

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

O CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS  
PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

FRANCO OLIVEIRA COCUZZA

OSASCO - 2005

**T  
C596c  
2005**

**FRANCO OLIVEIRA COCUZZA**

**O CONTROLE DE**  
**CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS**  
**PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DOS**  
**DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**MESTRADO EM DIREITO**

UNIFIEO - CENTRO UNIVERSITÁRIO DA FUNDAÇÃO  
INSTITUTO DE ENSINO PARA OSASCO  
OSASCO - 2005

FRANCO OLIVEIRA COCUZZA

O CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS  
PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário da Fundação Instituto de Ensino para Osasco – UNIFIEO, para obtenção do grau de mestre em Direito, tendo como área de concentração *Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos*, dentro do projeto de pesquisa *Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais* inserido na linha de pesquisa *Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*, sob a orientação da Professora Doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz.

OSASCO  
2005



CDU T  
PMA C596c  
2005  
ASS. *[Signature]*

Banca Examinadora:

Dr. Oueddine H.

[Signature]

### **Agradecimentos**

**À Doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz, pela orientação  
sábia e competente**

**Aos Doutores Luiz Fernando da Costa e Silva, José Cássio  
Soares Hungria, José Maria de Mello Freire e Luiz Carlos  
de Azevedo, pela vida dedicada ao UNIFIEO, Centro  
Universitário no qual eu muito me orgulho de lecionar, há 13  
anos**

**Ao amigo e Deputado Federal, João Paulo Cunha, pelo  
acolhimento e atenção**

**Aos amigos Deusdedite e Claude, pela colaboração**

Dedico este trabalho a algumas gerações:

À vovó Maninha, com quem, durante muitas quintas-feiras da minha adolescência, passei à tarde almoçando e saboreando, principalmente, sua inteligência e sabedoria. Exemplo de Professoral

À minha mãe, Marina, que me levou para a escola ainda antes de eu nascer. Exemplo de Professoral

Aos meus queridos filhos, Thaís, Ângelo e Ísis que já compreendem a importância da escola. Que Deus os ilumine!

À Inez, minha amada esposa, companheira e signatária dos meus ideais.

## RESUMO

Visando a proporcionar a independência e a harmonia entre os Poderes, o Constituinte procurou disciplinar as funções de cada um deles e de seus respectivos Órgãos, de modo a evitar a intromissão indevida que afrontaria o princípio da separação de poderes.

Desta forma, a Constituição atribuiu a função de elaboração de normas ao Poder Legislativo e estabeleceu o processo legislativo, cuja tramitação permite amplo estudo e debate da matéria nas Casas Legislativas e, após sua aprovação, é submetida à apreciação do Poder Executivo.

O Constituinte, em caso de urgência e relevância, dotou o Poder Executivo das medidas provisórias, instrumento normativo de eficácia imediata e só submetido, *a posteriori*, ao Congresso Nacional.

Entretanto, os governos que se sucederam após o advento da Constituição Federal de 1988 passaram a utilizar as medidas provisórias de forma rotineira, assumindo, de fato, a função de legislador e, desta forma, usurpando do Poder Legislativo a sua principal atividade que consiste em elaborar a lei.

A adoção freqüente das medidas provisórias instalou um quadro de insegurança jurídica na sociedade, uma vez que a legislação em vigor, que é do conhecimento da população, pode a qualquer momento ser suspensa pela publicação de uma medida provisória. Diante dessa política governamental os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 ficaram fragilizados, fazendo com que a sociedade passasse a utilizar, com freqüência, os instrumentos constitucionais para a preservação e o restabelecimento de tais direitos.

O objetivo desta pesquisa é estudar as medidas constitucionais adotadas para limitar a utilização das medidas provisórias e o seu controle de constitucionalidade exercido pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, visando a preservação dos direitos fundamentais.

## **RIASSUNTO**

Volendo ottenere l'indipendenza e l'armonia tra i Poteri, il Costituente cercò di disciplinare le funzioni di ciascuno di essi e dei rispettivi organi in modo da evitare delle indebite interferenze che violerebbero il principio della separazione dei poteri.

Così, la Costituzione attribuì la funzione di creazione delle norme al Potere Legislativo e stabilì il processo legislativo per mezzo del quale è possibile un ampio studio e dibattito della materia nelle Camere Legislative. Dopo la sua approvazione la norma è sottomessa alla valutazione del Potere Esecutivo.

Il Costituente, in caso di urgenza e rilevanza, attribuì al Potere Esecutivo la possibilità di intervenire con decreti legge, strumenti normativi di efficacia immediata subordinati "a posteriori" alla ratifica del Congresso Nazionale.

Intanto, i governi che se succederano dopo l'avvento della Costituzione Federale di 1988, passarono ad utilizzare le "misure provvisorie" come routine, assumendo, di fatto, la funzione di legislatore e, in questo caso, usurpando al Potere Legislativo la principale attività di elaborare la legge.

La adizione frequente delle "misure provvisorie" ha creato un quadro d'insicurezza giuridica nella società, una volta che la legislazione in vigore, di conoscenza della popolazione, può in qualsiasi momento essere sospesa da una pubblicazione di una "misura provvisoria". Davanti questa politica governamentale i diritti fondamentali previsti nella Costituzione di 1988, restano fragilizzati, facendo con che la società passasse ad utilizzare frequentemente gli strumenti costituzionali per la preservazione ed il restabilimento di tali diritti.

L'obiettivo di questa ricerca è studiare le misure costituzionali adottate per limitare l'utilizzo dei decreti legge ed il suo controllo di costituzionalità esercitato dai Poteri Esecutivo, Legislativo e Giudiziario, mirando la preservazione dei diritti fondamentali

## SUMÁRIO

I	INTRODUÇÃO.....	10
II	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
1	Breve evolução histórica dos direitos fundamentais.....	14
2	As Constituições brasileiras e os direitos fundamentais.....	20
3	Os direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	25
III	A ATUAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NA ELABORAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	29
1	A separação dos poderes.....	29
2	As espécies normativas.....	35
3	A atividade dos Poderes Legislativo e Executivo no processo legislativo.....	41
3.1	Considerações gerais.....	41
3.2	As emendas à Constituição.....	42
3.3	As leis complementares e ordinárias.....	43
3.4	As leis delegadas.....	47
IV	AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	51
1	O decreto-lei.....	51
1.1	Considerações preliminares.....	51
1.2	Pressupostos para expedição.....	53
1.3	Limites materiais.....	55
1.4	Apreciação pelo Congresso Nacional e o controle pelos Poderes Legislativo e Judiciário.....	57
2	As medidas provisórias.....	61
2.1	Noções.....	61
2.2	Natureza jurídica.....	65
V	A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001.....	71
1	Considerações gerais.....	71

2	A medida provisória em tramitação na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32.....	73
3	Pressupostos da medida provisória.....	74
4	Limites materiais para adoção da medida provisória.....	81
4.1	Considerações iniciais.....	81
4.2	Limites materiais explícitos.....	83
4.3	Limites materiais implícitos.....	96
5	Tramitação da medida provisória no Congresso Nacional.....	100
5.1	Comissão mista.....	102
5.2	Emendas.....	105
5.3	Apreciação pelas Casas do Congresso Nacional.....	106
5.4	A deliberação sobre a medida provisória.....	110
5.4.1	Aprovação expressa.....	110
5.4.2	Rejeição expressa.....	110
5.4.3	Aprovação do projeto de lei de conversão.....	113
5.4.4	Rejeição tácita.....	114
6	A edição e a vigência da de medida provisória.....	114
6.1	Reedição da medida provisória.....	116
6.2	A medida provisória ab-rogatória.....	120
6.3	A medida provisória rejeitada e o decreto legislativo.....	122
7	As medidas provisórias no Estado e no Município.....	124
VI	<b>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>130</b>
1	Aspectos gerais do controle de constitucionalidade.....	130
2	Tipos de controle.....	132
2.1	Controle preventivo e controle repressivo.....	132
2.2	Controle político e controle jurisdicional.....	134
2.3	Controle difuso e controle concentrado.....	134
3	Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo.....	140
3.1	Controle em momento anterior à adoção da medida provisória.....	140
3.2	Controle ao projeto de lei de conversão da medida provisória.....	146
4	Controle de Constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo.....	147
5	Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário.....	151

6	Controle de Constitucionalidade e os Direitos Fundamentais.....	161
VII	CONCLUSÃO.....	175
	BIBLIOGRAFIA.....	180

## I INTRODUÇÃO

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, enuncia em seu art. 16, que *toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.*

A atual Constituição da República Federativa do Brasil surgiu como resultado de longo trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985 e passou a ser conhecida como Constituição Cidadã, tal a gama de direitos que proporcionou ao povo brasileiro.

O Texto Maior manteve o Estado Federal e adotou o pleno Estado Democrático de Direito, enunciando no parágrafo único, do artigo 1º, que *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.* Além disso, consagrou expressamente a separação de poderes em seu artigo 2º, ao dizer que *são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Visando proporcionar independência e harmonia entre os Poderes, o Constituinte procurou disciplinar a função de cada um dos Poderes e de seus respectivos Órgãos, de modo a evitar a intromissão indevida e inconstitucional entre tais Poderes.

A atividade de elaboração das leis, apesar de ser função típica do Poder Legislativo, deixou de ser exclusiva a ele e passou a contar com a participação do Poder Executivo. Ao Poder Judiciário coube, com exclusividade, a iniciativa em determinados projetos de lei, cujas matérias fossem atinentes à organização e às atividades jurisdicionais.

A Constituição de 1988 estabeleceu as espécies normativas e disciplinou a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na formação das leis. O Texto Maior não acolheu o instituto do decreto-lei, cuja utilização desenfreada pelos Governos Militares desacreditou o instituto, como instrumento democrático, o qual deveria ser utilizado apenas em casos excepcionais, em que a urgência ou o interesse público se fizesse presentes.

Entretanto, a fim de dotar o Poder Executivo de um instrumento normativo eficiente e que pudesse ser utilizado em casos excepcionais de relevância e urgência, sem a necessidade de aguardar a demorada tramitação do procedimento de elaboração de uma lei, a Constituinte criou o instituto das medidas provisórias, cuja origem no *decreto legge* italiano foi adaptada a nossa realidade.

É certo que a Constituição de 1988 inaugurou um novo período na vida constitucional do Brasil, e o retorno ao estado democrático de direito levava a crer que o Poder Executivo, na pessoa do Presidente da República, só utilizaria a medida provisória em casos excepcionais, já que poderia dispor da lei delegada ou mesmo do pedido constitucional de urgência nos projetos de sua autoria.

Ledo engano. Os governos civis, que sucederam os governos militares, continuaram a utilizar o instrumento excepcional da medida provisória com o mesmo afincamento com que os anteriores fizeram uso dos decretos-leis. A criação legislativa, por meio de medida provisória deveria, na verdade ser a exceção, entretanto, tornou-se a regra e a utilização desenfreada do referido instituto, pelo Presidente da República, conturbava a própria tramitação do processo de conversão em lei, já que as medidas provisórias, antes do término do prazo constitucional de validade, eram constantemente reeditadas.

A atuação legislativa do Poder Executivo por meio de medidas provisórias passou a ser tão intensa que propalou acalorado debate nos meios jurídicos e políticos, no sentido de encontrar uma fórmula para conter a utilização deste instrumento excepcional de criação de normas. Neste contexto foi apresentado Projeto de Emenda à Constituição visando a disciplinar a forma, a tramitação, o prazo de validade, o conteúdo e os pressupostos para edição da medida provisória, que culminou com a promulgação, em 11 de setembro de 2001, da Emenda Constitucional nº 32.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 32, além de não ter conseguido frear a volúpia legiferante do Presidente da República, proporcionou o surgimento de outras questões relativas à sua edição, ao prazo de validade e a sua conversão em lei, além de obstar a independência de funcionamento das Casas do Congresso Nacional, uma vez que os projetos do legislativo não podem ser submetidos à deliberação, caso haja alguma medida provisória, com prazo vencido, na Ordem do Dia.

Além disso, o Poder Judiciário tem sido chamado constantemente a apreciar medidas provisórias que não atendem aos pressupostos constitucionais, o que tem postergado para a sociedade, ainda mais, a certeza quanto à legalidade e constitucionalidade da matéria disciplinada por tal espécie normativa.

Na verdade a prática constante de governar por meio de medidas provisórias só tem favorecido o Poder Executivo uma vez que este está livre para empreender os seus projetos políticos de forma imediata e sem os contratemplos de negociar antecipadamente a aprovação de um projeto de lei no Congresso Nacional.

Todavia, a adoção constante de medidas provisórias sobre matérias irrelevantes e sem qualquer urgência, tem congestionado a ordem do dia nas Casas do Congresso Nacional, já que decorridos 45 dias da publicação do ato sem a sua apreciação pelo Poder Legislativo, este fica impedido de deliberar no plenário sobre outras matérias, o que tem retardado a apreciação das emendas à Constituição, das complementares e das leis ordinárias.

Esse comportamento instalou na sociedade completa insegurança, ou seja, é impossível ter plena convicção de que uma lei vigente nesta data estará em vigor no dia seguinte, já que as medidas provisórias entram em vigor na data da publicação e seu primeiro efeito consiste em suspender a legislação que está em desacordo com esse novo ato normativo. Nesse aspecto, os direitos fundamentais assegurados pelo Constituinte de 1988 se tornam vulneráveis à vontade unilateral do Chefe do Poder Executivo.

Este trabalho tem por objeto o estudo do controle de constitucionalidade político e jurisdicional das medidas provisórias como garantia dos direitos fundamentais.

Entretanto, antes de adentrar ao tema principal, será apresentado um breve estudo sobre os direitos fundamentais, sobre o princípio da separação de poderes e sobre o extinto decreto-lei. Em seguida, realizar-se-á uma explanação das espécies normativas adotadas na Constituição Federal, bem como o processo legislativo para a sua formação, notadamente no que se refere à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

A natureza jurídica, os pressupostos constitucionais e seus limites, serão temas abordados no estudo das medidas provisórias como foram originalmente concebidas pelo Constituinte e, principalmente, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, e de seu antecessor, o Decreto-lei.

A conversão das medidas provisórias em lei e o controle dos pressupostos de adoção pelo Congresso Nacional, bem como o controle de constitucionalidade difuso e concentrado a ser realizado pelo Poder Judiciário, após a adoção da medida provisória em face da Constituição Federal e, notadamente na defesa dos direitos fundamentais serão objetos de capítulo específico.

## II OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1 Breve evolução histórica dos direitos fundamentais

A questão dos direitos humanos tão propalada mundialmente e objeto de tratados internacionais, inclusive com a ingerência da Organização das Nações Unidas sobre os países que praticam atos em afronta à dignidade da pessoa humana, sempre foi, no curso da história da humanidade, tema de debate e de intensa contenda entre os governantes e seus súditos.

Desde que o homem passou a conviver em grupos sociais, a disputa pelo poder esteve presente e os dominados, até a elaboração dos primeiros textos legais, não contavam com qualquer garantia dos direitos individuais e próprios do ser humano e se submetiam ao poder despótico dos dominantes.

Fábio Konder Comparato assinala que os primeiros direitos do homem surgiram no século VIII a.C., considerado o início do período axial, época em que despontaram os profetas de Israel e dentre eles Isaías, precursor do monoteísmo. E conclui:

*Em suma, é a partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes<sup>1</sup>.*

Comparato prossegue em sua obra para mostrar que a idéia da existência de direitos humanos só se efetivou em virtude do surgimento da lei escrita:

*Ora, essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua*

*humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada.*

*A lei escrita alcançou entre os judeus uma posição sagrada, como manifestação da própria divindade. Mas foi na Grécia, mais particularmente em Atenas, que a preeminência da lei escrita tornou-se, pela primeira vez, o fundamento da sociedade política. Na democracia ateniense, a autoridade ou força moral das leis escritas suplantou, desde logo, a soberania de um indivíduo ou de um grupo social ou classe social, soberania esta tida doravante como ofensa ao sentimento de liberdade do cidadão. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, pois como escreveu Eurípedes na peça *As Suplicantes* (versos 434-437), “uma vez escritas as leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com razão, vencer o grande”.*

*Mas ao lado da lei escrita (nomos êngraphon), havia também entre os gregos uma outra noção de igual importância: a lei não escrita (nomos ágraphom). Tratava-se, a bem dizer, de noção ambígua, podendo ora designar o costume juridicamente relevante, ora as leis universais, originalmente de cunho religioso, as quais, sendo regras muito gerais e absolutas, não se prestavam a serem promulgadas no território exclusivo de uma só nação”<sup>2</sup>.*

Convém observar que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais têm sido usualmente empregadas de forma indistinta. Entretanto, Canotilho ensina que:

*direitos do homem são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista/universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente*

<sup>1</sup> COMPARATO, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 11.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 12-13.

*garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta<sup>3</sup>.*

Paulo Bonavides demonstra que os direitos relativos às pessoas não surgiram todos ao mesmo tempo, mas sim foram fruto da evolução histórica da humanidade e, para tanto, os enuncia como direitos relacionados a quatro gerações. Os direitos da primeira geração procuram estabelecer limites à atuação do poder estatal, asseverando que:

*Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.<sup>4</sup>*

Já os direitos de segunda geração, segundo Bonavides, apresentam conotação ideológica, como se constata:

*São os direitos sociais, culturais e económicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula<sup>5</sup>.*

E continua o autor descrevendo dentre os direitos fundamentais de terceira geração:

<sup>3</sup> CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 369.

<sup>4</sup> BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 517.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 518.

*O direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito a propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação*<sup>6</sup>.

Por fim, o autor relaciona como direitos de quarta geração, os relativos à democracia, à informação e o pluralismo, afirmando que:

*A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual*<sup>7</sup>.

No curso da História da humanidade foram elaborados textos de natureza constitucional visando ao reconhecimento dos direitos fundamentais, dentre os quais, a Magna Carta, a Declaração dos Direitos de Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Magna Carta, de 1215, reconheceu, dentre outros direitos humanos, alguns direitos relativos à atuação do Reino quanto às questões postas à apreciação jurisdicional. Assim, enuncia que:

*N. 16 – Ações judiciais ordinárias não terão que ser propostas onde estiver a nossa corte, mas em um lugar fixo.*

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 523.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 525.

*N. 39 – Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.*

*N. 40 – O direito de qualquer pessoa a obter justiça não será por nós vendido, recusado ou postergado.*

*N. 45 – Não nomearemos juízes, oficiais de justiça, xerifes ou bailios, que desconheçam a lei do reino e não se disponham a observá-la.*

*N. 60 – Todos os direitos e liberdades, cuja observância garantimos em nosso reino, na medida de nossa competência em relação aos nossos homens, serão igualmente observados por todos os nossos clérigos e leigos do nosso reino, em relação àqueles que dependem.<sup>8</sup>*

A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1787, reconhece formalmente os direitos inatos à toda pessoa humana enunciando em seu item 1 que:

*Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.<sup>9</sup>*

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, norteadas pelos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, dispôs que:

*Art. 1º. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.*

<sup>8</sup> COMPARATO, F. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 82-84

<sup>9</sup> *Idem*, p. 114

*Art. 2º. A finalidade de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.*

*Art. 4º. A liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudique a outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem os demais membros da sociedade e fruição desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados pela lei.*

*Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, detido ou preso, sendo nos casos determinados em lei e de acordo com as formas por ela prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou fazem executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinenti: ele se torna culpado em caso de resistência.*

*Art. 17. Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente verificada, o exigir de modo evidente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização.<sup>10</sup>*

A partir do século XIX e durante o transcurso do século XX, os direitos fundamentais passaram a ser positivados nos textos constitucionais dos Estados do mundo ocidental, como bem observou José Afonso da Silva, citando Biscaretti di Ruffia:

*No curso do século XIX, a enunciação dos direitos e deveres dos indivíduos sofreu uma dupla transformação: passou para o próprio texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de 'normas jurídicas positivas' (ainda que de conteúdo geral e de princípio), válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita subjetivação), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídica de seus pontos*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 154-155.

*mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua positivação)*<sup>11</sup>.

## **2 As Constituições brasileiras e os direitos fundamentais**

No Brasil, os direitos fundamentais foram inseridos em todas as Constituições, sendo certo que o seu efetivo gozo pela população brasileira sempre esteve relacionado com a filosofia albergada pela política governamental. Assim, durante a vigência da Constituição de 1937 e durante o período do regime militar iniciado pelo Golpe de 31 de março de 1964, os direitos fundamentais estavam previstos nos textos constitucionais, mas encontravam óbice em sua efetiva utilização, em virtude de que em tais regimes prevalecia o poder autoritário dos governantes.

A Constituição Política do Império do Brasil, jurada em 25 de março de 1824, dispôs em seu Título VIII, as garantias dos direitos civis dos cidadãos brasileiros, dedicando o art. 179 e seus trinta e cinco incisos a estabelecer direitos da pessoa relativos à liberdade, à segurança individual e à propriedade. O texto enuncia os princípios da legalidade, da liberdade de expressão, da liberdade religiosa, da liberdade de locomoção, da inviolabilidade do domicílio, da proibição da prisão sem culpa formada e da permissão de prestar fiança, dentre outros direitos, os quais permaneceram inseridos nas demais Constituições brasileiras.

Convém ressaltar que a Constituição do Império procurou preservar a dignidade da pessoa humana, notadamente a do preso, ao estabelecer que:

*XIX – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as demais penas cruéis.*

*XX – nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja.*

---

<sup>11</sup> SILVA J.A. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 167.

*XXI -As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes.*

A primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, enunciou, no art. 72, a Declaração de Direitos, mantendo os anteriormente previstos na Constituição do Império e acrescentou outros, como o direito à associação e à reunião. Também, aboliu a pena de galés, a pena de banimento judicial e a pena de morte, ressalvada a legislação militar, em tempo de guerra (§§ 20 e 21). Importante inovação foi a introdução do *habeas corpus* como garantia constitucional, ao dispor no § 22, do art. 72, que:

*Dar-se-á o habeas corpus sempre que o individuo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder.*

A Constituição de 1934 elencou os Direitos e Garantias Individuais em seu art. 113. Manteve os direitos previstos na Constituição de 1891 e introduziu outros direitos, como o mandado de segurança e a ação popular (itens 33 e 38). Ademais, proibiu as penas de caráter perpétuo (item 29), assim como a prisão por dívidas, multas ou custas (item 30) e introduziu o direito à assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais e nas penitenciárias. O Constituinte de 1934 preocupou-se pela primeira vez com as questões de ordem processual, de modo que disciplinou o acesso à justiça, às informações para defesa de direitos e à tramitação das ações administrativas e judiciais, ao estabelecer que:

*Nº 32 - A União e os Estados concederão aos necessitados, assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.*

*N 35. - A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se referirem, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para o esclarecimento dos cidadãos acerca*

*dos negócios públicos, ressalvado quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.*

*N. 37 – Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do direito ou por equidade.*

Por fim, o Constituinte de 1934 ampliou o rol dos direitos individuais, constitucionalizando outros direitos não previstos expressamente, ao dispor no artigo 114 que:

*A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclue outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.*

Além disso, a Constituição de 1934 criou a Justiça Eleitoral, como órgão do Poder Judiciário, o que proporcionou a efetivação dos direitos políticos dos cidadãos.

