdade; garantiria a todos a proteção contra os abusos do Estado, sujeitando-o ao estado de direito, proteção essa igualitária e sem distinção de qualquer natureza; asseguraria um Judiciário forte e livre de quaisquer influências políticas; deveria prevalecer em todos os assuntos, inclusive nas questões de guerra, de modo que o povo opinaria acerca de sua necessidade ou conveniência. Sendo a liberdade uma das maiores dimensões desse direito fundamental, a imprensa gozaria de total liberdade.

Enfim: os governantes governariam por delegação dos cidadãos, os quais teriam suas vontades transmitidas diretamente ou por meio de representantes de um Legislativo, executadas por um Poder Executivo e garantidas por um Judiciário.

---

<sup>30</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques, op. cit, p. 114.

<sup>31</sup> Id.

rio protetor da Justiça e do Estado de Direito. Os poderes, independentes seriam exercidos de forma harmônica.

A democracia dos deuses apresentar-se-ia em três características, descritas por Alain Touraine:

A primeira afigurar-se-ia a partir da representatividade dos governantes, da existência de atores sociais cujos agentes políticos fossem os instrumentos, os representantes, pois como a sociedade é plural, a democracia só pode ser representativa se for pluralista, entendendo-se aí a inclusão de todos os segmentos sociais, sem distinção de sexo, estado, condição social ou mesmo idade.

A segunda seria a de que, em uma sociedade democrática, os eleitores são e devem se considerar cidadãos, de maneira a apresentar real interesse no exercício do sufrágio. Devem eles se sentir partes não apenas de uma família, de uma etnia, de uma aldeia ou de uma categoria profissional, mas também – e principalmente – de uma sociedade política.

A terceira estaria intimamente ligada à necessária limitação dos poderes dos governantes pela própria eleição e pelo respeito às leis que definem os limites no âmbito dos quais o poder deve ser exercido.<sup>32</sup>

Sobre as críticas do desvirtuamento da democracia grega por essa forma de democracia moderna, Norberto Bobbio afirmou que, embora tenham transcorrido muitos séculos e apesar de todas as discussões acerca da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, seu significado descritivo não se alterou, conquanto se altere, conforme os tempos e as doutrinas, o respectivo significado valorativo. O que se deve considerar como alterado, ao menos no julgamento dos que vêem como útil essa contraposição, não é o titular do poder político que continua sendo o povo, entendido como o conjunto de cidadãos a quem cabe em última instância o direito de tomar decisões coletivas, mas o modo mais ou menos amplo de exercer esse direito, e que a democracia representativa é o único governo popular possível em um grande Estado.<sup>33</sup>

Em razão de tantas divergências de opinião a respeito da democracia ideal, surgiu uma terceira modalidade, chamada democracia semidireta, na qual convive predominantemente a maioria dos aspectos da democracia indireta com alguns da direta, pela inserção, no ordenamento jurídico dos Estados que a adotam, de alguns mecanismos de participação direta do povo. É esse o modelo

---

<sup>32</sup> TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Rio de Janeiro: Vozes, 1.996, p. 42 a 45.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto, op. cit, p. 31-32.

adotado pela Constituição Federal, ao inserir no seio do exercício da soberania popular institutos como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.<sup>34</sup>

Hans Kelsen, ao afirmar que o povo que detém o poder soberano deve fazer por si mesmo tudo o que souber fazer bem; e o que não puder fazer bem, deve fazê-lo por intermédio de seus ministros, alçou-se à condição de defensor dessa forma híbrida de democracia.

Para ele, esses ministros somente serão ministros do povo, se for ele quem os nomeie. Logo, é uma máxima fundamental desse governo que o povo nomeie os seus ministros.<sup>35</sup>

José Afonso da Silva entende a democracia como um processo dialético que vai rompendo os contrários e as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar um conteúdo novo, enriquecido de novos valores; como tal, ela nunca se realiza inteiramente, visto que, como qualquer vetor que aponta a valores, a cada nova conquista surgem outras perspectivas e se descortinam novos horizontes ao aperfeiçoamento humano.<sup>36</sup>

## 1.2.

### **Necessidade de limitação do poder dos governantes**

Para que seja mantida a liberdade individual, é necessário que o poder restrinja o poder, limitando sua atuação ao estrito desenho constitucional. Em regra, utiliza-se a concepção de Montesquieu: aquele que faz as leis não deve aplicá-las ou julgá-las, da mesma forma que quem as aplica não deve confeccioná-las ou julgá-las e quem as julga não deve elaborá-las ou executá-las. Para que o exercício do poder do Estado não se torne abusivo, ele tem de ser dividido

---

<sup>34</sup> “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

<sup>35</sup> “O povo tem necessidade, como os monarcas, e até mais do que eles, de ser conduzido por um conselho ou senado. Mas para que nele tenha confiança, deve eleger seus membros, quer os escolhendo por si mesmo como em Atenas, quer por algum magistrado que estabeleceu para escolhê-los. O povo é admirável quando escolhe aqueles após quais deve delegar uma parte da sua autoridade. Ele deve ser determinado apenas por coisas que não se pode ignorar e por fatos que se encontram à vista. Sabe muito bem que um homem foi muitas vezes para a guerra e teve tais sucessos, logo é muito capaz de eleger um general. Sabe que o juiz é assíduo, que muita gente sai do seu tribunal satisfeita com ele, que não o acusaram de corrupção; eis o suficiente para elegê-lo pretor. Espantou-se com a magnificência ou com as riquezas de um cidadão; isto é suficiente para que se possa escolher um edil.” (KELSEN, Hans, op. cit, p 20).

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2.001, p.129.

e distribuído com base na independência recíproca e na especialização, pois só assim se pode impedir o despotismo e a opressão.<sup>37</sup>

Montesquieu entendia ser a tranqüilidade de espírito a liberdade política do cidadão, resultado da convicção de que cada um tem a respeito da própria segurança e, para que essa liberdade exista, é necessário que o governo seja exercido de forma que um cidadão não possa temer o outro. Afirmou que quando, numa mesma pessoa ou num mesmo corpo de magistratura, os Poderes Legislativo e Executivo estão reunidos não existe liberdade, uma vez que se poderá temer que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado elabore leis tirânicas para executá-las com tirania. Da mesma forma, inexistirá liberdade se o Poder Judiciário estiver atrelado ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo: a par do Legislativo exerceria poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; junto ao Executivo, o Juiz poderia ganhar a força de um opressor.<sup>38</sup>

Montesquieu foi enfático ao afirmar que se os três Poderes estivessem reunidos em um só homem, num mesmo corpo de príncipes ou de nobres, ou mesmo do povo, tudo estaria perdido, pois essa máxima concentração de poderes redundaria no despotismo, com a total abolição da liberdade política, conforme sucedeu na Turquia, onde o Sultão, tendo enfeixado em si os três poderes, converteu-se em um déspota atroz.<sup>39</sup>

### 1.2.1. O princípio da separação dos poderes

A teorização sobre a necessidade da tríade de poderes, deliberativos, executivos e judiciais, remonta ao século III antes de Cristo e pertence a Aristóteles, em *A Política*.<sup>40</sup> O detalhamento dessa tripartição foi posteriormente feito por John Locke em seu *Segundo tratado do governo civil*, que também reconheceu três funções distintas.<sup>41</sup>

Todavia, nem Aristóteles e nem Locke sugeriram independência ou separação dos poderes, o que somente ocorreu no século XVIII, com Montesquieu

---

<sup>37</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.107.

<sup>38</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, op. cit, p. 168.

<sup>39</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, op. cit, p. 168.

<sup>40</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Ricardo Cunha; et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2.005, p. 36.

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2.005, p. 366.

em *O Espírito das Leis*, obra na qual se logrou firmar que as três funções estatais deveriam ser atribuídas a órgãos independentes e autônomos.<sup>42</sup>

O princípio da separação dos poderes foi esquematizado na Europa Continental do Século XVIII como técnica refratária ao poder absoluto. Com a separação dos poderes retirava-se a possibilidade de os monarcas editarem leis e constituía-se um ramo autônomo de poder, dotado de parcela de soberania porque fundamentado no discurso da participação popular, com a específica prerrogativa de elaborar leis. Esse ramo de poder era o parlamento, órgão representativo pelo qual governados poderiam exercer alguma colaboração nos atos de governo.<sup>43</sup>

A estruturação da limitação do poder do Estado só se tornou possível com a aplicação desse princípio, já que o Poder Executivo, antes absoluto e ilimitado, passa a ser exercido dentro de limites estabelecidos pela Constituição.

Aponta-se que na Europa, após a Revolução Francesa e a inauguração do conceito de Estado Moderno, o discurso da participação popular na direção dos destinos das nações atribuía mais legitimidade ao Parlamento do que ao próprio Executivo. Difundiou-se a figura do Parlamento como a mais pura conformação do governo do povo, pelo povo e para o povo.<sup>44</sup>

Na elaboração desse princípio, Montesquieu pregou que, em cada Estado, existem três espécies de poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, este conceituado inicialmente de maneira implícita e, mais adiante, caracterizado com presteza como “poder de julgar”: pelo Legislativo, o Príncipe ou o Magistrado faz leis temporárias ou permanentes, corrige-as pela derrogação e as extingue pela ab-rogação; ao falar do Executivo, Montesquieu não caracterizou com perfeição suas funções, limitando-se a dizer que por meio desse poder o Estado faz a guerra ou a paz, estabelece a segurança, previne invasões e envia ou recebe embaixadas; também ao falar do Judiciário, o filósofo o caracteriza com parcialidade ao dizer que, por intermédio desse poder, o Estado pune os crimes e julga as demandas dos particulares.<sup>45</sup>

Kant acolheu e reproduziu o princípio da separação dos poderes de Montesquieu, ao estabelecer a *trias política*: Poder Legislativo soberano (*potestas legislatória*), Poder Executivo (*potestas rectoria*) e Poder Judiciário (*potestas iudiciaria*), elevando individualmente cada poder à condição de “dignidade”, de

---

<sup>42</sup>CHIMENTI, Ricardo Cunha, op. cit., p. 36.

<sup>43</sup>BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, op. cit, p 265-266.

<sup>44</sup>BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**, op. cit, p 266.

<sup>45</sup>MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, op. cit, p. 167-168.

“pessoa moral”, todos em relação de coordenação (*potestas coordinatae*), sem sacrifício da vontade geral una.

Estabelecendo um silogismo do ordenamento estatal, Kant apresentou o Legislativo como a premissa maior, o Executivo como a premissa menor e o Judiciário, como a conclusão; insistindo na majestade dos três poderes, sempre colocados numa elevada esfera de valoração ética, apontou o Legislativo como irrepreensível, o Executivo como irresistível e o Judiciário como inapelável.<sup>46</sup>

Todo o prestígio que o princípio da separação dos poderes adquiriu na doutrina constitucional liberalista, no dizer de Paulo Bonavides, decorreu da crença que o seu emprego seria a garantia das liberdades individuais, o penhor dos novos direitos políticos enfeixados nas mãos da burguesia frente ao antigo poder das monarquias absolutas.<sup>47</sup>

### 1.2.2. Influência do primado da separação

O princípio da separação dos poderes passa a ser, no moderno Estado de Direito, a técnica predileta de todas as ações que visam à limitação do poder absoluto e onipotente de um Executivo pessoal que, até então, resumia toda a forma básica de Estado.<sup>48</sup>

A técnica de separação dos poderes ora desembocou no parlamentarismo, sistema em que as prerrogativas do poder político são, de maneira compromissada, repartidas entre o rei constitucional (de competência limitada) e o parlamento; ora confluiu para o presidencialismo que, diferentemente do parlamentarismo (sistema em que o princípio da separação dos poderes é aplicado de maneira mais atenuada), professa inicialmente uma rígida separação de poderes por surgir historicamente associado à forma republicana de governo.

Não há menção expressa alguma, na Constituição Federal americana, a respeito do princípio da separação dos poderes. Embora de maneira implícita adotou-o integralmente, o mesmo tendo ocorrido com a Constituição Francesa de 1791 que, na parte relativa à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16, proclamou: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação dos poderes, não possui Constituição”. Idêntica adoção verifica-se na Constituição Francesa

---

<sup>46</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 155-160.

<sup>47</sup> Id., p. 142.

<sup>48</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit., p. 142.

do dia cinco do mês de Frutidor, do ano III, do calendário republicano francês, em que se lê, no art. 22: “Existe tão-somente a garantia social quando assegurada pelo estabelecimento da divisão dos poderes, pela fixação de seus poderes e pela responsabilidade dos funcionários públicos”.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824, pela disposição do art. 98, adotava o princípio de Montesquieu, mesmo que de maneira ampliada, já que no artigo seguinte encontra-se menção à existência de um quarto poder, denominado de Poder Moderador.<sup>49</sup> A partir da Proclamação da República, quando se optou por esta forma de governo, aderiu-se em definitivo – à exceção da Constituição de 1937 – à separação de poderes.

A Constituição de 1891 dispunha, em seu art. 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes”; a Constituição de 1934 manteve o princípio no art. 30: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”; a Constituição de 1964 ateu-se fiel ao princípio ao dispor no art. 36: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”; a Constituição de 1967 reproduziu o texto da Constituição de 1964 no art. 60: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Por fim, a Constituição Federal de 1988 adota o princípio no art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.<sup>50</sup>

### 1.2.3. O quarto Poder na Constituição de 1824

O mundo contemporâneo assiste ao surgimento de outros tantos poderes (partidário, militar, burocrático, das elites científicas, etc.), que passam a interferir no quadro habitual até então existente, provocando seguidas crises nas relações dos poderes tradicionais, sugerindo a necessidade de restaurar o equilíbrio por meio de um poder moderador neutro, que seria não uma corrente de interesses, mas uma instituição desinteressada, voltada unicamente para as superiores motivações de ordem geral, capaz de promover uma arbitragem serena toda vez

---

<sup>49</sup> “Art. 98. A divisão e a harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece.”

<sup>50</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit, p. 142-144.

que as competições políticas pusessem em perigo o fundamento das instituições.

Este já era o pensamento de Benjamin Constant, na época das monarquias constitucionais, quando afirmava que o vício de todas as Constituições estava em não ter criado um poder neutro, pois quando os poderes públicos se dividem e estão prestes a prejudicar-se, faz-se necessária uma autoridade neutra, que faça com eles o que o Poder Judiciário faz com os indivíduos.<sup>51</sup>

Na esteira do pensamento de Benjamin Constant, a Constituição Imperial de 1824 previu não três, e sim quatro poderes ao estatuir, no art. 99, que os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil eram: “o poder legislativo, o poder moderador, o poder executivo e o poder judicial”. Afirmava que o poder moderador constituía “a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da Nação e seu primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos”. Alguns estudiosos entendem que esse poder moderador, embora houvesse formalmente desaparecido com as constituições republicanas, continuou, a existir, empiricamente, de 1891 até 1964, tendo por titular não mais um rei, mas as forças armadas, uma vez que o papel do Exército Brasileiro nesse longo período, à exceção da época do Estado Novo, foi a de um quarto poder, restaurador das normas do jogo democrático mediante inúmeras intervenções na vida política do País.<sup>52</sup>

#### **1.2.4. Críticas ao modelo de Montesquieu**

Dalmo de Abreu Dallari cita algumas das principais críticas ao princípio da separação dos poderes de Montesquieu:

1) O princípio da separação dos poderes é meramente formalista, não tendo sido efetivamente praticado. Analisando o comportamento dos órgãos do Estado, mesmo quando a Constituição consagrou enfaticamente a separação dos poderes, percebe-se que sempre houve uma intensa interpenetração.

2) A separação dos poderes não conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. O liberalismo criou para a sociedade uma enorme gama de injustiças, acentuando as desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados; foi

---

<sup>51</sup> Id, p. 144.

<sup>52</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit, p. 145-146.

construído à sombra da separação de poderes. Apesar da aplicação do princípio da separação dos poderes sempre tem havido Executivos antidemocráticos e que transacionam *de fato* com o Poder Legislativo, sem quebra das normas constitucionais. O Legislativo, dentro desse sistema de separação, não tem a mínima representatividade, deixando, portanto, de ser democrático e suas ações têm, muitas vezes, revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do Executivo.

3) Outras críticas são dirigidas no sentido da antiga polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. Para ele, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Porém, a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado, passando este a ser cada vez mais solicitado a agir, tendo necessidade de ampliar sua esfera de ação e intensificar sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O Legislativo não tem mais condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo Executivo e sem saber que instrumentos estão à disposição da atuação deste. O Executivo, por sua vez, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa (nem sempre concluído de maneira adequada) para, só então, responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Ao desempenhar essas críticas, afirma ser necessário reconhecer que o dogma está superado, pois há imperiosidade no sentido de uma completa reorganização do Estado, de modo a conciliar a hoje imprescindível eficiência. Clama pelo reconhecimento de que a sintonia da separação estrita dos poderes com os princípios democráticos é artificial, porque se mantém uma organização sem perceber que a lógica daquilo que determinou sua criação está substancialmente alterada. As próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem do Executivo maior dinamismo e presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes.<sup>53</sup>

Coste-Floret, relator de um projeto constitucional na França citado por Paulo Bonavides, apresenta excelente resumo do estado presente da doutrina da separação dos poderes:

---

<sup>53</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit, p. 185-187.

Pois que é indubitável que a soberania é una, é impossível admitir com o sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é una, não é preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmônica dos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem o hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte a regra da diferenciação das funções. Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.<sup>54</sup>

Paulo Bonavides leciona que a separação dos poderes foi necessária num momento histórico no qual o poder pendia entre governantes, que recobravam prerrogativas absolutas, e o povo, que intentava dilatar sua esfera de mando e participação nos negócios públicos. No entanto, na idade atual, o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o liberalismo jamais conheceu. Daí não haver espaço para a prática de um princípio rigoroso de separação, que perdeu autoridade, vigor e prestígio, permanecendo sua presença na doutrina das Constituições amparada com raro proselitismo, ponto morto do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo.<sup>55</sup>

Taxando a separação extrema de absurda, Paulo Bonavides afirma que tal princípio vale apenas como técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados. Nunca, entretanto, em termos de incomunicabilidade, mas de cooperação, harmonia e equilíbrio, sem linha alguma que possa marcar separação absoluta e intransponível.

### **1.2.5. Controle recíproco e a interpenetração entre os Poderes**

Montesquieu tinha a visão de que a aplicação da estrita separação dos poderes não acabaria completamente com os governos despóticos, uma vez que tais poderes, assim independentes, poderiam, dentro da própria esfera de atuação, também descambarem para o despotismo. Assim, também cuidou de pregar a técnica capaz de conduzir ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir da faculdade de impedir.

Como a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, eles são compelidos atuar em concerto e harmonia. As pregadas faculdades de “esta-

---

<sup>54</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit, p. 147.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit, p. 146-147.

tuir” e “impedir” anteciparam a técnica dos pesos e contrapesos (ou *cheks and balances*), desenvolvida no século XVIII pelo inglês Bolingbroke.<sup>56</sup>

José Afonso da Silva afirma que hoje o princípio da separação dos poderes não se configura mais com a rigidez que norteou a sua elaboração. Para ele, a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impõe nova visão, admitindo-se outras formas de relacionamento entre o Legislativo e o Executivo e destes com o Judiciário; fala-se agora não mais em “separação” de poderes, mas em “colaboração” de poderes no parlamentarismo e em “técnicas de interdependência orgânica” e harmonia de poderes no sistema presidencialista.<sup>57</sup>

Com efeito, no constitucionalismo moderno surgiram técnicas de controle com o nítido objetivo de correção do rigorismo de uma rígida separação de poderes, implantada pela doutrina liberalista a partir de Montesquieu. As mais conhecidas e eficazes técnicas emergem da teoria de pesos e contrapesos.

O emprego dessas técnicas resulta presença do Executivo no Legislativo por meio do veto e da mensagem e, segundo alguns, da delegação. Pelo veto, o Executivo dispõe da possibilidade de impedir resoluções legislativas e por intermédio da mensagem pode propor ou iniciar a lei, principalmente nos sistemas constitucionais que conferem ao Executivo toda a iniciativa em questões orçamentária e financeira; a presença do Executivo no Judiciário pode ocorrer pelo indulto (quando o Presidente da República modifica os efeitos de ato próprio desse poder) e pela atribuição de nomear os membros do Poder Judiciário.<sup>58</sup>

Ao alcance do Poder Legislativo são colocados mecanismos capazes de vincular tanto o Executivo quanto o Judiciário à dependência dos parlamentos. No tocante ao Executivo, institutos como rejeição de veto, processo de *impeachment*, apreciação de tratados, aprovação de indicações do Chefe do Executivo para o desempenho de cargos relevantes na Administração Pública; com respeito ao Judiciário, o controle legislativo em distintos sistemas constitucionais, o Legislativo pode determinar o número de membros desse Poder, limitar-lhe a jurisdição, bem como proceder a julgamentos políticos (tomando assim o lugar dos tribunais no desempenho de funções de caráter judiciário).

O Judiciário também pode exercer atribuições fora do centro normal de sua competência quando, à maneira legislativa, estatui regras do seu próprio funcionamento ou, à maneira executiva, organiza seu quadro de servidores. Porém, a faculdade de impedir só se manifesta no Judiciário, quando: frente ao parlamen-

---

<sup>56</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de, op. cit, p. 164-182.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 113-114.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, op. cit, p. 140-141.

to decide sobre a inconstitucionalidade de atos legislativos ou, frente ao Executivo, profere decisão sobre a ilegitimidade de certas medidas administrativas.

### 1.2.6.

#### **A CF/88 e o mecanismo de pesos e contrapesos**

No caso brasileiro, de acordo com o art. 2º da CF, são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, O Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A independência para o exercício preponderante de função constitucional típica, por parte de um dos três poderes, não obsta, como já mencionado, o eventual desempenho de funções ínsitas aos outros dois.

Isso acontece quando: o Executivo ou o Judiciário preenchem os cargos das suas secretarias, concedem férias aos seus funcionários e exercem outras atividades próprias do Executivo (arts. 51, IV e 96, I, “f”); o Senado Federal julga o Presidente da República por crimes de responsabilidade e se auto-administra (arts. 52, I e II); o Executivo inova a ordem jurídica por meio da edição de medidas provisórias e da elaboração de leis delegadas ou exerce funções judiciais ao julgar processos administrativos; o Judiciário legisla para elaborar o seu Regimento Interno (art. 96, I, “a”).<sup>59</sup>

Ao lado da independência, propugnou-se a harmonia entre os três poderes. Evidentemente que não bastaria a mera afirmação feita no art. 2º da CF para que os poderes, independentes, fossem exercidos de forma harmônica. Por esta razão foram previstos, de maneira fluida em grande parte do texto constitucional, diversos dispositivos capazes de balizar todo o mecanismo de pesos e contrapesos idealizado pela Assembléia Nacional Constituinte.

O Presidente da República é julgado pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade (art. 52, I) depois de aprovado o processo pela Câmara dos Deputados (art. 51, I), funcionando como Presidente do procedimento o do Supremo Tribunal Federal (art. 52, parágrafo único).

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, por sua vez e assim como todos os demais Ministros daquela corte são julgados, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal (art. 52, II).

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central somente são nomeados pelo Presidente da República após prévia aprovação pelo Senado Federal (art. 84, XIV).

---

<sup>59</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha, op. cit, p. 37-38.

O controle externo das finanças do Poder Executivo e do Poder Judiciário é realizado pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (arts. 70 e 71).

O Presidente detém o poder de veto a projeto de lei ordinária se o considerar inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 66, § 1º). Todavia ao Legislativo restou atribuída a possibilidade de, por voto secreto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão conjunta, providenciar à derrubada do veto (art. 66, § 4º).

Medidas provisórias são passíveis de edição pelo Presidente da República, que deverá submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (art. 62, *caput*).

### 1.2.7.

#### **Atuação do Poder Executivo na perspectiva do Estado Social**

No início do século XX, o Estado Liberal entrou em crise. O regime capitalista acarretou concentração de poder e de riquezas nas mãos de poucos. A contribuição da Revolução Industrial foi evidente, seja pelo drástico incremento do poderio econômico daqueles que se apropriaram dos meios de produção ou com o conseqüente surgimento do proletariado, classe social de operários oprimidos com árduas jornadas de trabalho e ínfimos salários. O crescimento exponencial da população também foi um fator determinante, pois se passou a obter grande oferta de mão-de-obra a baixo custo, ampliando a opressão por parte dos industriais e limitando ainda mais as condições de sobrevivência de grande parte do povo.<sup>60</sup>

Intensificaram-se os conflitos sociais. Adveio a Primeira Guerra Mundial e difundiu-se o ideal socialista na Rússia. Confeccionou-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar (1919). Ambas inauguraram a idéia de Estado Social, garantidor dos direitos de segunda dimensão (saúde, educação, previdência).

O Estado passa a ser responsável não somente por se abster de interferir na economia e de propiciar ambiente propício à manutenção do regime capitalista. O Estado Social tem de oferecer prestações positivas aos cidadãos, tais como educação, saúde, previdência social, assistência aos desamparados, etc –

---

<sup>60</sup> “O liberalismo era, sob o ponto de vista antropológico, uma doutrina otimista, que acreditava sinceramente no desenvolvimento inexorável das potencialidades do homem, assim como na eficácia da *mão invisível* do mercado”. (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36).

direitos de segunda dimensão –, passando de mero espectador a protagonista de inúmeros atos destinados a estabelecer padrões ideais de existência aos respectivos habitantes.<sup>61</sup>

A Constituição de 1988 adotou o modelo do Estado de bem-estar social.<sup>62</sup> Diante dessa opção, o âmbito de atuação do Executivo foi ampliado a ponto de se afirmar ser a liderança política da nação exercida de forma preponderante por esse poder, independentemente do regime de governo adotado (presidencialismo ou parlamentarismo).<sup>63</sup>

Para possibilitar o cumprimento das atuais missões do Estado Social professa-se ser imprescindível a disponibilidade de instrumentos céleres e aptos a dar resultados efetivos a atos praticados por um Executivo hipertrofiado<sup>64</sup>. Argumenta-se que a rígida e dogmática interpretação da separação dos poderes, tal como forjada dentro do ideal liberal burguês, não mais encontra justificativa e funcionalidade na realidade constitucional dos tempos atuais.<sup>65</sup>

Embora hoje, com base na constatação das imensas mudanças pelas quais a sociedade dos modernos passou e das revoluções e reconstruções paradigmáticas ocorridas em nossa sociedade pós-moderna, admita-se alguma relativização do dogma da separação estrita em prol de uma pretensa atividade legislativa por parte do Poder Executivo, não se pode esquecer de que o resulta-

---

<sup>61</sup> “O Estado passou, pois, a assumir um papel, de início, regulador da economia, o que era feito mediante a edição de normas disciplinadoras da conduta dos agentes econômicos. Num segundo momento, passou ele a protagonizar a própria atividade econômica, criando empresas com tal finalidade, ou participando, em tais sociedades, dos capitais de diversas empresas. Sua burocracia agigantou-se. A vida social ganhou em complexidade. Aos segmentos sociais já existentes vem-se agregar uma poderosa burocracia estatal” (BASTOS, Celso Ribeiro, op. cit, p. 70). “O indivíduo necessita do Estado para tudo: para o suprimento de energia elétrica, de água, para o programa de habitação, emprego, política salarial, transporte, saúde, previdência, educação. O Estado é o pai de quem tudo se cobra e do qual tudo se espera” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**, op. cit, p. 43).

<sup>62</sup> GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 267.

<sup>63</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**, op. cit, p. 42).

<sup>64</sup> “Esse argumento, de caráter político-empírico, com pretensões de validade geral no âmbito de sociedades complexas, teve peso destacado nos debates da Assembléia Constituinte brasileira (1987-1988). De um modo geral, ressaltava-se a necessidade de o Poder Legislativo recuperar as prerrogativas específicas perdidas durante o regime militar, contudo reconhecia-se também a necessidade de dotar o Poder Executivo de instrumentos que impedissem a paralisia, dada a complexidade dos problemas de governo e do natural alongamento temporal do processo legislativo decisório” (STEINMETZ, Wilson. **O uso da medida provisória antes da Emenda Constitucional 32/2001 e o princípio democrático**. Revista de Direito Administrativo, 237: 143-164, set: 2004).

<sup>65</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**, op. cit. p. 44.

do dessa alegada alternativa “social” em prol da Administração tem de, necessariamente, ser obtido a partir de atos excepcionais que, acaso não sejam praticados em regime de iniludível urgência, necessidade e relevância, podem acarretar efeitos intoleráveis não só sob a visão macroscópica do Estado de bem-estar, mas também sob o prisma da cidadania, do Estado Democrático de Direito, do pluralismo político de idéias e opiniões.

Afirma-se, com isso, que, a despeito de toda e qualquer medida legislativa oriunda do Executivo poder ser facilmente “justificada” a partir de números inatingíveis pelo intelecto de grande parte da população e de estatísticas, que rompem a fronteira do inteligível (mas que são capazes de convencer e conformar grande parte dos responsáveis pela verificação da validade sistemática de tais medidas), a atuação do Executivo na perspectiva do Estado Social continua sendo basicamente (e, em regra) administrativa.

Os momentos pré-eleitorais fornecem-nos dados empíricos a esta afirmação. Não se viu, não se vê e jamais se verá algum candidato ao exercício da chefia do Poder Executivo afirmar, em campanha, que governará pela via da legislação de exceção. Não. A prática discursiva volta-se à tentativa de comunicar aos possíveis eleitores um plano de governo, um plano voltado à execução de tarefas das mais diversas formas e nas mais diversas áreas, mas sempre dentro do âmbito administrativo, de execução, da manipulação e da boa (e melhor) aplicação do dinheiro público.

Não se pode esquecer da visão do homem médio, daquele que não tem acesso às informações que aqui se ventilam, seja por absoluta falta de liberdade intelectual ou por pura miséria: o mesmo homem médio que corre às urnas de tempos em tempos para atender a uma obrigação decorrente do regime democrático e recorda-se de dois discursos: o do candidato ao Legislativo que pretende (e promete) legislar melhor ou tão bem quanto os que lhe antecederiam em caso de aprovação popular; e o do candidato ao Executivo que jura, “acaso eleito”, administrar, executar, construir, transpor rios, pagar melhores salários, acabar com a fome...

Portanto, sob a ótica do eleitorado, da cidadania, não parece admissível que o governante eleito para administrar legisle em detrimento de todos os indivíduos que, também escolhidos pelo povo em sufrágio universal, foram escolhidos para compor um parlamento em que a pluralidade de idéias, aspirações, facções, interesses e forças da sociedade estão em permanente debate.

Seja como for, se, por um lado, não há mais como ser mantida a rígida separação entre a função legislativa e a executiva<sup>66</sup>; por outro não é menos certo que os mecanismos de controle da atividade normativa do Poder Executivo devam apresentar plena funcionalidade<sup>67</sup>, sob pena de, sob o manto do discurso da busca do bem-estar social, o Estado dito social transformar-se facilmente em um Estado totalitário.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**, op. cit, p. 33.

<sup>67</sup> Id, p. 44.

<sup>68</sup> “Esse tipo de Estado, aliás, como pretende Forsthoff, com imensa dificuldade concilia-se com o Estado de Direito, e sabe-se que a separação de poderes só tem sentido em um Estado de Direito. Tanto é assim que há modelos de Estados sociais que se encaminharam para o totalitarismo, e cabe aqui referir as experiências do nazi-fascismo na Alemanha e na Itália” (Id, p. 41-42).

## 2 Medidas provisórias

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

J. J. Gomes Canotilho afirma que o princípio do Estado de Direito é uma forma de racionalização “de uma estrutura estadual-constitucional”, na qual a divisão dos poderes e o princípio da legalidade da administração estão profundamente imbricados “no exercício de actividades do poder público ou de entidades dotadas de poderes públicos”.<sup>69</sup>

Sem divisão de poderes não há Estado de Direito. Isto porque, como se viu linhas atrás, é da essência de qualquer Estado política e democraticamente organizado que o poder seja restringido pelo poder dentro de parâmetros constitucionalmente estabelecidos. É a fórmula da submissão de tudo e todos ao império da Constituição.

Por sua vez, o princípio da legalidade da administração consiste na afirmação de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A opção valorativa deste princípio foi feita pelo constituinte originário com a nítida intenção de proeminência, pois restou previsto no pórtico do art. 5º da Constituição Federal e foi erigido ao nível de cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV). Trata-se, portanto, de “cerne essencial do Estado de direito”.<sup>70</sup>

A *prevalência* da lei e a *reserva* de lei são as formas pelas quais o princípio da legalidade resta observado:

“Estes princípios permanecem válidos, pois num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei). De uma forma genérica,

---

<sup>69</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, op. cit, p. 255.

<sup>70</sup> Id, p. 256.

o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva de lei apontam para a *vinculação jurídico-constitucional do poder executivo*.<sup>71</sup>

Essa vinculação jurídico-constitucional do Poder Executivo nada mais é do que a total sujeição à lei, ao instrumento normativo abstrato e impessoal, confeccionado pelo Poder Legislativo, que representa e no qual são abertamente debatidos os mais diversos anseios da sociedade.<sup>72</sup> Trata-se de um dogma fundamental, que impede o Estado de agir sem que haja respaldo legal ou constitucional.

A Constituição Federal fez outras alusões ao princípio da legalidade da administração. No art. 37, *caput*, deixou longe do alcance de quaisquer dúvidas que a *legalidade* deve ser o caminho de Ariádene nas atividades administrativas. No art. 84, IV atribuiu competência privativa ao Presidente da República para sancionar e publicar as leis, bem como (e, frise-se, somente) para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

Em decorrência da plena adoção do princípio da legalidade, o Poder Executivo, porque atrelado aos grilhões da fiel observância, da obediência e, na melhor das hipóteses, da regulamentação legal, não detém, em regra, a prerrogativa constitucional de impor ou proibir comportamentos a indivíduo algum, a não ser que o faça com base em lei prévia ou na própria Constituição.

## 2.1.

### **Atividade normativa do Poder Executivo na Constituição de 1988**

O Presidente da República tem à disposição, segundo o texto constitucional, três espécies normativas: lei delegada, medida provisória e decreto regulamentar. Com as duas primeiras pode haver inovação na ordem jurídica.

Foi uma opção constituinte excepcionar o princípio da legalidade em prol de alguma atividade normativa primária por parte do Poder Executivo. Assim, embora nos casos da lei delegada e da medida provisória o Executivo realmente

---

<sup>71</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, op. cit. P. 256.

<sup>72</sup> “O princípio a legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural ao poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91).

esteja inovando sem respaldo legal algum, há suporte de validade na própria Constituição Federal.

Lei delegada é instrumento normativo pelo qual o Poder Executivo, exercendo atribuições a ele transferidas por resolução do Poder Legislativo, pode inovar na ordem jurídica, desde que não se trate de questões expressamente vedadas pela própria Constituição (art. 68, § 1º).

Trata-se de instrumento normativo que foi pouco (ou quase nada) utilizado. Do total de treze leis delegadas, onze datam do longínquo ano de 1962 e apenas duas foram publicadas no pós-1988: a Lei Delegada nº 12, de 07 de agosto de 1992 e a Lei Delegada nº 13, de 27 de agosto de 1992.<sup>73</sup>

A edição de medida provisória, desde que atendidos os pressupostos constitucionais de relevância e de urgência (CF, art. 62), apresenta-se como exceção ao princípio da legalidade. Prevista dentre o rol dos instrumentos pelos quais a ordem jurídica da República Federativa do Brasil pode ser inovada (CF, art. 59), a medida provisória é editada pelo Presidente da República e tem força de lei desde a edição.

Na busca do porquê de apenas duas leis delegadas terem sido publicadas desde 05 de outubro de 1988 a ululante resposta é encontrada na facilidade com que conta o Presidente da República para a edição de medidas provisórias. Basta que tenha à mão um pedaço de papel, uma caneta e um assistente, que cuidará para que a medida provisória seja imediatamente publicada no Diário Oficial da União, com força de lei.

É bem possível também que o assistente seja um Ministro ou o Advogado-Geral da União que, de próprio punho, com caneta própria, rascunhe a medida a ser assinada pelo Presidente da República.<sup>74</sup>

A inoperância do Congresso Nacional contribuiu fortemente para que o Presidente da República usasse e abusasse da desenfreada edição de medidas provisórias. Foram raríssimas as medidas provisórias rejeitadas. Isso sem se falar das praticamente inexistentes oportunidades nas quais o Legislativo Fede-

---

<sup>73</sup> Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15 jun. 2006.

<sup>74</sup> “Colhendo, aleatoriamente, exemplos que até podem não ser os mais expressivos, podem ser mencionadas as medidas provisórias, novas e reeditadas, dos dias 27 de outubro de 1998, em número de 17; do dia 19 de novembro de 1998, em número de 18, e do dia 14 de dezembro de 1998, em número de 53. Certamente o Presidente da República, editando em um só dia 53 Medidas Provisórias, nem as leu. Não sabe o que assinou” (MACHADO, Hugo de Brito. **Emendas Constitucionais e Medidas provisórias**. Revista Dialética de Direito Tributário, 43: 89-92, abr: 1999).

ral decidiu regulamentar as relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias rejeitadas ou que perdera a eficácia.<sup>75</sup>

Já a lei delegada tem o inconveniente de o Presidente da República ter de solicitar a pretendida delegação ao Congresso Nacional, que especificará o conteúdo e os termos do exercício da delegação. Outro incômodo é a possibilidade de o projeto da lei delegada ser apreciado pelo Congresso Nacional em votação única (CF, art. 68).

Os decretos autônomos, assim entendidos aqueles que em total desrespeito ao princípio da legalidade e aos limites estabelecidos pelo art. 84, IV, ultrapassam o âmbito da regulamentação e fiel execução das leis, sempre foram terminantemente rechaçados pela doutrina.

A obviedade da total invalidade de decreto que vá além da regulamentação, da especificação de comandos legais ou constitucionais pré-existentes, dispensa maiores ilações. O que a CF/88 admite desde que foi promulgada é a utilização, pelo Presidente da República, fiel executor da lei, do decreto *regulamentar*. Não há espaço para decretos autônomos.

A EC 32/2001 alterou o art. 84, VI da CF. Na redação original era competência privativa do Presidente da República *dispor* sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*. Atualmente ainda compete ao Presidente da República dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, contudo, além de ter sido ampliada a possibilidade de decreto presidencial para abarcar a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, não mais existe a condicionante *na forma da lei*. A alteração foi profunda e causou posicionamentos doutrinários diametralmente opostos.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que não poderia sequer ser imaginada a hipótese do decreto autônomo, ainda com base na redação alterada do art. 84, VI. Para ele, continua sendo inviável que o Presidente da República fuja “dos esquemas já legalmente traçados de maneira genérica” porque o princípio da legalidade continua, como não poderia deixar de estar, previsto no art. 5º, II e “competências outras não poderiam ser instituídas *ex novo*, pois, se o fossem,

---

<sup>75</sup> “Basta que se diga que só em três oportunidades – por meio dos Decretos Legislativos 166, de 1991, 17 e 33, de 1994 – o Congresso Nacional exerceu a sua competência, prevista no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, de disciplinar relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias rejeitadas ou que perderam a eficácia” (FERREIRA, Oswaldo. **Medidas provisórias. O antes e o depois de 11 de setembro de 2001 (EMC 32)**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, 51-61, jan: 2003).

os poderes nelas previstos, quando exercidos, gerariam para os assujeitados obrigações de fazer ou deixar de fazer em virtude de regulamento e não de lei".<sup>76</sup>

Outros chegaram a uma antípoda conclusão, ao admitirem que, independentemente de lei, o Presidente da República possa, com base no novo art. 84, VI, dispor via decreto sobre organização e funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, e sobre a extinção de funções ou cargos públicos vagos. Partem da premissa de que, nestes casos, o fundamento de validade do decreto não é a lei e sim a própria Constituição Federal.<sup>77</sup>

A premissa é falsa porque o dispositivo constitucional que daria suporte de validade ao decreto é decorrente de emenda à Constituição que, neste aspecto, não encontra validade sistemático-constitucional.

Não é válida porque objetivou, por via indireta (a alteração do art. 84, VI), reduzir o alcance de cláusula pétrea: o art. 5º, II da CF. Este é o motivo pelo qual não se tem receio ao reafirmar que não há espaço para decreto autônomo, ainda que com base no alterado art. 84, VI.

## **2.2. Medidas provisórias: imprescindibilidade?**

O Presidente da República administra o Estado. A atividade preponderante é (ainda) administrativa, mesmo que sob a ótica do Estado Social seja discursivamente viável/admissível que o Presidente da República se valha de instrumentos normativos capazes de rapidamente lapidar a ordem jurídica, de modo a adaptá-la a interesses governamentais.

Essa excepcional conformação da ordem jurídica, como visto, pode ser feita por lei delegada. Alie-se o fato de o Presidente da República contar, nos projetos de lei de sua iniciativa, com o regime especial de urgência no processo legislativo (CF, art. 64). Não parece herético afirmar também que a regulamentação legal via decreto presidencial é outra poderosa ferramenta ao alcance do Presidente da República.

Seriam então necessárias medidas provisórias? Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz uma arguta comparação:

---

<sup>76</sup> MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, op. cit, p. 94-95.

<sup>77</sup> CHIMENTI, Eduardo Cunha [et. al.], op. cit. P. 188.

“Sempre haverá, todavia, - argumentará alguém – normas urgentes a serem adotadas, o que justificaria a medida provisória. Isto é aparentemente irrespondível. Cabe, contudo, indagar como sobrevivem países, como os Estados Unidos da América, onde não existe legislação de urgência”.<sup>78</sup>

E conclui dizendo que:

“A medida provisória foi em má hora adotada pela Constituição. A intenção era eliminar o decreto-lei de triste memória, mantendo a possibilidade de uma legislação de urgência.

Entretanto, a prática relevou a sua má índole.

O comodismo e a problemática (exagerada) do quadro de esfarinhamento partidário o tornaram a forma predileta de 'legiferação pelo Executivo'. Assim, tornou-se um instrumento de concentração de poder, ensejando o abuso e o arbítrio, gerando a insegurança jurídica.

Ademais, é desnecessária. Outros meios há, na própria Constituição, que podem substituí-la com vantagem.

E no caso restritíssimo da urgência verdadeira, há outras soluções melhores para o problema.

Por tudo isto, deve ser eliminado da Constituição, ainda que no contexto de uma revisão global do processo legislativo nela inscrito”.<sup>79</sup>

É verdade que quando se tem como único pressuposto o grande número de medidas provisórias já expedidas, torna-se no mínimo difícil acolher a forte afirmação de que a medida provisória deve ser eliminada da Constituição. Afinal de contas, se houve mesmo necessidade de tamanha “legiferação de urgência” pelo Executivo jamais o instrumento deveria ser retirado do texto constitucional.

Mas os pressupostos devem ser mais abrangentes: compare-se o número de leis ordinárias e de medidas provisórias a partir de 1988; faça-se a real, correta e individualizada verificação dos pressupostos de relevância e de urgência; despreze-se a reedição como prática sistematicamente viável; imagine-se uma factível, ágil e efetiva fiscalização política pelo Congresso Nacional; eleve-se à alta potência o controle concentrado de constitucionalidade das medidas provisórias que tratem de matérias a elas não afetas; utilize-se efetivamente a lei delegada como instrumento normativo primário e o regime de urgência como mecanismo de aceleração do processo legislativo em projetos de lei de iniciativa do Presidente da República...

Certamente, o número de medidas provisórias seria radicalmente menor e não demandaria tanta preocupação. Por certo, poder-se-ia tranquilamente pensar em eliminação do instituto da medida provisória da Constituição Federal.

---

<sup>78</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro**. Revista de Direito Renovar, 16: 71-80, abr: 2000.

<sup>79</sup> Id.

### 2.3. Medida provisória x *decreto-legge*

O texto do art. 62 da Constituição Federal foi baseado no art. 77 da Constituição Italiana de 1947. Na Itália, o Governo não pode, sem que haja delegação das Câmaras, inovar a ordem jurídica mediante a edição de atos normativos primários. Entretanto, em casos extraordinários de necessidade e urgência, o Governo, sob sua inteira responsabilidade, é constitucionalmente autorizado a editar provimentos provisórios com força de lei – necessariamente submetidos no mesmo dia às Câmaras para análise da possibilidade de conversão em lei, ainda que tenham elas de ser convocadas para que se reúnam no prazo de cinco dias –, cuja eficácia, em caso de não conversão em lei nos sessenta dias que sucederem à publicação, é perdida desde o início. Cabe, então, às câmaras a regulamentação das relações jurídicas decorrentes dos decretos não convertidos.<sup>80</sup>

Os textos efetivamente são similares. Nada obstante, há diferenças importantíssimas e relacionadas ao sistema de governo adotado na Itália parlamentarista e no Brasil presidencialista.

O presidencialismo teve origem em 1787, em função da independência das colônias inglesas, constituindo-se num sistema de governo com um presidente que passou a ser ao mesmo tempo Chefe de Governo e Chefe de Estado, mas com poderes disciplinados e limitados pela Constituição e com atuação sujeita ao controle legislativo.

Conforme esclarece Paulo Bonavides, essa gênese do regime presidencialista ocorreu por obra de um trabalho político e elaboração legislativa dos constituintes da Filadélfia, que traçaram as linhas mestras do sistema ao lavrarem o texto da Constituição americana de 1787.<sup>81</sup>

O presidencialismo se expandiu e é hoje entendido como o sistema contrastado ao parlamentarismo. Isso não deve ser aceito literalmente, pois o presidencialismo não é explicado pela simples existência da figura do Presidente; do

---

<sup>80</sup> “Art. 77. Il Governo non può, senza delegazione delle Camere [76], emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni [61<sup>2</sup>, 62<sup>2</sup>]. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.” Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 abr 2006.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo, op.cit, p.295.

mesmo modo, o parlamentarismo não pode ser descrito como um sistema no qual o Estado é gerido pelo Parlamento. Afinal, todos os Estados presidencialistas possuem um Parlamento e os Estados parlamentaristas podem, eventualmente, ter um Presidente da República sem que isso desnature o sistema; como ocorreu nos Estados Unidos e na França da terceira e quarta Repúblicas, Estados onde havia Presidentes eleitos para as funções de chefes de Estado.<sup>82</sup>

As principais características do presidencialismo podem ser assim mencionadas: a) os presidentes são sempre eleitos pelo sufrágio popular e só excepcionalmente pela via indireta de um colégio eleitoral; b) uma vez eleitos não podem ser destituídos a não ser por um complexo, político e demorado processo de *impeachment*; c) o presidente eleito é, ao mesmo tempo, Chefe de Estado e Chefe de Governo; d) por essa razão, apesar dos controles instituídos constitucionalmente, concentra em si enorme parcela de poder; e) apesar dessa concentração é o sistema que melhor atende ao princípio da separação estrita dos poderes.

O parlamentarismo é um sistema que tanto pode ser aplicado a Repúblicas como a Monarquias. Caracteriza-se principalmente pelo fato de o Poder Executivo ser exercido por um Primeiro Ministro que governa não sozinho, mas com o apoio do Parlamento e sob a confiança deste, que o elege e pode destituí-lo, por voto da maioria, quando a confiança deixar de existir. Assim, a maior parcela do poder está nas mãos não do Chefe do Executivo, e sim do Parlamento.

Segundo ensina Paulo Bonavides, o sistema parlamentar não surgiu da teoria, surgiu da prática e a partir da análise de fatos, não de idéias. Emergiu em um momento histórico na Inglaterra quando, por coincidência, houve a correta acomodação, a justa correspondência do modelo parlamentar com a realidade empírica.

O Parlamentarismo teve o seu processo de gestação iniciado na época de João Sem Terra, quem, por imposição da igreja e da nobreza inglesa, jurou obedecer a Magna Carta e submeter o seu poder às limitações daquele diploma. Tal sistema de governo pode ser caracterizado pelos seguintes aspectos:

Igualdade entre os poderes Legislativo e Executivo, consubstanciada na presença de um Chefe do Executivo cuja autoridade não se confunde com a do Poder Legislativo; irresponsabilidade política do Chefe de Estado em razão da independência existente entre os Poderes; presença, na esfera executiva, de um gabinete executivo comandado por um Chefe de Governo, estabelecendo assim

---

<sup>82</sup> Id, p. 296.

a dualidade que caracteriza o sistema parlamentar; bipartição do Poder Legislativo, no sistema bicameral, criando no interior desse Poder um sistema de contrapeso essencial à autenticidade do sistema Parlamentar.

Mútua colaboração entre tais Poderes constituídos, pois no Parlamentarismo eles são independentes e atuam em pé de igualdade, o que pode acarretar eventual hostilização ou até mesmo neutralização. A aproximação necessária para que exista essa cooperação está a cargo do Gabinete do Poder Executivo, que representa o traço de união, o qual junta os membros do organismo soberano e permite a comunicação de idéias e de ações do Executivo com o Legislativo.

Relações recíprocas de controle dos dois Poderes, representadas por meios de interferência que são meios de ação em atenção à máxima de Montesquieu “o poder detém o poder”. Esses meios de ação correspondem, em sua essência, à responsabilização ministerial, que é o instrumento e a arma do Parlamento sobre o ministério, e ao poder do Executivo de dissolver o Parlamento para prevenir ou embargar excessos das assembleias.<sup>83</sup>

Praticamente desde sua criação, em 1787, o presidencialismo tem sido colocado, com maior ou menor freqüência na posição de um sistema de governo que não atende aos anseios do povo no que diz respeito ao atendimento do princípio da igualdade, da eficiência da máquina administrativa ante o alto grau de burocratização que traz em seu bojo pelo declínio da função parlamentar. Isso em face da elevada competência legislativa atribuída ao Poder Executivo por meio de decretos-leis, medidas provisórias e atos de ministros; da possibilidade do exercício de prerrogativas de soberania nacional sem audiência do Parlamento; da livre atuação dos ministérios da área econômica, que podem decidir qualquer matéria, inclusive de caráter internacional; do excesso de poder decisório enfeixado no Executivo, que produz atos e medidas contraditórias, inesperadas e não raro inconstitucionais; do divórcio entre Estado e Nação, entre governo e sociedade e entre o poder e a opinião; e, principalmente, da quase ausência de diálogo entre o governo e o povo.

No caso brasileiro, essas críticas se acirram e se arrefecem de tempos em tempos, tanto no ambiente político, quanto no meio acadêmico da Ciência Política, o que acabou por provocar, por duas vezes, num intervalo de 30 anos, consultas plebiscitárias para auscultar a vontade do povo em manter o presidencialismo ou migrar para o sistema parlamentarista, mas apesar dessas duas tentati-

---

<sup>83</sup> BONAVIDES, Paulo, op. cit, p. 183-187.

vas<sup>84</sup>, continuamos presidencialistas<sup>85</sup>, embora desde alguns anos, movimentos e tentativas tenham sido encetadas no sentido de novamente mudar o sistema.

Apesar das duas derrotas parlamentaristas e porque na última consulta plebiscitária apenas pouco mais de 10% do eleitorado compareceu às urnas e optou pelo sistema presidencialista, os anseios pela implantação do sistema parlamentarista de governo continuam por parte dos que o defendem em contraposição ao presidencialismo.

---

<sup>84</sup> Com a renúncia do presidente Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961, o cargo de Presidente da República foi ocupado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Pascoal Ranieri Mazzilli. A Presidência deveria ter sido assumida por João Goulart, Vice-Presidente da República que, na ocasião, se encontrava em viagem à China Popular. Mazzilli assumiu a Presidência, mas o poder efetivo ficou nas mãos dos três ministros militares: General Odílio Denis, da Guerra, Brigadeiro Gabriel Grun Moss, da Aeronáutica, Almirante Sílvio Heck, da Marinha, todos contrários à posse de Goulart, então considerado adepto aos ideais sindicalistas. Para solucionar a crise política que se instalava, no dia 2 de setembro de 1961, o Congresso aprovou a Emenda Constitucional n. 4 que, embora tenha garantido a posse de Goulart, instituiu o sistema parlamentarista no país e previu para o início de 1965 um plebiscito que decidiria sobre a continuidade ou não do parlamentarismo. No dia 7 de setembro de 1961, Goulart foi empossado com poderes limitados, na medida em que grande parte das atribuições do Poder Executivo passava ao Conselho de Ministros, órgão chefiado por Tancredo Neves, o Primeiro-Ministro. Em junho de 1962, com a renúncia de Tancredo, o cargo de Primeiro-Ministro passou a Brochado da Rocha. Prometeu-se antecipar para dezembro de 1962 a realização do plebiscito que decidiria a sorte do sistema parlamentarista. No dia 14 de setembro de 1962, Brochado da Rocha renunciou após não ter conseguido aprovar perante o Congresso a antecipação do plebiscito. No dia seguinte foi decretada greve geral dos trabalhadores. Pressionado, o Congresso aprovou naquele mesmo dia a Lei Complementar nº 2, que marcava a realização do plebiscito para 6 de janeiro de 1963. Com a renúncia de Brochado assumiu Hermes Lima, que permaneceu no cargo até janeiro de 1963. Em 1º de janeiro de 1963, o governo aumentou os salários em 75%, e assegurou, com isso, o apoio das lideranças sindicais e das bases trabalhadoras à volta ao presidencialismo. Então, no dia 6 daquele mesmo mês, 11,5 milhões de eleitores, de um eleitorado de 18 milhões, votaram no plebiscito. O resultado determinou a volta ao presidencialismo por 9,5 milhões de votos contra 2,1 milhões. (Fundação Getúlio Vargas. **Parlamentarismo: sim ou não?** O plebiscito de 1.963. Disponível em <<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acesso em: 23 mai. 2006).

<sup>85</sup> O Decreto nº 1 da Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, estatuiu no art. 1º: "Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira, a República Federativa". No art. 7º estabelecia: "Sendo a República Federativa Brasileira a forma de Governo proclamada, o Governo Provisório não reconhece nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo de voto da nação, livremente expressado pelo voto popular". Por sua vez, a Constituição de 1988, apesar de inserir entre as cláusulas pétreas do artigo 60 o princípio da separação dos poderes, ao lado da forma federativa de Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da união dos Poderes e dos direitos e garantias individuais, não fez o mesmo em relação à forma republicana de governo e nem ao sistema presidencialista. Por pressões de monarquistas e parlamentaristas, durante as discussões da Assembléia Nacional Constituinte, inseriu-se no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1.988 o artigo 2º: "No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (República ou Monarquia Constitucional) e o sistema de Governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País". Assim, embora com sua data transferida para 21 de abril, foi realizada a consulta popular, que rejeitou o retorno da monarquia e, pela segunda vez, rejeitou o parlamentarismo, mantendo o regime vigente, presidencialista.

Porém, o artigo 60 da Constituição de 1998, em seu § 4º, inciso III insere, entre as cláusulas pétreas, o princípio da separação dos poderes.

Ora, não se pode olvidar que no sistema parlamentarista a possibilidade de interferência do Legislativo no Executivo – e vice-versa – acarreta a quebra desse princípio. Assim, infere-se que o sistema de governo é inalterável por vontade do Poder Constituinte Derivado, e apenas o povo, detentor do poder originário, poderia promover tal mudança, quer diretamente, quer por intermédio de representantes por ele eleitos e reunidos em Assembléia Nacional Constituinte.

O poder constituinte responsável pela promulgação da Constituição de 1988 previu a possibilidade de se alterar o sistema de governo por meio de plebiscito. Ao atribuir essa competência diretamente ao povo, implicitamente alijou o Poder Constituinte Derivado dessa competência. O povo já se desincumbiu dessa missão ao opinar e ao rejeitar o parlamentarismo. Agora, nada mais há a fazer até que o povo, por intermédio de legítimos representantes novamente reunidos em uma Assembléia Nacional Constituinte opte pela mudança.