A Constituição de 1934 teve vida efêmera e foi substituída pela Constituição de 1937, sob a égide do Estado Novo de Getúlio Vargas. A Constituição, apesar de ter cunho nitidamente autoritário, cuidou de instituir direitos sociais. Além disso, o texto Constitucional estabeleceu, no artigo 122, os direitos e garantias individuais. Entretanto, restabeleceu a pena de morte (item 13) e restringiu a liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão por meio escrito, impresso ou por imagem, introduzindo a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematográfico e da rádio difusão (item 15). O art. 123 da Constituição de 1937 cuidou de estabelecer limites às garantias e aos direitos individuais, ao enunciar que:

*A especificação das garantias e direitos acima enumerados não excluem outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da nação e do estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.*

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, restabeleceu, em seu art. 141, os direitos e garantias individuais, que haviam sido suprimidos durante o Estado Novo e acrescentou outros direitos, dentre os quais:

*§ 3º A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

*§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.*

*§ 25 É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.*

O período de plena democracia e de fruição do gozo dos direitos e das garantias individuais, restabelecidos pela Constituição de 1946, perdurou até o dia 31 de março de 1964, data da eclosão do movimento militar com a conseqüente tomada do Governo, dando início a um período de autoritarismo que perdurou por duas décadas.

Em 9 de abril de 1964, o Governo Militar divulgou à população brasileira o texto do Ato Institucional que, em seu art. 1º, mantinha a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais. Entretanto, o Ato Institucional colocava uma pá de cal sobre os direitos políticos e sobre as instituições democráticas. Os direitos e garantias individuais continuavam previstos na Constituição de 1946, todavia os membros do Poder Judiciário não dispunham das garantias da magistratura para fazer valer, efetivamente, os direitos violados pelos detentores do Poder.

A Constituição do Brasil, outorgada pelo Governo Militar, em 24 de janeiro de 1967, assim como a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, pretenderam demonstrar que o país já havia retomado o curso da democracia, uma vez que em ambos os textos constitucionais os direitos e garantias individuais estavam previstos, respectivamente, nos artigos 150 e 153.

Entretanto, com a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, os direitos fundamentais e, notadamente, os direitos políticos, continuaram integrando os textos constitucionais de 1967 e 1969, porém o efetivo gozo de tais direitos encontrava restrição nas normas impostas pelo governo militar.

O Ato Institucional nº 5 conferia ao Presidente da República a possibilidade de decretar o recesso do Poder Legislativo da União, dos Estados e dos Municípios, bem como a intervenção em tais entes federativos sem as limitações da Constituição. Além disso, estavam suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade, da inamovibilidade e da estabilidade, bem como a garantia dos *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. O referido Ato Institucional também permitia ao Presidente da República decretar o estado de sítio e o confisco de bens. Quanto aos direitos políticos, o artigo 5º enunciava que:

*A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente em:*

*I - cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;*

*II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;*

*III - proibição de atividade ou manifestação sobre assunto de natureza política;*

*IV - aplicação, quando necessário, das seguintes medidas de segurança:*

*a) liberdade vigiada;*

*b) proibição de freqüentar determinados lugares;*

*c) domicílio determinado*

*§ 1º O Ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.*

*§ 2º As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.*

As normas impostas pelo Governo Militar no Ato Institucional Nº 5, deixaram evidente que a Federação havia sido abolida, diante da facilidade de ser decretada a intervenção federal nos Estados e Municípios. Já o princípio da separação de poderes não passava de um dogma de tempos remotos. Além disso, a possibilidade de ingerência do Estado nos direitos políticos e individuais dos cidadãos, conforme previsto no art. 5º, do Ato Institucional nº 5, comprova a volúpia desenfreada do poder dos militares e o soterramento dos direitos fundamentais conquistados no decorrer da história da humanidade.

### 3 Os direitos fundamentais na Constituição de 1988

No final da década de 80 e início da década de 90, o Brasil foi palco da tradicional e histórica luta entre governantes e súditos pelo exercício dos direitos fundamentais suprimidos. Neste período eclodiram os movimentos sociais, que se externaram pelas manifestações dos estudantes, dos trabalhadores e da sociedade, em geral, apoiada, principalmente, pela Igreja Católica. As bandeiras empunhadas lutavam pela constituinte e pelas diretas já.

É certo que a Emenda Constitucional das Diretas – eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República – foi derrotada no Congresso Nacional. Entretanto, o restabelecimento dos direitos fundamentais, inclusive com a concessão de anistia aos atingidos pelos atos do regime militar, foi alcançado com a eleição de Tancredo Neves e José Sarney, respectivamente, para os cargos de presidente e vice-presidente da República.

A atual Constituição da República Federativa do Brasil surgiu como resultado de longo trabalho da Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, e passou a ser conhecida como Constituição Cidadã, tal a gama de direitos que proporcionou ao povo brasileiro.

O Texto Maior manteve o Estado Federal e adotou o pleno Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são: *a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.* Enunciou, ainda, no parágrafo único, do artigo 1º, que: *Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*

Além disso, consagrou expressamente a separação de poderes em seu artigo 2º, ao dizer que: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

A Constituição de 1988 destinou o Título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, onde relacionou, detalhadamente, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos relativos à nacionalidade, e também os direitos políticos, além dos direitos concernentes à criação, à fusão, à incorporação, à extinção, à organização e ao funcionamento dos partidos políticos.

O artigo 5º, da Constituição Federal, estipulou os direitos fundamentais, previstos nas Constituições anteriores, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu novos direitos, dentre eles, os remédios constitucionais do mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*, além de determinar no inciso XXXII que o *Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Denota-se, portanto, que a atual Constituição brasileira incorporou em seu texto direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração, sendo precursora em introduzir a proteção ao meio ambiente, conforme disposto no art. 225:

*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Entretanto, a maior inovação da Constituição de 1988, em matéria de direitos fundamentais, foi deixar expresso, no artigo 1º, que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana.*

Gisela Maria Bester, ao dissertar sobre o tema da dignidade da pessoa humana, ressalta que:

*Este é o valor supremo que norteia e atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais em nosso ordenamento; é o princípio que se sobrepõe a tudo em primeiro lugar, por isso considerado megaprincípio, supraprincípio. Vai se repetindo no art. 227 da CF, no contexto da proteção integral às crianças e aos adolescentes. Para sua efetividade requer: Respeito ao direito à vida. Obviamente que sem vida não há que se falar em dignidade. Aliás, o nome do princípio já contempla a vida ao se intitular 'princípio da dignidade da pessoa humana'. O direito à vida condiciona todos os demais direitos da personalidade, pois sem ele de nada adiantaria termos outros tipos de direito, os quais não poderiam ser exercidos. Liga-se também o direito à vida, e de forma inarredável, ao meio ambiente sadio e equilibrado, o qual, pelo art. 225, caput da CF/88, deve estar ligado à 'sadia qualidade de vida'.<sup>12</sup>*

De fato, o megaprincípio da *dignidade da pessoa humana*, para ser plenamente efetivado, impõe ao Estado a observância de uma gama de direitos, os quais foram assegurados pelo Constituinte de 1988, como direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, ao meio ambiente sadio, à assistência aos desamparados, aos idosos, aos desempregados, às vítimas de delitos, aos presidiários, dentre outros.

O direito à célere solução dos conflitos individuais e coletivos pelo Poder Público foi reincorporado, ao Direito Constitucional Brasileiro, pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 - a conhecida Reforma do Poder Judiciário, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF:

*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

<sup>12</sup> BESTER, G. *Direito constitucional*. Vol. 1. São Paulo: Manoel, 2005. p. 289-290.

Além disso, o Constituinte de 1988 não se limitou apenas a enumerar os direitos fundamentais a serem usufruídos pelos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mas procurou também fornecer instrumentos para que tais direitos fossem efetivados pelo Poder Público, municiando determinados órgãos com a legitimidade para promover sua defesa e o pronto restabelecimento, caso tais direitos não fossem observados pelo Estado.

A criação do mandado de segurança coletivo e do mandado de injunção, individual e coletivo; a introdução da ação civil pública como norma constitucional; a previsão da ação de inconstitucionalidade por omissão e a ampliação do rol dos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, bem como, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, foram, sem dúvida, um marco na defesa dos direitos da população, notadamente das classes de menor poder aquisitivo, uma vez que passaram a ser beneficiadas com uma decisão coletiva, sem qualquer custo ou entrave burocrático, decorrente de uma ação individual na defesa de um direito próprio violado pelo Poder Público.

### III A ATUAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO NA ELABORAÇÃO DAS ESPÉCIES NORMATIVAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### 1 A separação de poderes

Aristóteles inicia o Capítulo X – *Dos Três Poderes Existentes em Todo Governo*, na sua obra *A Política*, Livro III – *Dos governos*, que, já no século III a.C. insistia na limitação da autoridade real, separando, com nitidez, legislação e execução. Diz o filósofo:

*Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas*<sup>13</sup>.

É possível, porém, encontrar a primeira sistematização doutrinária da teoria, na obra de Locke, o *Segundo tratado sobre o governo civil*, em que o autor proclama um pacto entre os indivíduos para, juntos, empregarem a força coletiva no sentido de se fazer observar a execução das leis naturais. Assim, esse contrato entre os homens se baseia na defesa da propriedade e dele decorrem o poder político e o estado de sociedade. Primeiro o filósofo questiona:

*Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder?*<sup>14</sup>

E em seguida, responde:

<sup>13</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 113.

<sup>14</sup> LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 156.

*...o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões dos outros. Todos são reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro<sup>15</sup>.*

Na concepção de Locke, então, se os homens viverem em sociedade, submissos a governos, terão preservada a sua propriedade. Para isso o homem precisa de *uma lei estabelecida, fixada, conhecida, aceita e reconhecida pelo consentimento geral<sup>16</sup>, um juiz conhecido e imparcial, com autoridade para dirimir todas as diferenças segundo a lei estabelecida<sup>17</sup>* e, finalmente, de *poder para apoiar e manter a sentença quando ela é justa, assim como para impor sua devida execução<sup>18</sup>.*

É nessa origem e finalidade de governo civil que assenta a célebre divisão do poder comum em executivo, legislativo e federativo.

Locke afirma ser o Poder Legislativo um poder supremo que, entretanto, deve estabelecer leis com *uma única regra para ricos e pobres, deve ter como finalidade o bem comum e, finalmente, não deve impor impostos sobre a propriedade do povo sem que este expresse seu consentimento<sup>19</sup>.*

Alerta, porém, que:

*... permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto*

---

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.157.

<sup>18</sup> *Ibidem.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.169.

*implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram...*<sup>20</sup>

Em O Espírito das Leis, entretanto, de Montesquieu, escrito em 1748, é o verdadeiro marco da divisão funcional do poder e até hoje é a base de todos os governos democráticos. Com Montesquieu a *teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições*<sup>21</sup>.

No Capítulo VI - *Divisão dos Poderes - Constituição da Inglaterra*, do Livro XI, do Espírito das Leis, ao definir a função do Legislativo, Montesquieu diz que *o Príncipe ou o Magistrado faz as leis para algum tempo, ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas*; ao tratar do Executivo ensina que o Poder Executivo cuida *das coisas que dependem do direito das gentes, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões* e, quanto ao Judiciário, diz que *este pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares*, chamando-o, inicialmente, de *Poder Executivo das coisas que dependem do Direito Civil* e, em seguida, de *Poder Executivo do Estado* e de *Poder de Julgar*<sup>22</sup>.

Montesquieu, ao fundamentar a necessidade da divisão dos poderes, para que um freie o outro, considerava que

*Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.*

*Também não haverá liberdade se o Poder de julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.*

<sup>20</sup> Ibidem, p. 173.

<sup>21</sup> DALLARI, D. *Elementos da teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 191.

<sup>22</sup> MONTESQUIEU, C. *O espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 164.

*Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares*<sup>23</sup>.

É de notar-se que o sábio, já àquela época, conseguiu definir com segurança e validade jurídica, as funções legislativa, executiva e jurisdicional, sistematizando a teoria da divisão dos poderes, estudada, compreendida e aplicada até os dias de hoje e representando uma das maiores conquistas da humanidade no que se refere à racionalização e à institucionalização do poder em vista da preservação dos direitos fundamentais.

Montesquieu, ao tratar da separação de poderes, julgou necessário também que eles fossem harmônicos, exatamente para que o poder limite o poder. Na sua sábia concepção, cada órgão exerce sua função, principalmente, mas não exclusivamente, pois pode praticar atos que por sua natureza pertencem à função diversa.

Anna Cândida da Cunha Ferraz esclarece que o sistema de

*...freios e contrapesos serve ao fim inspirador do princípio – limitação do poder – constituindo, portanto, antes instrumento jurídico-institucional que visa a impedir que um poder se sobreponha ao outro, do que propiciar a interferência, sobretudo política, de um poder sobre o outro*<sup>24</sup>.

Destaca, Anna Cândida da Cunha Ferraz, nas Constituições presidencialistas, três cláusulas-parâmetros que informam a aplicação do princípio da separação dos poderes:

a) a independência e a harmonia entre os poderes, em que

*... a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível, em tese, quando vise a realizar a idéia-fim, seja para impedir abusos de poder, seja para propiciar real harmonia no relacionamento entre os poderes, seja ainda para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções próprias. A interferência jamais poderá,*

<sup>23</sup> *Idem*, p. 165.

<sup>24</sup> FERRAZ, A.C. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 13.

*ainda que de modo disfarçado, ter por objetivo a dominação de um poder sobre outro poder*<sup>25</sup>;

b) a “cláusula da indelegabilidade” em que apresenta um ponto de vista sobre a evolução da separação dos poderes para concluir que

*... atualmente, a regra da não delegação de poderes se curva apenas a dois limites: de um lado, a impossibilidade de abdicação do poder ou competência originária constitucionalmente atribuída a determinado poder; de outro, o estabelecimento de condições e limites claros para a atuação do poder delegado*<sup>26</sup>; e

c) a “cláusula da inacumulabilidade”, cuja regra é *assegurar a concretização da cláusula essencial da ‘independência’, mas que, eventual delegação possa servir á harmonização ou mesmo coordenação nas relações recíprocas dos poderes*<sup>27</sup>.

Para mostrar o necessário equilíbrio dos poderes, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 2º que os poderes são independentes, definindo, em seguida, suas composições, funções e prerrogativas.

O art. 2º também estabelece que os poderes devem ser harmônicos entre si e, por isso, no corpo da Constituição da República, pode-se encontrar princípios da teoria dos freios e contrapesos, de forma que um Poder controla o outro e, ao mesmo tempo, pode ser controlado, visando assim, a estabelecer o equilíbrio entre os elos e evitando qualquer abuso “em detrimento do outro e especialmente dos governados”<sup>28</sup>.

José Afonso da Silva oferece, com grande propriedade, alguns exemplos da adoção da teoria dos freios e contrapesos em nossa Constituição:

*Se ao legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para a sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo*

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>28</sup> SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.110.

*é contra-balançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas ou até de rejeita-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).*

*Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art. 54.*

*Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.*

*O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a quem cabe aprovar o nome escolhido (art. 52,III, a)<sup>29</sup>.*

Ademais a Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004 criou o Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário (art. 92, I-A, d CF), com a finalidade de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (art. 103-B, § 4º, da CF, com nova redação dada pela ECD nº 45, de 8-12-2004). Na mesma emenda constitucional foi criado o Conselho Nacional do Ministério Público, com funções semelhantes ao CNJ, conforme disposto no art. 130-A, § 2º, da CF.

Os exemplos citados deixam evidente que o Constituinte de 1988 adotou a teoria da separação dos poderes na sua plenitude e estabeleceu amplo sistema de freios para evitar que qualquer dos Poderes constituídos pudesse se sobrepor aos demais em detrimento do Estado Democrático de Direito consagrado no art. 1º da Constituição Federal.

## 2 As espécies normativas

A Constituição Federal enumerou as espécies normativas, em seu art. 59, ao estabelecer que: “O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções”<sup>30</sup>.

Entretanto, não cuidou o Constituinte de conceituar qualquer das espécies, prevendo, no parágrafo único do mesmo artigo, que “Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação da leis”.

Mas, a primeira questão, antes da abordagem do tema, refere-se ao conceito de lei. Clemerson Merlin Clève lembra que o termo:

*... não guarda sentido unívoco. Quando nos referimos à 'lei' queremos indicar uma determinada regra que descreve a regularidade de certos fenômenos físicos ou biológicos, ou, então, no contexto do mundo da cultura, que impõe um padrão de cultura. Ou seja, trata-se de expressão que designa um modelo de agir necessário. [...] No plano cultural, então, a lei será a regra ou a norma socialmente imposta que desmerece inobservância. [...] A lei, portanto para o Direito Constitucional não passa de um ato normativo editado pelo Estado, e, portanto, dotado de imperatividade. Deve ser observada pelos destinatários, sob pena de sanção*<sup>31</sup>.

Michel Temer define lei como o *ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional*<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 110-111.

<sup>30</sup> A Constituição Federal também prescreve a existência de uma Lei especial para definir os crimes de responsabilidade – art. 85, parágrafo único, CF.

<sup>31</sup> CLÈVE, C. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 60-62.

<sup>32</sup> TEMER, M. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.136.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *lei é todo comando genérico e abstrato que, aprovado pelo Poder Legislativo, inova o ordenamento jurídico, disciplinando, em nível imediatamente infraconstitucional, relações entre particulares e atividades públicas*<sup>33</sup>.

De fato é a lei, o marco regulatório das atividades das pessoas e do Estado na vida em sociedade, pois o homem é livre em todas as suas ações e omissões, sendo tolhido em sua liberdade apenas pela lei, que retrata a vontade da sociedade em regular as ações humanas em prol da vida em coletividade. Já o Estado nada pode fazer se não estiver acobertado pela lei, ou seja, é o povo que concederá ao Estado os instrumentos para disciplinar a vida em sociedade.

Neste sentido, a lição de David Araújo e Nunes Junior:

*Esse comando genérico e abstrato pode assumir três formas: obrigação, proibição ou permissão. A norma jurídica, assim, ou obriga, ou proíbe, ou permite. Não existe uma quarta possibilidade.*

*A observação é importante porque o inciso II do art. 5º da Constituição da República incorporou o princípio da legalidade, prescrevendo que ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

*Com isso, a mensagem constitucional foi clara: os comandos de proibição (deixar de fazer) e de obrigação (fazer) só podem ser veiculados por meio de uma lei. À falta desta, o comportamento está permitido. Convém destacar, no entanto, que a lei pode adquirir forma permissiva, vale dizer, exteriorizando uma faculdade ao indivíduo. Logo a permissão é o único comando que pode derivar tanto de uma lei como da ausência desta.*

[...]

*Neste ponto, o comando de legalidade assume feição distinta: o administrador só pode fazer o que for autorizado pela lei. Trata-se*

<sup>33</sup> ARAÚJO, L. e NUNES Jr, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 106.

*de um desdobramento necessário do princípio a legalidade aduzido no inciso II do art. 5º. A submissão da administração à estrita legalidade garante que o indivíduo não será compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa por força de um ato administrativo, mas exclusivamente em virtude da lei<sup>34</sup>.*

Ao dissertar sobre o tema, André Ramos Tavares ressalta que:

*O princípio da legalidade exige, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, que lhe é correlato (previsto no inc. XXXV do art. 5º) e sem o qual a garantia da legalidade seria inócua, porque faleceria competência a um órgão independente para verificar o cumprimento do princípio da legalidade. De qualquer sorte, ainda no tema do controle, também se prevê que cada um dos poderes exerce o controle da legalidade de seus próprios atos, ao lado do controle externo, por um outro poder ou órgão superior.*

*A própria proteção ao ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada é corolário do princípio da legalidade. Sim, porque legalidade significa não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e lei existe no momento em que se faz ou se deixa de fazer. É a aplicação do princípio da irretroatividade das leis<sup>35</sup>.*

A Constituição, ao elencar as espécies normativas, inicia o rol com a emenda à constituição, e o faz porque hierarquicamente é superior às leis, uma vez que se destina a promover a alteração do texto constitucional. Atualmente, é a única maneira possível de mudança na Constituição, pois a Revisão, prevista no art. 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já foi realizada no período de 01 de março de 1994 a 07 de junho do mesmo ano, com a promulgação de seis emendas de Revisão.

A lei ordinária, ou simplesmente lei, como diz Celso Ribeiro Bastos, *é o ato normativo que edita normas gerais e abstratas, ou seja, é o ato legislativo típico. É toda*

<sup>34</sup> *Idem* p. 106-107.

<sup>35</sup> TAVARES, A. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 428.

*aquela que não traz o adjetivo 'complementar' ou 'delegada' e da qual não se exige a maioria absoluta para a sua aprovação*<sup>36</sup>.

A Constituição Federal, apesar de seu conteúdo extenso e minucioso, necessita ser regulamentada, e para tal é necessária a edição de legislação infraconstitucional. Assim, em determinados artigos, o Constituinte exigiu a criação de uma lei, que deve ser entendida como Lei Ordinária e, em outros, a regulamentação dar-se-ia por meio de Lei Complementar, cuja aprovação nas casas legislativas só ocorre mediante maioria qualificada, ou seja, maioria absoluta, a teor do disposto no art. 69 da Carta Magna.

Alexandre de Moraes observa que:

*... a existência da lei complementar consubstancia-se no fato do legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através de um processo legislativo ordinário. O legislador constituinte pretendeu resguardar determinadas matérias de caráter infraconstitucional contra alterações volúveis e constantes, sem, porém, lhes exigir a rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, assim que necessário*<sup>37</sup>.

A Constituição Federal, em seu art. 68, disciplinou a lei delegada, de modo a permitir que o Presidente da República, após obter autorização expressa do Congresso Nacional, possa elaborar e editar um ato normativo, cujo conteúdo e extensão, estaria limitado pela resolução concessiva da delegação legislativa.

Entretanto, não dispõe o Congresso Nacional de competência material plena para conceder a delegação, pois o Poder Constituinte vetou a delegação de algumas matérias, quais sejam: os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei

<sup>36</sup> BASTOS, C. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 359.