Por certo, a coexistência de um mecanismo de medidas provisórias forjado na Itália parlamentarista com o sistema presidencialista brasileiro possibilitou a total hipertrofia da atividade normativa do Poder Executivo nacional, em óbvio desrespeito à democracia e ao pluralismo político sob os quais se funda o Estado de Direito propugnado no artigo 1º da Constituição Federal.<sup>86</sup>

É que no sistema presidencialista, adotado provisoriamente quando da promulgação da Constituição de 1988 e escolhido de forma definitiva mediante o exercício da democracia direta no plebiscito de 1993, não há possibilidade de

---

<sup>86</sup> “Registre-se que o último Chefe do Poder Executivo, o segundo Fernando, do início do seu primeiro mandato até o mês de agosto de 1999, expediu 3.239 medidas provisórias (inconstitucionalmente, é claro), o que corresponde a uma média de quase 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo (isto é, excluídos feriados, sábados e domingos). Inversamente, no período foram editadas pelo Congresso apenas 854 leis (entre ordinárias e complementares). Vê-se, pois, que o Parlamento foi responsável tão-só por pouco mais de uma quarta parte das ‘leis’, pois os quase  $\frac{3}{4}$  restantes são obra exclusiva do Executivo. De resto, dentre as 3.239 medidas provisórias referidas, apenas 89 delas – ou seja, 2,75% - foram aprovadas pelo Congresso e convertidas em lei. Em suma: vigoram entre nós **97,25% de medidas provisórias não aprovadas pelo Congresso**, em desrespeito de o *Texto Constitucional literalmente determinar, como foi dito e reiterado, que tais medidas, se não aprovadas pelo Congresso em 30 dias, perdem a eficácia desde o início de sua expedição*. Diante deste panorama devastador, mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil atual, só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito e, pois, em democracia.” (MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, op. cit, p. 96).

responsabilização política do Presidente da República fora das estritas hipóteses nas quais se admite a instauração do procedimento de impeachment.<sup>87</sup>

Para que haja efetiva responsabilização política do Presidente da República na República Federativa do Brasil é necessário que a Câmara dos Deputados, no exercício de sua competência privativa, autorize, por dois terços dos respectivos membros, a instauração do processo.<sup>88</sup> Então, o Senado Federal, também no exercício de competência privativa<sup>89</sup>, mas sob o comando do Presidente do Supremo Tribunal Federal, instaura o processo e julga o Presidente da República. A eventual condenação somente é proferida se dois terços dos membros do Senado Federal assim concordarem e limita-se à perda do cargo e à inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública sem prejuízo de outras sanções judiciais cabíveis.<sup>90</sup>

Não se prescinde de dupla votação na qual é exigido um quorum bastante qualificado: dos 513 Deputados Federais<sup>91</sup> 342 votos devem ser favoráveis à autorização para julgamento do Presidente da República, sob pena de a representação ser arquivada; dos 81 Senadores<sup>92</sup> 54 devem votar favoravelmente à condenação do Presidente da República por crime de responsabilidade, ainda que as provas sejam bastante convincentes e não haja dúvida alguma a respeito da real ocorrência da falta funcional por parte daquele que exerce a chefia de Estado e de Governo.

Ademais, é inegável que as penalidades, acaso sejam aplicadas, dirijam-se única e exclusivamente à pessoa que, na qualidade de Presidente da República, praticou crime de responsabilidade; tanto a perda do cargo quanto a inabilitação por oito anos para o exercício de função pública (ou as possíveis outras sanções judiciais cabíveis – sejam as de natureza criminal, administrativa ou civil) são impostas com objetivo sancionador. Em outras palavras: o ato praticado permanece intacto, em pleno vigor, ainda que decorrente de crime de responsabilidade

---

<sup>87</sup> “Por outro lado, incorre, em nosso país, qualquer debate prévio acerca das providências adotadas, uma vez que substanciam matéria de exclusiva competência do Presidente da República (órgão unipessoal e não colegiado como o Governo no parlamentarismo). Inviabilizados o contraditório prévio, ainda que no contexto do Governo, e a censura política, é evidente que a atividade legislativa de urgência do Presidente da República haverá de deparar-se com limites ainda mais estreitos que aqueles encontráveis na experiência constitucional italiana. Por esta razão, concorde-se que a excepcionalidade do exercício da função legislativa pelo Executivo em nosso país deve ser mais marcante que a da Itália.” (CLÉVE, Clémerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 43-44).

<sup>88</sup> Constituição Federal, art. 51, inciso I.

<sup>89</sup> Id, art. 52, inciso I.

<sup>90</sup> Ibid., art. 52, parágrafo único.

<sup>91</sup> Lei Complementar n° 78/1993.

<sup>92</sup> Constituição Federal, artigo 46, § 1°.

definitivamente julgado. Não há falar em reparação imediata do motivo que ensejou a responsabilização política do Presidente da República.

O sistema parlamentarista, por sua vez, convive com a sempre iminente responsabilização política do Primeiro-Ministro, que desempenha a chefia de Governo sob (e desde que exista) a confiança do Parlamento. O Primeiro-Ministro é eleito pelo Parlamento e pode, a qualquer momento, ser destituído por perda da confiança nele antes depositada ou pela perda do apoio da maioria parlamentar.

Logo, no parlamentarismo, o Poder Executivo, exercido e chefiado pelo Primeiro-Ministro com o auxílio de diversos outros Ministros com atuações em específicas áreas tais como Indústria e Comércio, Cultura, Educação, Saúde, etc., pode ser imediata e politicamente responsabilizado quando exercer abuso ou mau uso do poder a ele atribuído.<sup>93</sup>

Humberto Bergmann Ávila salienta que, embora o molde da medida provisória brasileira tenha sido extraído da experiência italiana, há distinções, para além da relativa ao sistema de governo, que devem ser consideradas na análise do regime jurídico desse ato legislativo de urgência. Afirmar que a responsabilidade política de quem edita o ato de urgência reside no princípio democrático e demonstra que na Itália o processo democrático está presente na edição dos atos de urgência, seja em razão da forte influência dos partidos na eleição do governo ou em razão da prerrogativa de os partidos retirarem-no do poder.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Por isso, Michel Temer não hesita: “A Constituição italiana foi o modelo inspirador do constituinte brasileiro. Ocorre, entretanto, que entre as ‘medidas provisórias’ da Itália e as do Brasil há grande diferença. Lá o sistema de governo é parlamentar e a Constituição prescreve que o ‘Governo’ (no caso, o Gabinete, por meio do Primeiro-Ministro) editará a ‘medida provisória’ sob ‘sua responsabilidade’. O que é ‘responsabilidade’ no sistema parlamentar? É aquela de natureza ‘política’. Portanto, o que ocorre se a medida provisória não for aprovada pelo Parlamento italiano? O gabinete (Governo) cai.” (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991).

<sup>94</sup> E adverte: “Essa estrutura de poder inexistente em nosso sistema. Não há nem representatividade direta do Poder Executivo, no momento da prática do ato, nem sequer responsabilidade política, pela falta de conversão em lei pelo Congresso Nacional. Segue daí uma conclusão tão importante quanto menosprezada: a produção normativa pelo Poder Executivo, de acordo com a CF, deve obedecer a princípios diversos dos correspondentes italianos, em especial – pois é disto que ora se trata – quanto aos limites formal e material, para a inovação do ordenamento jurídico. A utilização da experiência italiana em um sistema diverso pode conduzir – como de fato já o fez – a um exercício abusivo do poder normativo pelo Poder Executivo”. (ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: SAFE, 1997, p. 36-37).

## 2.4. Medida provisória x decreto-lei

Nas Constituições de 1937 e 1967 houve a previsão da possibilidade de o Presidente da República editar decretos com força de lei.<sup>95</sup> O artigo 58 da Constituição de 1967 era assim redigido:

“Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I - segurança nacional;

II - finanças públicas.

Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.”

Com o advento da EC 1/1969 continuou-se a admitir que o chefe do Poder Executivo Federal inovasse a ordem jurídica por intermédio de instrumento legislativo primário nos seguintes termos:

“Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º. Publicado o texto, que terá vigência imediata, o decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do art. 51.

§ 2º. A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante sua vigência.

Art. 51. (...)

§ 3º. Na falta de deliberação dentro dos prazos estipulados neste artigo e parágrafos anteriores, considerar-se-ão aprovados os projetos.”

Os decretos com força de lei e os decretos-leis possuíam imediata eficácia de lei, eram passíveis de edição em casos de urgência ou de relevante interesse

---

<sup>95</sup> Contudo, como lembra Clémerson Merlin Clève, “a Constituição de 1937, como se sabe, jamais entrou em vigor, tendo o Presidente da República se valido, diante da não reunião do Legislativo e durante todo o período do Estado Novo, da competência legislativa da União. A Constituição nasceu em um período difícil para o Direito. Uma época – felizmente sepultada pelo constitucionalismo democrático – de desconfiança com a democracia e de defesa de Estados fortes, centralizadores e autoritários (quando não totalitários: Alemanha e Itália sob o nazismo e o facismo).” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas Provisórias**, op. cit, p. 37).

público e poderiam ser aprovados por simples decurso de prazo.<sup>96</sup> O Congresso Nacional deveria os analisar dentro de sessenta dias, podendo os aprovar ou rejeitá-los, mas eram vedadas quaisquer emendas por parte do Legislativo. Todos os atos praticados durante a vigência de um decreto-lei, ainda que expressamente rejeitado pelo Congresso Nacional, permaneciam válidos.

Havia grande limitação das matérias passíveis de serem veiculadas por decretos-leis, pois o Presidente da República somente os podia editar em questões relativas à segurança nacional, a finanças públicas e, a partir de 1969, às normas tributárias e à criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

As medidas provisórias, instituídas pelo Constituinte de 1988, ao que tudo indicava diante de simples leitura da redação original do parágrafo único do art. 62, não poderiam ser aprovadas de forma tácita, o que era extremamente salutar em comparação à antiga e nefasta aprovação por decurso de prazo dos decretos-leis.<sup>97</sup>

Assim, de um lado o Presidente da República passava a poder editar medidas provisórias a respeito de uma gama muito maior de matérias, visto que, analisando-se de forma isolada a regra do art. 62, não havia mais o rol constitucional das questões passíveis de serem tratadas por ato normativo exclusivo do Chefe do Executivo. Por outro, a “promessa” da Constituinte era de que não haveria a possibilidade de aprovação tácita de medidas provisórias.<sup>98</sup>

Diferente do que se admitia com relação aos decretos-leis, que continuavam a reger os atos com base neles praticados ainda que fossem posteriormente rejeitados pelo Congresso Nacional, a não conversão de medida provisória em lei ou sua rejeição importaria a perda de eficácia desde a edição, cabendo ao

---

<sup>96</sup> A Emenda Constitucional n° 22/1982, embora tenha alterado a redação do § 1° do art. 55 da Constituição de 1967 (com a redação a ela atribuída pela Emenda Constitucional n° 1/1969) para que nela fosse contemplada a necessidade de inclusão automática na ordem do dia no Congresso Nacional, em regime de urgência, de decreto-lei expedido e pendente de deliberação, manteve a aprovação prevista da aprovação tácita.

<sup>97</sup> “No caso das medidas provisórias esse silêncio não importa, senão, perda da eficácia, desde o início. Essa disciplina normativa do silêncio evidencia o papel, *positivo e indispensável*, do Congresso Nacional, na sistemática da produção normativa da CF. Mais do que indispensável, o poder do Congresso Nacional foi significativamente ampliado, em função da literalidade mesma do dispositivo, pela inexistência de vedação expressa que o proíba de emendar a medida provisória, impossibilidade anteriormente aplicável ao decreto-lei.” (ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit, p. 29-30).

<sup>98</sup> “A omissão do Congresso nacional não implica aprovação, como no caso do decreto-lei, sendo indispensável a manifestação positiva do Congresso Nacional que, além de se pronunciar sobre sua conveniência e oportunidade, ainda, em princípio, tem a prerrogativa de emendá-la, hipótese rejeitada, expressamente, na sistemática anterior.” (ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit. p. 29).

Congresso Nacional regulamentar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida ou rejeitada.

O aumento de despesa via medida provisória não foi vedado, ao contrário do que ocorria no tocante ao decreto-lei.

Enquanto a Constituição de 1967 contentava-se com o incremento alternativo de apenas um dos pressupostos materiais para edição de decretos-leis (urgência *ou* interesse público relevante), a Constituição de 1988 dispõe que toda e qualquer medida provisória depende, sempre, da verificação cumulativa e simultânea dos requisitos materiais de relevância e urgência.<sup>99</sup>

Advirta-se, ainda, tal como o fez Humberto Bergmann Ávila, que o regime jurídico das medidas provisórias, além de ser composto de regramento específico e bastante diferenciado do referente aos decretos-leis, é caracterizado principalmente pelo sistema constitucional no qual está inserido, com opções valorativas próprias.<sup>100</sup>

O que deve ficar bem fixado, neste aspecto, é que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito que tem como fundamento o pluralismo político, assim entendido como a necessidade de, tanto quanto possível, a ordem jurídica ser capaz de retratar toda a gama de atores sociais por intermédio de um parlamento plural eleito pelo voto direito, secreto, universal e periódico e, somente em situações excepcionais, ter agregadas normas primárias advindas da iniciativa isolada do Presidente da República.

A validade da legislação de urgência e de exceção pelo Poder Executivo não pode ser buscada, na Constituição de 1988, pela mesma ótica com a qual antes era analisado um decreto-lei perante a Constituição de 1967. O juízo de compatibilidade vertical entre medida provisória e Constituição há de ser despido daquele ranço autoritário de outrora, anterior à redemocratização do país, sob pena de a medida provisória nada mais ser do que um travestido decreto-lei.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> “De logo, uma advertência tão sovada, quanto reiteradamente esquecida: os requisitos assinalados pelo legislador constituinte são para valer. Exige-se a simultaneidade de ambos, sem o que inexistirá clima *jurídico* para a solução do problema. Trata-se do conectivo conjuntor, expressamente representado pelo “e”. A estrutura lógica da frase normativa não comporta interpretação sintática de outra ordem, reclamando que as duas proposições conjuntas se verifiquem no mundo dos fatos sociais, para que a iniciativa possa ser desencadeada.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 50).

<sup>100</sup> (ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit, p. 31).

<sup>101</sup> “Entretanto, num Estado cuja tradição institucional é autoritária, que foi marcado, desde a independência, por golpes, violações aos direitos fundamentais, desmandos, minimização do Poder Legislativo, a medida provisória entremostra-se como o grilhão autoritário de uma Constituição que declara, prescreve e pretende realizar a democracia. A questão que se põe é que este pequeno grilhão autoritário vem adquirindo tamanha di-

De qualquer modo, “a verdade é que, sob a Constituição atual, o Governo usa e abusa da medida provisória, como, sob a anterior, o Governo militar usava e abusava do decreto-lei. E pelas mesmas razões”.<sup>102</sup>

## 2.5. Medida provisória: natureza jurídica

A doutrina diverge no tocante à natureza jurídica das medidas provisórias. Há quem entenda consubstanciarem atos administrativos, mas também se sustentam teses de que medida provisória seja lei ou ato político.

Para Roque Antonio Carrazza, medidas provisórias são “atos administrativos *lato sensu*, dotados de alguns atributos da lei, que o Presidente da República pode expedir em casos de *relevância e urgência*”.<sup>103</sup>

Não devem ser consideradas como atos administrativos porque são instrumentos normativos primários, dotados da possibilidade de inovar em abstrato a ordem jurídica. Atos administrativos não detêm, em regra, a generalidade e a abstração, típicas dos instrumentos normativos arrolados no art. 59 da CF. Oportuno ressaltar que os atos administrativos estão estritamente vinculados ao princípio da reserva de lei, dando-lhe apenas executoriedade.<sup>104</sup>

mensão que hoje subverte a máxima democrática”. (NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São paulo: Dialética, 2001, p. 79). “Tais equívocos seriam particularmente nocivos e perigosos, pois quaisquer enganos dos quais resultem mais poderes para o Executivo são muito bem aceitos no País. É que o Brasil mal conhece instituições políticas democráticas. Desde 1500 – quando foi descoberto – até o presente não experimentou mais de 35 anos de cambaleante democracia política (democracia social não teve um único dia), o que ocorreu entre 1946 e 1964, e desde 1986. Com efeito, durante o período colonial e imperial é óbvio que não se cogitava de democracia. Durante a República Velha, sabidamente, também não houve espaço para sua implantação e as eleições ‘a bico-de-pena’ cuidavam zelosamente de impedir-lhe o nascimento. Sobrevindo a Revolução de 1930 e subsequente implantação da ditadura getulista, o País continuou insciente do que seria este regime, só conhecido nos países civilizados. Finalmente, com a Constituição de 1946 desvendou-se para nós o mundo até então desconhecido da democracia. Contudo, em 1º de abril de 1964 o Golpe Militar se encarregou de desvanecer estes sonhos, implantando nova ditadura (a dos generais), que se manteve até 1986, em seu final disfarçada por configuração mais branda. Só aí, então, iria reencetar-se a expediência democrática, e ainda assim tisnada por uma infundável sucessão de decretos-leis, primeiramente, e depois de medidas provisórias, uns e outras de inconstitucionalidade óbvia, mas sempre recebidos com exemplar naturalidade por todo o país.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit, p. 95-96)

<sup>102</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro**, op. cit.

<sup>103</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 247. Esta também é a postura tomada por Marco Aurélio Greco (GRECO, Marco Aurélio. **Medidas provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 9).

<sup>104</sup> SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil**. São Paulo: LTr, 1993, p. 292-316.

Clémerson Merlin Clève, partindo do pressuposto de que “o significativo lei poderá assumir diversos sentidos, nem sempre redutíveis àquele decorrente da lei formal”, afirma que “lei, em sentido lato, pode ser traduzido como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo)” e conclui ser “possível afirmar que, no atual contexto da experiência jurídica, todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, quando praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, será lei, desde uma perspectiva genérica”.<sup>105</sup>

Discorda-se porque lei, em sentido lato, tal como preconizado por Clémerson Merlin Clève, abrangeria não só as medidas provisórias enquanto ato normativo capaz de inovar originariamente a ordem jurídica, mas também as emendas à Constituição, hierarquicamente superiores a todas as demais formas de atuação do Poder Legislativo em nosso sistema jurídico e, por acarretarem alterações o próprio texto constitucional, não poderiam ser incluídas no conceito de lei a partir de uma perspectiva genérica.

Eros Roberto Grau afirma que medida provisória é uma lei dotada de certa especialidade, consistente na “vigência provisória imediata”.<sup>106</sup>

De acordo com voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 221-MC (DJ 22/10/93) medidas provisórias são espécies normativas de natureza infraconstitucional às quais se emprestou o sentido de equivalência constitucional com as leis, mas que com leis não se confundem ainda que “transitoriamente se achem investidas de igual autoridade”. Em outra oportunidade o Ministro disse ser uma medida provisória “ato quase legislativo, de natureza cautelar” (ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93).

Crê-se que as medidas provisórias, por serem dotadas de características próprias, inconfundíveis com as demais espécies normativas arroladas no art. 59 da CF<sup>107</sup>, não devem ser equiparadas à lei como se leis fossem. Primeiro porque são editadas pelo Presidente da República; segundo por possuírem pressupos-

---

<sup>105</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**, op. cit, p. 167-168.

<sup>106</sup> GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1.988**. Revista dos Tribunais, 658, 240-243, ago: 1990.

<sup>107</sup> Para Luís Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior medida provisória “constitui espécie normativa. Compõe o processo legislativo previsto no art. 59 da Lei Maior. Tem força de lei. É ato normativo primário”. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356).

tos de validade específicos; terceiro porque sujeitas, sempre, a condição resolutive<sup>108</sup> perante o Congresso Nacional.<sup>109</sup>

Um argumento de ordem lógica consiste na constatação de que só pode ser convertido em lei algo que não (ou ainda não) seja lei. *Força de lei* não se confunde com *natureza jurídica* de lei. Ao se dizer que medida provisória é uma lei com a peculiaridade da vigência provisória imediata está-se justamente negando que medida provisória seja lei. Daí porque, correta a afirmação de que, em face da transitória “força de lei” (CF, art. 62, *caput*), medida provisória seja um ato quase legislativo de natureza cautelar.

A força de lei e a eficácia imediata a partir da publicação é que pintam a medida provisória com cores quase-legislativas capazes de possibilitar a *suspensão* (e não a revogação) da eficácia de anterior legislação de igual ou inferior hierarquia e com ela incompatível.<sup>110</sup> O efeito suspensivo, além de ser o único a

---

<sup>108</sup> “Por ser ato normativo adotado em situações extraordinárias, sob condição resolutive, para imediata apreciação do Congresso Nacional, é ato precário e instável” (AMORIM, Leomar Barros. **Medidas provisórias – A experiência brasileira**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 9: 65-94, mar: 1997).

<sup>109</sup> Reforçando o entendimento de que medida provisória não é lei “A **primeira diferença** entre umas e outras reside em que as medidas provisórias correspondem a uma forma **excepcional** de regular certos assuntos, ao passo que as leis são a via normal de discipliná-los.

A **segunda diferença** está em que as medidas provisórias são, por definição, **efêmeras**, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmas fixado, ao contrário das medidas provisórias, cuja duração máxima já está estabelecida na Constituição: 30 dias.

A **terceira diferença** consiste em que as medidas provisórias são **precárias**, isto é, podem ser infirmadas pelo Congresso a qualquer momento dentro do prazo em que deve apreciá-las, em contraste com a lei, cuja persistência só depende do próprio órgão que a emanou (Congresso).

A **quarta diferença** resulta de que a medida provisória não confirmada, isto é, não transformada em lei, perde sua eficácia desde o início; esta, diversamente, ao ser revogada, apenas cessa seus efeitos **ex nunc**.

Por tudo isso se vê que a força jurídica de ambas **não é a mesma**.

Finalmente, a **quinta e importantíssima diferença** procede de que a medida provisória, para ser expedida, depende da ocorrência de certos pressupostos, especificamente os de ‘relevância e urgência’, enquanto, no caso da lei, a relevância da matéria **não é condição para que seja produzida**; antes, passa a ser de direito relevante tudo o que a lei houver estabelecido. Demais disso, inexistente o requisito de urgência” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Perfil constitucional das medidas provisórias**. Revista de Direito Público, 95: 28-32, set: 1990).

<sup>110</sup> Não se concorda com José Levi Mello do Amaral Júnior (AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Medida Provisória e sua conversão em lei**: a Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131) quando afirma que medida provisória revoga a legislação anterior com ela conflitante. Quando se fala em “revogação sujeita a uma condição resolutive” não se está mais tratando de revogação. Não faz sentido que algo efêmero, provisório, sujeito a evento futuro e incerto, possa, de início, pura e simplesmente alterar radicalmente o ordenamento jurídico a ponto de revogar a legislação anterior e, caso verificada condição resolutive incompatível com a eficácia imediata (expressa rejeição), terem os intérpretes, os destinatários do

apresentar compatibilidade com a condição resolutive ínsita a toda e qualquer medida provisória, atesta a inviabilidade de se tentar alocar as medidas provisórias no espaço reservado à lei na classificação dos atos normativos primários, pois, como se sabe, as leis revogam a legislação inferior e anterior a elas em caso de incompatibilidade.<sup>111</sup>

Embora preferindo a expressão “eficácia não revocatória”, Humberto Bergmann Ávila chega ao mesmo resultado prático:

“A força de lei não equivale, portanto, à força plena da lei ordinária: a medida provisória paralisa a eficácia das disposições contrárias, que recobram os seus efeitos no caso de não conversão em lei das disposições da medida provisória, como se tais disposições jamais tivessem existido; a lei revoga as disposições em contrário, que jamais recobram sua eficácia, mesmo que a lei seja posteriormente revogada”.<sup>112</sup>

Por fim, saliente-se que esse instrumento normativo primário quase legislativo de natureza cautelar e excepcional é ato político praticado por agente político no exercício direto de prerrogativa disposta na própria Constituição Federal.

## 2.6. Medida provisória: procedimento

A edição de leis ordinárias é – ou, ao menos, deveria ser – o mecanismo mais utilizado quando do processo legislativo. O processo ordinário refere-se às regras de discussão, edição, promulgação e publicação de leis ordinárias. As outras espécies normativas (emendas à Constituição, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções) detêm respectivas peculiaridades, ora com pouca diferenciação a partir do procedimento ordinário (leis complementares), ora dele bastante distantes (emendas à Constituição, medidas provisórias e resoluções).

Lei ordinária é aquela que, depois de votada uma vez em cada Casa legislativa (Câmara dos Deputados e Senado Federal), alcançado em ambas as votações a maioria simples dos votos dos respectivos membros e sancionada pelo

---

sistema jurídico, de conviver com uma revogação-que-deixou-de-ser-revogação-retroativamente.

<sup>111</sup> “Ocorre, isto sim, a paralisação temporária, a suspensão da vigência e da eficácia da lei. Destarte, se a medida provisória for rejeitada, haverá restauração imediata da lei” (SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Medidas provisórias** – Instrumento de governabilidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, 50: 285-307, jun: 2003).

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit, p. 103-108.

Presidente da República, é por este promulgada e publicada no Diário Oficial da União.

Há um quorum mínimo de presenças para que as Casas legislativas possam deliberar e esse quorum está previsto no art. 47 da CF.<sup>113</sup>

Presente a maioria absoluta dos membros da Casa, inicia-se a deliberação e o projeto de lei nela é aprovado desde que encontre a maioria simples de votos favoráveis dentre os membros presentes. Depois de aprovado numa das Casas, o projeto é encaminhado à outra, que passa a ser chamada de Casa Revisora. O procedimento de deliberação e aprovação é o mesmo.

De acordo com o art. 65, o projeto de lei aprovado por uma casa será revisito pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Assim, se houver aprovação pela Casa revisora, o referido projeto de lei ele é encaminhado ao Presidente da República para sanção ou veto. Contudo, se ela o rejeitar, haverá simples arquivamento. Há, ainda, a possibilidade de a Casa revisora emendar o projeto.

Se houver emenda por parte da Casa revisora, há necessidade de o projeto ser devolvido à Casa iniciadora para novos debates. É a regra o art. 65, parágrafo único.<sup>114</sup>

Depois de votado e aprovado nas duas casas legislativas, o projeto de lei deve ser encaminhado ao Presidente da República para sanção ou veto. A sanção nada mais é do que a aprovação, pelo Executivo, do projeto de lei. As consequências são promulgação e publicação, realizadas pelo próprio Presidente da República.

O Presidente da República deverá se manifestar antes de decorridos 15 dias (art. 66, § 3º). Se aquiescer, há sanção expressa (art. 66, *caput*); se considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, veta-lo-á total ou parcialmente, e comunicará, dentro de 48 horas, ao Presidente do Senado as razões do veto; se o Presidente da República não se manifestar no prazo de 15 dias, o silêncio importará em sanção tácita (art. 66, § 3º).

O Legislativo pode, em sessão conjunta e mediante o voto secreto favorável da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, rejeitar o veto presidencial

---

<sup>113</sup> “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.”

<sup>114</sup> “Art. 65 (...) Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”

(art. 66, § 4º). Dessa forma, caso a maioria absoluta dos Deputados Federais e Senadores votem no sentido da rejeição do veto (ou, em outras palavras, na não manutenção do veto), o projeto é novamente encaminhado ao Presidente da República; só que, desta vez, ele dispõe de 48 horas para promulgar a lei; caso não a promulgue o Presidente ou o Vice-Presidente do Senado a fará (art. 66, § 7º).

Consoante o art. 64, § 1º, o Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa, seja decorrente de competência privativa (art. 61, § 1º) ou concorrente.

Solicitado o regime de urgência, cada uma das Casas legislativas dispõe de 45 dias para votação do projeto de lei e, em caso de emenda pela Casa revisora, a análise pela Casa iniciadora não pode ultrapassar o período de 10 dias.

Assim, em regime de urgência o projeto de lei deve ser analisado pelo Legislativo no prazo máximo de 100 dias; e essa é a diferença principal em relação ao processo legislativo ordinário, no qual não há previsão constitucional de prazos para deliberação e votação por parte dos parlamentares.

Se não houver manifestação nos prazos determinados, o projeto deve ser incluído na ordem do dia, acarretando o sobrestamento das demais deliberações legislativas da Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se termine a votação (art. 64, § 2º). No entanto, há duas ressalvas à possibilidade de se imprimir o regime de urgência: de acordo com o art. 64, § 4º, os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.