<sup>37</sup> MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 529.

complementar e, ainda, a legislação relativa à organização, à carreira e à garantia dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como a legislação que se relacionasse à nacionalidade, à cidadania, aos direitos individuais, políticos, eleitorais, planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos, conforme disposto no parágrafo primeiro do art. 68 da Constituição Federal.

De fato, o Constituinte pretendeu, com tais restrições, evitar a transferência absoluta da atividade típica do Poder Legislativo ao Poder Executivo. Ao dissertar sobre o tema, Anna Cândida da Cunha Ferraz, assinala que:

*A delegação legislativa, nos sistemas que prestigiam a separação dos poderes, é necessariamente condicionada e limitada. Os condicionamentos dizem respeito aos aspectos formais de que se reveste tanto o ato de delegação, quanto o ato delegado: forma, competência, condições de delegação, condições de exercício da delegação. Os limites concernem aos prazos para o executivo legislar e, essencialmente, à matéria legislativa delegada<sup>38</sup>.*

Todavia, apesar de prevista a delegação legislativa na atual Constituição, que, aliás, transcreveu, quase que literalmente, os artigos 52 e 54, da Emenda Constitucional nº 1/69, a sua não utilização pelo Presidente da República tem sido a regra, pois dispondo de instrumentos mais eficientes, como o antigo decreto-lei e a atual medida provisória, o Chefe do Poder Executivo, nas últimas quatro décadas, não tem utilizado a Lei Delegada, talvez com receio de submetê-las ao Congresso Nacional, que, por resolução, poderia ou não conceder a delegação.

Assim, a utilização constante do decreto-lei na vigência da Constituição anterior e o emprego da medida provisória da Constituição Federal de 1988, afastaram de vez a edição das leis delegadas.

Por constituir parte do tema central deste trabalho, o instituto da medida provisória, na sua versão original e com as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 32, será objeto de capítulo específico.

Finalizando a abordagem das espécies normativas algumas considerações devem ser feitas em relação às resoluções e ao decreto legislativo.

O Constituinte, em nenhum momento, tratou de esclarecer a sua finalidade ou mesmo de estabelecer qualquer processo para a sua elaboração.

A Constituição Federal, em seu art. 48, enunciou que as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49) e as de competência privativa do Senado Federal (art. 51) e da Câmara dos Deputados (art. 52) não estariam sujeitas à sanção do Presidente da República, ou seja, o Constituinte estabeleceu que algumas matérias seriam disciplinadas por meio diverso da lei e que em tais situações caberia ao Congresso Nacional editar decretos legislativos, ou mesmo resoluções, sendo que a última seria o instrumento normativo utilizado por cada uma de suas Casas, *mas em regra com efeitos internos; excepcionalmente, porém, também prevê a Constituição resolução com efeitos externos, como a que dispõe sobre a delegação legislativa*<sup>39</sup>.

Orlando Soares ensina que:

*Genericamente, decreto é todo o ato ou resolução emanado de um órgão do poder público competente, com força obrigatória e um fim político, administrativo ou jurídico. [...] Como salienta Sara Ramos de Figueiredo, os decretos legislativos compreendem os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, que, em essência, são chamados de 'lei'. Para distinguir, entretanto, 'a lei sancionável' da 'não sancionável', a primeira passou a monopolizar a palavra 'lei', enquanto se adotou para a segunda a denominação de 'decreto legislativo'. Daí a afirmação de Pontes de Miranda, no sentido de que os decretos legislativos 'são as leis que a Constituição não exige a remessa ao presidente da República para a sanção (promulgação ou veto)' (Processo Legislativo, p. 137)<sup>40</sup>.*

<sup>38</sup> FERRAZ, A.C. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 105.

<sup>39</sup> MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 550.

<sup>40</sup> SOARES, O. *Comentários a Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 396-398.

### 3 A atividade dos Poderes Legislativo e Executivo no processo legislativo

#### 3.1 Considerações gerais

A Constituição estabeleceu, no art. 2º, que são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, *ex vi*, do art. 44, da Constituição Federal, que se compõe da Câmara dos Deputados, representando o povo; e do Senado Federal, como representante dos Estados.

A adoção do sistema bicameral, em nível federal, impôs a obrigatoriedade de participação das duas Casas legislativas no processo de formação das normas, excetuadas as decorrentes das resoluções de competência privativa de cada uma das Casas do Congresso Nacional. Entretanto, a participação do Poder Executivo, na criação das emendas constitucionais e das leis, acabou por retirar do Legislativo a hegemonia desta atividade, tornando o processo de elaboração das normas uma atividade complexa que envolve a vontade, ainda que não exclusiva, dos dois poderes constituídos.

Segundo Pinto Ferreira,

*O processo legislativo é o conjunto de atos coordenados tendo em vista a criação de regras jurídicas. Estes atos são a iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação. Já o procedimento legislativo significa a tramitação do projeto, apresentando-se no direito brasileiro com três formas diferentes: procedimento legislativo ordinário, procedimento legislativo sumário, que é o caso de urgência para apreciação de projeto de iniciativa do presidente da República, procedimento legislativo especial (leis financeiras, leis delegadas, medidas provisórias e leis complementares)<sup>41</sup>.*

<sup>41</sup> FERREIRA, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392.

A análise detalhada das fases do processo legislativo e os seus diversos procedimentos por não ser objeto do presente trabalho, limitar-se-á nos itens seguintes, a esclarecer a participação dos Poderes Legislativo e Executivo, para proporcionar a compreensão dos problemas decorrentes da adoção constante das medidas provisórias, e de suas consequências no ordenamento jurídico do Brasil.

### 3.2 As emendas à Constituição

A nossa Constituição é classificada como rígida, pois, para que ocorra qualquer modificação no seu texto, é necessária a observância de um processo dificultoso, na medida em que restringe as possibilidades de iniciativa do processo de emenda, além da exigência de quorum especialíssimo para aprovação, em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional. Além disso, a Constituição Federal apresenta núcleo imutável (art. 60, § 4º), denominado de cláusulas pétreas.

O Congresso Nacional, além de exercer o Poder Legislativo da União, também recebeu do Poder Constituinte a competência para promover as alterações que se fizessem necessárias à Constituição, visando a adequá-la à realidade sócio, política e econômica dos novos tempos.

Importante observar, que nesta condição, o Congresso Nacional não está desempenhando a sua função própria de legislador ordinário, mas atuando como Poder Constituinte Derivado, competência esta que lhe foi concedida pelo próprio Poder Constituinte Originário, cujo titular é o povo, conforme está assentado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal e em seu preâmbulo. Em outras palavras, a mudança da Constituição Federal cabe apenas ao Congresso Nacional.

Já a atuação do Poder Executivo limita-se a permitir que o Presidente da República ofereça a proposta de emenda, conforme disposto no inciso II do art. 60, da Constituição Federal. O Chefe do Executivo atua, concorrentemente, com um terço dos membros da Câmara dos Deputados, com um terço dos membros do Senado Federal e, ainda, com mais da metade das Assembléias Legislativas, conforme enunciam os incisos I e III do mesmo artigo.

Convém observar que o Constituinte, apesar de deixar expresso no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal *que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*, não permitiu a iniciativa popular para os projetos de emenda à Constituição. Também ao Poder Judiciário foi negada a possibilidade de propor emendas à Constituição nas matérias relativas a sua organização, ao seu funcionamento e as suas atribuições.

A proposta de emenda será discutida e votada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sendo aprovada se obtiver a votação favorável de três quintos dos membros de cada uma das Casas, em dois turnos de votação.

Por ser atividade do Poder Constituinte Derivado, após a aprovação, a emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, sem que para isso deva ser submetida à sanção do Chefe do Poder Executivo.

### 3.3 As leis complementares e ordinárias

O processo para elaboração das leis complementares e ordinárias está previsto na subseção, denominada "Das Leis", nos artigos 61 a 69 da Constituição Federal.

O projeto de lei pode ser apresentado por qualquer dos Poderes, pelo Ministério Público e também por meio de iniciativa popular, desde que observada a competência constitucional quanto à matéria objeto da propositura.

A iniciativa legislativa é uma faculdade, visto que, salvo a lei orçamentária cuja apresentação é vinculada (art. 35, § 2º, do ADCT), a propositura de projeto de lei é ato discricionário do órgão competente para fazê-lo, que deverá observar as circunstâncias sociais, econômicas e políticas do momento da vida nacional para concluir se alguma questão deve ser ou não disciplinada por lei.

Aliás, a atividade normativa do Congresso Nacional é de tal forma discricionária que não poderá ser ele obrigado a legislar, ainda que o Supremo Tribunal

Federal declare a inconstitucionalidade por omissão do Poder Legislativo Federal em editar legislação, visando a tornar efetiva a norma constitucional (art. 103, § 2º, CF).

José Afonso da Silva assinala que:

*... a iniciativa das leis complementares e ordinárias compete a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República e aos cidadãos (art. 61). Esclareça-se que esse dispositivo inclui o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República como detentores do poder de iniciativa legislativa, não, contudo, de iniciativa concorrente, porquanto não cabe a eles iniciar qualquer lei, mas tão-só as que lhes são indicadas com exclusividade, salvo o Procurador-Geral da República que concorre com o Presidente da República na iniciativa da lei orgânica do Ministério Público (art. 61, § 1º, II, b, e 128, § 5º)<sup>42</sup>.*

Assim, o constituinte, pretendendo homenagear a independência e a autonomia dos Poderes, relacionou matérias de interesse próprio de cada um deles, dando-lhes exclusividade para a iniciativa do projeto de lei, conforme se denota, pela leitura dos artigos 61, § 1º, 93, 96, II, 99, § 1º, da Constituição Federal<sup>43</sup> A Câmara dos Deputados e o Senado

<sup>42</sup> SILVA, J.A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 523.

<sup>43</sup> Art. 61, § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: I – fixem ou modifiquem o efetivo das Forças Armadas; II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimentos de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

Art. 96. Compete privativamente: II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, ressalvado o disposto no art. 48, XV; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

Federal, por seu turno, poderão, por meio de Resolução a ser editada por cada uma das Casas, elaborar os respectivos regimentos internos, bem como,

*... dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (art. 51, III e IV e art. 52, XII e XIII, da Constituição Federal).*

A Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-1998, ao modificar o art. 48, XV, introduziu uma nova modalidade de iniciativa, a conjunta, dispondo que a fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal dar-se-á *por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal*. Tal dispositivo foi modificado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19-12-2003, cuja redação passou a ser: *fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõe os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.*

O processo legislativo da lei ordinária e da lei complementar é o mesmo, sendo certo que a última exige maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas para a sua aprovação (art. 69), enquanto que a lei ordinária segue a regra geral do art. 47 da Constituição Federal, ou seja, será considerada aprovada por maioria simples ou relativa de votos.

Os projetos de lei tramitarão em cada Casa do Congresso Nacional, porém aqueles de iniciativa de Senador ou de Comissão de Senadores serão analisados, discutidos e votados inicialmente no Senado Federal. Já os demais projetos de lei, independentemente do autor da propositura, incluindo aí os de iniciativa popular serão apreciados inicialmente na Câmara do Deputados, de modo que o Senado funcionará como Casa revisora.

O projeto de lei será apreciado, em cada uma das Casas Legislativas, pelas comissões permanentes atinentes à matéria e pela Comissão de Constituição e Justiça, encarregada de analisar a constitucionalidade e a legalidade do projeto. Poderão ser oferecidas

---

emendas pelos parlamentares, tanto perante as comissões, como em Plenário, obedecidas às disposições dos Regimentos Internos.

A tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional está estabelecida nos regimentos internos de cada uma de suas Casas, e, ressalvada a aprovação de pedido de urgência regimental, não existe prazo para que o projeto de lei seja votado definitivamente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Entretanto, o constituinte entendeu que o Poder Executivo não poderia ficar atrelado a este longo e quase interminável processo de tramitação do projeto de lei, de modo que fixou o prazo de quarenta e cinco dias para que cada uma das Casas ultimasse a discussão e a votação dos projetos de autoria do Presidente da República no caso de solicitação de urgência. Dispôs, ainda, que as emendas do Senado Federal sejam apreciadas pelo Câmara dos Deputados no prazo de dez dias e, impôs, como forma de sanção, a inclusão do projeto na Ordem do Dia, com o sobrestamento das demais deliberações sobre outros assuntos (art. 64, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição Federal).

A aprovação ou rejeição do projeto de lei pelo Poder Legislativo encerra sua fase de participação na elaboração da lei, ressalvada a discussão e votação de eventual veto do Presidente da República, caso em que o Congresso Nacional, em sessão conjunta, conhecerá e deliberará sobre o veto (art. 57, § 3º, IV, da Constituição Federal).

A participação do Poder Executivo não se restringe à iniciativa, mas, também a analisar e a apreciar o projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo. O Presidente da República, após receber o texto, tem o prazo de quinze dias para externar sua manifestação. Poderá sancionar o projeto, expressa ou tacitamente, caso concorde com o seu teor, ou ainda, vetá-lo, total ou parcialmente, caso entenda que o texto legislativo seja inconstitucional ou contrário ao interesse público (art. 66, § 1º, da Constituição Federal).

Por fim, cabe ao Presidente da República, após a sanção do projeto, ou mesmo após a rejeição do veto pelo Congresso Nacional, promulgar a lei e determinar sua publicação no Diário Oficial da União, para que a lei possa validamente ingressar no ordenamento jurídico e produzir efeitos.

### 3.4 As leis delegadas

A lei delegada é outra espécie normativa prevista no art. 59 da Constituição Federal de 1988 e, por meio dela, o Presidente da República consegue inovar o sistema normativo após obter autorização do Congresso Nacional que poderá permitir a delegação especificando seu conteúdo e os termos de seu exercício.

Vê-se, assim, que o constituinte introduziu outro meio de produção de normas que prima pela celeridade, uma vez que a lei delegada será elaborada pelo Presidente da República e não se sujeitará à tramitação no Congresso Nacional, que poderá aprová-la ou rejeitá-la, sem oferecer emendas, caso isso esteja previsto na resolução que autorizou a delegação.

A lei delegada foi introduzida no sistema constitucional brasileiro através do art. 22, da Emenda Constitucional nº 3, de 2 de setembro de 1961, emenda essa que instituiu o sistema parlamentar de governo. Enunciava o dispositivo que:

*Poder-se-á completar a organização do sistema parlamentar de Governo ora instituído, mediante leis votadas, nas duas casas do Congresso Nacional, pela maioria absoluta dos seus membros.*

*Parágrafo Único. A legislação delegada poderá ser admitida por lei votada na forma deste artigo.*

Apesar de ter surgido como um dos institutos parlamentaristas, a lei delegada foi prevista na Constituição de 1967, nos artigos 55 até 57<sup>44</sup> e, posteriormente,

<sup>44</sup> Art. 55. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas.

Parágrafo único. Não poderão ser objeto de delegação os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional, bem assim os da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e a legislação sobre:

I- a organização dos juízos e tribunais e as garantias da magistratura;

II- a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos, o direito eleitoral, o direito civil e o direito penal;

III- o sistema monetário e o de medidas

Art. 56. No caso de delegação a comissão especial, regulado no regimento do Congresso Nacional, o projeto aprovado será enviado a sanção, salvo se, no prazo de dez dias da sua publicação, a maioria dos membros da Comissão ou um quinto da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal requerer a sua votação pelo Plenário.

Art. 57. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará o seu conteúdo e os termos para o seu exercício.

Parágrafo único. Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

mantida, com pequena redução dos limites materiais na Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69 (arts. 52 a 54).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 68, define a lei delegada com muita semelhança à redação da Constituição revogada, nos seguintes termos:

*As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.*

*§ 1º. Não será objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:*

*I- organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*

*II- nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;*

*III- planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.*

*§ 2º. A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.*

*§ 3º. Se a resolução determinar a apreciação do projeto de lei pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.*

Observa-se que o Constituinte, afastando-se do princípio clássico da separação de poderes, permitiu ao Chefe do Poder Executivo a elaboração de uma lei mediante delegação do Poder Legislativo.

Entretanto, a Constituição Federal estabeleceu, no parágrafo primeiro do art. 68, limites materiais destinados a impedir que o Congresso Nacional se desincumbia da sua função típica de legislar delegando suas atribuições ao Poder Executivo.

Além disso, facultou ao Congresso Nacional, conceder ou não a delegação ao Presidente da República e, em caso de concedê-la, determinou o Constituinte que a delegação emitida por meio de uma resolução, deva especificar o conteúdo e os termos para seu exercício.

Ensina Anna Cândida da Cunha Ferraz que:

*Definir claramente o conteúdo material a ser veiculado pela lei delegada é condição indispensável para resguardar a relação necessária de interdependência entre o ato delegante e o ato delegado e, para salvaguardar, em última análise, a divisão funcional do poder. É estabelecendo limites materiais que se impede a legislação de "plenos poderes", ou as "leis em branco", tão contrárias à índole da separação de poderes. É através da fixação de limites materiais estreitos e bem definidos, que o legislador poderá fiscalizar o uso que é feito do poder que concede<sup>45</sup>.*

Já em relação ao limite constitucional dos "termos do exercício da delegação", prossegue a constitucionalista:

*... trata-se aqui de limitação temporal. Embora o dispositivo da Constituição de 1988 não se reporte a minúcias, como ocorre na retro citada Lei Fundamental da Espanha (art. 82.3, que determina, de modo expresse, que a lei delegante fixe prazo para o exercício da delegação e que esta não poderá ser estabelecido por tempo indeterminado), decorre do texto da nossa Lei Fundamental que a delegação será sempre por prazo determinado. Assim, a resolução congressual que não preestabelecer os 'termos' da delegação, ou em outras palavras, o prazo de duração da delegação, será inconstitucional. O vício fulminará, por igual, a lei delegada. Nenhuma lei delegada será válida se o ato delegatório for viciado por inconstitucionalidade<sup>46</sup>.*

<sup>45</sup> FERRAZ, A. C. *Conflito entre poderes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 132.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 133.

De fato, a delegação concedida por prazo indeterminado ou ainda por longo período estaria evidenciando que o Congresso Nacional despojou-se da sua principal atribuição constitucional, ou seja, da elaboração das normas. Antevendo os reflexos da delegação nessas circunstâncias, o Congresso Nacional, no § 2º, art. 119, do Regimento Comum<sup>47</sup>, enuncia que:

*A Comissão deverá concluir seu parecer pela apresentação de projeto de resolução que especificará o conteúdo da delegação, os termos para o seu exercício e fixará, também, o prazo não superior a 45 (quarenta e cinco) dias para promulgação, publicação ou remessa do projeto elaborado, para apreciação pelo Congresso Nacional.*

E o art. 127, do mesmo Regimento assinala que:

*Não realizados, no prazo estipulado, qualquer dos atos referidos no art. 119, § 2º in fine, considerar-se-á insubsistente a delegação.*

Além disso, o art. 49, V, da Constituição Federal atribui ao Congresso Nacional a competência para sustar os atos normativos do Presidente da República caso ele extrapole os limites da delegação estabelecidos na resolução.

## IV AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### 1 O decreto-lei

#### 1.1 Considerações preliminares

O decreto-lei, segundo José Celso de Mello Filho, *é uma espécie normativa infraconstitucional, de competência exclusiva do Presidente da República, de incidência materialmente delimitada pelo texto da própria Carta Federal*<sup>48</sup>.

A origem do decreto-lei, no Brasil, remonta à Constituição Italiana de 1947, cujo art. 77, enuncia que:

*... Quando em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias por força de lei. Deve, contudo, apresentá-las no mesmo dia para a apreciação das Câmaras que, mesmo que dissolvidas, são convocadas e devem reunir-se dentro de cinco dias. Os decretos perdem o seu poder legal desde o início, se não são convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, contudo, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas na base dos decretos não convertidos em lei. (In Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras, Brasília, p. 519, in fine)*<sup>49</sup>.

Alexandre Mariotti, após registrar a presença do decreto-lei no Estado Novo, anota que tal instrumento legislativo

*... vai reaparecer após 1964, primeiro no Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, que facultava ao Presidente da República baixar decretos-leis em matéria de segurança nacional (art. 30), e, uma vez decretado o recesso parlamentar, sobre qualquer*

<sup>47</sup> Resolução nº 1, de 1970-CN, com alterações posteriores, até 1994.

<sup>48</sup> MELLO FILHO, J. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 211.

<sup>49</sup> CAGGIANO, M. *Emendas em medidas provisórias*. In *Revista de Direito Público*, nº 93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 143.

*matéria (art. 31, parágrafo único), depois no Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, que estendeu a legislação por decreto à matéria financeira durante a convocação extraordinária do Congresso Nacional e até sua reunião ordinária, e à matéria administrativa, do fim da convocação extraordinária até a reunião ordinária (art. 9º, §§ 1º e 2º)*<sup>50</sup>.

O Decreto-lei foi previsto no artigo 58 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, nos seguintes termos:

*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.*

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, em seu artigo 55, alterou a redação do dispositivo e ampliou o rol de matérias a ser abordada pelo decreto-lei, além de disciplinar a questão dos atos praticados sob sua vigência caso fosse rejeitado, nos seguintes termos:

*II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e.*

*III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.*

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

<sup>50</sup> MARIOTTI, A. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 56.

O texto do artigo 55, da Emenda Constitucional 1/69, sofreu alterações pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978, e pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982, cuja redação final do parágrafo primeiro, passou a assim dispor:

*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 artigo 51<sup>51</sup>.*

## 1.2 Pressupostos para expedição

Os decretos-leis eram expedidos pelo Presidente da República e implicavam a introdução imediata de normas no ordenamento jurídico. Sua utilização foi expressamente vedada aos Governadores e Prefeitos pelo artigo 200 da Emenda Constitucional 1/69.

A sua edição, conforme pondera José Celso de Mello Filho,

*... está condicionada a ocorrência de pressupostos constitucionais, de caráter positivo (hipótese de interesse público relevante ou caso de urgência) e de caráter negativo (ausência de aumento de despesa). A inobservância de tais pressupostos infirma a própria validade jurídica do ato<sup>52</sup>.*

A Constituição da República exigia, para a expedição do decreto-lei, a verificação discricionária, pelo Presidente da República, dos requisitos de urgência ou de interesse público relevante.

De fato, ao contrário de seu antecessor italiano, os requisitos para expedição do decreto-lei eram alternativos, ou seja, enquanto na Itália deveriam estar presentes para a adoção do *decreto legge*, tanto a “necessidade” como a “urgência”, no Brasil, bastava a

<sup>51</sup> Art. 51, § 3º - Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subsequentes em dias sucessivos; se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.

<sup>52</sup> *Constituição Federal anotada*, 1986, p. 211.

ocorrência de apenas um dos pressupostos para que o Presidente da República pudesse se sobrepor à vontade do legislador e editar um decreto-lei, com vigência imediata. Os termos “urgência” e “interesse público relevante” estão presentes no vocabulário popular, mas, qual o real significado para que pudessem ser invocados como supedâneo da adoção do decreto-lei?

Ora, evidentemente, o Governo Militar, visando a atender aos propósitos da Revolução, de 31 de março de 1964, invocava as razões, da urgência ou do interesse público relevante, todas as vezes que pretendia, de forma rápida e eficiente, disciplinar determinada matéria por meio de uma espécie normativa.

É claro que qualquer matéria que mereça ser objeto de uma lei apresenta um interesse público relevante, pois se a questão fosse irrelevante jamais seria erigida como norma jurídica. Da mesma forma, o termo “urgência” era empregado em sentido subjetivo, segundo os critérios políticos que norteavam os ditames revolucionários.

Ao dissertar sobre os pressupostos do decreto-lei, Brasilino Pereira dos Santos afirma que:

*Argumentava-se que seria necessário um interesse público tão relevante que as circunstâncias não permitissem fosse trilhado o percurso do processo legislativo normal. O certo é que esta cláusula, tal a sua magnitude, não era susceptível de fácil aferição dentro de critérios objetivos para avaliar da existência ou não de um tal interesse público relevante ...[...] E esta cláusula de urgência sempre foi tida também como uma cláusula de conteúdo bastante vago e indeterminado. Tanto que a Constituição portuguesa de 1976, depois de mais de um século de experiência constitucional na convivência com os decretos-leis, retirou esta cláusula aparentemente limitativa do poder de editar atos normativos, criando outras formas de limitação quanto à matéria. [...] Mas a doutrina tem tentado encontrar um limite para esta urgência, explicando que ela existirá*

*apenas quando certa medida tiver de ser tomada tão rapidamente que o processo legislativo mais abreviado possível não a possa suprir*<sup>53</sup>.

### 1.3 Limites materiais

O decreto-lei encontrava, como seu primeiro obstáculo, a impossibilidade de ser utilizado em casos onde houvesse aumento de despesa. A par disso a sua adoção encontrava limites quanto às matérias que poderiam ser disciplinadas por este instituto.

Já se disse que o decreto-lei só poderia tratar de questões relacionadas à *segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias* e finalmente a *criação de cargos públicos e fixação de vencimentos*.

A questão que surge seria a de como acomodar a utilização dos decretos-leis, para criação de cargos e fixação de vencimentos, notadamente se implicasse a majoração dos vencimentos dos servidores públicos, com a vedação do *caput* do artigo 55 que impedia o aumento de despesas.

A solução constitucional e legal para atender os dois limites foi encontrada por Celso Bastos, que bem observou duas formas para harmonizar os requisitos:

*De um lado, pela criação de cargos honoríficos, não remunerados. De outro, pela circunstância de o próprio decreto-lei instituidor do cargo público eliminar algum dispêndio anteriormente previsto, por exemplo, com outros cargos públicos que o próprio decreto-lei extinga, de tal sorte que, computados os gastos e as economias criadas, não surja aumento de despesa.*<sup>54</sup>

Em relação ao inciso II, que originariamente permitia a expedição de decreto-lei apenas sobre *finanças públicas*, percebe-se que o Presidente da República encontrava limitação frontal, na expedição de decretos-leis que regulamentassem os tributos, vetando, eventualmente sua majoração. Daí a modificação no texto da Constituição de 1967,

<sup>53</sup> SANTOS, B. *As medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr, 1993. p. 276-277.

<sup>54</sup> BASTOS, C. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: EDUC, 1976. p. 127.

com a inclusão no referido inciso, do permissivo de utilização dos decretos-leis, para disciplinar as matérias relativas a *normas tributárias*.

Por fim, deve-se analisar a limitação referente à *segurança nacional*, pois, da mesma forma que a urgência e o interesse público relevante, a citada expressão é por demais abrangente para identificar um significado concreto, ou seja, o que seria segurança nacional?

É claro que do ponto de vista de um governo revolucionário, qualquer ação ou matéria que viesse de encontro aos objetivos do governo militar seria, obviamente, uma questão de segurança nacional e, portanto, passível de normatização sem a participação prévia do Congresso Nacional, bastando, para tanto, a expedição de um decreto-lei.

Assim, pode-se imaginar que qualquer assunto, divergente das finanças públicas, das normas tributárias, da criação de cargos ou da fixação de vencimentos, poderia ser objeto de decreto-lei por tratar-se de questão relativa à *segurança nacional*.

Entretanto, como lembra Alexandre Mariotti, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de analisar, além dos *pressupostos constitucionais de caráter positivo*, referidos no item anterior, também a questão da *segurança nacional*<sup>55</sup>.

*No mesmo julgamento em que se repeliu a possibilidade de revisão judicial do juízo político de urgência ou de interesse público relevante, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não havia discricionariedade do Presidente da República e do Congresso Nacional no que respeita ao conceito de 'segurança nacional'. Este se encontra delimitado na própria Constituição, e, ainda que seu conteúdo fosse elástico, não o era a ponto de acomodar 'assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários'*.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> MARIOTTI, A. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 60.

<sup>56</sup> *Idem*.

Na verdade, tanto os pressupostos positivos ou negativos, como os limites materiais impostos pelo Poder Constituinte, para a edição do decreto-lei, nos termos do art. 55, da Emenda Constitucional nº 1/69, eram dotados de tal subjetividade na sua interpretação, que permitia ao Presidente da República legislar, quase que plenamente, e, por meio de normas com vigência imediata, sem ter que submeter os projetos de lei a um Congresso Nacional que, diante das circunstâncias da época, só existia e encontrava sua legitimação no próprio governo militar, como ficou bem assentado no preâmbulo do Ato Institucional de 9 de abril de 1964, cujo texto enunciava que:

*... Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha revestida a revolução vitoriosa, resolvemos igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.*

*Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação<sup>57</sup>.*

#### 1.4 A apreciação do decreto-lei pelo Congresso Nacional e o controle pelos Poderes Legislativo e Judiciário

O Presidente da República encontrou no decreto-lei o instrumento de plena eficácia para a solução das questões que deveriam ser normatizadas, ou então que, já sendo

<sup>57</sup> CAMPANHOLE, A. e CAMPANHOLE, H. *Atos institucionais, atos complementares, leis complementares*. São Paulo: Atlas, 1971. p. 10.

objeto de lei, não recebiam da chefia do Poder Executivo a necessária aquiescência. Isso porque o decreto-lei, ao ser expedido, tinha vigência imediata com a sua mera publicação, não carecendo de qualquer manifestação do Poder Legislativo, o qual só se pronunciaria *a posteriori*.

O primeiro efeito da expedição do decreto-lei era a suspensão de eventual lei em vigor e, o segundo, verificava-se com a definitividade dos atos praticados durante a sua vigência, que se perpetuariam, ainda que houvesse rejeição do Congresso Nacional.

O decreto-lei, após a sua publicação, era encaminhado pelo Presidente da República ao Congresso, para verificação dos pressupostos constitucionais da *urgência* ou do *interesse público relevante*, bem como, dos limites materiais impostos pelo Constituinte.

Como ressaltado no item anterior, o Congresso Nacional estava vivendo um momento difícil e conturbado da história nacional, pois seus poderes estavam expressa e tacitamente tolhidos a tal ponto que o Presidente da República podia, com fundamento no art. 2º, do Ato Institucional nº 5, de 13/12/68, determinar o recesso do Congresso Nacional a qualquer momento e pelo período que entendesse conveniente.

O Congresso Nacional, ao receber o decreto-lei, não tinha permissão para oferecer qualquer emenda ao seu texto, cabendo-lhe apenas deliberar sobre sua aprovação ou rejeição integral. Tal afirmação decorre da própria proibição de oferecimento de *emendas* ao decreto-lei, cabendo ao Congresso Nacional aprová-lo ou rejeitá-lo totalmente.

Assim, ainda que o Congresso Nacional considerasse o teor do decreto-lei em parte plausível, necessário e até urgente, só lhe cabia a posição de aprová-lo, integralmente, com as imperfeições detectadas, ou de rejeitá-lo totalmente, ainda que ele pudesse conter normas necessárias ao convívio social.

Além do controle exercido pelo Poder Legislativo, quando da verificação dos pressupostos para a aprovação ou não do decreto-lei, ele também estava sujeito ao controle posterior do Poder Judiciário.

A questão do controle de constitucionalidade pelos Poderes Legislativo e Judiciário e, ainda, pela Administração Pública, foi objeto de análise naquele momento da história constitucional brasileira, pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Celso de Mello Filho, na sua Constituição Federal Anotada que, com fundamento em renomados doutrinadores nacionais, ensinou que:

*A inconstitucionalidade do decreto-lei não é causa obstativa de seu conhecimento pelo Congresso Nacional. Não se pode alega-la como motivo justificador de um pedido de retirada do decreto-lei. Primeiro, porque eventual aprovação do decreto-lei pelo Congresso Nacional não terá o condão de expungí-lo desse supremo vício jurídico. Segundo, porque sempre será possível a rejeição de ato editado pelo Presidente da República. E, nesse caso, em se tratando de decreto-lei inconstitucional, tornar-se-á inaplicável a regra consubstanciada no art. 55, § 2º, da Carta Federal.*

*Essa é a lição dos doutos. Para GERALDO ATALIBA, '...o decreto-lei, do nosso sistema, depende, para sua validade, de pressupostos taxativos e restritivos, que funcionam como cláusula vinculante do órgão que o produz, o Presidente da República. Por isso mesmo, o decreto-lei é sujeito ao duplo crivo do Congresso e do Judiciário. Ambos podem impugná-lo, por inobservância dos pressupostos constitucionais. Se entenderem que estes não se verificaram, o decreto-lei será reprovado (pelo Congresso) ou declarado nulo (pelo Judiciário). Mas, a apreciação parlamentar do decreto-lei não é somente jurídica. É também e principalmente – política (...).*

*Note-se que o Judiciário – a que incumbe examinar só sob a perspectiva jurídica, munido exclusivamente de critérios dogmáticos, tais atos normativos – não é, no caso, obrigado a aceitar o veredito positivo do Congresso, quando o decreto infrinja os requisitos constitucionais... '(O decreto-lei na Constituição de 1967, Revista dos Tribunais, 1967, p. 27 e 29).*

*Ressalte-se, ainda, que a aplicabilidade do decreto-lei inconstitucional, aprovado ou não pelo Congresso Nacional, pode ser*

*recusada pela Administração Pública. Como se sabe, é lícito ao Poder Executivo recusar-se a cumprir leis e atos normativos que considere eivados de inconstitucionalidade, ressalvado, sempre, o exame posterior pelo Judiciário. Esse tem sido o entendimento da jurisprudência (v. RT, 354:153, 358:130, 361:300, 374:153, 384:91; RDA, 56:295, 85:212, 140:49; RTJ, 2:386, 3:760, 32:134, 33:336, 41:669, 96:496) e da doutrina (v. JOSÉ FREDERICO MARQUES, RDA, 81:466; CAIO TÁCITO, RDA, 59:344; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, RDA, 82:383).*

*Portanto, é legítima a recusa do Executivo em aplicar ou continuar aplicando normas integrantes de decreto-lei inconstitucional, quer já tenha sido ou não, apreciado pelo Congresso Nacional.*

*O descumprimento de normas inconstitucionais traduz, em cada caso ocorrente, hic et nunc, o exercício efetivo da guarda da Constituição, que também incumbe ao Poder Executivo. A relação de verticalidade, que deve existir entre normas revestidas de positividade desigual, conduz, necessariamente, ao desprestígio das regras de direito ofensivas e vulneradoras da ordem constitucional estabelecida*

38

Entretanto, apesar da existência de órgão de controle dos pressupostos constitucionais da expedição dos decretos-leis, a sua atuação encontrava óbice político para ser plena e exercida de forma eficaz, uma vez que o autor do decreto-lei, além de exercer a Chefia do Poder Executivo, também era o Comandante das Forças Armadas. Além disso, detinha, por força da Revolução de 31 de março de 1964, o Poder Constituinte e, conseqüentemente, o poder de utilizar as normas de exceção previstas nos Atos Institucionais, como decretar o recesso do Congresso Nacional (art. 31 do AI nº 2, de 27-10-1965), aposentar magistrados (art. 14 do AI nº 2/65) ou suspender os direitos políticos dos cidadãos e cassar mandatos legislativos (art. 15 do AI nº 2/65), na hipótese de os Poderes Legislativo e Judiciário criarem, continuamente, obstáculos ao pleno uso dos decretos-leis.

<sup>38</sup> MELO FILHO, J. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 213-214.

O decreto-lei foi definitivamente abolido do regime constitucional brasileiro, em 03 de setembro de 1988, pelo art. 25, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a conversão dos decretos-leis editados a partir daquela data em medidas provisórias, instrumento normativo que foi previsto no art. 62, da Constituição promulgada em 5 de outubro daquele ano. O art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias também fixou prazo de 180 dias para que o Congresso Nacional apreciasse os decretos-leis editados até 02 de setembro de 1988, sob pena de rejeição e quanto aos decretos-leis posteriores determinou a sua conversão em medidas provisórias.<sup>59</sup>

## 2 As Medidas Provisórias

### 2.1 Noções

A Emenda Constitucional Nº 26, de 27 de novembro de 1985, foi promulgada após o fim do período de governo militar, e, atendendo às aspirações dos movimentos sociais, que lutavam pela redemocratização do Estado brasileiro, acolheu a tese da *Constituinte* e, em seu Art. 1º<sup>60</sup> convocou a Assembléia Nacional Constituinte, visando à elaboração de uma nova Constituição para o Brasil, cujos princípios democráticos do estado de direito removeriam, definitivamente, normas, princípios e dogmas que vigoraram durante duas décadas de regime militar.

Durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte percebeu-se a necessidade de conceder ao Presidente da República um instrumento normativo que possibilitasse sua utilização em casos de extrema necessidade e urgência.

<sup>59</sup> § 1º Os decretos-leis em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; II – decorrido o prazo definido no inciso anterior, e não havendo apreciação, os decretos-leis ali mencionados serão considerados rejeitados; III – nas hipóteses definidas nos incisos I e II, terão plena validade os atos praticados na vigência dos respectivos decretos-leis, podendo o Congresso Nacional, se necessário, legislar sobre os efeitos dele remanescentes.

§ 2º Os decretos-leis editados entre 3 de setembro de 1988 e a promulgação da constituição serão convertidos, nesta data, em medidas provisórias, aplicando-se-lhes as regras estabelecidas no art. 62, parágrafo único.

<sup>60</sup> Art. 1º Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de

É certo que os constituintes temiam o retorno do decreto-lei, cuja utilização indiscriminada pelos governos militares retirou do Congresso Nacional, durante duas décadas, a plena liberdade de exercer sua função legislativa. Todavia, prevaleceu a tese de que o Presidente da República deveria dispor de um instrumento constitucional para solucionar as situações excepcionais. Daí a introdução da medida provisória, no art. 62, do Texto Constitucional, cuja redação muito se assemelha à do *decreto legge*, previsto no art. 77, da Constituição da Itália de 1947<sup>61</sup>.

A redação inicial do art. 62 da Constituição Federal enunciava que:

*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, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

*Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

Entretanto, os Presidentes da República, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passaram a fazer uso de maneira desenfreada da medida provisória como instrumento, tanto para implementar projetos governamentais de suma importância e urgência, quanto para disciplinar, também, questões de pouca relevância e nenhuma urgência.

Joel de Menezes Niebuhr assinala que

*... da promulgação da Constituição de 1988 até o dia 11 de setembro de 2001, data da promulgação da emenda Constitucional nº 32, foram editadas originariamente 616 (seiscentas e dezesseis) medidas*

---

seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>61</sup> Ver Capítulo IV, item 1.1.

*provisórias, acrescidas de 5.513 (cinco mil, quinhentas e treze) reedições, o que totaliza 6.102 (seis mil, cento e duas) medidas provisórias<sup>62</sup>.*

Os números citados demonstram que o Poder Executivo havia de fato assumido a função de ser o principal editor de normas em flagrante afronta ao princípio da separação dos poderes, cuja função típica para legislar foi atribuída ao Poder Legislativo. Nesse contexto, o Congresso Nacional visando a limitar os poderes do Presidente da República no que se refere à adoção das medidas provisórias, promulgou, em 11 de setembro de 2001, a Emenda Constitucional nº 32, que alterou substancialmente a redação do art. 62 da Constituição Federal, introduzindo-lhe doze parágrafos. Eis o texto:

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

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

*I- relativa a:*

*a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;*

*b) direito penal, processual penal e processual civil;*

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

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

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

*III- reservada a lei complementar;*

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

<sup>62</sup> NIEBUHR, J. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 11.

§ 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 o 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.*

## 2.2 Natureza jurídica

O artigo 59, inciso V, da Constituição Federal, arrola as medidas provisórias dentre as demais espécies normativas elaboradas mediante processo legislativo. Entretanto, figurar naquela enumeração, ao lado das leis complementares, das leis ordinárias e das leis delegadas, por si só, não lhe conferiu a natureza de lei, visto que o Constituinte atribuiu-lhe tão somente a *força de lei*.

Aliás, José Afonso da Silva, que participou dos estudos para elaboração da nossa Constituição, afirma que:

*As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto, ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88<sup>63</sup>.*

<sup>63</sup> SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 522.

A medida provisória, ao ser publicada, tem vigência imediata e força de lei, de modo que sua observância e eficácia geram efeitos *erga omnes*.

Além disso, por ter força de lei, suspende a eficácia da legislação em vigor que conflite com suas normas, mas não revoga a lei, pois ainda é provisória e sua introdução definitiva no ordenamento jurídico está condicionada a aprovação pelo Congresso Nacional.

O artigo 62, em seu § 3º, foi expresso no sentido de que as medidas provisórias perdem a eficácia desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável uma única vez por igual período. Denota-se que o Constituinte exigiu, como requisito, para a validade das normas contidas na medida provisória, que esta fosse convertida em lei e, portanto, só será lei e produzirá efeitos definitivos no momento em que o Poder Legislativo conceder-lhe aquiescência.

A questão da natureza jurídica da medida provisória tem sido objeto de intenso debate na doutrina, com posições no sentido de que ela é um ato administrativo e, em sentido contrário, que defendem ser um ato de natureza legislativa.

Marco Aurélio Greco defende posição afirmando que a medida provisória é um ato administrativo, cujos argumentos, dada a clareza como são colocados, seguem:

*A medida provisória em si mesma é um ato do Poder Executivo editado sem a participação do Poder Legislativo. Isto já seria suficiente para descaracterizá-la como 'lei' pois esta é, por definição, um ato complexo em que se tem a participação de ambos os Poderes. Aliás, cabe lembrar que, a teor do art. 44 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional.*

*Quanto à sua natureza, não difere de um decreto, igualmente oriundo do Poder Executivo. A competência em que ele se apóia não é legislativa em sentido técnico. Se fosse uma competência para legislar, isto negaria a separação de Poderes, confundiria suas funções e não explicaria o desfazimento integral da medida provisória caso não convertida em 30 dias.*

*A isto se acrescenta que, nos termos do art. 62, a medida provisória é 'convertida' em lei. Logo, em si mesma, não é lei, pois não se converte o que já é. Note-se, ademais, a título meramente ilustrativo, que as medidas provisórias vem sendo publicadas no Diário Oficial como 'Atos do Poder Executivo' e não como 'Atos do Poder Legislativo' o que, embora não seja decisivo para uma análise jurídica, é indicativo da maneira pela qual é concebida.*

*Aliás, ao se analisar as medidas provisórias, creio ser fundamental ter presente a profunda diferença que existe entre as mesmas e o antigo decreto-lei brasileiro. Em relação a este poder-se-ia concluir ser um ato emanado no exercício de competência legislativa, pois ao Congresso Nacional caberia apenas afastar sua aplicação para o futuro. Isto implicava desde a sua publicação, já se ter uma disciplina definitiva.*

*Em se tratando da medida provisória, a situação é completamente diversa. As normas editadas desaparecem totalmente do ordenamento jurídico caso não se dê a conversão.*

*Não vejo como, então, se possa falar em ato de natureza legislativa. A medida provisória, tal como prevista no art. 62 da Constituição Federal-88, é na verdade um ato administrativo geral editado pelo Presidente da República em razão da situação constitucional descrita. Quanto ao órgão de emanção é administrativo; quanto à função que lhe dá origem é igualmente a de gerir os interesses nacionais, o que já se chamou de função de governo.<sup>64</sup>*

Clémerson Merlin Clève defende posição no sentido de que a medida provisória não pode ser confundida com mero ato administrativo assinalando que

*Aceitar a medida provisória como "negotiorum gestio" significa fugir do esquema jurídico proposto pelo Constituinte. Isso para não falar na impropriedade da utilização de conceitos próprios de um tronco da ciência do direito para explicar institutos de outro.*

*Também não se pode admitir substanciem as medidas provisórias, como pretende ESPOSITO, meras providências de fato, embora com força de lei, determinadas pela urgência e necessidade. As medidas provisórias integram, afinal, o sistema de fontes formais do Direito (antes de fato, consistem em ato legislativo). Não constituem, por outro lado, mera iniciativa (projeto) de lei com força de lei – sim, porque a deflagração do processo legislativo traduz consequência da adoção da medida (não se identificando com ela mesma) – nem podem ser ato administrativo com força de lei. Os administrativos, mesmo os normativos (como os regulamentos), no Direito brasileiro, são atos subordinados, incidentes sobre o universo de execução da lei. Por esta razão não podem ter força de lei ou capacidade de inovar, originariamente, a ordem jurídica. Ora, admitir que um ato administrativo possa produzir força de lei importa agredir os postulados nucleares do regime administrativo do Estado Democrático de Direito<sup>65</sup>.*

Ao abordar o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello acentua cinco distinções que marcam nítida diferença entre as leis e as medidas provisórias, argumentando que as últimas se caracterizam por ser

*excepcionais, efêmeras, precárias, suscetíveis de perder eficácia desde o início e cabíveis apenas ante questões relevantes que demandem urgente suprimento e diante disso conclui que as medidas provisórias só podem ser expedidas quando: a) situação muito grave demande providências imediatas, que tenham de ser tomadas 'incontinenti' i pena de perecimento do interesse público que devem suprir e b) a natureza da medida seja compatível com a fragilidade inerente ao seu caráter efêmero e precário<sup>66</sup>.*

<sup>64</sup> GRECCO, M. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 14-16.

<sup>65</sup> CLÈVE, C. *Medidas provisórias*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 53-54.