As medidas provisórias são editadas pelo Presidente da República e têm força de lei, mas devem ser submetidas de imediato ao Congresso Nacional. No prazo de 60 dias desde a publicação (diferentemente do que ocorria antes da EC 32/2001 – época em que o Congresso Nacional, estando em recesso, deveria ser convocado extraordinariamente para se reunir em 5 dias –, o prazo de vigência fica suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional)<sup>115</sup>, a medida provisória é encaminhada, já dentro do Congresso Nacional, a uma comissão mista de Deputados Federais e Senadores, responsável pela elaboração de parecer a respeito da aprovação ou rejeição (art. 62, § 9º).

---

<sup>115</sup> Alexandre de Moraes afirma, com razão, que, se houver convocação extraordinária do Congresso Nacional, o prazo da medida provisória pendente de apreciação não será suspenso, pois o § 8º do art. 57 determina sua inclusão automática na pauta de votação. (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1142).

Com o parecer, a Câmara dos Deputados, em sessão plenária e não sem antes fazer juízo prévio sobre o atendimento, pela medida provisória, dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (art. 62, § 5º), realiza votação. Obtida a maioria simples de votos favoráveis, a medida provisória deve ser analisada pelo Senado Federal<sup>116</sup>, que, em sessão plenária e também depois de fazer juízo acerca do atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, realiza votação.

Alcançada maioria simples de votos favoráveis no Senado Federal, a medida provisória é convertida em lei e a promulgação feita pelo Presidente do Senado Federal, cabendo ao Presidente da República a publicação da lei de conversão (procedimento que, segundo Alexandre de Moraes, restou consagrado na costumeira prática do Poder Legislativo<sup>117</sup>).

Não havendo apreciação da medida provisória no prazo de 45 dias contados da publicação, ela entrará em regime de urgência e a Casa na qual estiver pendente a votação terá todas as deliberações legislativas<sup>118</sup> sobrestadas até que se ultime a votação<sup>119</sup> (art. 62, § 6º).

---

<sup>116</sup> O texto original do art. 62 exigia que o Congresso Nacional, em sessão conjunta, aprovasse ou rejeitasse a medida provisória.

<sup>117</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1143. Não é demais ressaltar o entendimento refratário de que “o silêncio da Constituição sobre o processo a ser adotado na conversão em lei das medidas provisórias, longe de autorizar seja a lei assim constituída promulgada pelo Presidente do Senado, implica na obrigatoriedade de adoção do iter expressamente previsto para as leis ordinárias iniciadas por projetos do Presidente da República (arts. 64 a 66), isto é, com discussão e aprovação do texto por ambas as Casas legislativas e seu envio para sanção (ou veto) e promulgação pelo Presidente da República” (VIANNA, Rubens Raimundo Hadad. **Inconstitucionalidade das leis de conversão de medidas provisórias promulgadas pelo Presidente do Senado Federal e sem sanção do Presidente da República**. LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, 30: 7-11, fev: 1992).

<sup>118</sup> Interessante notar que o trancamento de pauta refere-se somente às deliberações *legislativas* da Casa, não sendo capaz de obstar, por exemplo, o trabalho de comissões parlamentares de inquérito.

<sup>119</sup> Neste aspecto, entende-se que o sobrestamento das deliberações legislativas perdura enquanto pender a análise dos pressupostos constitucionais e conseqüente votação, na Casa, da medida provisória, independentemente do tempo que possa transcorrer. Discorda-se de Alexandre de Moraes, para quem “A EC n° 32/01, portanto, criou nova espécie de *regime de urgência constitucional para medidas provisórias*, pelo qual as duas Casas do Congresso Nacional terão o exíguo prazo de 15 dias para, sucessivamente, a Câmara e o Senado Federal apreciarem o inteiro teor da medida provisória”. (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, op. cit, p. 1142).

## 2.7.

### A redação original do art. 62 da Constituição Federal

Dispunha o art. 62, em sua redação original, que em caso de relevância e urgência o Presidente da República poderia adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional que, estando em recesso, seria convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. O parágrafo único referia-se à perda de eficácia, desde a edição, das medidas provisórias que não fossem convertidas em lei no prazo de trinta dias a partir de sua publicação. Em tais situações, o Congresso Nacional deveria disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias não convertidas em lei naquele interregno.

A perda de eficácia de uma medida provisória editada e não convertida em lei no prazo improrrogável de trinta dias deveria ser, a toda evidência, retroativa. Por quê? Pelo fato de que toda e qualquer medida provisória, necessariamente concebida sob a ótica da legislação de exceção, somente poderia inovar na ordem jurídica se obtivesse o expresse aval do Poder Legislativo. Não chancelada em trinta dias não deveria ser considerada válida porque ausente o suporte constitucional da imprescindível conversão em lei.

Entretanto, não foi essa a linha de raciocínio adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando passou a admitir a pura e simples “reedição” de medidas provisórias.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> O aval do Supremo Tribunal Federal à reedição de medidas provisórias pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional pode ser verificado a partir destes exemplos: "Reedição de medida provisória não rejeitada expressamente pelo Congresso Nacional: possibilidade. Precedentes do STF: ADI 295/DF e ADI 1.516/RO." (ADI 1.397-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27/06/97); "Medida provisória: conversão em lei após sucessivas reedições, com cláusula de "convalidação" dos efeitos produzidos anteriormente: alcance por esta de normas não reproduzidas a partir de uma das sucessivas reedições." (RE 254.818, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/02). Houve duas repercussões de porte, ainda no seio de nossa Suprema Corte e ambas decorrentes do entendimento de que a medida provisória não apreciada no Legislativo poderia ser reeditada e, mais, poderia "convalidar" normas que o Presidente da República eventualmente esquecesse de fazer constar em alguma das sucessivas reedições. A primeira, e talvez mais grave do que a própria aceitação da viabilidade sistemática da reedição, foi a exigência de aditamento da inicial de ação direta sempre que medida provisória sob análise no controle concentrado de constitucionalidade fosse reeditada, de modo que das duas uma: ou o autor da ADIn não aditava a inicial e acarretava a "extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade" ante "a superveniente perda de objeto" (ADI 293-QO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/06/93) ou providenciava o aditamento e a Corte Suprema passava a verificar a compatibilidade vertical apenas da última reedição, relegando ao controle incidental de constitucionalidade eventuais outras (sabidamente inúmeras) discussões que envolvessem as anteriores reedições. Tinha-se, então, um Legislativo inerte e um Judiciário míope (BARBEITAS, André Terrigno. **A reedição de medidas provisórias: Exemplo marcante de decisão de cunho político no STF.** Boletim Científico da Escola

O mecanismo da reedição<sup>121</sup> foi arquitetado da seguinte forma: o Presidente da República editava uma medida provisória que não seria apreciada pelo Legislativo em menos de trinta dias; então o Presidente da República, no vigésimo nono dia de vigência da primeira medida provisória, editava outra com igual redação, mas com a peculiaridade de ser “batizada” com um número a mais (por exemplo: Medida Provisória 1000/2000 e Medida Provisória 1000-1/2000); e assim por diante, *ad infinitum*.<sup>122</sup> Há inúmeros exemplos, tendo-se chegado a ponto de existir medida provisória que, entre edição e reedições, esteve em vigor por oito anos.<sup>123</sup>

O efeito lógico decorrente da admissão da reedição de medidas provisórias foi notória burla à Constituição.<sup>124</sup> Por todos, Paulo Bonavides:

“Por elas, e com elas, o País trilha a via do absolutismo, visto que, desvirtuadas e apartadas da respectiva finalidade constitucional, têm sido para os libercidas o

---

Superior do Ministério Público da União, 2: 9-14, mar: 2002). A segunda repercussão foi a pá-de-cal colocada sobre o assunto com a aprovação da Súmula STF n° 651: “A medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional podia, até a EC 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição”.

<sup>121</sup> Referindo-se à redação original do art. 62, Celso Antônio Bandeira de Mello diz: “Embora não houvesse vedação expressa (como hoje há), a reedição de medida provisória já era manifestamente incompatível com a índole deste instituto, o que poderia ser percebido por qualquer pessoa que dispusesse de inteligência normal e rudimentos de Direito, em face das disposições do art. 62 e seu parágrafo único, dispositivos estes que eram reguladores da matéria”. E, linhas adiante: “Deveras, era evidente – e da mais solar evidência – que *medidas provisórias não poderiam ser reiteradas ante os mesmos fatos e situações*. Com efeito, posto que a Constituição as denominou ‘provisórias’ e as colocou, tão logo publicadas, ao inteiro líbido do Congresso; posto que estabeleceu, ainda, um *prazo máximo de trinta dias* para que suas disposições adquirissem caráter permanente, “se convertidas em lei”, ou para que perdessem a eficácia desde o início se lhes faltasse este aval parlamentar, restava cristalinamente claro que a falta dele implicava repúdio à medida expedida”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, op. cit, p. 117-118).

<sup>122</sup> Caio Tácito informa que não basta, para se chegar ao número exato de todas as medidas provisórias editadas, simplesmente somar toda a cadeia sucessiva desse instrumento normativo primário. Isto porque, inicialmente, medidas provisórias recebiam números sucessivos independentemente, fossem edições ou meras reedições “até que, com o advento do Decreto n° 1.937, de 21 de julho de 1996, implantou-se um outro critério. Na reedição de medidas provisórias – até então com número de 1.492 – passava a ser mantido o número originário acrescido de algarismo, separado por hífen, indicativo da seqüência de renovações, somente seria atribuída numeração nova à Medida Provisória que viesse a regular matéria inédita”. (TÁCITO, Caio. **A medida provisória: ontem, hoje e amanhã**. Revista de Direito Administrativo, 216: 1-8, jun: 1999). Por isso nos dados oficiais consta um número elevadíssimo de reedições e um bastante reduzido de edições.

<sup>123</sup> FERREIRA, Oswaldo, op. cit, p. 51-61.

<sup>124</sup> “Ademais, o prazo-limite de vigência das disposições provisórias é de trinta dias (art. 62, parágrafo único) e não múltiplos de trinta. Caso a Constituição admitisse a vigência provisória da medida por três, quatro, seis meses, um ano, ela teria dito que a medida vigoraria até que o Congresso a apreciasse...” (AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 168).

meio mais simples, mais fácil, mais cômodo e mais rápido de instalar, sem reação social e sem estorvo, um regime de exceção; o que aliás já se observa em face da ordem jurídica espedaçada”.<sup>125</sup>

Sob a coloração que assumiu o instituto em questão, qual seria a diferença ontológica entre um decreto-lei aprovado por decurso de prazo em um regime autoritário e uma medida provisória autoritariamente reeditada, convalidada e, o que é pior num Estado pretensamente democrático, ignorada pelos demais Poderes? Nenhuma. Rigorosamente nenhuma. Aliás, é possível dizer que o autoritarismo anterior à convocação da Assembléia Nacional Constituinte era perceptível a olho nu; já o autoritarismo institucionalizado, incrementado pelo viés da legislação de exceção de que se valeram os Presidentes da República do pós-1988 repousa em berço esplêndido, longe da baioneta, mas escondido por detrás de um véu pouco translúcido: o véu do discurso democrático, da aprovação popular, da autorização constitucional para editar medidas provisórias sobre toda a sorte de assuntos, da discricionariedade, da vagueza semântica dos enunciados “relevância” e “urgência”.<sup>126</sup>

### 2.7.1. Os pressupostos da relevância e da urgência

O assunto a ser tratado por medida provisória, além de relevante, tem de ser urgente.<sup>127</sup>

Relevância e urgência são conceitos cujos significados são vagos, abertos, não sendo viável determinar-se *a priori* no que consistam esses dois pressupostos constitucionais à edição de medida provisória.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 106.

<sup>126</sup> “Acrescente-se, a bem da verdade, indo além dos nomes para chegar à essência dos institutos, que a real adaptação das medidas provisórias a um sistema de governo não-parlamentarista significa, no fundo, a volta ao decreto-lei, mesmo que em condições menos autoritárias e ainda que continue a chamar-se medida provisória. Essa volta, mesmo disfarçada no nome e na linguagem e aprimorada nas condições, seria um vexame? Não creio. O pudor de retornar na essência ao decreto-lei não pode ser maior que o de ficar com as atuais medidas provisórias, pois estas – sem limitação eficaz – são mais vexatórias do que aquele. Constituem um entulho autoritário maior, mais nocivo à democracia” (BARROS, Sérgio Resende de. **Medidas, provisórias?** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 53: 68-82, jun: 2000).

<sup>127</sup> “Por incrível que possa parecer, a medida provisória foi usada até para dar, rapidamente, foro especial a ocupante de cargo público – privilégio negado dias antes pelo Supremo Tribunal Federal. Com a edição da medida, o STF não só concedeu o *habeas corpus* ao beneficiado pelo foro especial, como rejeitou a queixa-crime. Será que o Congresso Nacional entende isso como matéria urgente e relevante? E a sociedade?” FERREIRA, Oswaldo, op. cit, p. 51-61.

O enunciado constitucional, no aspecto da relevância e da urgência, em vez de conter toda a base sobre a qual a medida provisória poderia ser editada, consiste numa vaga moldura que só pode ser preenchida mediante análise da situação concreta, da relação meio-fim entre o ato normativo e a matéria por ele tratada. É que, quanto maior a abstração de uma norma mais espaço de atuação, de discricionariedade, dispõe aquele que a pretende interpretar/aplicar. Essa “liberdade de conformação” torna indispensável uma “operação de concretização”.<sup>129</sup>

Portanto, a identificação da origem etimológica de ambos os termos é despidida de efeitos práticos. O mesmo se diga no tocante aos sinônimos atribuíveis à relevância e à urgência. Em outras palavras: o que importa saber não é propriamente o significado abstrato de relevância e de urgência, mas se determinada medida provisória atende *concretamente* a tais pressupostos.<sup>130</sup>

Embora urgência e relevância contenham alto teor de fluidez e o caso concreto, a medida expedida, é que poderá fornecer dados suficientes à aferição da efetiva ocorrência desses pressupostos, a própria Constituição mune o intérprete com parâmetros objetivos daquilo que o constituinte originário considerou passível de receber tratamento urgente por medida provisória.

O procedimento sumário, como já dito, é o especial encadeamento de atos jurídicos aptos à produção de uma lei ordinária. Ele é especial porque, nos projetos de lei de iniciativa própria, o Presidente da República pode solicitar regime de urgência. Com a solicitação, todo o procedimento tem de se encerrar em, no máximo, 100 dias, uma vez que, solicitado o regime de urgência, cada uma das Casas legislativas dispõe de 45 dias para votação do projeto de lei e, em caso de emenda pela Casa revisora, a análise pela Casa iniciadora não pode ultrapassar o período de 10 dias. Não havendo manifestação em 45 dias, seja na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, ficarão sobrestadas todas as demais deliberações legislativas (com exceção das que tenham prazo constitucional determinado) na respectiva Casa até que se ultime a votação.

Conforme se pode perceber, há dois graus objetivos de urgência: o primeiro permite ao Presidente da República, em projetos de lei de própria iniciativa, requerer ao Congresso Nacional o especial e privilegiado trâmite do art. 64, §§ 1º e 2º da CF. O segundo é intuitivamente subsidiário e somente pode ser utili-

---

<sup>128</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**, op. cit, p. 68.

<sup>129</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 216.

<sup>130</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit, p. 80.

zado quando não se possa aguardar sequer o prazo de 100 dias do processo legislativo sumário.

Dessa forma, a *urgência* tratada no art. 62 da CF, além de ter de ser cumulativamente vinculada à *relevância* da matéria<sup>131</sup>, deve ser algo que não possa tolerar demora alguma, algo que reclame imediatismo, energia, rapidez, essencialidade não alcançável depois de decorridos 100 dias.<sup>132</sup>

Sem abandonar esta perspectiva e atentando-se à constatação de que medida provisória é ato normativo primário e, portanto, político, cabe a investigação da possibilidade de os outros dois Poderes desempenharem controle, verificação do efetivo implemento dos pressupostos constitucionais de medida provisória editada.

O controle pelo Congresso Nacional é imprescindível e não apresenta maiores dificuldades. Conquanto a redação original do art. 62 não contivesse regra específica condicionando a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional a um prévio juízo sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais, do Legislativo jamais poderia ser tolhida tal prerrogativa. Se medida provisória é ato normativo de exceção, condicionado a requisitos de validade, obviamente o Poder Legislativo, legislador por excelência desde o início da Modernidade, seria apto a verificar tanto os pressupostos de validade quanto a oportunidade e a conveniência (refere-se aqui a uma análise política) da medida provisória.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> “Qualquer que seja o sentido atribuído ao requisito substancial da relevância, ainda que de difícil delimitação no plano do direito constitucional, deve ele adequar-se aos princípios constitucionais que direcionam a atividade do Estado, especialmente os relativos à competência excepcional do Poder Executivo, para editar medidas provisórias” (ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit, p. 82). “De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentabilidade, imprevisibilidade” (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**, op. cit. p. 69-70).

<sup>132</sup> De acordo com voto do Ministro Celso de Mello na ADI 221-MC, DJ 22/10/93: “O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso direito constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...) É inquestionável que as medidas provisórias traduzem, no plano da organização do Estado e na esfera das relações institucionais entre os Poderes Executivo e Legislativo, um instrumento de uso excepcional. A emanção desses atos, pelo Presidente da República, configura momentânea derrogação ao princípio constitucional da separação dos poderes”.

<sup>133</sup> “No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política,

Veja-se que o Legislativo pode exercer controle tanto em relação aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência quanto no tocante à oportunidade e à conveniência da medida provisória. São dois planos distintos: a *validade* a partir da relevância e da urgência e a *filtragem política* a partir da oportunidade e da conveniência.<sup>134</sup> Se assim não fossem consideradas, não haveria como, por exemplo, o Congresso Nacional rejeitar uma medida provisória editada em flagrante atenção aos pressupostos da relevância e da urgência, o que beiraria as raias da total inversão dos valores pluralistas e democráticos da discussão parlamentar.

Em outras palavras: se for logicamente inerente ao Legislativo a prerrogativa de poder rejeitar medida provisória que trate de matéria da mais alta relevância e da maior urgência, desde que a considere inoportuna ou inconveniente, também será logicamente necessário compreender que o âmbito de discricionariedade afetado pela filtragem política congressional é distinto da idéia de relevância e urgência.

O âmbito de discricionariedade está intimamente ligado à *natureza política* da medida provisória como instrumento normativo primário. Essa discricionariedade abrange a *oportunidade* e a *conveniência* e não está de modo algum ligada à idéia de verificação dos pressupostos constitucionais. Estes são requisitos de *validade* que podem (e devem) ser objeto de análise pelo Judiciário.

Costuma-se dizer que a urgência e a relevância são questões políticas impassíveis de controle pelo Poder Judiciário<sup>135</sup>, ainda que “essa justificativa, fundada na doutrina norte-americana das ‘questões políticas’ e na teoria francesa dos ‘atos de governo’” seja “inaceitável”.<sup>136</sup>

Podem até ser questões políticas, mas a partir do momento em que foram dispostas na Constituição Federal como partes integrantes de um enunciado

mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para uma conclusão a respeito.” (ADI 1717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 25/02/00). NO mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, op. cit, p. 121.

<sup>134</sup> “Uma coisa é o *juízo político* do Parlamento, sua adesão ou não a certa providência, e outra completamente diferente é o *juízo jurídico* sobre ela” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias**. Revista dos Tribunais, 758: 11-15, dez: 1998).

<sup>135</sup> SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **As medidas provisórias**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 104: 45-50, set: 1992.

<sup>136</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A questão política nas medidas provisórias: Um estudo de caso**. Revista Trimestral de Direito Público, 31: 05-16, 2000.

normativo passam a ser questões jurídicas e, portanto, juridicamente limitadas e juridicamente aferíveis.<sup>137</sup>

A regra do art. 62 condiciona a validade de medida provisória à efetiva verificação dos pressupostos de relevância e urgência. Sem eles, não há medida provisória válida porque ausente o indispensável suporte constitucional.

A fluidez dos enunciados da “relevância” e da “urgência” não deve ser tomada como óbice à análise desses pressupostos constitucionais pelo Poder Judiciário.

Primeiro porque a inafastabilidade do controle judicial é cláusula petrificada no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Do Poder Judiciário não se pode excluir lesão ou ameaça a direito, mesmo que decorrente de ato normativo primário fundamentado em dispositivo constitucional semanticamente aberto.

Segundo porque, há tempos, a aplicação de dispositivos semanticamente vagos é função do Poder Judiciário. Jamais foi posto em dúvida que ao Poder Judiciário cabe quotidianamente a interpretação/aplicação de enunciados normativos continentais de conceitos vagos tais como boa-fé, bons costumes, mulher honesta...

A principal característica de dispositivo normativo semanticamente aberto é a demanda por concretização. Isso se aplica em qualquer nível, seja constitucional ou legal. Por isso não se vê qualquer obstáculo ao Poder Judiciário em verificar a constitucionalidade de todas as medidas provisórias a partir da análise dos pressupostos da relevância e da urgência.

Eros Roberto Grau, dois anos após a promulgação da CF/88 já alertava que entendia possível o controle judicial até de medida provisória acatada pelo Congresso Nacional:

“(...) que a declaração de urgência, sobretudo, pode ser questionada perante o Poder Judiciário, por quem se pretenda atingido, em interesse legítimo, pela adoção da medida provisória. A circunstância de o Congresso Nacional tê-la acatado não afasta esse questionamento, que envolverá a apreciação de vício no processo legislativo”.<sup>138</sup>

---

<sup>137</sup> “(...) a função da expressão ‘interesse público relevante e urgente’ cumpre exata e precisamente a função de *delimitar a competência* atribuída ao Chefe do Poder Executivo para expedição de medidas provisórias, demarcando as hipóteses em que pode utilizá-las. Ora, tal função só é concebível na medida em que o Poder Judiciário possa aferir a obediência ou não aos contornos da sobredita competência, pois sua delimitação é *jurídica*. Ou seja, *de direito, pois encartada em norma jurídica*” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias**, op. cit, p. 11-15).

<sup>138</sup> GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1.988**, op. cit, p. 240-243.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior afirmam que, em regra, o Supremo Tribunal Federal não deve apreciar a matéria, a não ser “em caso de evidente inexistência da alegada urgência”. Escoram-se em decisão proferida na ADIn 1.753-DF, quando houve apreciação do tema em medida cautelar e a Corte Suprema entendeu não ter sido implementado o pressuposto de urgência quando editada medida provisória com o objetivo de alterar, em favor da Fazenda Pública, o prazo de ajuizamento de ação rescisória em matéria ambiental.<sup>139</sup>

O Supremo Tribunal Federal é realmente bastante reservado ao admitir o controle judicial da relevância e da urgência:

“A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância. Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais”.<sup>140</sup>

Depois de referir-se à timidez com que o Supremo Tribunal Federal admite o controle jurisdicional da relevância e da urgência, aponta que no regime presidencialista brasileiro, “regime de separação dos poderes por excelência”, tal controle deveria ser mais agressivo do que o exercido na Itália sobre os pressupostos de “relevância e urgência do *decreto-legge*”. É que mesmo com o forte controle político exercido sobre o Gabinete no regime parlamentarista da Itália, o direito italiano “admite o controle sobre os pressupostos da decretação de necessidade, embora ainda limitado ao território do excesso de poder legislativo”.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**, op. cit, p. 356-357.

<sup>140</sup> ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/04/04. No mesmo sentido: ADIMC 162/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.09.97; ADI-MC 2.150/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28.04.2000; ADI 1.647/PA, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.03.99.

<sup>141</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**, op. cit, p. 135-143.

Para Joel de Menezes Niebuhr:

“Como os ministros do Supremo Tribunal Federal ainda pensam de maneira acanhada, o efetivo controle dos pressupostos de relevância e urgência deve partir dos demais magistrados, especialmente dos de primeiro grau. A mudança deve partir de baixo para cima, sem medo de ver decisões serem reformadas, porém com o conforto espiritual de ter dado efetividade à sistemática constitucional, em opor-se à arbitrariedade”.<sup>142</sup>

Realmente, não há nada mais urgente e relevante.

### 2.7.2. Limites constitucionais à edição de medidas provisórias

Partindo de análise isolada do art. 62, chegou-se a afirmar que, diferentemente do que acontecia em relação aos decretos-leis na Constituição de 1967, o Presidente da República poderia tratar de todo e qualquer assunto por medidas provisórias.<sup>143</sup>

Felizmente, em que pese ausência de vedação explícita no art. 62, a doutrina, interpretando sistemática e harmonicamente todo o texto constitucional, encontrou certo consenso com relação às matérias que não poderiam receber tratamento por intermédio de medidas provisórias.<sup>144</sup>

Como é sabido, sequer o Poder Constituinte Derivado tem ao seu alcance a possibilidade de dispor sobre toda e qualquer questão constitucional. O art. 60 da CF está a salvo de pressões reformadoras. Daí a óbvia impossibilidade de o Presidente da República, via medida provisória, almejar alguma alteração relativa às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), à legitimidade ativa para proposição de

---

<sup>142</sup> (NIEBUHR, Joel de Menezes, op. cit, p. 98).

<sup>143</sup> “Se, como acima exposto, a nova Constituição é mais restrita no tocante à eficácia das medidas provisórias, de outra parte, concede ao Presidente da República, uma vez presentes os pressupostos de relevância e urgência, latitude irrestrita para edição de ato emergencial, com força de lei. Abandona-se a qualificação específica da Constituição de 1967. Não há mais limites, em razão da matéria, à iniciativa presidencial, a ser exercida em qualquer das áreas de competência legislativa da União.” (TÁCITO, Caio. **Medidas provisórias na Constituição de 1988**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 90, abr./jun. 1989, p. 54).

<sup>144</sup> Deve-se dar grande importância à interpretação sistemática da Constituição, pois é somente mediante uma visão geral de todas as normas nela contidas consegue-se avaliar o real alcance do princípio da unidade da Constituição. As normas constitucionais jamais podem ser analisadas de forma isolada, como se fossem elementos autônomos ou bastantes em si mesmos. Em suma: “A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços” (GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 175).

emendas (art. 60, I, II e III), às limitações circunstanciais previstas nos § 1º e 5º e ao procedimento especialíssimo descrito no § 2º.

Ao Presidente da República é atribuída a prerrogativa de enviar proposta de emenda à Constituição, mas a sua participação se encerra no exato momento do envio da proposta. Daí em diante, a proposta será analisada nas duas Casas do Congresso Nacional e só será considerada aprovada se, em dupla votação, tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados, a proposta obtiver o voto favorável de três quintos dos respectivos membros. Logo, não há falar em medida provisória capaz de alterar o texto constitucional.

As leis complementares são instrumentos normativos primários aos quais se reservou a possibilidade de regularem determinadas matérias previstas na Constituição. O que as difere das leis ordinárias, além da reserva constitucionalmente prevista, é a aprovação somente pela maioria absoluta dos membros de cada casa legislativa (art. 69). Há quem sustente a existência de hierarquia sob o argumento de que as leis complementares são aprovadas por maioria absoluta. Por outro lado, há os que, com maior razão, não admitem a tese da hierarquia entre essas duas espécies normativas ante a constatação de que, caso haja publicação de alguma lei ordinária em questão não reservada, haverá uma lei complementar formal que materialmente não passará de uma lei ordinária, passível, inclusive, de ser revogada por posterior lei ordinária. Seja como for, sob o prisma da reserva constitucional, tem-se que não é admissível edição de medida provisória para tratar de assuntos vinculados à edição de lei complementar.<sup>145</sup>

Lei delegada é instrumento normativo primário pelo qual o Poder Executivo, exercendo atribuições a ele transferidas por resolução do Poder Legislativo, pode inovar na ordem jurídica, desde que não se trate de questões expressamente vedadas pela própria Constituição (art. 68, § 1º). Apesar de se tratar de instrumento legislativo em desuso justamente pela edição indiscriminada de medidas provisórias, o regramento constitucional das matérias que não podem ser objeto de delegação serve como fundamento suficiente à tese de que os atos de

---

<sup>145</sup> “É de clareza mediana que nossa Lei Fundamental não admite a intromissão do Executivo naquilo que pertencer ao domínio de incidência de lei complementar. É bem de ver que não há tolerar-se que tal vedação perca seu sentido de existência pelo recurso ao precário, excepcional e discutido instrumento que é a medida provisória. Nesse rumo, as competências do Presidente da República ficariam extraordinariamente amplificadas, tese que pode consultar a interesses de cunho político ou ideológico, mas que não encontra supedâneo na visão intrasistemática do direito brasileiro.” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, op. cit, p. 56).

competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, a legislação sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros, sobre nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais e sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos, não podem ser objetos de medida provisória. Seria até desnecessário dizer que se não pode haver delegação do Legislativo, com muito mais razão não pode o Presidente da República, ao próprio alvedrio, dispor sobre tais assuntos. Há, contudo, uma importante ressalva feita na própria Constituição: em matéria orçamentária, de acordo com o art. 167, § 3º, é possível a edição de medida provisória para a abertura de crédito extraordinário para o atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra ou calamidade pública.

Existem questões cuja iniciativa de projeto de lei é privativa de outros Poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União (art. 96, I, “d” e II, art. 127, §§ 2º, 3º e 4º, art. 73, *caput*), “de modo que a legislação emergencial apenas incidirá sobre o conteúdo sujeito à iniciativa privativa do Presidente da República e à iniciativa comum ou concorrente. Nessa medida, é impensável a criação de cargos públicos no Judiciário ou de Tribunais inferiores mediante medida provisória”.<sup>146</sup>

As matérias que são ínsitas aos outros dois poderes, como os regimentos internos dos Tribunais e das Casas Legislativas, estão, obviamente, a salvo da edição de medidas provisórias.<sup>147</sup>

Conforme dito linhas acima, é constitucionalmente vedada a utilização do procedimento sumário para a apreciação de projeto de código. A proibição se justifica pela iniludível impossibilidade de, em apenas 100 dias, as duas Casas do Congresso discutirem e votarem legislação de grande importância, abrangência e especificidade.<sup>148</sup> Assim, com maior razão não se pode admitir que, em 60

---

<sup>146</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**, op. cit, p. 82.

<sup>147</sup> Id.

<sup>148</sup> Basta lembrar o longo trâmite do Código Civil vigente, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Segundo Miguel Reale: “Como se sabe, o novo Código Civil teve uma longa tramitação no Congresso nacional, pois foi no longínquo ano de 1975 que o Presidente Ernesto Geisel submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 634-D, com base em trabalho elaborado por uma comissão de sete membros, da qual tive a honra de ser Coordenador-Geral” (BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante / obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

dias, o Poder Legislativo analise uma medida provisória com pretensões de codificação. Conclusão diversa seria de grande irresponsabilidade diante do sobrestamento de todas as deliberações legislativas da Casa quando medida provisória não apreciada em 45 dias da edição deve entrar em regime de urgência.

A Constituição Federal, quando trata da Organização do Estado (Título III), prevê aos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) competências legislativas concorrentes e privativas. A competência concorrente é exercida pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal (art. 24), mas não exclui a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I). No âmbito da competência concorrente, a União limita-se a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º) de tal modo que não seja eliminada a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal exercerem competência suplementar naquilo que lhes for específico (art. 24, § 2º). Não são necessárias maiores explanações para compreender que a União não deve extrapolar o limite da legislação sobre normas gerais, sob pena de interferir na competência suplementar reservada aos Estados e ao Distrito Federal, o que leva a concluir que não seja adequada a edição de medida provisória sobre as questões arroladas no art. 24, pois as normas gerais servem como um padrão, um norte a ser seguido pelos demais entre federados quando exercerem a competência suplementar sem que seja extrapolado o molde pré-definido pela legislação federal. Ante as imprescindíveis estabilidade e abrangência, ínsitas às normas gerais de que trata o art. 24, apresenta-se notoriamente incompatível o discurso da urgência e relevância na edição de medida provisória.

A mesma linha argumentativa é utilizada por Clémerson Merlin Clève ao destacar a impossibilidade de edição de medida provisória para veicular normas gerais ainda que de competência privativa da União (“Art. 22, XXI, XXIV e XXVII, entre outros”).<sup>149</sup>

Algumas vedações são expressas no próprio texto constitucional, embora distanciadas do art. 62: a ECR n° 1/1994 inseriu o art. 73 no ADCT vedando a utilização de medida provisória na regulação do Fundo Social de Emergência; a EC n° 5/1995 atribuiu ao art. 25, § 2º nova redação proibindo a edição de medida provisória na regulamentação da exploração pelos Estados, diretamente ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado; a EC n° 7/1995 inseriu na Constituição o art. 246, por intermédio do qual se vedou adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tivesse

---

<sup>149</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**, op. cit. p. 83.

sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995;<sup>150</sup> a EC n° 8/1995 alterou os incisos XI e XII do art. 21 e proibiu a adoção de medida provisória para regulamentar a exploração, pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações; a EC n° 9/1995 alterou a redação do § 1° do art. 177. Neste dispositivo incluiu outro parágrafo (o § 2°), tornando o até então § 2° em § 3° e vedou a edição de medida provisória para a regulamentação: a) da pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; b) da refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; c) da importação e exportação de produtos e derivados básicos resultantes das atividades de pesquisa, lavra e refinação; d) do transporte marítimo de petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e) da contratação entre a União e empresas estatais ou privadas, acerca de tais atividades; f) da garantia de fornecimento dos serviços dos derivados de petróleo em todo o território nacional; g) das condições de contratação; e, por fim, h) da estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.<sup>151</sup>

Tendo em vista que sequer o Congresso Nacional tem legitimidade constitucional para legislar sobre as competências que aos Estados são reservadas pelo art. 25, § 1° (competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição) e acerca dos interesses locais, cuja competência legislativa compete preponderantemente<sup>152</sup> aos Municípios (art. 30, I), não há falar na possibilidade de edição de medida provisória com tal objetivo.

Clémerson Merlin Clève refere-se à impossibilidade de medida provisória sobre “matéria já apreciada, em sede de juízo abstrato incidente sobre medida de idêntica natureza, com censura de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal”.<sup>153</sup> Afirma também estar implícito no art. 67 que medida provisória

---

<sup>150</sup> Curiosamente esse artigo foi “novamente” acrescentado à Constituição Federal quando da promulgação da EC n° 7/1995.

<sup>151</sup> Houve, ainda, uma importante alteração no art. 246 com a promulgação da EC n° 32/2001, que será analisada adiante.

<sup>152</sup> FIORILLO, Celo Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 57-60.

<sup>153</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. **Medidas provisórias**, op. cit, p. 85. Concorde-se com o autor paranaense com base na regra do art. 103 da CF, segundo o qual as decisões definitivas de mérito, em controle concentrado de constitucionalidade, produzem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

não pode tratar de “matéria objeto de medida anterior expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional na mesma sessão legislativa”.<sup>154</sup>

O autor expõe também antipatia por medidas provisórias que eventualmente disponham sobre matérias que não reclamam tratamento legislativo e matérias que possam ser tratadas por instrumentos normativos secundários.<sup>155</sup>

Eros Roberto Grau advoga a tese da incompatibilidade entre medida provisória e questões que acarretarem alterações fáticas irreversíveis; entre medida provisória e questões cuja eficácia é diferida.<sup>156</sup>

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX). A reserva absoluta de lei em matéria penal é uma das maiores garantias individuais do cidadão frente ao Estado. Cláusula pétrea que vincula o intérprete/aplicador do texto constitucional a considerá-la o mais abrangente possível, sempre na tentativa de extrair a sua máxima eficácia normativa. Daí a impossibilidade de medida provisória e matéria penal.<sup>157</sup> Ademais, como assevera Humberto Bergmann Ávila, o caráter provisório da medida de urgência é incompatível com a definição de crime.<sup>158</sup> Walter Claudius Rothenburg refere-se à “esdrúxula figura do crime condicional” ao referir-se ao risco de se admitir a legislação de exceção no âmbito penal “ante o risco de o Congresso rejeitá-la, não convalidando as relações jurídicas dela decorrentes”.<sup>159</sup>

Assuntos relacionados à matéria processual (seja na esfera cível ou na criminal) não são passíveis de tratamento via medida provisória. Primeiro porque é de extrema dificuldade a caracterização cumulativa da urgência e da relevância. Segundo porque o devido processo legal, direito individual e cláusula pétrea constitucional (CF, art. 5º LIV) é corolário do princípio da segurança jurídica, encontrado de maneira fluida no texto constitucional e pilar de sustentação do discurso democrático, características que o separam radicalmente da indefinição e

---

<sup>154</sup> Id.

<sup>155</sup> Ibid, p. 81-82.

<sup>156</sup> GRAU, Eros Roberto. **Medidas provisórias na Constituição de 1.988**, op. cit, p. 240-243. Neste aspecto, pode-se citar o exemplo da disciplina legislativa do processo eleitoral, uma vez que o art. 16 da CF impede a aplicação da lei que o altere à eleição que ocorra até um ano de sua vigência.

<sup>157</sup> “Medida provisória: sua inadmissibilidade em matéria penal — extraída pela doutrina consensual — da interpretação sistemática da Constituição —, não compreende a de normas penais benéficas, assim, as que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extingam ou abrandem penas ou ampliam os casos de isenção de pena ou de extinção de punibilidade.” (RE 254.818, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/02)

<sup>158</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, op. cit, p. 100.

<sup>159</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Medidas provisórias e suas necessárias limitações**. Revista dos Tribunais, 690: 313-319, abr: 1993.

da incerteza que acompanham intimamente medida provisória pendente de apreciação.<sup>160</sup>

Grande parte da doutrina repele, com base no princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, “b”) medidas provisórias em matéria tributária.<sup>161</sup> Para Humberto Bergmann Ávila, “a eficácia imediata é antinômica ao princípio da anterioridade, o qual prorroga a eficácia de medida para momento seguinte ao da publicação”.<sup>162</sup>

Contudo, “(...) já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADI 1.417-MC)”.<sup>163</sup>

Crê-se que, com base no que já foi exposto a respeito da inviabilidade de medida provisória sobre assunto constitucionalmente reservado à lei complementar, é vedado ao Presidente da República utilizar a medida de exceção para criar ou incrementar empréstimos compulsórios (CF, art. 148), imposto sobre grandes fortunas (CF, art. 153, VII) e impostos relacionados à competência residual de que trata o art. 154, I da CF.<sup>164</sup>

Já os impostos extraordinários de guerra (CF, art. 154, II) não reclamam lei complementar e demandam evidente urgência, motivos pelos quais admitem a edição de medida provisória.

Em algumas situações, conforme a lição de Luciano da Silva Amaro, “a urgência é tamanha que a Constituição dispensa mesmo o princípio da estrita reserva legal; é o caso dos tributos cujas alíquotas podem ser alteradas por ato do Executivo (obedecidos certos parâmetros legais)”.<sup>165</sup> Com efeito, o § 1º do art. 153 permite que as alíquotas dos impostos dos incisos I, II, IV e V daquele dispositivo sejam alteradas, desde que atendidos os limites e as condições estabe-

---

<sup>160</sup> A corte especial do TRF da 4ª Região, na sessão do dia 22.05.2003, ao examinar incidente de arguição de inconstitucionalidade no AI nº 2002.04.01.018302-1/RS, declarou inconstitucional o artigo 1º-d da Lei nº 9.494/97, inserido pela medida provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, sob o entendimento de que a matéria nela tratada não configuraria a hipótese prevista no artigo 62 da Constituição Federal (relevância e urgência). Tal decisão, entretanto, foi reformada pelo Plenário do STF, que, por maioria, no julgamento do recurso extraordinário nº 420.816/PR, em 29.09.2004, declarou a constitucionalidade do artigo 1º-d da Lei 9.494/97 na redação dada pela medida provisória nº 2.180-35.

<sup>161</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Medidas provisórias** – Sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. Revista de Direito Tributário, 45: 130-142, set: 1988; CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, op. cit, p. 267; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, op. cit, p. 57-58.

<sup>162</sup> Ávila, Humberto Bergmann, op. cit, p. 136.

<sup>163</sup> ADI 1.667-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 21/11/97.

<sup>164</sup> No mesmo sentido: MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições Sociais no sistema tributário**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 276.

<sup>165</sup> AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**, op. cit, p. 167.

lecionadas em lei. Em que pese autorização somente para a *alteração nas alíquotas* e não haver nada exposto no sentido de que medida provisória pudesse *criar* algum dos impostos mencionados no § 1º do art. 153, tem-se que o único óbice até o advento da EC 42/2003 era o princípio da anterioridade tributária. Acompanha-se Luciano da Silva Amaro e a conclusão de que medida provisória editada no último mês do exercício financeiro não seria, em tese, incompatível com a regra do art. 150, III, “b” da CF.

Com relação à criação de contribuições para a seguridade social e o aumento de suas alíquotas, diante da anterioridade específica de 90 dias a que todas elas estão sujeitas (CF, art. 195, § 6º), medida provisória seria incompatível com essas matérias justamente porque o discurso da urgência seria incompatível com a anterioridade nonagesimal.<sup>166</sup>

## 2.8. A atual redação do art. 62 da Constituição Federal

No dia 11 de setembro de 2001 foi promulgada a EC 32/2001, que imprimiu drásticas alterações no regime jurídico-constitucional da medida provisória. Durante o período em que as alterações do art. 62 da CF ainda estavam por vir, Manoel Gonçalves Ferreira Filho chegou a anunciar que a proposta de emenda à Constituição era “meramente paliativa”, pois, para ele, não corrigiria “qualquer dos vícios da medida provisória”.<sup>167</sup>

Eis o texto:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

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

I – relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;
- b) direito penal, processual penal e processual civil;

<sup>166</sup> O STF, no entanto, não partilha desse entendimento e, além de admitir criação e majoração de alíquota de contribuição social por medida provisória, determina que a contagem do prazo de 90 dias, no caso de conversão em lei, deve ser iniciada a partir da publicação da medida de urgência: “Contribuição social — Anterioridade — Medida provisória convertida em lei. Uma vez convertida a medida provisória em lei, no prazo previsto no parágrafo único do artigo 62 da Carta Política da República, conta-se a partir da veiculação da primeira o período de noventa dias de que cogita o § 6º do artigo 195, também da Constituição Federal. A circunstância de a lei de conversão haver sido publicada após os trinta dias não prejudica a contagem, considerado como termo inicial a data em que divulgada a medida provisória.” (RE 168.421, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 27/03/98).

<sup>167</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro**, op. cit, p. 71-80.

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

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

III – reservada a lei complementar;

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

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

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

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

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.

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

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

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

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

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

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

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

Inicialmente cabe ressaltar que, embora a redação atual do *caput* do dispositivo constitucional acima transcrito seja bastante parecida com a constante da redação original da Constituição Federal, não há mais falar em convocação extraordinária do Congresso Nacional, em cinco dias, para apreciar medida provisória editada durante o recesso parlamentar.

### 2.8.1. Os pressupostos da relevância e da urgência

Os pressupostos da relevância e da urgência continuaram previstos no texto constitucional da mesma forma com que haviam sido na redação original do art. 62.

A grande novidade reside no fato de que atualmente a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias depende de juízo prévio sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (CF, art. 62, § 5º).

Como se pode perceber, houve diferenciação entre o *mérito* e os *pressupostos* da medida provisória. Precisou-se dizer o óbvio para fazer com que, a partir da EC 32/2001, o Congresso Nacional tenha de manifestar-se expressamente e por primeiro sobre o implemento, ou não, dos pressupostos da relevância e da urgência.

Somente depois de vencida a etapa do juízo prévio acerca dos pressupostos constitucionais, o mérito da medida provisória, assim entendido o objeto, a matéria por ela tratada, poderá ser submetido à deliberação em cada Casa do Congresso Nacional.

Isso quer dizer que se os responsáveis pela elaboração do parecer prévio concluírem pela ausência de urgência ou de relevância aptas a justificar o tratamento da matéria por medida provisória não haverá sequer deliberação da Casa sobre o mérito, o que implicará em expressa rejeição.

O prévio parecer é elaborado por uma comissão mista de Deputados e Senadores, antes de a medida provisória ser apreciada, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional (CF, art. 62, § 9º).

José Afonso da Silva diz, com pertinência, que “se o parecer for pela aprovação da medida provisória a comissão apresentará com ele um projeto de lei de sua conversão”.<sup>168</sup>

Antes da alteração do art. 62, não havia necessidade de o Congresso Nacional manifestar-se explícita e previamente sobre os pressupostos constitucionais, o que tornava possível aprovação de medida provisória despida de relevância e de urgência sem qualquer fundamentação a respeito por parte do Legislativo.

Agora o Congresso Nacional, antes de analisar o objeto da medida provisória, obriga-se a se manifestar sobre os pressupostos constitucionais, o que

---

<sup>168</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 532

pode ser feito mediante análise conjunta da medida provisória propriamente dita e da exposição de motivos que ela acompanha. Com isto, reforçou-se a possibilidade de apreciação judicial.

Claro que a medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional não será objeto de análise perante o Poder Judiciário. Evidente também que, na sistemática imprimida pela EC 32/2001, não mais haverá mais medida provisória cuja eficácia tenha sido perdida. Restarão as medidas provisórias aprovadas pelo Congresso Nacional.

Elas, sem dúvida alguma, são apreciáveis pelo Poder Judiciário ante a pétreia cláusula da inafastabilidade do controle jurisdicional. A análise judicial passa a contar com parâmetros mais objetivos, porque, para cada medida provisória aprovada, há um parecer da comissão mista de Deputados e Senadores que pode ser confrontado com a exposição de motivos feita pelo Presidente da República e com os dados concretos da realidade empírica, pretensamente alterados pela medida provisória.

Por certo, não seria viável sustentar a impossibilidade de o Poder Judiciário desempenhar a verificação do implemento dos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência nas hipóteses em que o Congresso Nacional aprove medida provisória.

Já se lembrou da inafastabilidade do controle jurisdicional. Ressalta-se, neste momento, que os atos do Poder Legislativo não são imunes ao controle judicial. Todos os instrumentos normativos estão, sempre, sujeitos a posterior análise por parte do Poder Judiciário, sejam leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, decretos, resoluções e até emendas à Constituição. Não se justificaria excluir desse rol medidas provisórias.

Não há lógica em admitir, sem ressalvas, a submissão de uma emenda à Constituição aprovada por dupla votação em Cada Casa do Congresso Nacional com votos favoráveis da grande maioria dos membros do Poder Legislativo ao controle de constitucionalidade e, quando se tratar de medida provisória, editada dentro de um gabinete por um único agente e aprovada por maioria simples em única votação no âmbito legislativo, negar a apreciação judicial da constitucionalidade sob o argumento de que se trata de ato político e discricionário.

Mais uma vez: existem parâmetros e esses parâmetros são jurídicos. Fazem parte da essência da medida provisória e integram processo legislativo específico constitucionalmente previsto. Portanto, são juridicamente sindicáveis.

### 2.8.2. Limites constitucionais à edição de medida provisória

As matérias hoje expressamente impassíveis de veiculação por medida provisória pelo art. 62 já eram assim consideradas por grande parte da doutrina antes da promulgação da Emenda Constitucional n° 32/2001. Chega-se a afirmar não ter havido inovação alguma, restando à emenda, neste aspecto, apenas o caráter de mera “explicitação”.<sup>169</sup>

Dentre as expressas vedações, encontra-se a impossibilidade da edição de medidas provisórias sobre assunto reservado à lei complementar e sobre matéria relativa a nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares (ressalvada aquela destinada à abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública).

Quase todas essas questões não podiam, desde a promulgação da Constituição de 1988, ser objeto de delegação (art. 68).<sup>170</sup> A interpretação sistemática do texto constitucional já havia conduzido a doutrina a afirmar que medida provisória não poderia, a despeito da ausência de vedação expressa, invadir território exclusivamente parlamentar. Efetivamente não havia vedação explícita ao tratamento de créditos adicionais e suplementares; mas ante a possibilidade, desde outubro de 1988, de medida provisória inovar no tocante a créditos extraordinários e a fluidez dos possíveis significados à expressão “despesas imprevisíveis e urgentes” (art. 167, § 3°), dificilmente o Presidente da República deparar-se-á com a nova vedação.<sup>171</sup>

---

<sup>169</sup> CHIESA, Clélio. **Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 76.

<sup>170</sup> “Manifestamos nossa posição no sentido de que os direitos individuais não podem ser objeto de medida provisória, apesar de não estar expressa a vedação no § 1° do art. 62. Trata-se de interpretação sistemática e conforme a Constituição, que leva à proteção da indelegabilidade de funções, cláusula pétrea, assegurada no § 4° do art. 60 e no art. 2° da Constituição Federal. O núcleo proibido anunciado no art. 62, § 1°, é um mínimo, devendo ser entendido com o § 1° do art. 68, que continua a refletir sua influência sobre a medida provisória.” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, op. cit., p. 356).

<sup>171</sup> “Um fato que retrata bem a idéia de como no decorrer do tempo o uso da medida provisória foi se vulgarizando em face da omissão do Congresso Nacional é o relacionado com o crédito extraordinário, a ser aberto, conforme determinação constitucional, por medida provisória somente para atender ‘... a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública’. Até o governo Collor, os créditos eram abertos em obediência ao estabelecido constitucionalmente: calamidade pública era algo que não se poderia prever. No governo Itamar Franco, abriu-se crédi-

O § 1º do art. 62 também veda a veiculação de medida provisória em direito penal, processual penal e processual civil. A constitucional contextualização provisória da medida de exceção e o princípio da reserva absoluta de lei em matéria penal já eram dois portos seguros na doutrina e na prática jurisprudencial, a partir dos quais se negava veementemente a possibilidade de normas penais serem tratadas pela via de exceção. O mesmo pode ser dito no tocante à manifesta incompatibilidade entre os pressupostos de relevância e urgência, que deve marcar toda medida provisória, e a característica da perenidade de que jamais se poderá prescindir em matéria processual.

Extremamente salutar a proibição de medida provisória sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República, visto não ser tolerável que algo já discutido no seio legislativo e pendente apenas do crivo presidencial (passível, inclusive, de rejeição pelo Congresso Nacional em caso de veto) seja tratado pelo instrumento de exceção.

Também restou proibida medida provisória que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

José Roberto Vieira destaca a “altíssima negatividade” do rol de restrições materiais contidas no § 1º do art. 62, salientando que “sempre há o risco de uma interpretação assistemática e restritiva” da Constituição Federal.<sup>172</sup>

Assiste-lhe total razão. O risco de interpretação tendente a utilizar as vedações materiais explicitadas no texto constitucional como base para uma alegada taxatividade é evidente.

Contudo, basta que se demonstre apenas uma hipótese de vedação implícita para que a prática discursiva restritiva não mais encontre guarida. E as hipóteses são diversas...

O ponto de partida – interpretação sistemática do texto constitucional sob a ótica do princípio da unidade da Constituição – é o mesmo, antes e depois da Emenda Constitucional nº 32/2001.

Os pontos de chegada, ao menos em relação às limitações implícitas à edição de medida provisória, também são rigorosamente idênticos.<sup>173</sup> Dessa for-

---

to extraordinário para tapar buracos de rodovias, não decorrentes de fatores climáticos, mas sim da ineficiência dos poderes públicos. Já houve caso de crédito extraordinário para fazer subscrição de capital de estatal e até para simples substituição de crédito de suplementação das dotações orçamentárias” (FERREIRA, Oswaldo, op. cit, p. 51-61).

<sup>172</sup> VIEIRA, José Roberto. **Bocage e as medidas provisórias**: A emenda pior que o soneto. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 40, 2004.

ma, as cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º) e todo o texto constitucional não podem ser atingidos por medida provisória.

Do mesmo modo, é sistematicamente inviável edição de medida provisória sobre: a) questões cuja iniciativa de projeto de lei é privativa de outros Poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União (art. 96, I, “d” e II, art. 127, §§ 2º, 3º e 4º, art. 73, caput); b) matérias que são ínsitas aos outros dois Poderes, como os regimentos internos dos Tribunais e das Casas Legislativas; c) projetos de código; d) normas gerais no âmbito da legislação concorrente (art. 24, § 1º) e da legislação privativa da União (Art. 22, XXI, XXIV e XXVII); e ) competências legislativas reservadas aos Estados (art. 25, § 1º) e assuntos de interesse local dos Municípios (art. 30, I).

Permanecem atuais e pertinentes as conclusões de Clémerson Merlin Clève (impossibilidade de medida provisória sobre questão já julgada inconstitucional em controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, sobre matéria objeto de medida anterior rejeitada pelo Congresso Nacional na mesma sessão legislativa, sobre matérias que não reclamam tratamento legislativo e sobre matérias que podem ser tratadas por instrumentos normativos secundários) e de Eros Roberto Grau (incompatibilidade entre medida provisória e questões que acarretarem alterações fáticas irreversíveis; entre medida provisória e questões cuja eficácia é diferida).

### **2.8.3. Medida provisória x tributo**

Não foi expressamente vedada a instituição e a majoração de tributo por medida provisória. Nada obstante, a lógica a ser empregada nesse aspecto é a mesma utilizada na interpretação sistemática da Constituição Federal antes da EC 32/2001.

Com efeito, antes da reforma de 11 de setembro de 2001, também não existia explícita proibição à edição de medida provisória que objetivasse a instituição ou a majoração de tributos. Isso não obstou que se concluísse pelo cabimento nas estritas hipóteses de impostos extraordinários de guerra (art. 154, II), do imposto sobre a importação de produtos estrangeiros, do imposto sobre a

---

<sup>173</sup> Não se deve esquecer de que a Constituição Federal ainda conta com outras vedações expressas: o art. 73 do ADCT, o art. 25, § 2º (com a redação a ele atribuída pela EC nº 5/1995, o art. 246, o art. 21, XI e XII (com a redação da EC nº 8/1995) e o art. 3º da EC nº 9/1995, que vedou a edição de medida provisória para a regulamentação dos incisos I a IV e dos §§ 1º e 2º do art. 177.

exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 153, § 1º).<sup>174</sup>

Assim, com claro objetivo de manter distância da interpretação restritiva do rol previsto no § 1º do art. 62, continua-se sustentando o não cabimento de medida provisória para instituir ou majorar contribuição para a seguridade social (art. 195, § 6º), empréstimos compulsórios (art. 148), imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII) e impostos relacionados à competência residual da União (art. 154, I).

Isto porque os empréstimos compulsórios, o imposto sobre grandes fortunas e os impostos da competência residual da União só podem ser tratados por lei complementar e o art. 62, § 1º, III veda a edição de medida provisória sobre matéria reservada à lei complementar. As contribuições para a seguridade social, por sua vez, estão sujeitas a uma anterioridade de 90 dias (CF, art. 195, § 6º), o que as torna incompatíveis com a vigência imediata da medida provisória.

O § 2º do art. 62 dispõe acerca da diferida produção de efeitos de medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II. De acordo com a nova disposição constitucional, na hipótese de instituição ou majoração de qualquer dos impostos não mencionados na regra de exceção, a medida provisória só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

De plano, pode-se perceber que, embora o objetivo com a promulgação da EC 32/2001 tenha sido autorizar o Presidente da República a instituir e majorar impostos, a redação se refere única e exclusivamente a impostos e não ao gênero tributos.

Questão interessante é decorrente de medida provisória que implique a instituição ou majoração de imposto que não seja nenhum daqueles arrolados nos artigos 153, incisos I, II, IV, V e artigo 154, inciso II ( II, IE, IPI, IOF e impostos extraordinários): na majoração da alíquota do IPTU, por exemplo e de acordo com o § 2º, a medida provisória que tratar da matéria somente produzirá efeitos

---

<sup>174</sup> Admitia-se a possibilidade de medida provisória para instituição ou majoração dos impostos mencionados no § 1º do art. 153 desde que o instrumento de exceção fosse editado no último mês do exercício financeiro, sob pena de plena incompatibilidade entre a vigência de 30 dias (redação original do art. 62) e o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, “b”).

no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

Perspicaz a observação de José Afonso da Silva:

“Não se proíbem, como se notou, medidas provisórias sobre matéria tributária, mas se estatui que se medida implicar restituição ou majoração de impostos, salvo os previstos nos arts. 153, I, II, IV e 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 (art. 62, § 2º). Essa situação prova falta do pressuposto de urgência, mas assim mesmo a Constituição permite a medida”.<sup>175</sup>

Concorda-se em parte com a conclusão do renomado autor. O fato de a medida provisória somente produzir efeitos no exercício financeiro seguinte caso seja convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada é, efetivamente, a maior prova de que o pressuposto da urgência não será observado.