<sup>66</sup> *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, de vida curtíssima, enquanto as leis, além de perdurarem normalmente por tempo indeterminado, quando temporárias têm seu prazo por elas mesmo fixado, ao contrário das medidas provisórias cuja duração máxima já está preestabelecida na constituição: 30 dias.*

O Supremo Tribunal Federal, em Acórdão relatado pelo eminente Ministro CELSO DE MELLO, aborda a questão da natureza jurídica da medida provisória nos seguintes termos:

*As medidas provisórias configuram no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei.*

*Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar – e advertir – que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-se em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional.*

*O que justifica a edição das medidas provisórias é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio "periculum in mora" que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.*

*A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade normativa, a partir do momento em que – observada a*

*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 aprecia-las, em contraste com a lei cuja persistência só depende do próprio órgão que as 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 da urgência. (MELO, C. Perfil constitucional das medidas provisórias. In Revista de Direito Público nº 95, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 29)*

*disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido no poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional.*

*Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, é insubstituível e é insuprimível. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação no DO, subtraem-se ao poder de disposição do presidente da República e ganham, em consequência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu.<sup>67</sup>*

A matéria passou a ter novo contorno com a redação dada ao art. 62 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 32. Apesar do exíguo prazo de duração da medida provisória (sessenta dias, prorrogável por uma vez, por igual período) é possível que os seus efeitos perdurem indefinidamente mesmo que ela não seja convertida em lei pelo Congresso Nacional. Tal decorre como consequência da não expedição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional no prazo de sessenta dias após a rejeição da medida provisória, a teor do disposto no § 11 do citado artigo.

Assim, depreende-se que não se pode conceber, atualmente, a medida provisória, como um mero ato administrativo, já que seus efeitos, em relação a casos pretéritos, poderão perdurar por força do decurso do prazo de sessenta dias de omissão do Congresso Nacional em aprovar o decreto legislativo para regulamentar as situações jurídicas decorrentes da medida provisória rejeitada.

Denota-se, portanto, que a medida provisória constitui uma espécie normativa excepcional, pois diante da ocorrência dos pressupostos de *urgência e relevância*, poderá ser editada pelo Chefe do Poder Executivo, com vigência imediata e sem qualquer participação prévia do Poder Legislativo, a quem caberá debater, modificar e deliberar sobre a medida provisória, convertendo-a em lei caso conte com a aquiescência das Casas do Congresso Nacional.

## V A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

### 1 Considerações gerais

O Constituinte disciplinou a medida provisória no art. 62 e em seu parágrafo único da Constituição Federal, e o fez de forma muito concisa, estabelecendo o órgão expedidor do ato; os pressupostos circunstanciais para sua adoção; o período de validade e sua eficácia e o órgão encarregado de converter a medida provisória em lei ou então disciplinar as relações jurídicas havidas no período e sob a sua égide, em caso de rejeição.

Assim, coube aos Poderes Executivo e Legislativo, e principalmente à doutrina e à jurisprudência, interpretar o texto instituidor da medida provisória e disciplinar sua perfeita utilização, já que pelo caráter excepcional, o instituto deveria se conformar ao Estado Democrático de Direito.

É certo que se as medidas provisórias fossem raramente editadas, e apenas em situações excepcionais, como aconteceu em 22 de maio de 2001, com a edição da Medida Provisória nº 2.148-1<sup>68</sup> por ocasião da crise energética, sua utilização seria fácil de ser compreendida e absorvida pela população e mesmo pelos estudiosos do direito, ainda que o seu conteúdo fosse objeto de polêmico embate judicial, uma vez que o seu art. 25 suspendeu a vigência de normas do Código de Defesa do Consumidor<sup>69</sup>.

Entretanto, a adoção das medidas provisórias de forma desenfreada pelos Governos, obrigou os doutrinadores, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e os parlamentares das duas Casas do Congresso Nacional a procurarem formas de conter esta avalanche de atos normativos provisórios, cuja reedição intermitente, durante anos, levava à perpetuidade da medida que, na prática, acabava por deixar de ser provisória.

---

<sup>67</sup> ADInconst 293-7/600 – DF – T. Pleno – j. 6.6.90 – DJU 16.4.93 (RT 700/221)

<sup>68</sup> Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.

<sup>69</sup> Art. 25. Não se aplica a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, em especial os seus arts. 12, 14, 22 e 42, às situações decorrentes ou à execução do disposto nesta Medida Provisória e das normas e decisões da GCE.

Além disso, a utilização do instrumento para disciplinar o sistema monetário, como aconteceu com a edição da Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989<sup>70</sup>, adotada pelo Presidente José Sarney para instituir o cruzado novo ou mesmo da Medida Provisória nº 168<sup>71</sup>, de 15 de março de 1990, que alterou a moeda para cruzeiro, são exemplos claros da definitividade de tais medidas pela impossibilidade material, financeira, econômica e social de serem rejeitadas.

A medida provisória que confiscou os ativos financeiros editada pelo Governo Collor, constitui o melhor exemplo da impossibilidade de rejeição do ato normativo pelo Congresso Nacional, pois decorrido o prazo constitucional de trinta dias para sua apreciação, o Congresso Nacional jamais e, em hipótese alguma, conseguiria disciplinar todas as relações jurídicas que a sociedade suportou, decorrentes do malfadado ato de governo.

Diante deste quadro, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 32, em 11 de setembro de 2001, visando a disciplinar o tempo de vigência da medida provisória – propondo sessenta dias, prazo que poderá ser prorrogado pelo mesmo período por uma única vez. Além disso, vedou a adoção de medidas provisórias em relação às matérias arroladas no § 1º, do art. 62 da Constituição Federal, além de proibir a reedição das medidas provisórias na mesma sessão legislativa.

A Emenda Constitucional modificou o processo de tramitação da medida provisória criando uma comissão mista para verificar o atendimento dos pressupostos constitucionais e estabeleceu o prazo de quarenta e cinco dias para que as Casas do Congresso Nacional, separadamente, apreciassem a medida provisória, sob pena de elas passarem a tramitar em regime de urgência e, nesta condição, de impedir a deliberação de outras matérias pela Casa Legislativa em que estiver sendo apreciada.

---

<sup>70</sup> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei: Art. 1º Passa a denominar-se cruzado novo a unidade do sistema monetário brasileiro, mantido o centavo para designar a centésima parte da nova moeda. § 1º O cruzado novo corresponde a um mil cruzados.

<sup>71</sup> O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte medida provisória, com força de lei: Art. 1º Passa a denominar-se cruzeiro a moeda nacional, configurando a unidade do sistema monetário brasileiro.

Não obstante as limitações contidas na Emenda Constitucional nº 32, a medida provisória poderá ter vigência por tempo superior a cento e vinte dias, uma vez que o prazo para o término de sua vigência fica suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. Além disso, os seus efeitos, ainda que ela seja rejeitada expressamente, poderão tornar-se definitivos por força do disposto no art. 62, § 11 da Constituição Federal.

## **2 A Medida provisória em tramitação na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32**

O art. 2º da Emenda Constitucional nº 32 estabelece regra de transição para as medidas provisórias originais ou reeditadas que estivessem em vigência no dia 11 de setembro de 2001, ao dispor que:

*As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.*

A nova redação dada ao art. 62 da Constituição Federal fez com que o Congresso Nacional estabelecesse novo procedimento de tramitação para apreciar as medidas provisórias com a edição, em 08 de maio de 2002, da Resolução nº 1, de 2002 – CN.

Em relação às medidas provisórias que estavam em vigência na data da promulgação da citada emenda constitucional, a mencionada Resolução do Congresso Nacional, em seu art. 20, manteve as Comissões Mistas e convalidou as emendas e os pareceres aprovados pelas respectivas Comissões, bem como, determinou que continuasse a ser observado, para esses casos, o anterior procedimento previsto na Resolução nº 1, de 1989-CN.

Deve-se observar com preocupação que o Congresso Nacional tenha convalidado por meio de norma os pareceres aprovados nas Comissões Mistas, uma vez que o art. 62, em seu parágrafo primeiro, veda a adoção de medida provisória em relação às matérias que são enumeradas em seus incisos. Assim, eventuais medidas provisórias que

estivessem em vigor, mas cujo conteúdo disciplinasse matéria vedada, como por exemplo, normas de direito penal, processual penal e processual civil, passam a ser consideradas inconstitucionais por contrariarem expressamente a alínea “b”, do inciso I, do mencionado parágrafo.

Todavia, por força do disposto o art. 2º da EC nº 32/2001, artigo este, que alias não foi incorporado ao texto da Constituição Federal, as medidas provisórias, ainda que inconstitucionais, continuariam em vigência até serem revogadas por outra medida provisória ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, ou ainda, por decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade.

### 3 Pressupostos da medida provisória

O Constituinte atribuiu ao Presidente da República a competência para adotar medidas provisórias, conforme disposto nos arts. 62 *caput* e 84, inc. XXVI da Constituição Federal, desde que atendidos os pressupostos de urgência e relevância.

Ao expedir a medida provisória, o Presidente da República deverá submetê-la de imediato ao Congresso Nacional. A redação originária do artigo 62 da Constituição Federal atribuía extrema importância a este ato formal de submissão da medida provisória ao Congresso Nacional, uma vez que determinava, da mesma forma que nos casos de decretar a intervenção (art. 36, § 2º da CF), o estado de defesa (art. 136, § 5º da CF) e o estado de sítio (art. 137, § 2º da CF), a convocação extraordinária do Congresso Nacional, no prazo de cinco dias, caso estivesse em recesso. Atualmente não existe mais a obrigação de convocar o Congresso Nacional para apreciar a medida provisória em caso de edição durante os períodos de recesso, uma vez que a exigência foi suprimida do *caput* do art. 62 da Constituição Federal.

De fato, a Emenda Constitucional nº 32, ao estabelecer que o prazo de vigência da medida provisória, cujo termo inicial ocorreu com a sua publicação, permanecerá suspenso durante os períodos de recesso do Congresso Nacional, afastou a necessidade de convocação extraordinária. Tal dispositivo, sem dúvida, minimizou a importância do pressuposto constitucional da *urgência*, na medida que o ato normativo editado pelo Poder

Executivo não justifica mais interromper o período de recesso dos congressistas. Em outras palavras o Presidente da República fica absolutamente livre para legislar por meio de medidas provisórias nos períodos de 1º a 31 de julho e de 16 de dezembro a 14 de fevereiro.

Nada impede, porém, que o Presidente da República, diante de situação de excepcional urgência ou de interesse público relevante, convoque o Congresso Nacional com fundamento no art. 57, § 6º, II, da Constituição Federal.

Convém observar, que apesar de não ser necessária a convocação do Congresso Nacional na época da edição da medida provisória, caso haja sessão legislativa extraordinária, as medidas provisórias em tramitação serão automaticamente incluídas na pauta da convocação, conforme disposto no art. 57, § 8º, da Constituição Federal. Todavia, as medidas provisórias que estiverem com o prazo de 45 dias vencido assumirão a posição de destaque na ordem do dia, mesmo em relação às matérias que deram causa à própria convocação extraordinária.

O Presidente da República, ao adotar a medida provisória, deverá observar os pressupostos constitucionais da *urgência e relevância*, os quais já foram objeto de breve exposição no estudo do decreto-lei. Tais pressupostos, no contexto das medidas provisórias, continuam a apresentar os mesmo problemas de interpretação do seu antecessor, ou seja, por serem termos vagos e subjetivos permitem ao chefe do Poder Executivo dar um contorno amplo na aferição das questões que considera urgente e relevante e, portanto, passíveis de serem disciplinadas por meio de medida provisória.

É certo que, ao contrário do decreto-lei, o Constituinte duplicou a exigência para a adoção da medida provisória, pois já não basta apenas que a matéria a ser normatizada seja relevante, mas que também seja urgente a necessidade de sua regulamentação, por meio de um ato normativo, editado e exigível de imediato, sem a participação dos representantes do povo, na Câmara dos Deputados, ou dos representantes dos Estados, no Senado Federal.

Para Carlos David Santos Aarão Reis

... '*relevante*' significa saliente, importante, aquilo que importa ou é preciso. Não se trata, portanto, de um elemento

*descritivo na norma jurídica constitucional, mas sim de uma regra da Constituição contendo um conceito de valor, um conceito normativo. Ou seja: conceito cuja aplicação depende de uma avaliação, de um juízo de valor. Tais conceitos exigem do aplicador não juízos de realidade (de percepção ou 'teóricos'), mas sim uma 'Stellungnahme', uma 'tomada de posição', implicam uma 'ruptura da indiferença', na expressão de um filósofo, requerem dele uma abandono da passividade, em suma, um juízo crítico-valorativo. Conceitos desta espécie só podem revelar-se com auxílio de um juízo de valor que os preencha. São mais ou menos abertos. O legislador não os moldou até o fim. [...] com isto se quer dizer que o volume normativo destes conceitos tem que ser preenchido com valorações em cada caso concreto*<sup>72</sup>.

Clèmerson Merlin Clève entende que é digno de relevância

*aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização do interesse público. 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*<sup>73</sup>.

Importante observar que o termo *relevância*, utilizado pelo Constituinte, apresenta conotação especial, pois, em princípio, presume-se que os atos editados pelo

<sup>72</sup> REIS, C. *Medida provisória: relevância e urgência como seus pressupostos*. In Revista Trimestral de Direito Público n° 18. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 62-63.

<sup>73</sup> CLÈVE, C. *Medidas provisórias*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 69-70.

Presidente da República, no exercício de suas atribuições constitucionais são, salvo exceção, relevantes.

Desta forma, deve-se perquirir qual o sentido da palavra *relevância* utilizado no art. 62 da Constituição Federal, que permite ao Chefe do Executivo a utilização da referida espécie normativa.

A medida provisória ao ser editada pelo Poder Executivo consubstancia uma norma geral e abstrata, com eficácia plena e cuja perpetuidade depende apenas de sua conversão em lei, e é, sem dúvida, um ato excepcional, com poder constitucional que favorece o desempenho da atividade própria do Poder Executivo, pois de forma imediata e sem qualquer dependência da burocracia do Poder Legislativo (cercada de debates, emendas e negociações) atinge seus objetivos administrativos e governamentais.

Assim, o Poder Constituinte instrumentalizou o Poder Executivo para que, em situações urgentes e, principalmente, de *relevância*, pudesse subverter o processo democrático de elaboração da norma geral e abstrata impondo à sociedade medida com força de lei de vigência imediata e obrigatória.

Ora, a subversão normal do processo de criação da norma, em afronta ao processo democrático de elaboração da lei pelo Poder Legislativo, implica, obviamente, que tal atitude só poderá ser deflagrada pelo Presidente da República em situação de máxima relevância.

Pode-se dizer, então, que a matéria considerada de *relevância*, para possibilitar a edição da medida provisória, será aquela referente a um fato novo e recente que passou a apresentar reflexos nas relações sociais e que pela sua magnífica importância e excepcionalidade justificaria a necessidade de *normatização imediata* apenas com a ação do Chefe do Poder Executivo, sem qualquer participação prévia do Poder Legislativo.

Mas, além da *relevância*, a adoção da medida provisória exige a ocorrência concomitante de outro pressuposto, qual seja, a *urgência*.

O Constituinte, ao redigir a Carta Magna, não utilizou expressões sem sentido ou com conotação subjetiva. Ao contrário, foi claro ao indicar expressamente o que era *urgência*, ou então, ao estabelecer prazos exíguos para determinadas situações excepcionais, ainda que não utilizasse propriamente o termo *urgência*. Celso Antonio Bandeira de Mello, após indagar qual o significado do termo “urgência”, e o que deve ser entendido como “urgente”, responde:

*Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora<sup>74</sup>.*

A Constituição Federal facultou ao Presidente da República, nos projetos de lei de sua iniciativa, caso entendesse que a matéria, dada sua relevância, merecesse brevidade na tramitação, pedir urgência, conforme disposto no art. 64, § 1º da Constituição Federal. O pedido constitucional de urgência impõe às Casas do Congresso Nacional o prazo de quarenta e cinco dias para que cada uma delas delibere sobre o projeto de lei, sob pena de o projeto permanecer na ordem do dia e, conseqüentemente, obstar a deliberação sobre outras matérias em tramitação na Casa Legislativa cujo prazo restou esgotado.

Assim, depreende-se que o termo *urgência*, utilizado como requisito para adoção de medidas provisórias, não se caracteriza como uma urgência qualquer, conforme a subjetividade do Presidente da República, ou seja, segundo sua conveniência e oportunidade, mas sim como um requisito de urgência constitucional, de modo que o Chefe do Poder Executivo, diante do problema a ser regulamentado não poderia aguardar a tramitação de um projeto de lei, ainda que este tramitasse pelo Congresso Nacional em regime de urgência.

No mesmo sentido, Carlos David Santos Aarão Reis defende que a medida provisória:

<sup>74</sup>. MELLO, C. *Perfil constitucional das medidas provisórias*. In Revista de Direito Público nº 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 29.

*...só poderá ser adotada com fundamento na 'urgência' se for impossível aguardar o decurso dos prazos mencionados (art. 64, §§ 1º e 2º, da CF). Apenas se a matéria da medida provisória necessitar regulamentação imediata, em prazo inferior ao mencionado, poderá o chefe do Executivo utilizar-se de tal instrumento, ficando caracterizada a urgência. Prescrevendo a Constituição prazos certos e exíguos para que o Legislativo aprecie projetos de lei remetidos pelo Executivo, só estará configurada a urgência para a adoção da medida provisória se não for possível a espera para disciplinar o assunto"*<sup>75</sup>.

Esta também é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello ao assegurar que a Constituição Federal estabeleceu, no art. 64, §§ 1º ao 4º, o parâmetro para a compreensão do significado do termo "urgência" do art. 62, ou seja, *não será em hipótese alguma configurável como urgente aquilo que possa aguardar, sem comprometimento do interesse público, o prazo necessário para que o Congresso Nacional aprecie projeto de lei de iniciativa do Executivo para o qual aja solicitado o regime de tramitação urgente*<sup>76</sup>.

Mas o fato é que os pressupostos constitucionais da urgência e relevância nunca foram objeto de controle mais acurado pelo Congresso Nacional ou mesmo pelo Poder Judiciário, que sempre entenderam ser esta uma questão política a cargo da decisão do Presidente da República.

O Constituinte Reformador, ao editar a Emenda Constitucional nº 32, foi atento em melhor disciplinar este problema, pois além de manter os pressupostos constitucionais no *caput* do art. 62 da Constituição Federal, determinou expressamente que eles fossem objeto de controle de constitucionalidade pelas Casas do Congresso Nacional ao dispor, no citado artigo, que:

<sup>75</sup> REIS, C. *Medida provisória: relevância e urgência como seus pressupostos*. In Revista Trimestral de Direito Público nº 18. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 67.

<sup>76</sup> MELLO, C. *Perfil constitucional das medidas provisórias*. In Revista de Direito Público nº 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 30.

*§ 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.*

*§ 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.*

Diante disso, o exame dos pressupostos constitucionais da *relevância e urgência* no decorrer da tramitação da medida provisória perante o Congresso Nacional passou a constituir requisito formal para a constitucionalidade da conversão da medida provisória em lei.

A matéria foi disciplinada pelo Congresso Nacional ao editar a Resolução nº 1, de 2002, que dispôs sobre a apreciação das Medidas Provisórias. Diz a Resolução em seu artigo 2º, que:

*Nas 48 (quarenta e oito) horas que se seguirem à publicação, no Diário Oficial da União, de medida provisória adotada pelo Presidente da República, a Presidência da Mesa do Congresso Nacional fará publicar e distribuir avulsos da matéria e designará Comissão Mista para emitir parecer sobre ela.*

*§ 1º No dia da publicação da medida provisória no Diário Oficial da União, o seu texto será enviado ao Congresso Nacional, acompanhado da respectiva Mensagem e de documento expondo a motivação do ato.*

Percebe-se que o citado dispositivo impõe ao Presidente da República o dever de expor os motivos que o levaram a editar a medida provisória, notadamente no que se refere aos pressupostos constitucionais da relevância e urgência. A mensagem com a exposição dos motivos produzem efeito vinculativo do ato decisório do Presidente da República ao texto da medida provisória, de modo que os pressupostos da relevância e urgência constituem pré-requisitos para a apreciação do mérito da medida provisória.

Assim, não poderá o Presidente da República enviar o texto da medida provisória desacompanhado da motivação do ato, ou mesmo, alterar os motivos da adoção da medida provisória no curso de sua apreciação pelo Congresso Nacional, pois existe íntima vinculação entre eles e, como foi dito, os pressupostos constitucionais serão objetos de apreciação preliminar pela Comissão Mista e pelo plenário das Casas do Congresso Nacional antes do exame do mérito da medida provisória.

Eis aí um grande instrumento de controle político e jurídico colocado à disposição do Congresso Nacional para tentar minimizar a adoção de medidas provisórias sobre temas irrelevantes e sem qualquer urgência.

Além disso, a exposição dos motivos que levaram o Presidente da República a adotar a medida provisória também servirá para posterior controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário.

#### **4 Limites materiais para adoção das medidas provisórias**

##### **4.1 Considerações iniciais**

A Constituição, ao incorporar em seu texto, o instituto da medida provisória, o fez nos mesmos moldes do *decreto legge* italiano, ou seja, não esclareceu quais matérias poderiam ser objeto de regulamentação normativa por tal espécie normativa.

Como já exposto o antigo decreto-lei, previsto na Constituição de 1967, só era utilizado nas hipóteses de: (I) segurança nacional, (II) finanças públicas, inclusive normas tributárias; (III) criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, e desde que não houvesse aumento de despesas.

Mas o Constituinte preferiu apenas limitar a vigência da medida provisória em 30 dias e a submissão à apreciação do Congresso Nacional no prazo máximo de cinco dias, caso ele estivesse em recesso. De fato não havia sentido em limitar as matérias a serem disciplinadas por meio de medida provisória, pois, afinal, o Brasil estava em processo de redemocratização, com previsão de eleições diretas em todos níveis de governo, de modo que o Presidente em exercício e os futuros Presidentes eleitos, pela vontade de maioria absoluta

dos eleitores, certamente respeitariam o princípio da separação dos poderes, com o encaminhamento dos projetos de lei, e, só fariam uso da medida provisória em momentos excepcionais, cuja relevância e urgência da situação nacional não permitiriam ao Chefe do Poder Executivo resolver determinado problema, senão com a adoção da medida provisória.

Entretanto, após a promulgação da Constituição de 1988, os Chefes do Poder Executivo Federal passaram a utilizar-se rotineiramente da medida provisória, a exemplo do que faziam os seus antecessores com o decreto-lei durante o regime militar de 1964. E a medida provisória, de forma constante, passou a inovar o ordenamento jurídico em todas as matérias que o Presidente da República entendia estarem presentes os pressupostos da *urgência e relevância*, sem que houvesse qualquer limitação constitucional sobre quais assuntos poderiam ser disciplinados por ela e, em que circunstância seria permitida sua utilização e eventual reedição.

Com a edição constante de medidas provisórias pelos sucessivos chefes do Poder Executivo, o Congresso Nacional passou a se sentir usurpado, na prática, da sua condição de legislador ordinário e, ainda, prejudicado na sua atividade diária pela quantidade de medidas provisórias em tramitação.

Diante disso, e após longa negociação política com o Poder Executivo, o Congresso Nacional, na sua competência constituinte derivada, estabeleceu limites materiais para a adoção de medidas provisórias, ao promulgar a Emenda Constitucional nº 32, em 11 de setembro de 2001, que alterou o art. 62 da Constituição Federal.

Entretanto os limites não se circunscreveram apenas à proibição de adoção de medidas provisórias sobre algumas matérias, mas também abrangeram a questão da reedição e seu prazo de vigência.

Depreende-se, pela leitura da Constituição Federal, que além dos limites materiais para edição da medida provisória previstos em seu artigo 62, outros podem ser localizados no Texto Maior. Além disso, pode-se constatar que o sistema constitucional brasileiro também impõe limites implícitos para a utilização das mesmas medidas.

## 4.2 Limites materiais explícitos

A primeira limitação à utilização das medidas provisórias deu-se em 1º de março de 1994 com a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão nº 1, que acrescentou o art. 73, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo texto enuncia que:

*Na regulamentação do Fundo Social de Emergência não poderá ser utilizado o instrumento previsto no inciso V do art. 59 da Constituição.*

Mas a referida limitação constitucional foi ampliada em 15 de agosto de 1995, com a promulgação das Emendas Constitucionais nºs. 6 e 7, que introduziram o art. 246, cuja redação estabelece:

*É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.*

A limitação material contida no art. 246 da Constituição Federal foi de suma importância, pois, além de impedir que o Poder Executivo regulamentasse por meio de medidas provisórias as modificações introduzidas na Constituição Federal relativas a quebra do monopólio estatal, também vedava a regulamentação por medida provisória de qualquer matéria que constasse de dispositivo alterado por emenda constitucional promulgada a partir de 1º de janeiro de 1995. Assim, só restava ao Presidente da República oferecer projeto de lei para regulamentação de tais matérias, o qual seria objeto de regular tramitação no Poder Legislativo, permitindo amplo debate da matéria em pauta, inclusive com a participação de todos os seguimentos da sociedade.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 32 deu nova redação ao art. 246, da Constituição Federal, e estabeleceu que a proibição de regulamentação de artigo da Constituição Federal por meio de medida provisória se limitava apenas àqueles que foram modificados por emenda constitucional, no período de 1º de janeiro de 1995 até 11 de setembro de 2001, ou seja, até a data da promulgação da referida emenda constitucional.

A alteração do art. 246 da Constituição Federal em nada limitou a utilização das medidas provisórias, ao contrário, atendeu aos apelos do Poder Executivo que passou novamente a ter ampla possibilidade de regulamentar qualquer artigo da Constituição Federal, desde que a emenda constitucional que o modificou tenha sido publicada a partir de 12 de setembro de 2001, ou seja, os Chefes do Poder Executivo ficaram livres para regulamentar quaisquer artigos que venham a ser introduzidos ou modificados com as próximas reformas constitucionais, desde que observados os limites do § 1º do art. 62 da Constituição Federal.

A doutrina, desde a promulgação da Constituição de 1988, nunca aceitou a idéia de que as medidas provisórias pudessem ser adotadas sobre qualquer matéria, uma vez que o art. 62, da Constituição Federal, não apresentava vedação expressa neste sentido. Diante disso procurou-se estabelecer limites à adoção da medida provisória por meio da interpretação sistemática do texto constitucional. Foi objeto de intenso debate na doutrina a possibilidade de adoção de medida provisória sobre as matérias vedadas à delegação legislativa; de matéria reservada à lei complementar ou à emenda à Constituição; à matéria penal; à tributária; à financeira; de competência exclusiva do Congresso Nacional e de suas Casas, do Poder Judiciário e do Ministério Público, além de questões envolvendo a possibilidade de oferecimento de emendas ao texto da medida provisória, reedição de medidas provisórias rejeitadas ou não apreciadas pelo Congresso Nacional, dentre outras.

O constituinte reformador, ao pretender limitar a edição das medidas provisórias, adotou como critério, na redação da Emenda Constitucional nº 32, a enumeração das matérias que não poderiam ser objeto de medida provisória, de modo que o artigo 62, § 1º, da Constituição Federal dispôs:

*§ 1º É vedada a edição de medida provisória sobre matéria:*

*I - relativa a:*

*a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;*

*b) direito penal, processual penal e processual civil;*

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

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

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

*III- reservada a lei complementar;*

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

Cumpre inicialmente questionar se a enumeração das matérias vedadas á edição de medida provisória foi o melhor método para disciplinar o problema e para conter a volúpia legiferante do Poder Executivo.

A simples comparação do parágrafo acima com o disposto no art. 55, da Emenda Constitucional n ° 1, de 1969, leva à conclusão de que o Constituinte do período revolucionário foi mais rigoroso ao estabelecer limites à utilização do Decreto-lei, pois, este só podia ser utilizado nas hipóteses de: (I) segurança nacional, (II) finanças públicas, inclusive normas tributárias; (III) criação de cargos públicos e fixação de vencimentos, e desde que não houvesse aumento de despesas.

Já o constituinte reformador, a pretexto de conter a edição de medidas provisórias, limitou-se apenas a relacionar as matérias que não poderiam ser objeto deste instrumento normativo e com isso passou, *contrario senso*, a permitir expressamente a adoção de medida provisória sobre qualquer outro tema que não fosse constitucionalmente vedado, o que sem dúvida limitou em muito o questionamento perante o Poder Legislativo e o Poder Judiciário sobre a constitucionalidade das medidas provisórias. Em outras palavras, se o Constituinte reformador vedou expressamente, no art. 62, § 1º, *a* e *b*, a edição de medida provisória em matéria relativa a direito eleitoral, direito penal, processo penal e processo civil, conclui-se que, implicitamente, permitiu a utilização da medida provisória sobre matéria de qualquer outro ramo do direito. Sem dúvida que esta será a argumentação utilizada pelos Partidos Políticos que apóiam o Governo e pela Advocacia Geral da União para a defesa da constitucionalidade de eventual medida provisória, respectivamente, perante o Congresso Nacional e o Poder Judiciário.

Por outro lado, é possível vislumbrar hipótese na Constituição Federal que, se verificada, só poderia ser solucionada com a edição de uma medida provisória, já que estariam presentes os pressupostos da urgência e relevância.

É o caso do disposto no art. 81 da Constituição Federal, cujo texto enuncia que:

*Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.*

*§ 1º Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.*

Ocorrendo a hipótese descrita no *caput* do artigo, ou seja, a vacância nos primeiros dois anos de mandato, as eleições diretas para os dois cargos já estão regulamentadas pela Lei nº 9.504/97. O problema surgirá se a vacância ocorrer nos dois últimos anos do mandato, uma vez que a eleição para os dois cargos deverá ser realizada de forma indireta pelo Congresso Nacional, no prazo de trinta dias, na forma da lei.

Ora, ao que se tem notícia, o parágrafo primeiro ainda não foi regulamentado, de modo que ainda não existe a lei estabelecendo as regras para a eleição indireta. Assim, caso se configure a hipótese de vacância imediata e conjunta dos dois cargos, a única solução para estabelecer as normas eleitorais, de forma urgente, seria a adoção de uma medida provisória pelo Presidente interino, certamente de comum acordo com os líderes dos Partidos Políticos, dada a exiguidade do prazo para estabelecer as regras eleitorais e realizar o pleito de forma indireta pelo Congresso Nacional. Entretanto, com a edição da Emenda Constitucional nº 32, esta solução, para questão de suma importância nacional não poderá ser utilizada, pois o art. 62, § 1º, I, *a*, veda expressamente a adoção de medida provisória em matéria de direito eleitoral, de forma que restará ao Congresso Nacional, como hipótese, elaborar uma lei, no prazo de 30 dias (art. 81, § 1º, da CF), e, neste mesmo prazo, realizar as eleições presidenciais, o que, certamente, será objeto e intenso embate entre os Partidos Políticos que estiverem interessados a participar do processo eleitoral.

Antes mesmo da alteração do art. 62 da Carta Magna, entendia-se que havia vedação para a edição de medidas provisórias sobre as matérias previstas no § 1º, do art. 68, da Constituição Federal. E isso porque tais matérias só podiam ser disciplinadas pelo

Congresso Nacional, já que o Constituinte, expressamente, vedou a delegação legislativa ao Presidente da República.

Ora, se existe proibição expressa na delegação de tais matérias pelo Congresso Nacional, não poderá o Presidente utilizar medida provisória para editar normas sobre aquelas matérias, pois, neste caso, constituiria verdadeira usurpação pelo Presidente da República da competência legislativa exclusiva do Congresso Nacional.

Neste sentido é válida a lição de Clèmerson Merlin Cleve:

*Em que pese no sistema brasileiro, não se confundir a competência presidencial disposta no art. 62 da CF com a delegação legislativa, nem por isso o Presidente da República pode, por meio de medida provisória, regular aquelas matérias definidas no § 1º do art. 68. Se tais matérias configuram reserva absoluta do Legislativo, não podendo, então, sofrer delegação, é porque o Constituinte não admite, sobre elas, a livre e indiscriminada incursão do Poder Executivo. As matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional e de competência privativa de cada uma de suas Casas, ainda que veiculadas por atos dotados de força de lei, não dizem respeito necessariamente à ação normativa do Estado, mas, basicamente, ao controle do parlamento sobre os atos dos demais Poderes, em especial, sobre aqueles do Executivo. Estão a salvo, portanto, de tratamento por medida provisória. Constituiria verdadeira aberração admitir-se medida provisória, v.g., autorizando o Presidente da República a se ausentar do País, aprovando o nome de Ministro do Supremo Tribunal Federal indicado pelo Presidente ou aprovando a conclusão de tratados internacionais<sup>77</sup>.*

O art. 68, § 1º da Constituição Federal enuncia que:

*Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da*

<sup>77</sup> CLÈVES, C. *Medidas provisórias*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.78.

*Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:*

*I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*

*II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;*

*III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos”.*

A simples comparação entre o artigo que regulamente a lei delegada e a nova redação dada às medidas provisórias demonstra que o Constituinte Reformador acolheu integralmente a posição defendida na doutrina e transcreveu parte do § 1º, do art. 68, da Constituição Federal, como vedação expressa para utilização das medidas provisórias nas matérias indicadas no art. 62, § 1º, I, alíneas *a*, *c* e *d* e III, da CF. Desta forma, quanto às matérias enfocadas, não houve por parte da Emenda Constitucional nº 32, qualquer inovação na vedação para as novas medidas provisórias, mas tão somente a constitucionalização de tema já consagrado na doutrina.

O elenco de vedações do § 1º, do art. 62, inclui a proibição de edição de medidas provisórias em matéria de direito penal, processual penal e processual civil, bem como a utilização delas para promover a detenção ou o seqüestro de poupança popular ou de qualquer outro ativo financeiro.

A proibição da utilização das medidas provisórias nos ramos do direito penal, direito processual penal e direito processual civil, envolve tema intrinsecamente relacionado ao controle da utilização das medidas provisórias com reflexos imediatos nos direitos fundamentais e, serão objeto de análise na parte final deste trabalho.

O art. 62, § 1º, II, da Constituição Federal, vedou a utilização das medidas provisórias que visassem à detenção ou ao seqüestro de bens, de poupança ou qualquer outro ativo financeiro. O conteúdo da proibição remete à lembrança do Plano Collor no ano de 1990, o qual, utilizando-se do instrumento das medidas provisórias, conseguiu em alguns dias instalar o caos jurídico e financeiro-econômico em nosso País, com a retenção dos ativos financeiros e a modificação da moeda. Na ocasião, o povo ficou estarecido com as medidas

econômicas e era voz corrente entre os estudiosos do direito e os leigos a inconstitucionalidade das medidas provisórias que afrontavam o direito de propriedade.

Entretanto, o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal não atuaram com presteza no exame do controle de constitucionalidade de tais medidas provisórias, que acabaram por persistir e ocasionar uma situação de irreversibilidade, pois se rejeitadas pelo Congresso Nacional, este não teria condições, na prática, de restabelecer as situações decorrentes das medidas provisórias rejeitadas.

Agora existe vedação expressa, de modo que se porventura surgir outro Presidente que pretenda repetir o caos instalado pelo Plano Collor, poderá o Supremo Tribunal Federal de pronto suspender as medidas provisórias tão logo instado a se pronunciar, bastando apenas invocar o novo dispositivo acrescido pela Emenda Constitucional nº 32.

O art. 62, § 1º, inc. IV, da Constituição Federal veda a edição de medidas provisórias sobre matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou de veto do Presidente da República.

O Congresso Nacional após discutir e aprovar um projeto de lei deverá remetê-lo ao Presidente da República. Este terá o prazo de 15 dias para se manifestar quanto à sanção ou ao veto do projeto e caso permaneça em silêncio, o projeto será tido por sancionado, conforme disposto no art. 66, §§ 1º e 3º, da Constituição Federal. Se o Presidente da República entender que o projeto de lei é inconstitucional ou contrário ao interesse público poderá vetá-lo total ou parcialmente. Neste caso o veto não é absoluto, pois caberá ao Congresso Nacional, em sessão conjunta, e no prazo de 30 dias, apreciar os motivos do veto, mantendo-o ou rejeitando-o, desde que seja pelo voto da maioria absoluta de seus membros, nos termos do parágrafo 4º do mesmo artigo.

Este é o processo democrático de criação de leis introduzido pela Constituição Federal, onde os Poderes Legislativo e Executivo discutem e debatem as futuras normas que serão impostas à sociedade.

Com a vedação ora em estudo, o constituinte reformador impediu que o Presidente da República adotasse uma medida provisória para tratar de um tema que já havia

sido objeto de recente e amplo debate pelas Comissões e pelo Plenário de ambas as Casas Legislativas, as quais, ao final, votaram pela aprovação de um projeto de lei, e que este apenas aguarda a manifestação do Poder Executivo para se transformar em Lei.

Considerando que a medida provisória tem como pressupostos constitucionais a relevância e a urgência e, se a matéria a ser disciplinada já foi aprovada pelo Poder Legislativo, caberá ao Presidente da República, o mais breve possível – dentro do prazo de 15 dias – sancionar a lei para que o problema seja normatizado.

Ocorre que o Presidente da República pode pretender dar solução a determinada questão de forma diametralmente oposta à que foi aprovada pelo Congresso Nacional no projeto de lei e, neste caso, estará impedido de editar medida provisória na quinzena destinada à sanção, ou até em prazo superior, pois se o Presidente da República vetar integralmente o projeto, este continuará ainda pendente da apreciação do motivos do veto pelo Congresso Nacional e, portanto, persistirá a vedação do inciso IV, § 1º, art. 62, da Constituição Federal.

Neste caso, se o Presidente da República almeja afrontar a vontade do Congresso Nacional e impor legislação diversa da que aprovada pelo Poder Legislativo, resta como solução para contornar a vedação ora em exame, que o Presidente sancione o projeto de lei e, em seguida, adote uma medida provisória com texto sobre a matéria, mas disciplinado de forma diversa. Sem dúvida que essa hipótese acima configuraria verdadeira afronta ao princípio da separação dos poderes e utilização de método para transgredir as disposições constitucionais que regem o processo legislativo.

O tema concernente à utilização das medidas provisórias para disciplinar matéria tributária, inclusive com a instituição e o aumento de tributos, foi objeto de largo debate na doutrina e na jurisprudência.

Paulo de Barros Carvalho, ao analisar a aplicação das medidas provisórias no campo do Direito Tributário, assim se manifestou:

*A União poderá utiliza-las para criar tributo, estabelecer faixas adicionais de incidência em gravames já existentes ou, ainda,*

*majora-los? Crêmos que não. E dois motivos suportam este entendimento: um, pela incompatibilidade da vigência imediata, elemento essencial à índole da medida, com o princípio da anterioridade (art. 150, III, "b" da CF); outro, de cunho semântico e pragmático, pela concepção de "tributo" como algo sobre que os administradores devam expressar seu consentimento prévio. A noção de "tributo", nos países civilizados, repele a exigência de parcelas do patrimônio dos indivíduos, por ação unilateral do Estado, considerando a iniciativa como fundada em idéia vetusta, que prevaleceu em tempos medievais e em ambientes de tirania. O intervalo de tempo em que vigora a medida, sem que o Poder legislativo a aprecie, acolhendo-a, expõe os cidadãos, comprometendo direitos que lhe são fundamentais (propriedade e liberdade), expressamente garantidos na Carta Básica. Este intertempo, onde impera a vontade monádica do Estado sem o conhecimento antecipado e o assentimento dos destinatários da pretensão, não se compagina também com a magnitude semântica que o termo "tributo" ostenta nos dias atuais.*

*Não valessem tais razões e a simples invocação do princípio da segurança do direito já seria bastante em si para inibir esse mecanismo de ação fiscal<sup>78</sup>.*

Mas não foi esse o entendimento que prevaleceu. Pelo contrário, o Supremo Tribunal Federal assentou sua jurisprudência no sentido de que a matéria tributária pode ser disciplinada por meio de medidas provisórias, conforme se denota da decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.667-9 – DF, proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA AO PARÁGRAFO 2º DO ART. 21 DA LEI Nº 8.692/93, PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.520/93. ALEGADA*

<sup>78</sup> CARVALHO, P. *Medidas provisórias*. In Revista de Direito Público nº 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.42

*OFENSA AOS ARTS. 62; 150, I, III, B E § 6º; E 236, § 2º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

*Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. ADIs 162, 526, 1.397 e 1.417).*

*De outra parte, 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. ADIMC nº 1.417).*

*Ausência de plausibilidade na tese de inconstitucionalidade da norma sob enfoque.*

*Medida cautelar indeferida<sup>79</sup>.*

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.417-0 – DF, proposta pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, apesar de admitir a utilização das medidas provisórias em matéria tributária, concedeu a liminar para suspender o efeito retroativo da cobrança do tributo:

*EMENTA: 1.- Medida Provisória. Impropriedade, na fase de julgamento cautelar, da aferição do pressuposto de urgência que envolve, em última análise, a afirmação de abuso de poder discricionário, na sua edição.*

*2. Legitimidade, ao primeiro exame, da instituição de tributos por medida provisória com força de lei, e, ainda, do cometimento da fiscalização de contribuições previdenciárias à Secretaria da Receita Federal.*

*3. Identidade de fato gerador. Arguição que perde relevo perante o art. 154, I, referente a exações não previstas na Constituição, ao passo que cuida ela do chamado PIS/PASEP no art. 239, além de autorizar, no art. 195, I, a cobrança de contribuições sociais da espécie da conhecida como pela sigla COFINS.*

<sup>79</sup> STF – Adin 1.667-9/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – Julgamento 25-09-97 – Tribunal Pleno – Diário da Justiça, 21-11-97, Ementário nº 1892-02.

4. *Liminar concedida, em parte, para suspender o efeito retroativo imprimido, à cobrança, pelas expressões contidas no art. 17 da M.P. nº 1.325-96<sup>80</sup>.*

E na apreciação do mérito declarou a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei nº 9.715, de 25/11/98, da expressão *aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995*, cuja ementa segue:

*EMENTA: Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP.*

*Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância.*

*Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos artigos 154, I e 195, § 4º, da mesma Carta.*

*Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa.*

*Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei nº 8.715-98<sup>81</sup>.*

A Emenda Constitucional nº 32 introduziu o §2º no art. 62 da Constituição Federal nos seguintes termos:

*Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos art. 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.*

<sup>80</sup> STF – Adin 1.417-0/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – Julgamento 07-03-96 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 24-05-96, Ementário nº 1829-01.

<sup>81</sup> STF – Adin 1.417-0/DF – Rel. Min. Octavio Gallotti – Julgamento 02-08-99 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 23-03-2001, Ementário nº 2024-2.

Depreende-se pela leitura do texto que o Constituinte Reformador aproveitou a Emenda Constitucional nº 32 para encerrar, de vez, qualquer discussão quanto à possibilidade de utilização das medidas provisórias na instituição e na majoração de impostos e, para tanto, constitucionalizou a jurisprudência, já consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto à observância do disposto no art. 150, III, da Constituição Federal que dispõe:

*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*III – cobrar tributos:*

*a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*

*b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

Mas o citado dispositivo menciona apenas um tributo específico, ou seja, o imposto, e não se refere a nenhuma outra das espécies de tributo.

Deste modo, transparece que a Emenda Constitucional nº 32 permitiu a edição de medida provisória, com vigência imediata, para instituir, aumentar e exigir os demais tributos (taxas e contribuições), inclusive os previstos nos arts. 153, I (*importação de produtos estrangeiros*), II (*exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados*), IV (*produtos industrializados*), V (*operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários*) e 154, II (*impostos extraordinários na iminência ou no caso de guerra externa*) da Constituição Federal, sem as restrições estabelecidas pelo art. 62 da CF, no sentido de que os tributos só produziram efeitos no ano financeiro seguinte a sua aprovação pelo Congresso Nacional.

É certo que o art. 150 da Constituição Federal em seu § 1º, permite a cobrança dos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V e 154, II, no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou os aumentou. Entretanto, a instituição ou o aumento de um tributo por lei, elaborada mediante procedimento legislativo ordinário, implica que o projeto de lei tributária seja objeto de minucioso estudo e debate pelos congressistas, o que possibilitará a participação da sociedade na elaboração da lei e

permitirá que o contribuinte tenha tempo suficiente para absorver o aumento da carga tributária, ainda que este imposto seja daqueles em que o Constituinte permitiu sua exigência antes do novo exercício financeiro.

Mas a Emenda Constitucional nº 32, cuja propalada finalidade era conter o uso das medidas provisórias, ampliou sobremaneira sua adoção na área tributária, de modo que agora poderá o Presidente da República, segundo seu critério de conveniência e oportunidade, instituir, aumentar, e exigir o pagamento pelos contribuintes, ainda que de forma provisória, dos impostos dos arts. 153, I, II, IV e V e 154, II, da Constituição Federal, e dos demais tributos não abrangidos pela limitação quanto à eficácia temporal do art. 62, § 2º da CF, sem qualquer apreciação do Congresso Nacional, em evidente detrimento do direito de propriedade dos indivíduos, restando a eles, apenas, aguardar que o Poder Legislativo contenha os excessos da medida provisória expropriatória.