Entretanto, o art. 150, III, “b” veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os houver instituído ou aumentado (a ressalva é adiante feita pelo § 1º em relação aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II); além disso, a alínea “c”, acrescentada ao inciso III do art. 150 pela EC 42/2003, veda àquelas entidades às quais restaram atribuídas competências tributárias a cobrança de tributos antes de decorridos noventa dias da data em que seja publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea “b” daquele mesmo dispositivo (a ressalva é feita também pelo § 1º, no tocante aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, III e V, e 154, II).

Desse modo, medida provisória que implique instituição ou majoração de imposto que não esteja a salvo do princípio da anterioridade tributária tem de, obrigatoriamente, ter sido convertida em lei até o último dia do exercício em que foi editada para gerar efeitos somente no exercício seguinte. Neste ponto, já se pode notar que a *força de lei* e a eficácia *desde a edição* não mais existem; não mais se trata de medida provisória, mas de projeto de lei de iniciativa do Presidente da República. Nem se olvide que acaso a medida provisória seja editada em momento muito anterior ao término do exercício financeiro, o pressuposto de urgência não restará configurado.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit. p. 531.

<sup>176</sup> Misabel Abreu Machado Derzi, mesmo sem abandonar a firme convicção no sentido da absoluta inadequação de medida provisória para instituição e majoração de tributos, partilha deste entendimento. Para ela, as medidas provisórias sujeitas à regra do art. 62, § 2º “não têm *força de lei*, não desencadeiam eficácia e aplicabilidade antes da existência da lei em que se não de converter; não são elas fruto da urgência e da relevância,

Leon Fredja Szklarowsky endossa estas afirmações ao apontar “um verdadeiro paradoxo”:

“Se for urgente e houver relevância, não se concebe que a instituição ou a majoração valha somente para o exercício seguinte, desde que a medida provisória haja sido convertida em lei até o último dia do exercício em que foi editada. Conclui-se, portanto, que os pressupostos necessários – urgência e relevância – não existem”.<sup>177</sup>

Além disso, com o advento da EC 42/2003 tributo algum, salvo as exceções do art. 150, § 1º, segunda parte, pode ser cobrado antes de noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Resta, então, a pergunta: não estaria sistematicamente excluída a possibilidade de edição de medida provisória em matéria de impostos sujeitos, cumulativamente, às regras do artigo 150, III, “b” e “c”? Ousa-se dizer que sim, pois o princípio da anterioridade, somado à “quarentena” instituída pela EC 42/2003 e à transmutação de medida provisória em simples projeto de lei (CF, art. 62, § 2) não permite outra resposta.

#### 2.8.4. Medida provisória: eficácia

A vigência das medidas provisórias hoje é de 60 dias (art. 62, § 3º). Alie-se a isso a possibilidade de reedição por igual período (art. 62, § 7º) e a não submissão da medida provisória ao Congresso Nacional durante o período de recesso (art. 62, § 4º). Ter-se-á, então, medida provisória que poderá permanecer em vigor sem que sequer seja analisada pelo Legislativo por até 180 dias o que, convenha-se, é um período muitíssimo abrangente para algo originariamente concebido como provisório e tendente a perder eficácia de maneira retroativa acaso não obtivesse respaldo perante o Congresso Nacional em 30 dias.<sup>178</sup>

---

que imperam nos demais ramos jurídicos em geral (exceto em relação ao Direito Penal e Processual); não tendo portanto eficácia imediata desde a edição, nada modificam na esfera jurídica das pessoas e somente vigorarão no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei em que se converterem” (DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Princípio da anterioridade**: extinção e sobrevida por meio da Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001. Revista de Direito Tributário, 90: 19-34).

<sup>177</sup> SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Medidas provisórias** – Instrumento de governabilidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, op. cit, p. 285-307.

<sup>178</sup> O Congresso Nacional entra em recesso duas vezes ao ano. Permanecem parados os trabalhos ordinários por 31 dias em julho e por outros 61 dias a partir de 15 de dezembro (CF, art. 57, caput). Então, tendo em vista que o prazo de medida provisória prorrogada corresponde a 120 dias não é difícil perceber que, restando suspensa a con-

Arguta a observação de José Roberto Vieira, para quem, com o aumento do prazo de vigência da medida provisória de 30 para 60 dias “o legislador da emenda ignorou aqui o parâmetro constitucional do pressuposto da urgência, que só se aplica à medida que não possa aguardar o curso normal, ou com pedido de urgência (45 dias, normalmente), de projeto de lei apresentado pelo Presidente da República (Constituição, artigo 64, §§ 1º a 3º)”.<sup>179</sup>

Não mais se admitem sucessivas reedições de medida provisória pendente de apreciação pelo Congresso Nacional. Na realidade, não é mais admitida sequer uma reedição. O que se permite é única *prorrogação da 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.

Prorrogação em muito difere de reedição. A reedição não tinha embasamento constitucional algum e decorria de ato do Presidente da República. Já a prorrogação da vigência de medida provisória, nos termos do § 3º do art. 62, opera-se de forma automática sempre que as duas Casas do Congresso Nacional não tenham encerrada a votação em 60 dias.

Durante o prazo de vigência (prorrogado ou não, suspenso ou não durante o recesso do Congresso Nacional) estão as medidas provisórias:

“... sujeitas a uma condição resolutiva, ou seja, sujeitas a perder sua qualificação legal no prazo de 120 dias. Vale dizer, dentro deste prazo perdem sua condição de medidas provisórias por uma das três situações previstas no § 3º do art. 62: sua *conversão em lei* no prazo, sua *rejeição* ou, não se verificando nem aquela, nem esta, a *perda de sua eficácia* (pelo visto, de difícil ocorrência)”.<sup>180</sup>

Antigamente as medidas provisórias deveriam perder a eficácia desde a edição se não fossem convertidas em lei no prazo de trinta dias. Isso evidentemente abrangia as situações de expressa rejeição. Cabia, então, ao Congresso Nacional regular as relações jurídicas delas decorrentes.

Acontece que, por mora do Congresso ou mesmo por impossibilidade empírica de o Legislativo editar decretos legislativos para regular todas as relações jurídicas decorrentes de incontáveis medidas provisórias, o que se verificava era o império da insegurança jurídica.

Mesmo que uma medida provisória seja rejeitada ou que perca a eficácia desde a edição, não se pode negar que, ao menos nos dias em que ela gerou

---

tagem durante os períodos de recesso congressional, poder-se-á obter uma vigência de 180 dias.

<sup>179</sup> VIEIRA, José Roberto, op. cit. P. 40.

<sup>180</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 531-532.

efeitos depois de editada, foram criadas, extintas ou modificadas diversas relações jurídicas. Isso porque medida provisória editada tem efeitos de lei desde a publicação.

Assim, uma coisa, singela, é o discurso “perderão a eficácia desde a edição” e outra, bem diferente, relaciona-se com as relações jurídicas ocorridas enquanto a medida provisória esteve em vigor.

Havia situações de insegurança, pois não se sabia ao certo que regra deveria ser aplicada às situações ocorridas logo depois da edição de uma medida provisória expressamente rejeitada ou não convertida em lei no prazo de trinta dias. Daí a necessidade de o Congresso Nacional regular as situações jurídicas dela decorrentes. E se não houvesse – como efetivamente não houve na quase totalidade dos casos – a edição do decreto legislativo capaz de regular as tais relações jurídicas?

Atualmente a questão aparenta estar resolvida. Hoje, não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até 60 dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservam-se por ela regidas (art. 62, § 11).

Contudo, como consequência deste novo regramento, as medidas provisórias rejeitadas ou que tenham perdido a eficácia, ao permanecerem regendo as relações jurídicas aperfeiçoadas no período de vigência, em pouco se diferenciaram dos antigos decretos-leis.

Na realidade são menos democráticas. As aparências enganam. É que o decreto-lei só contava com a aprovação tácita e a medida provisória atualmente, *ainda que rejeitada*, permanece regendo as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. Não se está mais tratando de aprovação tácita; não se fala de medida provisória que eventualmente perca a eficácia e, em nome da segurança jurídica, permaneça regendo as relações jurídicas dela decorrentes na hipótese de não edição do decreto legislativo (pois há óbvia impossibilidade de, na atual sistemática, medida provisória perder a eficácia em face do regime de urgência do § 6º): é inegável que a teoria da separação dos poderes não foi só lapidada para atender aos anseios do Estado Social brasileiro e a “grandiosa” missão do Executivo contemporâneo, mas virada do avesso. A Constituição Federal contém a incrível hipótese de um instrumento normativo primário ser editado pelo Presidente da República e, mesmo rejeitado pelo Legislativo, permanecer vigente em relação às relações jurídicas decorren-

tes de atos praticados da publicação até a expressa rejeição (período que, como dito linhas atrás, pode alcançar meio ano).<sup>181</sup>

Em nome da segurança jurídica foi prevista a regra do art. 62, § 12, segundo a qual “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”. Com isso, passou-se a admitir expressamente que a lei de conversão pode alterar a medida provisória.

### **2.8.5. Regime de urgência**

Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que seja encerrada a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando (CF, art. 62, § 6º).

Cada Casa tem 45 dias para ultimar a votação de medida provisória, sob pena de ver serem sobrestadas todas as deliberações legislativas. Previu-se, desta forma, o trancamento da pauta legislativa da Casa que estiver em mora.

O trancamento da pauta foi previsto com a evidente intenção de fazer com que a Casa que estiver com a votação pendente mesmo depois de decorridos 45 dias da data em que lhe foi encaminhada a medida provisória para análise, discussão e votação, encerre o procedimento, evitando-se, com isso, indesejáveis e recorrentes situações existentes antes da EC 32/2001.

Com efeito, antigamente não havia nada que compelisse a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal a ultimar a votação de uma medida provisória que, entre edição e reedições, poderia continuar exercendo força de lei por vários meses (e até anos) sem que obtivesse o respaldo legislativo com a devida conversão em lei.

Com a reforma do texto constitucional, a Casa que permanecer inerte tem a respectiva pauta legislativa trancada. Note-se que não ficam sobrestadas deli-

---

<sup>181</sup> “Em 2001, depois de anos de tramitação, o Congresso Nacional conseguiu – evidentemente com a concordância do Executivo, por meio de sua imensa bancada de apoio – promulgar a Emenda Constitucional 32, que se afirmava limitadora da edição de medidas provisórias; os fatos posteriores logo mostraram o erro dessa afirmação. A aquiescência do Palácio do Planalto com os termos da emenda já demonstrava não ser ela tão limitadora assim. As matérias de interesse do Presidente da República, para disposição por meio de MPs, não estão no elenco das proibições indicadas na Emenda, salvo a questão da matéria orçamentária, que como vimos, resolve-se facilmente por vi do crédito extraordinário” (FERREIRA, Oswaldo. Op. cit, p. 51-61).

berações administrativas, como, por exemplo, as realizadas por comissões parlamentares de inquérito. Pertinente também salientar que o prazo de 45 dias deve ser contado de forma independente em cada Casa.<sup>182</sup>

José Afonso da Silva assinala, com razão, incompatibilidade entre a perda de eficácia de medida provisória que não for apreciada – circunstância anunciada pelo § 3º do art. 62 – e o trancamento de pauta decorrente do § 6º do art. 62:

“Em certo sentido, há uma incoerência entre o disposto nos §§ 3º e 6º do art. 62, introduzidos pela EC-32/2001, porque o primeiro admite a perda de eficácia de MPs que não forem apreciadas no prazo de 120 dias (60 dias mais prorrogação por igual período), enquanto o segundo preordena mecanismos que impõem ao Congresso Nacional sua apreciação, quando declara que se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias, contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequente, em cada uma das duas Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as deliberações legislativas da casa em que estiver tramitando. Por esse regime, todas as medidas provisórias terão que ser votadas, sendo, por isso, aprovadas ou rejeitadas, sem margem para a perda de eficácia por não apreciação como prevê o § 3º.”<sup>183</sup>

O regime de urgência imprimido ao procedimento da medida provisória perante o Congresso Nacional mostra-se adequado para evitar que não mais deixe de haver pronunciamento legislativo, seja sobre o mérito, seja sobre a conveniência e oportunidade ou sobre a relevância e urgência de medida provisória.

Não há mais possibilidade empírica de medida provisória, como bem observa José Afonso da Silva, perder a eficácia: ou ela é aprovada ou ela resta rejeitada.

Por outro lado, o trancamento da pauta legislativa das Casas do Congresso Nacional pode ser tornar instrumento político facilmente manejável pelo Presidente da República. Basta que seja editado grande número de medidas provisórias, de modo a fazer com que o Legislativo, impossibilitado de ultimar a votação

---

<sup>182</sup> “Caso a medida provisória não seja apreciada em quarenta e cinco dias, entrará em regime de urgência, com o sobrestamento das demais deliberações da Casa. Assim, se ultrapassar o prazo na Câmara, o Senado já receberá o projeto em regime de urgência. Entendemos que o Senado deverá receber o projeto sem a contagem do curso na Câmara. Só assim não sofrerá prejuízo, com o bloqueio da sua pauta, pela morosidade da Câmara. O prazo de urgência deve ser contado Casa a Casa, pois, de outra forma, o Senado Federal teria sua pauta bloqueada pelo eventual atraso da Câmara, o que fere o devido processo legal legislativo. O Congresso Nacional, no entanto, ao disciplinar a matéria, optou pela manutenção de contagem de um prazo único, permitindo ao Senado Federal que comece a discussão do tema mesmo antes de receber o projeto aprovado pela Câmara. Essa situação poderá amenizar a questão da urgência pela Emenda n. 32. Assim, enquanto a Câmara aprecia o projeto, o Senado Federal, a partir de determinado momento, começa a sua apreciação, mesmo sem a conclusão da Câmara, o que tornará o processo mais ágil e protegerá o Senado Federal do bloqueio no eventual atraso na Câmara”. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit, p. 357-358).

<sup>183</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 531.

de todas no prazo constitucionalmente demarcado, tenha as pautas legislativas trancadas ante o advento do termo. Obtido o sobrestamento não é difícil imaginar que possam ser editadas outras medidas e assim por diante.

Instaurar-se-ia uma crise institucional sem precedentes. As portas do Legislativo permaneceriam abertas, como costuma acontecer em um regime democrático, mas somente deliberações administrativas estariam ocorrendo. Quando muito os representantes do povo brasileiro estariam, às pressas e sem o menor êxito, tentando freneticamente alcançar a volúpia executivo-legislativa.

### 2.8.6. Vedação à reedição

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 (CF, art. 62, § 10)<sup>184</sup>.

Diante desta vedação à reedição *na mesma sessão legislativa* estaria implicitamente permitida reedição (ou reedições) em outras oportunidades que não a mesma sessão legislativa?

A resposta só pode ser negativa porque, como já se disse no decorrer deste texto, atualmente é vedada reedição de medida provisória pendente de apreciação pelo Congresso Nacional, tendo restado admitida somente – e por única vez – a *prorrogação automática da vigência* da medida provisória que não tenha a votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional dentro de sessenta dias.

Por outro lado, também foi demonstrada incompatibilidade entre as regras dos §§ 3º e 6º do art. 62, pois o regime de urgência e o conseqüente trancamento da pauta legislativa da Casa em mora na apreciação de medida provisória perdura até que a votação seja ultimada, o que força a conclusão de que não há mais margem para a perda de eficácia por ausência de apreciação congressual.

“Apesar disso”, complementa José Afonso da Silva, “o § 10 do art. 62 (EC-32/2001) insiste em falar em MPs que tenham perdido a eficácia por decurso de

---

<sup>184</sup> “Medida provisória rejeitada ou cuja eficácia se tenha perdido por decurso de prazo não pode ser reeditada na mesma sessão legislativa (§ 10), obviando esta que precisou ser explicitada, porquanto, antes da Emenda Constitucional 32, o Executivo, com exemplar desfaçatez, incorria regularmente nesta conduta teratológica, confortado pela aberrante complacência que o Legislativo e o Supremo Tribunal Federal lhe dispensavam”. (MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, op. cit, p. 96).

prazo, vedando reedições nesse caso e no de sua rejeição dentro da mesma sessão legislativa.”<sup>185</sup>

Assim, tendo em vista que não há mais falar em ausência de pronunciamento legislativo e na eventual perda de eficácia de medida provisória, não há nada que possa empiricamente justificar a reedição de medida provisória alguma. Ao contrário: a prorrogação única da vigência, por mais sessenta dias, aguçava a percepção de que não é nem mais necessária a reedição.

E finalmente: qual seria a urgência de reedição em outra sessão legislativa? O interregno entre a edição da medida provisória numa sessão legislativa e o início da outra sessão já seria motivo suficiente à ausência de configuração desse pressuposto constitucional.

## 2.9. Governadores e Prefeitos x medidas provisórias

Segundo Roque Antonio Carrazza, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, desde que sejam aplicados os princípios e as limitações que “cercam as medidas provisórias federais”, podem, no exercício de “*poderes constituintes decorrentes*” editar medidas provisórias estaduais, municipais e distritais.<sup>186</sup>

Alexandre de Moraes sustenta a viabilidade de medidas provisórias nos âmbitos estadual e municipal, porém afirma ser necessário que as primeiras contem com previsão na respectiva constituição estadual e as últimas tanto na constituição estadual quanto na lei orgânica do município.<sup>187</sup>

Há também quem milite a viabilidade de medida provisória municipal desde que haja previsão somente na Lei Orgânica e que se “respeitem as balizas da Constituição Federal”.<sup>188</sup>

Já Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Júnior são refratários à edição de medida provisória por autoridades executivas outras que não o Presidente da República. Afirmam que o art. 62 “fala especificamente em Presidente da República e não Chefe do Executivo”, mas lembram que o Supremo Tribunal

<sup>185</sup> SILVA, José Afonso da, op. cit, p. 531.

<sup>186</sup> CARRAZZA, Roque Antonio, op. Cit, p. 247. No mesmo sentido: ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Competência legislativa municipal** – Medidas Provisórias. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 47: 243-268, jun: 2004; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas provisórias**, op. cit, p. 72; FERRARI, Regina Macedo Nery. **Medidas provisórias – Estados e Municípios**. Revista dos Tribunais, 15: 32-46, jun: 1996.

<sup>187</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, op. cit, p. 1165.

<sup>188</sup> PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos Municípios**. Revista de Direito Administrativo, 230: 5-19, dez: 2002.

Federal “tem admitido adoção pelas Constituições estaduais de medidas provisórias”.<sup>189</sup>

O Supremo Tribunal Federal realmente admite que os Estados-Membros e o Distrito Federal (CF, art. 32, § 1º) editem medidas provisórias. A decisão foi tomada por maioria no julgamento da ADI 425-TO (Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11/09/2002).<sup>190</sup> Tratava-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra medidas provisórias editadas pelo Governador do Estado do Tocantins, na qual a Suprema Corte assentou a legitimidade dos governadores dos Estados-Membros para expedir medidas provisórias em caso de relevância e urgência. As duas principais premissas foram ausência de vedação expressa na Constituição Federal e a implícita admissibilidade, pelo art. 25, § 2º da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda nº 5/1995), em questões não afetas à exploração e à concessão dos serviços locais de gás canalizado. As condições, segundo a orientação firmada na ocasião, consistem no necessário acompanhamento do modelo federal e a imprescindível existência de previsão específica na constituição estadual.<sup>191</sup>

Costuma-se dizer que o art. 62, por veicular exceção à regra de que cabe ao Legislativo legislar, deve ser interpretado de forma restritiva.<sup>192</sup> Por outro lado, não se pode negar que os Estados (e, evidentemente, o Distrito Federal – CF, art. 32, § 1º) são entres da Federação (CF, art. 1º, *caput*) dotados de poder constituinte decorrente (CF, art. 25, *caput*) e limitado apenas por competências explicitamente vedadas pela Constituição Federal (CF, art. 25, § 1º).<sup>193</sup>

Salvo a vedação de medida provisória para regulamentar a exploração dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º com a redação da EC nº 5/1995)

---

<sup>189</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, op. cit, p. 359.

<sup>190</sup> Anteriormente, no julgamento da ADIMC 812-9-TO (Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 1º/04/93) o Supremo Tribunal Federal havia negado medida liminar para suspensão de medida provisória editada pelo Governador do Estado do Tocantins por não vislumbrar “fortes indícios de que esse instituto atende a peculiaridades excepcionais do plano federal que impeçam seja ele tido do modelo susceptível de inclusão no processo legislativo estadual”. Naquela ocasião já se podia antever que o posicionamento da Suprema Corte seria mesmo no sentido da viabilidade de as constituições estaduais adotarem o modelo federal de medidas provisórias, até porque restou assentado: “Anoto que a Constituição de 1967 (EC 1/69), em suas Disposições Gerais e Transitórias, dispunha no parágrafo único do artigo 200 que ‘as *Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis*’. Por seu turno, a Carta de 1988 não impôs restrição ao Estados-membros quanto ao uso das medidas provisórias”.

<sup>191</sup> O Min. Carlos Velloso restou vencido por entender que seria necessária autorização expressa pela Constituição Federal para que fosse legítima a adoção de medidas provisórias pelo Poder Executivo Estadual. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10 dez 2002.

<sup>192</sup> TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, op. cit, p. 152.

<sup>193</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes, op. cit, p. 163-169.

não há outra limitação expressa no texto constitucional à adoção, pelas constituições estaduais, da sistemática federal de medida provisória.

Ademais, embora se acredite não haver dúvida de que todas as regras do art. 62 da CF tenham de ser analisadas de maneira sempre restritiva, não se encontra vedação implícita alguma, na Constituição Federal, à possibilidade de os poderes constituintes estaduais adotarem o modelo federal de medida provisória. Ao contrário: encontra-se um modelo federal de processo legislativo (CF, arts. 59 a 69), continente de diversas espécies de procedimentos aptos a inovar a ordem jurídica (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções) de compulsória utilização no âmbito constitucional dos Estados-membros (ADI 1181-TO, Rel. Min. Maurício Correa, DJ 18/06/1997).<sup>194</sup>

Na CF/88, o princípio da separação dos poderes foi estipulado (art. 2º) e é encontrado de forma fluida em todo o texto constitucional. Não se adotou o rígido modelo de Montesquieu; previu-se a interpenetração entre os Poderes (a vedação, pelo Presidente da República, aos projetos de lei aprovados no seio Legislativo é prova que, além de convincente, bem demonstra que o Chefe do Executivo participa ativamente do processo legislativo federal); admitiu-se que o Presidente da República, em casos de relevância e urgência, edite medidas provisórias. É esse o modelo a ser adotado pelos Estados-Membros.

Os argumentos utilizados para se admitir a imprescindibilidade, no Estado contemporâneo, de instrumento legislativo ágil do qual possa se valer o Presidente da República como instrumento de governabilidade, servem tanto para o Executivo Federal quanto para o Executivo Estadual, uma vez que não são raros os Estados-Membros com território, população e economia maiores do que diversos países. Maiores inclusive que a própria Itália, onde o constituinte originário buscou inspiração para o art. 62 da CF/88.

A autonomia municipal não pode ser negada depois da promulgação da CF/88 (art. 1º, *caput*). Os Municípios são regidos por leis orgânicas votadas em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias e aprovadas por dois terços dos membros das Câmaras Municipais. As leis orgânicas devem atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na constituição do respectivo Estado (CF, art. 29, *caput*).

---

<sup>194</sup> As substanciais alterações de EC 32/2001 têm de ser respeitadas pelas constituições estaduais. Assim, tendo em vista que o procedimento referente às medidas provisórias não é mais o mesmo, ao menos enquanto o Estado-Membro não contar com emenda à respectiva constituição para adequá-la à nova sistemática não poderá o Governador editar medida provisória alguma.

Sob tal coloração, é nítida a necessidade de adoção conjunta dos sistemas federal e estadual no tocante ao procedimento legislativo. Vale dizer: não basta que a CF/88 preveja a, por exemplo, lei complementar como espécie normativa autônoma; é necessário que a constituição do Estado-Membro no qual se localize o município também conte com a lei complementar dentre os instrumentos legislativos. O duplo fundamento de validade (Constituição Federal e constituição estadual) é inerente ao mandamento do art. 29, *caput*, da CF.

Admitida a hipótese de medida provisória prevista em constituição estadual não se pensa ser viável que leis orgânicas de municípios do respectivo Estado-Membro tenham em seus bojos idêntica previsão. É que só cabe aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e, no máximo, *suplementar* a legislação federal e estadual no que lhes couber (CF, art. 30, I, II). Não se olvide que a imensa maioria dos municípios em nosso País conta com população inferior a 50.000 habitantes e que dificilmente esteja a cargo de um Prefeito Municipal a governabilidade de um “Estado Social”. Frise-se que os mecanismos de controle no nível municipal são evidentemente mais frágeis, o que pode acarretar disfunções maiores do que as que se vê na esfera federal.

## **2.10. Emendas à Constituição x medidas provisórias**

A Emenda à Constituição nº 6/1995 acrescentou ao texto constitucional o art. 246, vedando a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tivesse sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995. A Emenda nº 7/1995, promulgada no mesmo dia 15 de agosto, repetiu a inclusão do dispositivo na Constituição Federal. Pelo visto, o constituinte derivado quis, com a re-inclusão do art. 246 (como se isso fosse possível ou necessário...) deixar bem clara a intenção de proibir o Presidente da República de tratar, por medida provisória, dos assuntos econômicos que, a partir da Emenda 5/1995, estavam sendo objeto de substanciais alterações.

O § 2º do art. 25, também no dia 15 de agosto de 1995, recebeu nova redação e a exploração, *com exclusividade de distribuição*, pelos Estados, dos serviços locais de gás canalizado, que até então poderia ser feita diretamente ou mediante concessão a *empresas estatais*, deixava de ser desempenhada em regime de monopólio. De acordo com o texto decorrente da emenda, o âmbito de concessão dos serviços locais de gás canalizado não mais se limita a empresas estatais e os Estados não mais contavam com a exclusividade de distribuição.

A Emenda nº 6/1995 alterou a redação do art. § 1º do art. 176 da Constituição Federal, de modo a possibilitar que, mediante concessão, não somente brasileiros e *empresa brasileira de capital nacional* desempenhem atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais, bem como realizem o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica. A nova redação possibilita que brasileiros ou *empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País* exercessem essas atividades.

O art. 178 recebeu nova redação com o simultâneo advento da Emenda nº 7/1995 e tanto a navegação de cabotagem quanto a interior deixaram de ser privativas das embarcações nacionais. Passou-se a admitir que a lei estabeleça as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior podem ser feitos por embarcações estrangeiras.

Conforme a redação original do art. 21, XI da CF, competia à União a exploração, direta ou mediante *concessão a empresas sob o controle acionário estatal*, dos serviços de telecomunicações. Com a promulgação da Emenda nº 8/1995, ainda em 15 de agosto, os serviços de telecomunicações passaram a poder ser explorados, mediante *autorização, concessão ou permissão a empresas privadas*.<sup>195</sup>

Pouco mais tarde, em 9 de novembro de 1995, foi promulgada a Emenda 9/1995, por intermédio da qual alteraram-se as disposições do § 1º do art. 177 da Constituição Federal. Na redação inicial, o monopólio da União sobre: a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes da lavra e da refinação; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País; e o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem, além de incluir os riscos e resultados decorrentes dessas atividades, impedia à União a concessão de qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural.<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> “A nova redação conferida ao preceito, que menciona singelamente autorização, concessão ou permissão dos serviços, o que importa em que possam vir ser privatizados. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal e de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais sobretudo na telefonia celular é bem marcante, articulando-se com grande eficiência” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica), op. cit, p. 259).