Mas nem todos os tributos poderão ser objeto de medida provisória, pois o art. 62, § 1º, III, da Constituição Federal, veda seu emprego em matéria reservada à lei complementar e há alguns que só podem ser instituídos por esta espécie normativa. É o caso dos impostos residuais previstos no art. 154, I, do imposto das grandes fortunas enunciado no art. 153, VII, e da lei instituidora de outras fontes destinadas a garantir manutenção ou expansão da seguridade social, disciplinada no art. 194, § 4º, todos da Constituição Federal. Quanto às contribuições sociais previstas no art. 194, § 6º da CF, houve previsão expressa no sentido de que *só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.*

Diante da exclusão de impostos, taxas e contribuições conforme exposto acima, percebe-se que a limitação contida no art. 62, § 2º, da CF, ficou restrita apenas aos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III) e sobre a propriedade territorial rural (art. 153, VI).

A medida provisória que instituir ou majorar tributo com a restrição prevista no art. 62, § 2º, da CF, apresenta características peculiares. A primeira refere-se a sua eficácia, que não é imediata e está condicionada a sua conversão em lei pelo Congresso Nacional. A segunda, porque a sua validade não está sujeita ao prazo de sessenta dias e nem a prorrogação,

pois a sua publicação não lhe dá eficácia e, portanto, a não deliberação sobre ela nos prazos constitucionalmente previstos nos parágrafos 3º e 7º do art. 62, não constituirá rejeição tácita, uma vez que ainda não goza de eficácia. Por fim, seu prazo de apreciação e de aprovação é o dia 31 de dezembro do ano em que foi publicada, sob pena de nunca ser convertida em lei.

Diante disso é de se questionar a presença dos pressupostos constitucionais da relevância e urgência em medida provisória dessa natureza. Analise a seguinte situação: se uma medida provisória for editada em 15 de fevereiro e aprovada em 30 de março, só produzirá efeitos a partir de 1º de janeiro do ano seguinte. Ao que parece, tal instituto normativo assemelha-se a um projeto de lei ordinária visando a instituir um imposto, porém, impondo ao Congresso Nacional um prazo de urgência inferior ao previsto no art. 64, §§ 2º e 3º, da CF, ou seja, de apenas quarenta e cinco dias para sua deliberação, sob pena de obstrução da ordem do dia das Casas Legislativas.

#### 4.3 Limites materiais implícitos

Como já se disse, a Emenda Constitucional nº 32 foi objeto de intensa negociação política entre o Congresso Nacional, no exercício da sua competência constituinte renovadora, e o Poder Executivo, uma vez que tinha por finalidade disciplinar as medidas provisórias previstas de forma singela no art. 62, da Constituição Federal de 1988, e, estabelecer limites para sua adoção, cuja utilização constante pelos Presidentes da República estava levando o ordenamento jurídico pátrio ao caos.

Entretanto, como foi exposto no item anterior, a Emenda Constitucional nº 32, não atingiu seus objetivos, pois as limitações materiais explícitas, na verdade, permitem interpretação extensiva pelo Presidente da República que poderá, agora, usar das medidas provisórias nos mais variados temas, inclusive em matérias de natureza tributária, sem sofrer muitos transtornos perante o Poder Judiciário já que atuará albergado pela permissão constitucional.

É certo que as vedações não se restringem aos limites materiais explícitos, pois outros há que serem respeitados dentro do regime constitucional brasileiro, os chamados limites constitucionais implícitos.

Joel de Menezes Niebuhr, ao dissertar sobre o tema, pondera que:

*Revela lembrar, mais uma vez, que a medida provisória é exceção à teoria da divisão de poderes, que confere ao Legislativo a função de inovar a ordem jurídica. Ela deve receber interpretação ao máximo restritiva e ser utilizada em casos anômalos, raros, com a máxima parcimônia, cuja desatenção imediata acarretaria sacrifício desmedido ao interesse público. Sucede que várias matérias requerem estabilidade, conforme se depreende de percepção sistêmica da Constituição Federal, sem compadecer-se com o pressuposto de urgência da medida provisória. Essas matérias, por dedução, redundam em limitação implícita à medida provisória, que sobre elas não pode versar<sup>82</sup>.*

A Constituição Federal permite a modificação de seu texto por meio das emendas constitucionais previstas em seu art. 60. Neste dispositivo o Constituinte atribuiu a competência legislativa renovadora ao Congresso Nacional, que deverá atender a um processo legislativo especial para atingir a sua finalidade, processo este que prevê a legitimidade ativa para propor a emenda apenas aos Órgãos descritos *no caput* do citado artigo, ou seja, ao Presidente da República, a um terço da Câmara dos Deputados, a um terço do Senado Federal e, por último, a mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada uma delas pela maioria relativa de seus membros.

O processo da emenda à Constituição ainda exige sua aprovação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em dois turnos, e pelo voto de três quintos dos membros de cada uma das Casas.

E tal se dá porque o Congresso Nacional não está atuando na sua rotineira função legislativa, mas sim, no desempenho das atribuições do Poder Constituinte Reformador que está acima dos demais Poderes do Estado.

---

<sup>82</sup> NIEBUHR, J. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 109.

Assim, caberá ao Presidente da República participar do processo de mudança da Constituição apenas oferecendo o projeto para este fim e jamais com a utilização de medidas provisórias como substitutivo da emenda à Constituição, pois, se tomar tal atitude, estará se subvertendo na condição de constituinte reformado, em absoluta afronta ao disposto pelo Poder Constituinte.

A Constituição Federal, além de consagrar o princípio da separação de poderes, conferiu ao Congresso Nacional e a cada uma de suas Casas competências próprias, seja para a disciplina de questões de interesse interno do próprio Órgão, seja para exercício de atividade de fiscalização dos demais Poderes.

Dispôs a Constituição Federal, no art. 48, *caput*, que as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49 CF) e de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51 CF) e do Senado Federal (art. 52 CF) serão objeto de espécie normativa, sem a sanção do Presidente da República, ou seja, serão disciplinadas por meio de decreto legislativo ou de resolução.

É, portanto, vedado ao Presidente da República, a edição de medidas provisórias sobre tais matérias, sob pena de intromissão em assuntos de interesse exclusivo do Poder Legislativo, em afronta ao princípio da separação de poderes. Aliás, a Constituição Federal, no art. 68, § 1º, proíbe o Congresso Nacional de delegar ao Presidente da República os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional e os atos privativos de cada uma de suas Casas, pois seria um despropósito, por exemplo, o Presidente da República, por meio de medida provisória, aprovar as suas contas, aprovar a decretação do estado de defesa e da intervenção federal, ou mesmo, se autorizar a permanecer fora do país por período superior a quinze dias.

Já a disposição de matéria relativa à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, à carreira e à garantia de seus membros, restou expressamente vedada para as medidas provisórias no art. 62, § 1º, c, da Constituição Federal. E nem podia ser diferente, pois parece evidente que permitir ao Chefe do Poder Executivo tratar da organização do Poder Judiciário configuraria desrespeito ao princípio da separação de poderes, na medida em que afronta a autonomia do Poder Judiciário e de seus Órgãos.

O art. 62, § 1º, I, b, da Constituição Federal, como já se disse anteriormente, proíbe a edição de medidas provisórias sobre matérias relativas ao direito penal, processual penal e processual civil e eleitoral, de modo que, contrario *sensu*, as matérias sobre os demais ramos do direito poderão ser disciplinadas por meio deste instrumento normativo.

Entretanto, pode-se constatar, na Constituição Federal, a existência de uma limitação implícita na extensão da matéria a ser disciplinada pela medida provisória.

O art. 64, § 1º, da Constituição Federal, permite ao Presidente da República solicitar urgência para apreciação de projetos de sua autoria. Neste caso, o procedimento de elaboração da lei será sumário, com a imposição do prazo de quarenta e cinco dias para que cada uma das Casas aprecie o projeto de lei e de dez dias para apreciar as emendas oferecidas.

Ocorre que a Constituição Federal, no art. 64, § 4º, não permitiu que os projetos de código sejam submetidos aos prazos estabelecidos no regime de urgência e o fez porque a elaboração de um código demanda minuciosos estudo e debate pelos membros do Congresso Nacional, incompatível, portanto, com o exíguo período de cem dias previstos no art. 64, § 2, da CF.

Conclui-se, portanto, que, se os projetos de código não permitem o regime de urgência para apreciação pelo Congresso Nacional, é porque em relação a eles não poderá ser utilizada a medida provisória, já que o pressuposto constitucional da *urgência* impõe ao Congresso Nacional sua apreciação em apenas quarenta e cinco dias, sob pena de obstrução da ordem do dia em relação às demais matérias. Além disso, a vigência imediata da medida provisória é totalmente incompatível com um código, o qual sempre demanda longo período de vacância, a fim de que a população e os estudiosos do direito possam, após a sua publicação como lei, assimilar as novas disposições nele contidas.

A Constituição Federal adotou o sistema federativo e estabeleceu no art. 18 que:

*A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito*

*Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.*

Para que a autonomia dos entes federativos fosse preservada e para que não houvesse ingerência de um sobre os assuntos de interesse do outro, o Constituinte estabeleceu normas relativas à repartição de competências entre eles. Elencou, assim, matérias a serem objeto de deliberação legislativa privativa da União e matérias a serem disciplinadas pelos Poderes Legislativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por conseguinte, estaria eivada de inconstitucionalidade a medida provisória editada pelo Presidente da República para tratar de matéria de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por afronta ao princípio federativo.

## **5 Tramitação da medida provisória no Congresso Nacional**

A Constituição Federal, ao introduzir a medida provisória no art. 62, determinou sua imediata *submissão* ao Congresso Nacional, que tinha o prazo de trinta dias, a partir da publicação, para deliberar sobre a sua *conversão em lei* e, não verificada esta hipótese, deveria o Poder Legislativo da União disciplinar as relações jurídicas dela decorrentes.

A singela redação do art. 62 da CF impôs ao Poder Legislativo da União o *dever de solucionar* várias questões relacionadas às medidas provisórias, como, por exemplo, a possibilidade de oferecimento de emendas e o instrumento normativo disciplinador das relações ocorridas durante a vigência da medida provisória, caso fosse ela rejeitada expressamente ou pelo decurso do prazo de vigência.

Além disso, *coube* ao Poder Legislativo desenhar o procedimento a ser adotado para a tramitação da medida provisória naquele Órgão, visto que elas deveriam ser apreciadas em sessão conjunta das Casas Legislativas. Diante disso foi editada a Resolução nº 1, de 1989, do Congresso Nacional, que disciplinou a tramitação das medidas provisórias naquele Órgão.

A Emenda Constitucional nº 32 de 11 de setembro de 2001, deu nova redação ao art. 62 e introduziu doze parágrafos que, além de fixarem limitações para adoção das medidas provisórias, também estabeleceram normas relacionadas a sua tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

Diante da nova sistemática, a Resolução nº 1, de 1989 deixou de ser aplicada às medidas provisórias editadas a partir de 11 de setembro de 2001, mas continuou disciplinando o procedimento legislativo de conversão em lei das medidas provisórias adotadas antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32, e que ainda continuavam em vigor, nos termos do art. 2º da mesma Emenda, conforme disposto no art. 20, da Resolução nº 1, de 2002:

*Às medidas provisórias em vigor na data da publicação da emenda Constitucional nº 32, de 2001, aplicar-se-ão os procedimentos previstos na Resolução nº 1, de 1989-CN.*

*§ 1º São mantidas em pleno funcionamento as Comissões Mistas já constituídas, preservadas seus respectivos Presidentes, Vice-presidentes e Relatores, e designados Relatores Revisores, resguardadas aos Líderes a prerrogativa prevista no art. 5º do Regimento Comum.*

*§ 2º São convalidadas todas as emendas apresentadas às edições anteriores de medida provisória.*

*§ 3º São convalidados os pareceres já aprovados por Comissão Mista.*

A Resolução nº 1, do Congresso Nacional, de 08 de maio de 2002, veio dispor sobre a apreciação das medidas provisórias em cada uma de suas Casas e pela Comissão Mista a ser designada para cada medida provisória.

Note-se que no decurso do período que intermediou a promulgação da Emenda Constitucional nº 32 e a edição da Resolução nº 1-CN não existiu qualquer dispositivo legal em vigor que cuidasse da tramitação das novas medidas provisórias, de modo que coube a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente, editar normas em caráter provisório para disciplinar a apreciação das medidas, segundo a nova sistemática estabelecida no art. 62 da Constituição Federal.

A medida provisória deve ser apreciada no Congresso Nacional no prazo de quarenta e cinco dias (ar. 62, § 6º, CF) contados da publicação, sob pena de entrar em regime de urgência e obstruir a deliberação sobre as demais proposições em andamento na respectiva Casa Legislativa. Diante disso, a Resolução nº 1/2002-CN dividiu o exíguo prazo de quarenta e cinco dias em quatro etapas. Os primeiros quatorze dias, após a publicação da medida provisória serão destinados a estudo e parecer da Comissão Mista. A seguir a Câmara dos Deputados terá o prazo de quatorze dias para deliberar sobre a medida provisória. Em seguida ela será encaminhada para análise e votação no Senado Federal, que contará com os próximos quatorze dias para desenvolver sua atividade. Denota-se que já decorreram quarenta e dois dias da publicação, de modo que a Câmara dos Deputados poderá nos três dias seguintes apreciar eventuais emendas formuladas e aprovadas pelo Senado Federal.

### 5.1 Comissão mista

O art. 62, § 9º, da Constituição Federal, ao tratar da apreciação da medida provisória estabeleceu que:

*Caberá a 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.*

Depreende-se daí que a existência da Comissão Mista e o respectivo parecer sobre a medida provisória tornou-se requisito constitucional do procedimento legislativo da conversão em lei e sua inobservância fulmina a medida provisória de inconstitucionalidade formal.

O art. 2º, da Resolução nº 1, 2002-CN, estabeleceu que no prazo de 48 horas da publicação da medida provisória, o Presidente designará Comissão Mista formada por doze Senadores e doze Deputados, e igual número de suplentes, indicados pelos Líderes no prazo de 12 horas da publicação da medida, sob pena de serem designados pelo próprio Presidente do Congresso Nacional. Observe-se que existirá uma Comissão Mista para cada medida provisória e os cargos de Presidente, Vice-Presidente, Relator e Relator Revisor serão

exercidos em alternância pelas Casas do Congresso Nacional, conforme disposto no art. 3º, da Resolução nº 1º/2002:

*Uma vez designada, a Comissão terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a sua instalação, devendo, em cada caso, o Relator ser designado pelo Presidente dentre membros da Comissão pertencentes à Casa diversa da sua.*

*§ 1º Observar-se-á o critério da alternância entre as Casas para a Presidência das Comissões Mistas constituídas para apreciar medidas provisórias, devendo, em cada caso, o relator ser designado pelo Presidente dentre os membros da Comissão pertencentes à casa diversa da sua.*

*§ 2º O Presidente e o Vice-Presidente deverão pertencer a Casas diferentes.*

*§ 3º o Presidente designará também um Relator Revisor, pertencente à Casa diversa da do Relator e integrante, preferencialmente, do mesmo Partido deste.*

*§ 4º Compete ao Relator Revisor exercer as funções de relatoria na Casa diversa da do Relator da medida provisória.*

Entretanto, nos casos de abertura de crédito extraordinário, não será constituída nova Comissão Mista, conforme dispõe o art. 2º, § 6º, da Resolução nº 1/2002 – CN:

*Quando se tratar de medida provisória que abra crédito extraordinário à lei orçamentária anual, conforme os arts. 62 e 167, § 3º, da Constituição Federal, o exame e o parecer serão realizados pela Comissão Mista prevista no art. 166, § 1º, da Constituição, observando-se os prazos e o rito estabelecidos nesta Resolução.*

Como já se disse, a Comissão Mista terá o prazo improrrogável de quatorze dias, contados da publicação, para apresentar seu parecer sobre a medida provisória. O parecer conterà o resultado da análise elaborada pela Comissão quanto aos pressupostos de relevância e urgência, da constitucionalidade, da adequação financeira e orçamentária,

emendas propostas pelos parlamentares e, ao final, manifestar-se-á, obrigatoriamente, sobre o mérito da medida provisória, ainda que entenda que a medida provisória afrontou os requisitos apreciados preliminarmente.

Ao apreciar o mérito da medida provisória, a Comissão Mista emitirá seu parecer com as seguintes possibilidades:

- a) aprovação total do texto da medida provisória sem qualquer alteração;
- b) rejeição total ou aprovação parcial do texto e, nesse caso, deverá, simultaneamente, apresentar projeto de decreto legislativo disciplinando as relações jurídicas decorrentes do texto da medida provisória não aprovada, ou apenas da parte do texto que foi rejeitada;
- c) aprovação do texto da medida provisória com alterações, caso em que deverá apresentar projeto de lei de conversão relativo à matéria, acrescida ou modificada, e projeto de decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da parte suprimida do texto original.

Em seguida a Comissão Mista encaminhará todo o material à Câmara dos Deputados, e permanecerá aguardando a deliberação das Casas Legislativas sobre a medida provisória e, caso ela seja rejeitada, no todo ou em parte, ou não apreciada no prazo normal de sua prorrogação, incumbir-lhe-á a elaboração de decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória, em observância ao disposto no art. 62, § 3º, da Constituição Federal.

Em que pese todo o esforço do Congresso Nacional em disciplinar, na Resolução nº 1/2002, com riqueza de detalhes, a constituição e as atividades da Comissão Mista para emitir parecer sobre as medidas provisórias em atenção ao art. 62, § 9º, da Constituição Federal, o Poder Legislativo federal ainda não logrou êxito em fazer cumprir sua própria Resolução, já que em pesquisa nos anais do Congresso Nacional, constatou-se que de 11 de setembro de 2001, até novembro de 2003, nenhuma comissão mista havia sido criada e instalada.

Depreende-se, portanto, que a determinação do Constituinte Reformador de emissão de parecer pela Comissão Mista, antes da apreciação pelo plenário das duas Casas do Congresso, nunca foi atendida até novembro de 2003, de modo que todas as medidas

provisórias editadas, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32 e até aquela data padecem de manifesta inconstitucionalidade formal, uma vez que não foi atendido o disposto no art. 62, § 9º, da CF.

A solução encontrada pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para contornar as dificuldades da formação de uma Comissão Mista para cada medida provisória foi nomear um Relator para apresentação de parecer perante o plenário com fundamento no art. 3º, § 6º, da Resolução nº 1/2002-CN:

*Quando a medida provisória estiver tramitando na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, a substituição de Relator ou Relator Revisor, na hipótese de ausência, ou a designação desses, no caso de a Comissão Mista não haver exercido a prerrogativa de fazê-lo, será efetuada de acordo com as normas regimentais de cada Casa.*

## 5.2 Emendas

A Emenda Constitucional nº 32 não dispôs especificamente sobre a apresentação de emendas à medida provisória, mas admitiu-as no art. 62, § 2º, ao dizer que:

*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.*

Denota-se, por conseguinte, que foi permitida a alteração do texto por meio de emendas aditivas, supressivas, modificativas ou mesmo de projeto substitutivo.

A Resolução nº 1/2002-CN fixou o prazo de seis dias, contados da publicação, para que os parlamentares apresentassem emendas à medida provisória. As emendas serão oferecidas exclusivamente à Comissão Mista e protocoladas na Secretaria Geral da Mesa do Senado Federal, de modo que restou vedada a apresentação de emendas *a posteriori* perante o Plenário de qualquer das duas Casas. Tal proibição encontra respaldo na Constituição Federal, que exige apreciação de toda matéria relativa à medida provisória pela Comissão Mista.

As emendas apresentadas pelos congressistas devem estar relacionadas com a matéria disciplinada pela medida provisória, sendo expressamente vedado o oferecimento de emendas estranhas ao assunto, as quais serão indeferidas de pronto pelo presidente da Comissão Mista.

Caso haja um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que trate da mesma matéria da medida provisória em exame, poderá o autor do projeto solicitar à Comissão Mista que ele passe a tramitar, na condição de emenda, conjuntamente com a medida provisória.

### 5.3 **Apreciação pelas Casas do Congresso Nacional**

As medidas provisórias, conforme prescrito originariamente na Constituição Federal de 1988, eram apreciadas em sessão conjunta do Congresso Nacional no prazo de trinta dias. Entretanto, o exíguo prazo não permitia a deliberação sobre a medida provisória, de modo que o Chefe do Poder Executivo contornava sua rejeição tácita, pelo decurso do prazo sem apreciação, utilizando o expediente da reedição da medida provisória antes do decurso do trintídio de sua vigência.

A Emenda Constitucional nº 32 introduziu importantes alterações no art. 62 da Constituição Federal ao determinar que as medidas provisórias serão apreciadas pelas duas Casas do Congresso Nacional separadamente, sendo que a votação terá início na Câmara dos Deputados. Além disso, estabeleceu o prazo de quarenta e cinco dias, contados da publicação da medida provisória, para sua apreciação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, o que tornou obrigatória sua deliberação com presteza, já que decorrido este prazo, a medida provisória passa a tramitar em regime de urgência constitucional, ocupando o primeiro lugar da ordem do dia em detrimento de todas as demais matérias, inclusive com prioridade sobre as emendas à Constituição. É o que se depreende da leitura do art. 62, § 6º, da Constituição Federal:

*Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados da 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.*

É certo que prazo constitucional de quarenta e cinco dias e o trancamento da pauta serviram como medidas moralizadoras para que o Congresso Nacional, efetivamente, exercesse com celeridade sua atribuição constitucional de deliberar sobre a medida provisória, já que antes da modificação do art. 62 da Constituição Federal, o órgão legislativo já havia se habituado com as constantes edições e reedições de medidas provisórias e não imprimia qualquer esforço em apreciá-las no prazo constitucional.

Agora, a situação é bem outra, e pode-se vislumbrar nítida desvantagem do Senado Federal em relação à Câmara dos Deputados, pois se esta deixar transcorrer o período de quarenta e cinco dias para só então deliberar sobre a medida provisória no momento em que ela for encaminhada, em autógrafos, para o Senado, este já receberá a medida com o prazo constitucional vencido e deverá ceder o primeiro lugar da ordem do dia para a medida provisória recém chegada. O mesmo ocorre quando o Senado oferece alguma emenda ao texto, pois neste caso ela será apreciada pela Câmara dos Deputados que receberá novamente a medida provisória, muito provavelmente, com o seu prazo de votação constitucional vencido. Cumpre observar que as medidas provisórias serão apreciadas pelo Plenário de cada uma das Casas Legislativas, de maneira que apenas a ordem do dia do Plenário é que restará bloqueada pelo decurso do prazo de quarenta e cinco dias, continuando as Comissões a debater e a deliberar sobre as matérias e projetos de leis que nelas estiverem em tramitação.