<sup>196</sup> A única ressalva era feita no próprio dispositivo em relação à regra do art. 20, § 1º da Constituição Federal, que assegurava, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Fede-

Com a alteração, o constituinte derivado optou pela quebra do monopólio ao admitir que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização das atividades acima relacionadas.<sup>197</sup>

Nas palavras de Eros Roberto Grau:

“Opera-se, assim, a relativização do monopólio estatal do petróleo, facultando-se a contratação de empresas estatais ou privadas para realizar as atividades que vinham sendo desenvolvidas pela Petrobrás. Mais do que isso, a emenda viabiliza inclusive a privatização da própria Petrobrás”.<sup>198</sup>

Como se percebe, as alterações na Ordem Econômica nacional foram abrangentes e significativas. Abriam-se os monopólios e iniciou-se o programa nacional de desestatização. Contudo, a regulamentação só pôde ser feita pelo Congresso Nacional, por lei, excluindo-se qualquer possibilidade de o Presidente da República, via medida provisória, exercer o controle nesses assuntos.<sup>199</sup>

A Emenda 32/1002 alterou o art. 246 para voltar a “permitir” que o Presidente da República edite medida provisória para regulamentar artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 11 de setembro de 2001.

Com efeito, pelo que se retira do novo comando constitucional só há vedação expressa à regulamentação, por medida provisória, de artigo cuja redação tenha sido alterada por emenda promulgada entre 1 de janeiro de 2005 (determinação advinda da Emenda nº 5/1995) e a data da promulgação da Emenda 32/2001.

---

ral e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

<sup>197</sup> O monopólio estatal persiste somente em relação às atividades descritas no art. 177, § 1º, V (pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados). A Emenda nº 49/2006, com o objetivo de adequar a redação deste dispositivo com o art. 21, XXIII, “b” (que admite, sob o regime de concessão ou permissão, a utilização de radioisótopos para pesquisa e uso medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas), excetuou da regra de monopólio os radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão.

<sup>198</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica), op. cit, p. 259.

<sup>199</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 531. No mesmo sentido: “O Congresso admite emendar a Constituição, acolhendo no mais das vezes proposta do Poder Executivo, que sustenta a necessidade de alteração do texto da Lei Maior como condição de governabilidade, mas retira deste a atribuição de legislar nas matérias objeto das emendas” (MACHADO, Hugo de Brito, op. cit, p. 89-92).

O jogo político do momento dialético anterior à Emenda 32/2001 simboliza esse retrocesso. O Presidente da República perderia a “prerrogativa” da “reedição” infinita, não mais contaria com o respaldo silencioso e inerte do Legislativo na análise dos pressupostos constitucionais da relevância e da urgência, mas passaria a contar com a “convalidação” de todas as medidas provisórias anteriores que estivessem pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional (art. 2º da Emenda 32/2001) e voltaria a poder regulamentar dispositivo alterado por emenda à Constituição.

## 2.11. A perenização do provisório

A Constituição de um Estado pode ser classificada em flexível, semi-rígida ou rígida, tudo dependendo do processo passível de acarretar-lhe modificações. Há, ainda, as chamadas Constituições imutáveis, aquelas que não podem ter seus textos alterados em momento algum e sob qualquer pretexto.

Flexível é aquela Constituição que pode ser submetida a alterações oriundas de simples procedimento legislativo ordinário, sequer exigindo eventual quorum qualificado para deliberação e votação. As Constituições semi-rígidas, por sua vez, podem ter seus textos reformados, ou até mesmo revogados, mediante a observância de um processo legislativo qualificado, ao menos em relação ao ordinário. Neste caso, bastaria um quorum diversificado para votação, a exemplo do procedimento a ser observado por ocasião das leis complementares. As Constituições imutáveis não podem ser reformadas. Diante de tal peculiaridade podem facilmente perder sua imprescindível força normativa.<sup>200</sup>

Já as Constituições rígidas, além de não prescindirem de procedimento qualificado e excepcional de deliberação e votação na seara legislativa, exigem outros requisitos à possibilidade de alteração de seu texto, como, por exemplo, os limites circunstanciais e a parca legitimidade a possíveis proponentes de reformas. Ademais, elas podem conter aquilo que a doutrina alemã chama de “núcleo duro”, consistente em dispositivos imutáveis, intangíveis. Este é o caso da Constituição Federal, conforme se depreende do art. 60, § 4º.

---

<sup>200</sup> “As constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las”. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991).

A Constituição de 1988 é continente de várias regras que poderiam ter sido objeto de simples leis ordinárias. Trata-se de uma Carta Política prolixa e sujeita a fortes tendências reformadoras. Entretanto, tais tendências, ainda que por intermédio de emendas à Constituição, encontram jurídicas limitações; o Poder Constituinte Reformador, derivado que é, tem de se submeter às regras veiculadas pelo art. 60, dentre as quais se encontram vedações explícitas e implícitas à possibilidade de reforma do texto constitucional.

Dentre as expressas têm-se: a) legitimidade específica e limitada no tocante ao envio de propostas de emenda; b) limite circunstancial consistente na impossibilidade de emendas na vigência de Intervenção Federal, de Estado de Defesa e de Estado de Sítio; e c) limitações materiais relativas à impossibilidade sequer de deliberação a respeito de propostas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Note-se também que o § 5º do art. 60 retrata outra hipótese de limitação circunstancial.<sup>201</sup>

Ainda em relação às limitações explícitas há um antecedente histórico previsto na Constituição imperialista de 1824. Tratava-se de limitação temporal, consistente na impossibilidade de alteração daquele texto constitucional durante certo período.<sup>202</sup>

A legitimidade específica e limitada no tocante ao envio de propostas de emenda à Constituição, a impossibilidade de alteração do Texto Magno na vigência de Intervenção Federal, de Estado de Defesa ou de Estado de Sítio, a não admitida deliberação a respeito de propostas tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, são limitações explícitas e de fácil constatação.

A doutrina preconiza de forma veemente a existência de uma vedação implícita ao Poder Constituinte Reformador, qual seja, a impossibilidade de adoção da chamada “dupla revisão”. O procedimento, que já foi denominado “fraude à Constituição”, funcionaria da seguinte maneira: num primeiro momento, mediante emenda, excluir-se-ia da Constituição justamente o instrumento protetor das

---

<sup>201</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

<sup>202</sup> “Se passados quatro anos, depois de jurada a Constituição do Brasil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual dever ter origem na Câmara dos Deputados, e ser apoiada por terça parte delles.” (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, op. cit, p. 1110).

cláusulas pétreas, de modo a eliminar todas as limitações explícitas; num segundo momento, ausente qualquer óbice ao poder de emenda, poderia o Constituinte Derivado reformar ou revogar qualquer regra constitucional.

A doutrina nacional propugna a sujeição das emendas à Constituição ao crivo do controle de constitucionalidade. E não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando da análise da constitucionalidade do Imposto Provisório Sobre Movimentações Financeiras.

Não é demais ressaltar, neste aspecto, que na Alemanha se chegou a professar a possibilidade da existência de normas constitucionais primitivas inconstitucionais. Tudo com escora em precedentes datados do ano de 1950, decorrentes de decisões proferidas pelo Tribunal da Baviera e pelo Tribunal Constitucional de Baden.<sup>203</sup>

Zeno Veloso demonstra que a doutrina brasileira e a portuguesa não chegam a tanto: embora mestres da envergadura de Jorge Miranda aceitem a possibilidade da existência de um direito suprapositivo que, uma vez violado, acarretaria a ilegitimidade da norma constitucional, coube a Paulo Bonavides e ao Ministro Moreira Alves a demonstração de que é impossível – ou ao menos subversivo – um Poder constituído (o Judiciário) chamar para si o “dever” de apontar a ilegitimidade do Poder Constituinte Originário. Bonavides foi mais longe: para ele, essa idéia não passa de um “devaneio jusnaturalista” de Otto Bachof que, caso aceito, configurar-se-ia em “golpe de estado jurisdicional”.<sup>204</sup>

A breve passagem por esse assunto justifica-se como forma de deixar fora do alcance de eventuais dúvidas a submissão até mesmo das emendas ao controle de constitucionalidade.

A clássica teoria da separação dos poderes tem sofrido sérios abalos com a desenfreada edição de medidas provisórias.

A Emenda Constitucional n° 32, de 11 de setembro de 2001, por intermédio do artigo 1°, acarretou alteração substancial nas regras até então dispostas no artigo 62 (e respectivo parágrafo único) da Constituição Federal.

O constituinte derivado, por ocasião da promulgação da referida emenda, editou regra que acarretou a prorrogação do prazo de vigência de todas as medidas provisórias editadas em data anterior a 11 de setembro de 2001 por prazo incerto, ainda que juridicamente definido.

---

<sup>203</sup> BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 1994.

<sup>204</sup> VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 209-220.

Com efeito, consoante o art. 2º da EC 32/2001 “as medidas provisórias editadas em data anterior à publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Leon Fredja Szklarowsky afirma que “o texto é claro” e que “a revogação terá de ser expressa (sic), por meio de ato provindo do Presidente da República, na qualidade de legislador”.<sup>205</sup>

Realmente são poucos os que foram capazes de perceber as nefastas conseqüências advindas do incrível artigo 2º da EC 32/2001.<sup>206</sup>

De acordo com Dalton Luiz Dallazen:

“Dado, então, que medida provisória não é lei e constitui exceção dentro do processo legislativo, como sustentar a constitucionalidade do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001, que simplesmente prorrogou, no tempo, atos unilaterais do Presidente da República criando obrigações e modificando a ordem jurídica sem o necessário consentimento popular, bandeira máxima do regime republicano? Foi como se o Congresso Nacional, ao aprovar a EC 32/2001, dissesse: ‘nós não conhecemos nem deliberamos sobre o conteúdo das medidas provisórias até aqui editadas, mas permitimos que permaneçam em vigor até que assim façamos’<sup>207</sup>

Segundo Luís Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior “A EC n. 32, em seu art. 2º, trouxe ainda outra novidade: as medidas provisórias editadas em data anterior a 12 de setembro de 2001 passam a ter vigência por prazo indeterminado, podendo ser revogadas por outra medida provisória ou por ato do Congresso Nacional. Trata-se de flagrante inconstitucionalidade, que rompe o princípio da segurança jurídica dos atos legislativos”.<sup>208</sup>

Uma rápida leitura das inovações relativas ao art. 62 da CF pode conduzir à conclusão de que a EC 32 somente trouxe melhorias.<sup>209</sup> Basta lembrar que,

---

<sup>205</sup> SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Medidas provisórias** – Instrumento de governabilidade, op. cit, p. 285-307.

<sup>206</sup> “(...) depreende-se que a vontade das partes envolvidas (Presidente da República e Congresso Nacional) foi dar definitividade ao que era provisório, dependendo do interesse de cada qual e do eventual acerto político sobre o objeto de medida provisória em vigência. Só não sabemos onde está a vontade do povo” (PORTO, Antonio de Paiva. **Emenda Constitucional n.º 32**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, 33: 161-180, mar: 2002).

<sup>207</sup> (DALLAZEN, Dalton Luiz. **As medidas provisórias, a EC 32 e o depósito recursal administrativo**. Revista Dialética de Direito Tributário, 83: 19-27, ago: 2002).

<sup>208</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, op. cit, p. 359.

<sup>209</sup> “Com a edição da EC nº 32/01, o modelo federal foi alterado, consagrando-se maior respeito aos direitos fundamentais e à Separação dos Poderes...” (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**, op. cit, p. 1166.

hoje, é expressamente vedada a reedição de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido a eficácia por decurso de prazo.<sup>210</sup>

Acontece que o art. 2º da EC 32/2001 praticamente tornou perenes os efeitos de medidas provisórias (e) ditadas – e (a) ditadas – em datas anteriores à data da publicação da EC 32. Vale dizer: o constituinte derivado fez tábua rasa da limitação de trinta dias ínsita às medidas provisórias existentes até então, tábua rasa do tão caro princípio da segurança jurídica – tolhido por inúmeras medidas provisórias levadas a cabo pelo Executivo como forma de regular subrepticamente as mais diversas matérias em meio a edições e “reedições”.<sup>211</sup>

Enfim: o constituinte derivado “constitucionalizou” a fraude à Constituição perpetrada pelo Executivo em seu governo de medidas provisórias, tornando facilmente verificável o aval a uma ditadura neoliberal em que o Chefe de Governo trata de toda e qualquer questão independentemente da vontade popular, independentemente de responsabilização política, independentemente de limitações materiais.

Mas limitações materiais há.<sup>212</sup>

O constituinte originário não foi pródigo ao estabelecer o prazo de vigência de uma medida provisória. Ela deveria somente vigor por trinta dias. O Executivo passou a se valer da “reedição”, sob o aval da cúpula do Judiciário, mas o discurso ainda era o de que a “reedição” deveria ser feita em tempo – o vigésimo nono dia...

Promulgaram a Emenda Constitucional nº 32. Enxertou-se no texto magno uma esdrúxula possibilidade: a de que as medidas provisórias já editadas – sob

---

<sup>210</sup> “O que se nota, *prima facie*, é que o *constituinte derivado* investiu-se das prerrogativas de *constituinte originário* e, sem a menor cerimônia, ‘reconstruiu’ a seu talante, a figura da medida provisória. Para tornar mais atraente e ‘reforma, o mesmo *constituinte derivado* criou pretensos obstáculos às medidas provisórias. Escrevemos ‘pretensos obstáculos’ porque onde os obstáculos jurídicos, postos pelo *constituinte originário*, eram totais (v.g., a impossibilidade de reedição de medidas provisórias, ainda que por *intertia deliberandi* do Congresso Nacional) surgiram acanhadas peias, que, na real verdade, dilargaram, sensivelmente, o campo de ação destes atos normativos. Foi uma ardilosa forma de, restringindo, ampliar” (CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, op. cit, p. 250.

<sup>211</sup> Basta lembrar que “na data da promulgação da Emenda Constitucional 32, havia 66 medidas não apreciadas – pelo menos uma delas com mais de sete anos” (FERREIRA, Oswaldo, op. cit, p. 51-61).

<sup>212</sup> “E não se argumente com a assertiva de que a matéria encontra-se sob o abrigo de contestações porquanto elaborada por meio de emenda constitucional. A emenda constitucional não está imune à inconstitucionalidade, caso venha a ferir as chamadas ‘cláusulas pétreas’ do artigo 60, § 4º, e eis que é exatamente o caso do artigo 2º da EC nº 32/2001, dado que fere o princípio republicano e dois direitos individuais (legalidade e segurança jurídica)” (DALLAZEN, Dalton Luiz, op. cit, p. 19-27).

qualquer pretexto, tratando de qualquer questão, com ou sem vícios formais, em qualquer época – passam a ter vigência indeterminada.

Mas e o limite de trinta dias assegurado pela Assembléia Nacional Constituinte? O Constituinte Derivado objetivou tolher tal garantia.

Contudo, ainda que o instrumento utilizado tenha sido o da reforma constitucional, cabe apontar que, além dos limites explícitos previstos no artigo 60, § 4º da Constituição Federal e dos implícitos já apontados neste texto, há outro: o da impossibilidade de se alterar de forma retroativa uma garantia ao próprio sistema federativo.

A expressão “perderão a eficácia desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias”, constante no texto original do artigo 62 da Constituição Federal, apresenta-se como limite implícito ao poder de reforma atribuído ao Constituinte Derivado. Isto porque, uma vez pretendida a alteração retroativa do prazo de vigência de todas as medidas provisórias – como efetivamente foi feito por intermédio da regra do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001 – o que se pode perceber é que houve desrespeito a diversos princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica e o da irretroatividade. Ademais, o prazo limite à vigência/eficácia de medidas provisórias não pode ser desvirtuado ao alvedrio do Poder Constituinte Reformador – derivado e limitado que é – a ponto de tornar eternas (ou, quando menos, sujeitas e evento futuro e incerto) medidas provisórias já editadas sob limitação temporal expressa e efêmera.

Veja-se que a problemática é tão séria que sequer os decretos-leis editados com base em Constituições pretéritas foram tão bem hospedados pela Constituição de 1988. De acordo com as regras do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, restaram revogados, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam ao órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional. A regulação dos decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e que não tivessem sido apreciados quando do advento da Constituição Federal, 05 em outubro de 1988, tiveram os respectivos efeitos regulados da seguinte forma (ADCT, art. 25, § 1º): os expedidos em data anterior a 2 de setembro de 1988 deveriam ser apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até 180 dias contados da promulgação da Constituição (não computado o recesso parlamentar); decorrido o interregno sem que houvesse apreciação, os decretos-leis foram considerados rejeitados. O único refúgio daquela legislação de exceção foi opção constituinte pela plena validade dos atos praticados na

vigência de decretos-leis que foram rejeitados nos termos do art. 25, § 2º do ADCT.

Afirma-se “opção” constituinte porque, como se tratava de Poder Originário, eleito pelo povo para elaboração de uma nova Constituição Federal, não havia limitações jurídicas até ao puro e simples acolhimento de todos os decretos-leis pendentes de análise congressual. O momento era de efetiva redemocratização do país. Instaurava-se um novo regime, antípoda à ditadura militar. Por isso, a mácula autoritária que impregnava a aprovação tácita dos decretos-leis não poderia, obviamente, encontrar amparo no ordenamento jurídico que brotava da Assembléia Nacional Constituinte. Mas se tratava de limitação histórico-cultural, de fatores reais, empíricos e contingentes no desenrolar dos trabalhos constituintes.

Como o grande problema era o déficit democrático da aprovação tácita, os decretos-leis não apreciados pelo Legislativo depararam-se com forte barreira na Constituição de 1988. Por quê? Porque se acreditava (?) na perda de eficácia *extunc* das medidas provisórias que fossem editadas com base na Constituição que era promulgada. Acreditava-se no perfeito funcionamento do controle pelo Legislativo (submissão imediata ao Congresso Nacional...) em um Estado, enfim e definitivamente, democratizado. Não havia “clima” para que o Poder Constituinte Originário albergasse os malfadados instrumentos políticos de dominação, embora juridicamente isso fosse viável.

Com a promulgação da EC 32/2001, admitiu-se a “prorrogação” do prazo de vigência de todas, absolutamente todas as medidas provisórias pendentes de apreciação pelo Congresso. Juridicamente, conforme se viu, isso não é viável ou admissível. Seria dificilmente imaginável antes de 11 de setembro de 2001. A contingência histórico-cultural também não favorece a pretensão de que, acobertando-se do discurso da limitação quantitativa (nova redação do art. 62), o Poder Constituinte Derivado simplesmente “deixar-as-coisas-como-estão-e-pronto”, pois a doutrina, em uníssono, ecoava desgosto, preocupação e inquietação com a edição desenfreada de medidas provisórias e com o desapego de grande parte delas tanto dos pressupostos de relevância e urgência quanto do desrespeito às limitações materiais.

Houve excessos, abusos, arranjos e desarranjos de 05 de outubro de 1998 a 10 de setembro de 2001. Sempre existiu o balizamento constitucional do que poderia e do que não poderia ser feito. Sempre foi exigida, ao menos em tese, a imperiosa fiscalização pelos dois outros Poderes (Legislativo e Judiciário). O controle jurisdicional tanto da EC 32/2001 quanto de toda e qualquer medida

provisória pode e deve ser feito a partir de análise da compatibilidade vertical com a Constituição Federal. Enquanto não houver julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, abstrato e vinculante, a (in) constitucionalidade do art. 2º da EC 32/2001 é passível de análise por todos os juízes e tribunais do país em controle difuso e incidental. Nem se olvide também da plena viabilidade de se exercer o controle, difuso ou concentrado de constitucionalidade, das inúmeras medidas provisórias que se pretendeu eternizar (o que, de fato, nada mais é do que uma tentativa de aprová-las tacitamente).

### 2.11.1.

#### **Retrocesso e desrespeito à premissa do Estado Democrático**

A promessa do Estado Social como alternativa viável ao absentismo que predominou no mundo ocidental ao menos até o apagar das luzes do século XIX não se realizou na República Federativa do Brasil. Isso é fato.

Com a promulgação da Constituição Federal, na primavera de 1988, houve quem, por óbvios motivos relacionados à condução dos trabalhos da Assembléia Constituinte, tenha a chamado de “cidadã”.<sup>213</sup>

Não raras foram as vozes que ecoaram tal adjetivação.

Poucos anos passaram para que se passasse a perceber a impossibilidade empírica de realização do Estado Democrático de Direito<sup>214</sup> nos moldes preconizados pela Assembléia Nacional Constituinte: a despeito da facilmente verificável densidade normativa dos chamados direitos de primeira dimensão – historicamente consolidados como limitações ao Estado a partir da Revolução Francesa – os deveres positivos impostos à federação como decorrência lógica do reconhecimento dos direitos de segunda dimensão (educação, saúde, assistência social, a título de meros exemplos) não foram, não vêm sendo, e dificilmente serão implementados no Brasil.

O que se pretendeu, com a promulgação da “Constituição Cidadã”, foi construir uma sociedade livre justa e solidária, erradicar da pobreza e da marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais<sup>215</sup>, possibilitar o respeito à prevalência dos direitos humanos<sup>216</sup>. Enfim, erigiu-se “dignidade da pessoa humana” à qualidade de fundamento de uma República<sup>217</sup> destinada a assegurar

---

<sup>213</sup> Termo utilizado por Ulysses Guimarães.

<sup>214</sup> Constituição Federal, artigo 1º, *caput*.

<sup>215</sup> Id, art. 3º, inciso I.

<sup>216</sup> Ibid, art. 4º, inciso II.

<sup>217</sup> Constituição Federal, artigo 1º, inciso III.

a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos<sup>218</sup>. Essa é (ou era) a ideologia.

O Estado Social entre nós efetivamente não se realizou. Os possíveis motivos variam entre a percepção da falta de iniciativa política por parte dos legitimados e a constatação de que o regime capitalista obsta a prática da solidariedade pelos cidadãos comuns. Pode-se acrescentar o fenômeno da globalização como fato – e a partir daí todas as nefastas conseqüências que vêm sendo apontadas quase em uníssono por diversos ramos do saber contemporâneo – e o neoliberalismo como ideologia predominante no seio Constituinte reformador desde a Emenda Constitucional n° 05/1995.

A dignidade da pessoa humana, propugnada no inciso III do artigo 1° da Constituição Federal, e a sadia qualidade de vida mencionada por intermédio da regra do *caput* do artigo 225, também da Constituição Federal somente poderiam ser efetivamente observáveis se cada cidadão brasileiro (e aqui não só no sentido político, estrito e relativo à legitimidade para o ajuizamento da ação popular de que trata o artigo 5°, inciso LXXIII da Constituição Federal, mas na abordagem abrangente contida na regra do artigo 64 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) obtivesse o que se convencionou denominar “mínimo existencial”.

Mas o Estado em que vivemos é que é “mínimo”. As pressões neoliberais não encontram barreiras e o dirigismo constitucional é uma bandeira hasteada somente por quem é capaz de (pré) compreender o real significado da imprescindível participação popular nas tomadas de decisão, ainda que de maneira indireta.

Medidas provisórias foram expedidas e o obstáculo da vedação à reedição restou facilmente superado. Em inúmeras oportunidades, bem se sabe, os requisitos da relevância e da urgência não foram implementados. A Emenda Constitucional n° 32/2001 proporcionou a existência de dispositivo constitucional dirigido ao passado, voltado a legitimar todos os abusos já praticados em desrespeito à separação dos poderes, à soberania popular.

Ora, seria até dispensável tecer considerações sobre a rigorosa impossibilidade de a Emenda Constitucional nº 32, por ser posterior ao que pretendeu legitimar, estar dotada do poder mágico de "constitucionalizar" medidas provisórias que, sob o prisma de nosso sistema positivo, estruturado e hierarquizado, sequer chegaram a ter validade no ordenamento jurídico. Nem mesmo o contí-

---

<sup>218</sup> Id, preâmbulo.

nuo, desbragado e perigoso desprezo às mais elementares regras e princípios constitucionais – que hoje se vê no Brasil – poderia permitir tamanho absurdo.

Nesse aspecto, aliás, se fosse considerada a “constitucionalização” de atos legislativos e medidas provisórias por meio de emendas constitucionais no Brasil, é muito fácil prever o que aconteceria: inúmeras “reformas antecipadas” da Constituição, por meio de simples medidas provisórias, ao bel prazer do chefe do executivo de plantão. É que bastaria editar a medida provisória inconstitucional e, logo após, enviar um projeto de emenda constitucional ao Congresso, de tal sorte a “constitucionalizar” o ato. A aprovação da emenda – todos sabem – ocorreria “aos costumes”.

A emenda foi efetivamente aprovada e agora cabe a todos buscar, seja incidentalmente ou via controle concentrado, respostas judiciárias aptas a neutralizar os efeitos nefastos dela decorrentes.

Tempo há, ainda. Almeja-se que as futuras gerações obtenham uma existência digna, de modo a não chegarem jamais à constatação de que só lhes restaria a possibilidade de “tocar um tango argentino”.<sup>219</sup>

---

<sup>219</sup> Refere-se a **Pneumotórax**, poema de Manuel Bandeira.

## Conclusão

Em 16 de abril de 1862, o francês Ferdinand Lassale proferiu em Berlim palestra a respeito do que chamou de “essência da Constituição”. De acordo com suas idéias principais, questões tidas em nível constitucional não deveriam ser tratadas como questões jurídicas, mas políticas. É que, para ele, a Constituição de um País expressaria somente as relações de poder nele dominantes num dado momento histórico-cultural: o poder militar, o poder social, o poder econômico, além do poder intelectual (em menor proporção). Seriam tão-somente tais “fatores reais de poder” os capazes de conformar a “Constituição real” de um determinado País.

A chamada “Constituição jurídica” não passaria de um mero documento escrito, um pedaço de papel (*ein Stück Papier*) incapaz de, em confronto com a Constituição real, exercer força normativa, estando a abrangência normativa sempre subordinada à compatibilidade com as reais fontes de poder dominantes em dado território e em dado período. Profetizou que no caso de inevitável conflito entre a por ele denominada “folha de papel” e os fatores reais de poder, a Constituição escrita acabaria, sempre, sucumbindo.<sup>220</sup>

Konrad Hesse, em 1959, numa aula inaugural na Universidade de Freiburg, chamou a atenção para a necessidade de se analisar tanto o mundo real quanto o jurídico de forma harmônica, em seu inseparável contexto e no seu “condicionamento recíproco”. Para ele, “uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão”. Para aqueles que, como Kelsen e seus seguidores, contemplam apenas a ordenação jurídica, das duas uma: a norma estaria em vigor ou revogada; não haveria possibilidade de se chegar a outras conclusões. Em antítese, quem, como Lassale, considera tão-somente a realidade política e social (as reais fontes de poder) não tem condições de compreender a problemática da força normativa das normas constitucionais, acarretando a pura e simples negação do significado da ordenação jurídica.

---

<sup>220</sup> LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1985.

Hesse, depois de dizer que “a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço”, cuidou de salientar que toda Constituição escrita, desde que escoreada na realidade histórica, política, cultural e econômica de um país, com vistas a regular situações futuras de forma eficaz, mandando-se passível a ulteriores alterações interpretativas, é dotada de “pretensão de eficácia”.

Entretanto, essa “pretensão de eficácia” somente faria sentido se a *práxis* dos tribunais e de todos aqueles que à Constituição estariam submetidos sinalizasse de forma a atribuir força normativa à norma escrita. Assim, a Constituição real, a “folha de papel” de Lassale, deixaria de ter apenas uma “pretensão de eficácia” limitada ao mundo jurídico, passando efetivamente a regular as situações objetivadas quando da respectiva elaboração ou até mesmo, num futuro distante, as novas situações a ela submetidas. Tudo dependendo do que Hesse denominou “vontade de constituição”, necessariamente inerente não só aos tribunais, mas também a todos aqueles que se encontram em situação de submissão ao texto constitucional.<sup>221</sup>

A *idéia* de supremacia da Constituição é aparentemente assimilada por muitos, porém não são tantos os que compreendem o real significado e alcance disso. É imperioso que se passe a efetivamente *pensar* o ordenamento jurídico mediante a análise da validade/legitimidade da legislação infraconstitucional em confronto com disposições constitucionais. E a análise das medidas provisórias não deve fugir à regra.

Por que a dificuldade em se fazer crer na Constituição? Porque não há compreensão do seu real significado; porque, nas palavras de Lênio Luiz Streck, existe, impregnada no senso-comum-teórico dos juristas pátrios, uma “síndrome de baixa constitucionalidade”.<sup>222</sup>

A República Federativa do Brasil é fundada na supremacia do indivíduo, seja sob a ótica da legitimação do poder dos representantes eleitos pelo povo ou através do prisma da limitação racional ao poder dos governantes. O pluralismo político, outro pilar axiológico-normativo do Estado Democrático de Direito em que vivemos, não pode jamais ser relegado ao segundo plano, mormente quando o assunto é a medida provisória, instrumento normativo de exceção confeccionado dentro de um gabinete, sem qualquer debate prévio, sem qualquer participação popular.

---

<sup>221</sup> HESSE, Konrad, op. cit, p. 12.

<sup>222</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4 ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

A *idéia* quando da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, era, em regra, o exercício da democracia representativa: os Deputados Federais representando os interesses do povo; os Senadores representando os interesses dos Estados Federados; o Presidente da República representando a população brasileira na administração da coisa pública e, excepcionalmente, inovando a ordem jurídica via medidas provisórias sujeitas, sempre, a controle legislativo e judicial.

Essa era a *pretensão de eficácia* da Constituição Federal. A *práxis*, contudo, distanciada do ideal democrático constituinte, avalizou tacitamente a escandalosa edição de medidas provisórias.

A força normativa do texto constitucional, em especial da perda de eficácia desde a edição de medida provisória não apreciada em trinta dias e dos pressupostos da relevância e da urgência, cedeu às pressões das reais fontes de poder e a Constituição Federal, neste aspecto, não passava de uma folha de papel.

A democracia converteu-se em despotismo institucionalizado. Os Presidentes da República, de 05 de outubro de 1988 a 10 de setembro de 2001, trataram de toda a sorte de assuntos por medidas provisórias que, na maioria das vezes, não eram nem urgentes nem relevantes a ponto de justificar o apelo a esses veículos normativos quase-legislativos caracterizados pela vigência imediata. A ausência de controle político no sistema presidencialista brasileiro patrocinou tais abusos. A inércia do Legislativo enquanto instância primeira de controle (e a miopia do Judiciário enquanto refúgio último da Constituição Federal) apadrinhou a reedição de medidas provisórias.

Os restritíssimos limites do art. 62 da CF, em sua redação original, não eram observados; a incompatibilidade entre o presidencialismo brasileiro e o modelo de medida provisória importado da Itália parlamentarista veio à tona e não foi posto em dúvida. Montesquieu certamente atribuiria ao poder exercido pelo Presidente da República, na conjuntura nacional, a qualidade de despótico porque admissível havia se tornado o governo de um só, sem lei e sem regras capazes de tolher ou limitar sua vontade e seus caprichos.

O governo *do* povo e *para* o povo efetivamente nada mais significava do que um discurso pré-eleitoral para colher legitimidade *através* do povo.

A adoção do modelo de Estado de bem-estar social vem justificando a necessidade da medida provisória. O argumento é o de que o Executivo teve suas funções incrementadas e, para possibilitar o cumprimento das atuais missões,

professa-se ser imprescindível a disponibilidade desse célere instrumento normativo, dando-lhe condições de governabilidade.

Diz-se também que a rígida e dogmática interpretação da separação dos poderes, tal como forjada dentro do ideal liberal burguês, não mais encontra justificativa e funcionalidade na realidade constitucional contemporânea. Afirma-se que o princípio da separação dos poderes deve ser adotado apenas como técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, mas harmônicos e em equilíbrio.

Hoje, com base na constatação das imensas mudanças pelas quais a sociedade dos modernos passou e das revoluções e reconstruções paradigmáticas ocorridas em nossa sociedade pós-moderna, admite-se alguma relativização do dogma da separação estrita em prol de uma pretensa atividade legislativa por parte do Poder Executivo. Contudo, não se pode esquecer de que o resultado dessa alegada alternativa “social” em prol da Administração tem de, necessariamente, ser obtido a partir de atos excepcionais que, acaso não sejam praticados em regime de iniludível urgência, necessidade e relevância, possam acarretar efeitos intoleráveis não só sob a ótica macroscópica do Estado de bem-estar, mas também sob o prisma da cidadania, do Estado Democrático de Direito, do pluralismo político de idéias e opiniões.

Seja como for, se, por um lado, não há mais como ser mantida a rígida separação entre a função legislativa e a executiva, por outro não é menos certo que os mecanismos de controle da atividade normativa do Poder Executivo devam apresentar plena funcionalidade, sob pena de, sob o manto do discurso da busca do bem-estar social o Estado dito social transformar-se facilmente em um Estado totalitário.

Não teria sido esse o caminho trilhado pela República Federativa do Brasil? O mecanismo de pesos e contrapesos não mostrou funcionalidade e harmonia alguma quando da fiscalização da atividade normativa do Poder Executivo via medida provisória. O que se pôde observar foi o exercício arbitrário de um poder constitucionalmente balizado, um poder juridicamente limitado, mas que não esbarrou em nenhum desses limites porque não era contestado no Legislativo e não era, em regra, analisado pelo Judiciário. A harmonia entre os três poderes permaneceu impressa numa folha de papel e cedeu passo à onipotente independência do Executivo.

Sem divisão de poderes não há Estado de Direito, visto que é da essência de qualquer Estado política e democraticamente organizado que o poder seja restringido pelo poder dentro de parâmetros constitucionalmente estabelecidos.

Por sua vez, o princípio da legalidade da administração consiste na afirmação de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A opção valorativa deste princípio foi feita pelo constituinte originário com a nítida intenção de proeminência, pois restou previsto no pórtico do título dedicado aos direitos e às garantias fundamentais e foi erigido ao nível de cláusula pétrea, consubstanciando-se em núcleo essencial do Estado de Direito.

O Poder Executivo está constitucionalmente vinculado e totalmente sujeito à lei, ao instrumento normativo abstrato e impessoal, confeccionado pelo Poder Legislativo, que representa e no qual são abertamente debatidos os mais diversos anseios da sociedade. Em decorrência da plena adoção do princípio da legalidade, o Poder Executivo, porque atrelado aos grilhões da fiel observância, da obediência e, na melhor das hipóteses, da regulamentação legal, não detém, em regra, a prerrogativa constitucional de impor ou proibir comportamentos a indivíduo algum, a não ser que o faça com base em lei prévia ou na própria Constituição.

Foi uma opção constituinte excepcionar o princípio da legalidade em prol de certa e excepcional atividade normativa primária por parte do Poder Executivo. Assim, embora nos casos da lei delegada e da medida provisória o Executivo realmente esteja inovando sem respaldo legal algum, há suporte de validade na própria Constituição Federal.

A lei delegada é instrumento normativo em flagrante desuso uma vez que a medida provisória independe de prévia autorização ou delegação legislativa, está em tese sujeita somente a controle *a posteriori* e, ao menos até o advento da EC 32/2001, esteve empiricamente imune em relação à fiscalização pelos demais poderes.

O Presidente da República administra do Estado. A atividade preponderante é (ainda) administrativa, mesmo que sob a ótica do Estado Social seja discursivamente viável/admissível que o Presidente da República se valha de instrumentos normativos capazes de rapidamente lapidar a ordem jurídica, de modo a adaptá-la a interesses governamentais.

Essa excepcional conformação da ordem jurídica, como visto, pode ser feita por lei delegada. Alie-se o fato de o Presidente da República contar, nos projetos de lei de sua iniciativa, com o regime especial de urgência no processo legislativo (CF, art. 64). Não parece herético afirmar também que a regulamentação legal via decreto presidencial é outra poderosa ferramenta ao alcance do Presidente da República.

Seriam então necessárias medidas provisórias? Se toda a conformação jurídica fosse respeitada desde a promulgação da Constituição Federal certamente o número de medidas provisórias seria radicalmente menor e não demandaria tanta preocupação. Por certo se poderia tranquilamente pensar em eliminação do instituto da medida provisória da Constituição Federal.

A medidas provisórias não devem ser equiparadas à lei como se leis fossem. Primeiro porque são editadas pelo Presidente da República; segundo por possuírem pressupostos de validade específicos; terceiro porque sujeitas, sempre, a condição resolutiva perante o Congresso Nacional. Um argumento de ordem lógica consiste na constatação de que só pode ser convertido em lei algo que não (ou ainda não) seja lei. *Força de lei* não se confunde com *natureza jurídica* de lei. Ao se dizer que medida provisória é uma lei com a peculiaridade da vigência provisória imediata está-se justamente negando que medida provisória seja lei. Daí porque correta a afirmação de que, em face da transitória força de lei, medida provisória seja um ato quase legislativo de natureza cautelar capaz de suspender a eficácia de anterior legislação de igual ou inferior hierarquia e com ela incompatível.

Embora urgência e relevância conttenham alto teor de fluidez e o caso concreto, a medida expedida, é que poderá fornecer dados suficientes à aferição da efetiva ocorrência desses pressupostos, a própria Constituição mune o intérprete com parâmetros objetivos daquilo que o constituinte originário considerou passível de receber tratamento urgente por medida provisória. Com efeito, existem dois graus objetivos de urgência: o primeiro permite ao Presidente da República, em projetos de lei de própria iniciativa, requerer ao Congresso Nacional o especial e privilegiado trâmite do procedimento legislativo sumário. O segundo é intuitivamente subsidiário e somente pode ser utilizado quando não se possa aguardar sequer o prazo de 100 dias do processo legislativo sumário.

Dessa forma, a *urgência* tratada no art. 62 da CF, além de ter de ser cumulativamente vinculada à *relevância* da matéria, deve ser algo que não possa tolerar demora alguma, algo que reclame imediatismo, energia, rapidez, essencialidade não alcançável depois de decorridos 100 dias.

O Poder Legislativo pode exercer controle tanto em relação aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência quanto no tocante à oportunidade e à conveniência da medida provisória. São dois planos distintos: a *validade* a partir da relevância e da urgência e a *filtragem política* a partir da oportunidade e da conveniência.

O âmbito de discricionariedade está intimamente ligado à *natureza política* da medida provisória como instrumento normativo primário. Essa discricionariedade abrange a *oportunidade* e a *conveniência* e não está de modo algum ligada à idéia de verificação dos pressupostos constitucionais. Estes são requisitos de *validade* que podem (e devem) ser objeto de análise pelo Judiciário.

A fluidez dos enunciados da “relevância” e da “urgência” não deve ser tomada como óbice à análise desses pressupostos constitucionais pelo Poder Judiciário, haja vista a inafastabilidade do controle judicial ser cláusula petrificada no art. 5º, XXXV da CF. Ademais, há tempos a aplicação de dispositivos semanticamente vagos é função do Poder Judiciário. Jamais foi posto em dúvida que ao Poder Judiciário cabe quotidianamente a interpretação/aplicação de enunciados normativos continentais de conceitos vagos tais como boa-fé, bons costumes e mulher honesta.

Com a nova redação dada ao art. 62 da CF a deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias depende de juízo prévio sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência. Isto quer dizer que se os responsáveis pela elaboração do parecer prévio concluírem pela ausência de urgência ou de relevância aptas a justificar o tratamento da matéria por medida provisória não será haverá sequer deliberação da Casa sobre o mérito, o que implicará em expressa rejeição.

Com a inovação reforçou-se a possibilidade de apreciação judicial, que passa a contar com parâmetros mais objetivos, pois para cada medida provisória aprovada há um parecer da comissão mista de Deputados e Senadores que pode ser confrontado com a exposição de motivos feita pelo Presidente da República e com os dados concretos da realidade empírica, pretensamente alterados pela medida provisória.

As matérias hoje expressamente impassíveis de veiculação por medida provisória pelo art. 62 já eram assim consideradas por grande parte da doutrina antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001.

A interpretação sistemática do texto constitucional já havia à afirmação de que medida provisória não poderia, a despeito da ausência de vedação expressa, invadir território exclusivamente parlamentar ou constitucionalmente reservado à lei complementar.

Quanto às vedações implícitas, o ponto de partida – interpretação sistemática do texto constitucional sob a ótica do princípio da unidade da Constituição – é o mesmo, antes e depois da EC 32/2001.

Os pontos de chegada também são rigorosamente idênticos: as cláusulas pétreas e todo o texto constitucional não podem ser atingidos por medida provisória. Do mesmo modo, é sistematicamente inviável edição de medida provisória sobre: a) questões cuja iniciativa de projeto de lei é privativa de outros Poderes, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União; b) matérias que são ínsitas aos outros dois Poderes, como os regimentos internos dos Tribunais e das Casas Legislativas; c) projetos de código; d) normas gerais no âmbito da legislação concorrente e da legislação privativa da União; e) competências legislativas reservadas aos Estados e assuntos de interesse local dos Municípios.

Permanecem atuais e pertinentes as conclusões pela impossibilidade de medida provisória sobre questão já julgada inconstitucional em controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal, sobre matéria objeto de medida anterior rejeitada pelo Congresso Nacional na mesma sessão legislativa, sobre matérias que não reclamam tratamento legislativo, sobre matérias que podem ser tratadas por instrumentos normativos secundários e pela incompatibilidade entre medida provisória e questões que acarretarem alterações fáticas irreversíveis; entre medida provisória e questões cuja eficácia é diferida.

Atualmente é vedada a edição de medida provisória sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. Também restou proibida medida provisória que vise à detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro.

Não foi expressamente vedada a instituição e a majoração de tributo por medida provisória. Antes da reforma de 11 de setembro de 2001 também não existia explícita proibição à edição de medida provisória que objetivasse a instituição ou a majoração de tributos. Isso não obstou que se concluísse pelo cabimento nas estritas hipóteses de impostos extraordinários de guerra, do imposto sobre a importação de produtos estrangeiros, do imposto sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

De acordo com o § 2º do art. 62 da CF, na hipótese de instituição ou majoração de impostos (com exceção daqueles arrolados no art. 153, I, II, IV, V e art. 154, II) a medida provisória só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. Esta é a maior prova de que o pressuposto da urgência não será observado. Além disso, o resultado da alteração foi a transformação da natureza jurídica da

medida provisória que, nestes casos, não passará de um projeto de lei de iniciativa do Presidente da República.

Ademais, com o advento da EC 42/2003 tributo algum, salvo as exceções do art. 150, § 1º, segunda parte, pode ser cobrado antes de noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Resta, então, a pergunta: não estaria sistematicamente excluída a possibilidade de edição de medida provisória em matéria de impostos sujeitos, cumulativamente, às regras do artigo 150, III, “b” e “c”? Ousa-se dizer que sim, pois o princípio da anterioridade, somado à “quarentena” instituída pela EC 42/2003 e à transmutação de medida provisória em simples projeto de lei (CF, art. 62, § 2º) não permite outra resposta.

A vigência das medidas provisórias hoje é de 60 dias. Alie-se a isso a possibilidade de reedição por igual período e a não submissão da medida provisória ao Congresso Nacional durante o período de recesso. Haverá, então, medida provisória que poderá permanecer em vigor sem que sequer seja analisada pelo Legislativo por até 180 dias o que é um período muitíssimo abrangente para algo originariamente concebido como provisório e tendente a perder eficácia de maneira retroativa acaso não obtivesse respaldo perante o Congresso Nacional em 30 dias.

Com o aumento do prazo de vigência da medida provisória de 30 para 60 dias o constituinte derivado ignorou o parâmetro constitucional do pressuposto da urgência, que só se aplica à medida que não possa aguardar o curso normal, ou com pedido de urgência de projeto de lei apresentado pelo Presidente da República.

Não mais se admitem sucessivas reedições de medida provisória pendente de apreciação pelo Congresso Nacional. Na realidade não é mais admitida sequer uma reedição. O que se permite é única *prorrogação da 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.

Durante o prazo de vigência (prorrogado ou não, suspenso ou não durante o recesso do Congresso Nacional) estão as medidas provisórias sujeitas a uma condição resolutive: a perda da condição de medida provisória pela conversão em lei ou pela rejeição.

Se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional. Ficam sobrestadas, até que seja encerrada a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tra-

mitando. Antigamente não havia nada que compelisse a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal a ultimar a votação de uma medida provisória que, entre edição e reedições, poderia continuar exercendo força de lei por vários meses (e até anos) sem que obtivesse o respaldo legislativo com a devida conversão em lei.

O regime de urgência imprimido ao procedimento da medida provisória perante o Congresso Nacional mostra-se adequado para evitar que não mais deixe de haver pronunciamento legislativo, seja sobre o mérito, seja sobre a conveniência e oportunidade ou sobre a relevância e urgência de medida provisória. Como não há mais falar em ausência de deliberação legislativa, a perda de eficácia, mencionada entre hipóteses de implemento da condição resolutive ínsita a toda medida provisória, não mais ocorrerá.

Por outro lado, o trancamento da pauta legislativa das Casas do Congresso Nacional pode ser tornar instrumento político facilmente manejável pelo Presidente da República. Basta que seja editado grande número de medidas provisórias, de modo a fazer com que o Legislativo, impossibilitado de ultimar a votação de todas no prazo constitucionalmente demarcado, tenha as pautas legislativas trancadas ante o advento do termo.

Se o Congresso Nacional, em sessenta dias contados da rejeição de medida provisória, não editar decreto regulamentando as relações jurídicas dela decorrentes, os atos praticados durante sua vigência conservam-se por ela regidas.

Neste caso, as medidas provisórias instituídas no Brasil redemocratizado são menos democráticas que os decretos-leis do regime militar. O decreto-lei só contava com a aprovação tácita e a medida provisória atualmente, *ainda que rejeitada*, permanece regendo as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência. A Constituição Federal passou, com a EC 32/2001, a conter a incrível hipótese de um instrumento normativo primário ser editado pelo Presidente da República e, mesmo rejeitado pelo Legislativo, permanecer vigente em relação às relações jurídicas decorrentes de atos praticados da publicação até a expressa rejeição.

Os Estados Federados podem editar medidas provisórias desde que suas respectivas Constituições contem com previsão adequada à nova sistemática imprimida ao art. 62 da CF pela EC 32/2001. Com relação aos Municípios, no entanto, não se pensa ser admissível que leis orgânicas tenham em seus bojos idêntica previsão porque só cabe aos Municípios legislar sobre assuntos de inte-

resse local e, no máximo, *suplementar* a legislação federal e estadual no que lhes couber.

As alterações na Ordem Econômica promovidas pelas emendas à Constituição promulgadas em 1995 foram abrangentes e significativas. Abriram-se os monopólios e iniciou-se o programa nacional de desestatização. Entretanto, a regulamentação só pôde ser feita pelo Congresso Nacional, por lei, excluindo-se, no art. 246 da CF, qualquer possibilidade de o Presidente da República, via medida provisória, exercer o controle nesses assuntos. A Emenda 32/1002 alterou o art. 246 para voltar a permitir que o Presidente da República edite medida provisória para regulamentar artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 11 de setembro de 2001.

O artigo 2º da EC 32/2001 praticamente tornou perenes os efeitos de medidas provisórias editadas, aditadas e reeditadas em datas anteriores a 11 de setembro de 2001. Ainda que o instrumento utilizado tenha sido o da reforma constitucional, anote-se a impossibilidade de se alterar de forma retroativa uma garantia ao próprio sistema federativo.

A EC 32/2001 proporcionou a existência de dispositivo constitucional dirigido ao passado, voltado a legitimar todos os abusos já praticados em desrespeito à separação dos poderes, à soberania popular.

A expressão “perderão a eficácia desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias”, constante no texto original do art. 62 da CF, apresenta-se como limite implícito ao poder de reforma atribuído ao constituinte derivado. Houve desrespeito a diversos princípios constitucionais, tais como o da segurança jurídica e o da irretroatividade. Ademais, o prazo limite à vigência/eficácia de medidas provisórias não pode ser desvirtuado ao alvedrio do Poder Constituinte Reformador – derivado e limitado que é – a ponto de tornar eternas (ou, quando menos, sujeitas a evento futuro e incerto) medidas provisórias já editadas sob limitação temporal expressa e efêmera.

O controle jurisdicional tanto da EC 32/2001 quanto de toda e qualquer medida provisória pode e deve ser feito a partir de análise da compatibilidade vertical com a Constituição Federal. Enquanto não houver julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, abstrato e vinculante, a (in) constitucionalidade do art. 2º da EC 32/2001 é passível de análise por todos os juízes e tribunais do país em controle difuso e incidental. Nem se olvide também da plena viabilidade de se exercer o controle, difuso ou concentrado de constitucionalidade, das medidas provisórias que se pretendeu eternizar (o que, de fato, nada mais é do que uma tentativa de aprová-las tacitamente).

### 3

## Referências

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. **Competência legislativa municipal – Medidas Provisórias**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 47: 243-268, jun: 2004.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Medida Provisória e sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

AMORIM, Leomar Barros. **Medidas provisórias – A experiência brasileira**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 9: 65-94, mar: 1997.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Medida Provisória na Constituição de 1988**. Porto Alegre: SAFE, 1997.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 1994.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **Medidas provisórias e o exercício da competência tributária na Constituição Federal**. Revista da ESMEC, 6: 235-252, ano 5.

BARBEITAS, André Terrigno. **A reedição de medidas provisórias: Exemplo marcante de decisão de cunho político no STF**. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, 2: 9-14, mar: 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. **Medidas, provisórias?** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 53: 68-82, jun: 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2.000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante / obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Emendas em medidas provisórias**. Revista de Direito Público, 93: 142-145, mar: 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Trad. Álvaro Cabral. 25. ed. São Paulo: Cultrix, 2005, p. 47-91.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CASTRO, Alexandre Barros. **As medidas provisórias no Direito Tributário Brasileiro**. Revista dos Tribunais, 24: 98-109, set: 1998.

CHIESA, Clélio. **Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Ricardo Cunha; et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2.005.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Medidas Provisórias**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A questão política nas medidas provisórias: Um estudo de caso**. Revista Trimestral de Direito Público, 31: 05-16, 2000.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Anamnese da medida provisória**. Revista Trimestral de Direito Público, 26: 77-114, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2.005.

DALLAZEN, Dalton Luiz. **As medidas provisórias, a EC 32 e o depósito recursal administrativo**. Revista Dialética de Direito Tributário, 83: 19-27, ago: 2002.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Medidas provisórias – Sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos**. Revista de Direito Tributário, 45: 130-142, set: 1988.

\_\_\_\_\_. **Princípio da anterioridade: extinção e sobrevivência por meio da Emenda Constitucional 32, de 11.9.2001**. Revista de Direito Tributário, 90: 19-34, set: 1988.

DINIZ, Vânia Fernandes. **Medidas Provisórias** – Sua especificidade precária e a infringência de direitos adquiridos. Revista de Informação Legislativa, 136: 203-227, dez: 1997.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Medidas provisórias – Estados e Municípios**. Revista dos Tribunais, 15: 32-46, jun: 1996.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Medidas provisórias e segurança jurídica**: A inconstitucionalidade do art. 2.º, da Emenda Constitucional 32/2001. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 54: 7-27, mar:2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **As medidas provisórias no sistema constitucional brasileiro**. Revista de Direito Renovar, 16: 71-80, abr: 2000.

\_\_\_\_\_. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Oswaldo. **Medidas provisórias. O antes e o depois de 11 de setembro de 2001 (EMC 32)**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, 51-61, jan: 2003.

FIORILLO, Celo Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

Fundação Getúlio Vargas. **Parlamentarismo: sim ou não?** O plebiscito de 1.963. Disponível em <<http://www.cpdoc.fgv.br>>. Acesso em: 23 mai. 2006.

GRAU. Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Medidas provisórias na Constituição de 1.988**. Revista dos Tribunais, 658, 240-243, ago: 1990.

GRECO, Marco Aurélio. **Medidas provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HARGER, Marcelo. **Desvio de poder na edição de medidas provisórias** – O caso refis. Revista Tributária e de Finanças Públicas, 39: 92-95, ago: 2001.

HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. Trad. Ivo Korytowski. 3. ed. São Paulo: Arx, 2001, p. 3-27.

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

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. 3 ed. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins fontes, 1.991.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 3 ed. São Paulo: Perspectiva, 1992, p. 257.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1985.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **O controle da constitucionalidade das medidas provisórias: A judicialização da política**. Revista do Tribunal Regional Federal, 46: 33-55, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Emendas Constitucionais e Medidas provisórias**. Revista Dialética de Direito Tributário, 43: 89-92, abr: 1999.

\_\_\_\_\_. **Regulamentação das relações jurídicas decorrentes de medidas provisórias**. A questão da não-conversão em lei e a perda da eficácia. A derrogação de leis anteriores. Boletim de Direito Administrativo, 6: 403-412, jun: 1990.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições Sociais no sistema tributário**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros: 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias.** Revista dos Tribunais, 758: 11-15, dez: 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo.** 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Perfil constitucional das medidas provisórias.** Revista de Direito Público, 95: 28-32, set: 1990.

MELLO, Eduardo Brigidi de. **O princípio da expectativa legítima e a exposição de motivos das medidas provisórias.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, 66: 173-198, fev: 2006.

MELLO, Vanessa Vieira de. **A medida provisória e o Estado Democrático de Direito.** Revista dos Tribunais, 27: 128-1423, jun: 1999.

MONTESQUIEU. Charles de Seconcat, Baron de. **O espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2.005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da Democracia. São Paulo: Max Lemonad, 2.003.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória.** São paulo: Dialética, 2001.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O Supremo Tribunal Federal e a disciplina da eficácia das medidas provisórias não convertidas.** Revista de Direito Administrativo, 226: 167-178, dez: 2001.

OLIVEIRA, Edson Freitas de. **Medidas provisórias: A solução está próxima?** Revista de Direito Constitucional e Internacional, 31: 242-267, jun: 2000.

PADOVESE, Ricardo Campos. **Dos pressupostos, das limitações às medidas provisórias e assuntos conexos.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, 18: 145-187, nov: 1997.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Possibilidade de edição de medidas provisórias pelos Municípios.** Revista de Direito Administrativo, 230: 5-19, dez: 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **As medidas provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n.º 32/2001.** Revista Dialética de Direito Tributário, 77: 100-109, fev: 2002.

PISANI, José Roberto. **Contribuições sociais e medidas provisórias.** Revista do Advogado, 31: 60-63.

PORTO, Antonio de Paiva. **Emenda Constitucional n.º 32.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, 33: 161-180, mar: 2002

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Medidas provisórias e suas necessárias limitações.** Revista dos Tribunais, 690: 313-319, abr: 1993.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social;** Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

SANCHE VIAMONTE, Carlos. **Manual de Derecho Político,** Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

SANTOS, Brasilino Pereira dos. **As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil.** São Paulo: LTr, 1993.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito Constitucional:** anotações nucleares. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2.001.

STEINMETZ, Wilson. **O uso da medida provisória antes da Emenda Constitucional 32/2001 e o princípio democrático.** Revista de Direito Administrativo, 237: 143-164, set: 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4 ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **As medidas provisórias**. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 104: 45-50, set: 1992.

\_\_\_\_\_. **As Medidas provisórias** – Instrumento de governabilidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, 50: 285-307, jun: 2003.

\_\_\_\_\_. **Processo das medidas provisórias no Congresso Nacional**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, 51: 39-55, ago: 2003.

\_\_\_\_\_. **Medidas provisórias** – Instrumento de governabilidade. Revista Tributária e de Finanças Públicas, 50: 285-307, jun: 2003.

TÁCITO, Caio. **A medida provisória: ontem, hoje e amanhã**. Revista de Direito Administrativo, 216: 1-8, jun: 1999.

\_\_\_\_\_. **Medidas provisórias na Constituição de 1988**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 90, abr./jun. 1989.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Rio de Janeiro: Vozes, 1.996.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 3 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003

VIANNA, Rubens Raimundo Hadad. **Inconstitucionalidade das leis de conversão de medidas provisórias promulgadas pelo Presidente do Senado Federal e sem sanção do Presidente da República**. LEX - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, 30: 7-11, fev: 1992.

VIEIRA, José Roberto. **Bocage e as medidas provisórias**: A emenda pior que o soneto. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 40, 2004.

WEBER, Max. **Parlamento e governo na Alemanha reordenada**. Petrópolis: Vozes, 1993.