Em maio de 2005, o Plenário da Câmara dos Deputados estava impossibilitado de deliberar sobre outros projetos de lei, pois a pauta estava trancada por oito medidas provisórias com o prazo constitucional de 45 dias vencido. Entretanto, a Mesa da Casa reinterpretando o disposto no art. 62, § 6º, da CF, entendeu que não havia impedimento para o Plenário deliberar sobre o pedido de cassação de um deputado federal.

A medida provisória, após receber o parecer da Comissão Mista, será apreciada inicialmente pela Câmara dos Deputados, servindo o Senado Federal como Casa revisora. Entretanto, nenhuma das Casas poderá deliberar sobre a matéria de mérito da medida provisória, sem antes se manifestar sobre os pressupostos constitucionais, conforme previsto no art. 62, § 5º da Constituição Federal.

A Resolução nº 1/2002-CN prescreveu no *caput* do art. 8º que:

*O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência de medida provisória ou de sua inadequação financeira ou orçamentária, antes do exame do mérito, sem a necessidade de interposição de recurso, para, ato contínuo, se for o caso deliberar sobre o mérito.*

No entanto, as matérias a serem objeto de apreciação preliminar pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal vão além dos dispositivos acima, pois caberá a cada uma das Casas Legislativas, no pleno exercício do controle de constitucionalidade, apreciar os limites materiais impostos às medidas provisórias, além de verificar se ela está sendo reeditada ou não no prazo permitido pelo art. 62, § 10, da Constituição Federal.

A Câmara dos Deputados poderá aprovar a medida provisória e, em seguida, ela será remetida para a apreciação do Senado Federal, pois no sistema constitucional brasileiro a aprovação da matéria depende da conjugação da vontade de ambas as Casas, ou seja, tanto da Câmara dos Deputados, que representa o povo, como do Senado Federal, que representa os Estados-membros e o Distrito Federal, devem estar de pleno acordo com todo o texto submetido a sua apreciação.

Entretanto, a Câmara dos Deputados poderá aprovar parcialmente o texto da medida provisória, ou ainda, aprová-lo integralmente, com acréscimo de dispositivos, devendo nestas hipóteses apresentar o projeto de lei de conversão quanto à parte acrescida e encaminhar o processo para apreciação do Senado Federal.

O art. 7º, §§ 3º ao 6º, da Resolução nº 1/2002-CN, estabelece as hipóteses de encaminhamento da votação, conforme o teor da deliberação do Senado Federal, nos seguintes termos:

*§ 3º Havendo modificação no Senado federal, ainda que decorrente do restabelecimento de matéria ou emenda rejeitada na Câmara dos Deputados, ou de destaque supressivo, será esta encaminhada para exame na Casa iniciadora, sob a forma de emenda, a ser apreciada em turno único, vedadas quaisquer novas alterações.*

*§ 4º O prazo para que a Câmara aprecie as modificações do Senado Federal é de 3 (três) dias.*

*§ 5º Aprovada pelo Senado medida provisória, em decorrência de preferência sobre projeto de lei de conversão aprovado pela Câmara dos Deputados, o processo retornará a esta Casa, que deliberará, exclusivamente, sobre a medida provisória ou projeto de lei de conversão oferecido a esta pelo Senado Federal.*

*§ 6º Aprovado pelo Senado Federal, com emendas, projeto de lei de conversão oferecido pela Câmara dos Deputados, o processo retornará à Câmara dos Deputados, que deliberará sobre as emendas, vedada, neste caso, a apresentação, pelo Senado Federal, de projeto de lei de conversão.*

Da leitura do dispositivo extraem-se três situações.

Na primeira, a medida provisória foi aprovada pela Câmara dos Deputados, que, entretanto, retirou parte do texto ou rejeitou emenda oferecida perante a Comissão Mista. O Senado Federal, ao apreciar o texto, pode decidir que a matéria retirada ou a emenda rejeitada pela outra Casa deva ser incluída, de modo que aprova a medida provisória reincorporando-as. O Senado também pode resolver retirar parte do texto aprovado na Casa iniciadora. Nessas hipóteses, a Câmara dos Deputados deve apreciar as matérias alteradas como se fossem emendas formuladas pelo Senado Federal, sendo-lhe vedado fazer qualquer nova modificação; no segundo caso, a Câmara dos Deputados modificou o texto original da medida provisória e aprovou projeto de lei de conversão. O Senado Federal, ao receber o processo, deu preferência para a apreciação do texto original da medida provisória aprovando-o na íntegra ou, ainda, promovendo modificações no texto e aprovando o projeto de lei de conversão. Nesta situação, o projeto de lei de conversão da Câmara dos Deputados é arquivado e a ela restará, apenas, decidir se delibera novamente sobre a medida provisória ou sobre o projeto de lei de conversão aprovado no Senado Federal.

Na última situação, a Câmara dos Deputados modificou o texto da medida provisória e apresentou projeto de lei de conversão. O Senado Federal concorda com ele, mas oferece emendas de modo que a matéria retorna para a Câmara dos Deputados para apreciação exclusivamente das emendas.

## 5.4 A deliberação sobre a medida provisória

### 5.4.1 Aprovação expressa

Diante do sistema bicameral adotado na Constituição Federal a medida provisória, para ser convertida em lei, deverá ser aprovada pela maioria relativa (art. 47 CF) da Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Neste caso, a medida provisória deixará de existir e em seu lugar surgirá uma lei ordinária que receberá o número de ordem.

Segundo o art. 12 da Resolução nº 1º/2002-CN:

*Aprovada medida provisória, sem alteração de mérito, será o texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso para publicação como lei, no Diário Oficial da União.*

Cumpre notar que na conversão em lei da medida provisória o seu texto não é submetido ao Presidente da República para sanção ou veto, uma vez que se verifica situação inversa a da tramitação de um projeto de lei, ou seja, no caso, o Congresso Nacional é que, aquiescendo com a medida provisória, delibera pela sua aprovação integral.

### 5.4.2 Rejeição expressa

A Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, ao apreciar a medida provisória em tramitação na respectiva Casa, poderá deliberar expressamente pela sua rejeição na sua íntegra. Neste caso, o Presidente da Casa Legislativa responsável pela decisão expedirá um ato declaratório de rejeição da medida provisória, o qual será publicado no Diário Oficial da União, para conhecimento público sobre a cessação da eficácia das normas contidas na medida provisória e, imediatamente, comunicará o fato ao Presidente da República (art. 14, *caput*, Res. Nº 1/2002-CN).

Convém lembrar que a medida provisória produziu efeitos desde a publicação de sua adoção pelo Presidente da República até a sua eventual rejeição pelo Poder Legislativo. Diante disso, o art. 62, § 3º, da Constituição Federal, determina que o Congresso Nacional aprove um decreto legislativo visando disciplinar as relações jurídicas decorrentes

da medida provisória rejeitada. O projeto de decreto legislativo será apresentado pela Comissão Mista conjuntamente com o seu parecer, caso seja ela que tenha sugerido a rejeição do texto da medida provisória. No entanto, se a deliberação pela rejeição da medida ocorreu no Plenário de qualquer uma das Casas legislativas, deverá a Comissão Mista se reunir para elaborar o projeto de decreto legislativo, no prazo de quinze dias e, decorrido o interregno, qualquer parlamentar poderá ser o autor do projeto de decreto legislativo, conforme se depreende dos artigos 5º, § 4º e 11, ambos da Resolução nº 1/2002-CN:

*Art. 5º, § 4º Quanto ao mérito, a Comissão poderá emitir parecer pela aprovação total ou parcial da medida provisória ou pela sua rejeição; e, ainda, pela aprovação ou rejeição de emenda a ela apresenta, devendo concluir, quando resolver por qualquer alteração de seu texto:*

*I – pela apresentação de projeto de lei de conversão relativo à matéria; e*

*II – pela apresentação de projeto de decreto legislativo, disciplinando as relações jurídicas decorrentes da vigência dos textos suprimidos ou alterados, o qual terá sua tramitação iniciada pela Câmara dos Deputados.*

*Art. 11 - Finalizando o prazo de vigência da medida provisória, inclusive o seu prazo de prorrogação, sem a conclusão da votação pelas 2 (duas) Casas do Congresso Nacional, ou aprovado projeto de lei de conversão com redação diferente da proposta pela Comissão Mista em seu parecer, ou ainda se a medida provisória for rejeitada, a Comissão Mista reunir-se para elaboração de projeto de decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes da vigência da medida provisória.*

*§ 1º Caso a Comissão Mista ou o Relator designado não apresente o projeto de decreto legislativo regulando as relações jurídicas decorrentes da medida provisória não apreciada, modificada ou rejeitada, no prazo de 15 dias, contado da decisão ou perda da sua vigência, poderá qualquer deputado ou senador oferecê-lo perante sua Casa respectiva, que o submeterá à Comissão Mista, para que esta apresente o parecer correspondente.*

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 365-8/600 – DF (Agravo Regimental), assim se manifestou:

*- Medidas Provisórias. A rejeição da medida provisória despoja-se de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso 'in albis' do prazo de 30 (trinta) dias, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do Congresso Nacional. A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Poder Legislativo da União, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional decorre, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina a que se refere a Carta Política em seu art. 62, parágrafo único, tem, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso Nacional, seu instrumento jurídico idôneo.*

*- Os atos regulamentares de medidas provisórias não-convertidas em lei não subsistem autonomamente, eis que nelas reside, de modo direto e imediato, o seu próprio fundamento de validade e de eficácia. A ausência de conversão legislativa opera efeitos extintivos radicais e genéricos, de modo a afetar todos os atos que estejam, de qualquer modo, causalmente vinculados à lei, especialmente aqueles que, editados pelo próprio Poder Público, com ela mantinham – ou deveriam manter – estrita relação de dependência normativa e de acessoriedade jurídica, tais como as Instruções Normativas<sup>83</sup>.*

<sup>83</sup> STF – Adin 365-8/600/DF – Rel. Min. Celso de Mello – Julgamento 07-11-90 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 15-03-1991, Ementário nº 1612-1.

### 5.4.3 Aprovação do projeto de lei de conversão

Já se disse que os parlamentares podem oferecer emendas à medida provisória e que ela pode ter seu texto modificado pelas Casas do Congresso Nacional que, ao final, aprovará um projeto de lei de conversão. Neste caso caberá ao Presidente da Casa Legislativa, que por último apreciou o projeto, remetê-lo ao Presidente da República, para que, com fundamento no art. 66 da Constituição, sancione ou vete o projeto de lei de conversão.

Frise-se que nesta hipótese, o texto original da medida provisória continuará em plena e integral vigência até que o projeto de lei de conversão seja sancionado ou vetado, nos termos do art. 62, § 12, da Constituição Federal. Além disso, a Comissão Mista deverá elaborar projeto de decreto legislativo para disciplinar as relações jurídicas decorrentes da aplicação da parte do texto suprimido pela emenda.

Percebe-se, com isso, que o constituinte reformador manteve na íntegra a eficácia da medida provisória, ainda que parte do seu texto tenha sido modificado ou suprimido por vontade do Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal, quando ainda na vigência do art. 62, da CF., na sua redação original, apreciou a questão e admitiu a eficácia apenas em relação aos dispositivos da medida que subsistiram à modificação do Poder Legislativo.

*MEDIDA PROVISÓRIA – EFICÁCIA – LEI DE CONVERSÃO – MODIFICAÇÕES – EFEITOS. O fato de o Congresso Nacional, na apreciação de medida provisória, glosar certos dispositivos não a prejudica, no campo da eficácia temporal, quanto aos que subsistiram. A disciplina das relações jurídicas, prevista na parte final do parágrafo único do artigo 62 da Constituição Federal, diz respeito à rejeição total ou à parcial quando autônoma a matéria alcançada<sup>84</sup>.*

<sup>84</sup> STF – Rec. Extraordinário nº 166857-1/DF – Rel. Min. Marco Aurélio – Julgamento 08-09-94 – Segunda Turma – *Diário da Justiça*, 18-03-1994, Ementário nº 1737-08.

#### 5.4.4 Rejeição Tácita

Extrai-se, do disposto no art. 62 da Constituição Federal, que as medidas provisórias devem ser apreciadas pela Câmara do Deputados e pelo Senado Federal no prazo total de sessenta dias, prazo esse que poderá ser prorrogado por mais sessenta dias, não computados os períodos de recesso parlamentar (16 de dezembro a 14 de fevereiro e 1º a 31 de julho), caso não haja deliberação no período inicial.

Entretanto o Congresso Nacional poderá não deliberar sobre a medida provisória no prazo constitucional, o que acarretará a rejeição do instrumento legislativo e a perda da eficácia desde sua edição. É certo que a medida provisória rejeitada de forma tácita produziu efeitos desde a sua edição, de modo que caberá ao Congresso aprovar decreto legislativo visando a disciplinar as relações jurídicas decorrentes da medida provisória que perdeu a eficácia.

Além disso, deverá o Presidente do Congresso Nacional comunicar o fato ao Presidente da República e expedir ato declaratório de encerramento do prazo de vigência da medida provisória, publicando-o no Diário Oficial da União para conhecimento da sociedade.

## 6 A edição e a vigência da medida provisória

As medidas provisórias adotadas pelo Presidente da República, ressalvada a situação descrita no art. 62, § 2º, da CF, terão vigência imediata com sua publicação no Diário Oficial da União.

É o que se depreende do art. 62, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal:

*§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não foram 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.*

A vigência da medida provisória, com força de lei, produz dois efeitos imediatos. Ela passa a integrar a ordem jurídica e produz os mesmos efeitos de uma lei produzida mediante regular processo legislativo. O outro efeito imediato se refere ao seu processo de conversão em lei, uma vez que, com a publicação da medida provisória, o Congresso Nacional deverá adotar medidas administrativas, como a criação da Comissão Mista e estabelecimento de uma agenda para debates e deliberação da medida provisória no exíguo prazo de quarenta e cinco dias, sob pena de obstrução da ordem do dia na casa em que estiver tramitando.

Mas a medida provisória, por ter reduzido prazo de eficácia e ainda ser incerto o destino que lhe dará o Congresso Nacional, não produz todos os efeitos de uma lei nova em relação à anterior, pois não revogará a legislação vigente e incompatível com a matéria tratada por ela, mas suspenderá a eficácia da legislação anterior até que seja definitivamente apreciada pelas Casas do Congresso Nacional e pelo Presidente da República, nos casos de apresentação de projeto de lei de conversão.

O art. 62 da Constituição Federal, na sua redação original, fixava o prazo de trinta dias de vigência, sob pena de revogação de sua eficácia, desde a edição, se não fosse convertida em lei. O Congresso Nacional, diante da exigüidade do prazo, não conseguia apreciar a medida provisória, de modo que ela era reeditada, sucessivamente, pelo Presidente da República.

As constantes reedições causavam dificuldade ao operador do direito em acompanhar a seqüência das medidas provisórias, ou seja, em saber qual foi a medida provisória que prorrogou a eficácia da anterior. Adotou-se, assim, a prática de acrescentar ao número da medida provisória um dígito, para que se percebesse e se identificasse rapidamente a edição da nova medida provisória. A título de exemplo, tornou-se fácil perceber que a Medida Provisória nº 1.632-11/98, que cuidava da dilação do prazo para a propositura da ação rescisória pelos entes federados, foi fruto de reedição, para substituir Medida Provisória nº

1.632-10/98, que perdeu a eficácia pelo decurso do prazo de trinta dias, sem apreciação pelo Congresso Nacional.

A Emenda Constitucional nº 32 pretendeu limitar a utilização, a adoção e a reedição das medidas provisórias e para tal, ampliou o prazo de vigência para sessenta dias em substituição aos trinta dias fixados anteriormente pelo parágrafo único, do art. 62, da Constituição Federal. Além disso, permitiu a prorrogação da vigência da medida provisória, por uma única vez, por igual período, caso ela não tenha sua votação encerrada no prazo inaugural de sessenta dias pelas duas Casas do Congresso Nacional.

Com isso a medida provisória tem assegurado na Constituição Federal o período de cento e vinte dias de vigência. Entretanto, sua vigência poderá superar esse lapso temporal, pois o prazo para votação e prorrogação ficará suspenso nos períodos de recesso do Congresso Nacional (16 de dezembro a 14 de fevereiro e 01 a 31 de julho – art. 57 CF). Com isso, por exemplo, uma medida provisória editada e publicada em 18 de agosto permanecerá vigente até 15 de fevereiro do ano seguinte.

Ademais, caso seja aprovado pelo Congresso Nacional projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, tal instrumento legislativo ainda continuará integralmente em vigor por mais quinze dias, prazo reservado ao Presidente da República para sancionar ou vetar o projeto.

Bem se vê, portanto, que a Emenda Constitucional nº 32, longe de reduzir a eficácia temporal de validade da medida provisória, acabou por estender sua vigência dos originais trinta dias para até cento e cinquenta dias, computando-se o prazo de prorrogação do recesso do meio do ano. Ademais, o prazo de vigência da medida provisória poderá ser ainda maior caso computado o recesso do fim do ano do Congresso Nacional e, eventual período de sanção ao projeto de lei de conversão.

### **6.1 Reedição da medida provisória**

*Já foi visto que antes da promulgação da Emenda constitucional nº 32 as medidas provisórias eram constantemente reeditadas, pois o art. 62 e seu parágrafo único nada dispunham sobre o tema.*

O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que as medidas provisórias não apreciadas pelo Congresso Nacional, nos termos do art. 62, parágrafo único, da CF, podiam ser reeditadas pelo Presidente da República, antes de vencido o prazo de trinta dias. Entretanto, se a medida provisória fosse rejeitada pelo Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal repudiava sua reedição pelo Chefe do Poder Executivo, pois tal ato configuraria desrespeito à legítima decisão do Poder Legislativo.

É o que se extrai da decisão da nossa Suprema Corte ao apreciar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 293-7/DF ajuizada pela Procuradoria-Geral da República:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA PROVISÓRIA – CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 62) – NATUREZA JURÍDICA – COMPETÊNCIA NORMATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA – LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS – REEDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL – SEPARAÇÃO DE PODERES – SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL – NECESSIDADE DE SUA PRESERVAÇÃO – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 190/90 – DISSÍDIOS COLETIVOS – PRESIDENTE DO T.S.T. – POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE SENTENÇAS NORMATIVAS – REEDIÇÃO CARACTERIZADA DE MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA – LIMINAR CONCEDIDA.*

*- As medidas provisórias configuram, no direito constitucional positivo brasileiro, uma categoria especial de atos normativos primários emanados do Poder Executivo, que se revestem de força, eficácia e valor de lei.*

*- Como a função legislativa ordinariamente pertence ao Congresso Nacional, que a exerce por direito próprio, com observância da estrita tipicidade constitucional que define a natureza das atividades estatais, torna-se imperioso assinalar – e advertir – que a utilização da medida provisória, por constituir exceção derogatória do postulado da divisão funcional do poder, subordina-*

*se, em seu processo de conversão legislativa, à vontade soberana do Congresso Nacional.*

*- O que justifica a edição das medidas provisória é a existência de um estado de necessidade, que impõe do Poder Executivo a adoção imediata de providências de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio 'periculum in mora' que certamente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa.*

*- A plena submissão das medidas provisórias ao Congresso Nacional constitui exigência que decorre do princípio da separação de poderes. O conteúdo jurídico que elas veiculam somente adquirirá estabilidade normativa, a partir do momento em que – observada a disciplina ritual do procedimento de conversão em lei – houver pronunciamento favorável e aquiescente do único órgão constitucionalmente investido do poder ordinário de legislar, que é o Congresso Nacional.*

*- Essa manifestação do Poder Legislativo é necessária, é insubstituível e é insuprimível. Por isso mesmo, as medidas provisórias, com a sua publicação do Diário Oficial, subtraem-se ao poder de disposição do Presidente da República e ganham, em conseqüência, autonomia jurídica absoluta, desvinculando-se, no plano formal, da autoridade que as instituiu.*

*- A edição de medida provisória gera dois efeitos imediatos. O primeiro efeito é de ordem normativa, eis que a medida provisória – que possui vigência e eficácia imediatas – inova, em caráter inaugural, a ordem jurídica. O segundo efeito é de natureza ritual, eis que a publicação da medida provisória atua como verdadeira 'provocatio ad agendum', estimulando o Congresso Nacional a instaurar o adequado procedimento de conversão em lei.*

*- A rejeição parlamentar de medida provisória – ou de seu projeto de conversão –, além de desconstituir-lhe 'ex tunc' a eficácia jurídica, opera uma outra relevante conseqüência de ordem político-institucional, que consiste na impossibilidade de o Presidente da República renovar esse ato quase-legislativo, de natureza cautelar.*

*Modificações secundárias de texto, que em nada afetam os aspectos essenciais e intrínsecos da medida provisória expressamente repudiada pelo Congresso Nacional, constituem expedientes incapazes de descaracterizar a identidade temática que existe entre o ato não convertido em lei e a nova medida provisória editada.*

*- O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional.*

*- Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica – dos Tribunais, especialmente – porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.*

*- A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste – enquanto for respeitada – constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada<sup>85</sup>.*

O constituinte reformador tomou a cautela de disciplinar a possibilidade de reedição das medidas provisórias no art. 62, § 10, ao dispor:

*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.*

<sup>85</sup> STF – Adin nº 293-7/600/DF – Rel. Min. Celso de Mello – Julgamento 06-06-90 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 16-04-1993, Ementário nº 1699-1.

Uma desatenta leitura do dispositivo constitucional pode permitir a interpretação de que a medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional não pode mais ser reeditada, conforme já firmado pelo Supremo Tribunal Federal e que, além disso, também foi expressamente vedada a reedição de medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional, durante o seu período constitucional de vigência.

De fato estas proibições existem, mas estão limitadas à reedição da medida provisória na mesma sessão legislativa, ou seja, no período de 15 de fevereiro a 15 de dezembro, conforme previsto no art. 57, *caput*, da Constituição Federal. Percebe-se, assim, que finda a sessão legislativa ordinária, ou seja, após 15 de dezembro, poderá o Presidente da República reeditar medida provisória que perdeu a eficácia pela não apreciação e também aquela que foi expressamente rejeitada pelas Casas do Congresso Nacional. Diante do novo dispositivo constitucional ficou prejudicada a jurisprudência da Suprema Corte que vedava a reedição de medidas provisórias rejeitadas pelo Congresso Nacional.

Todavia a interpretação extensiva do § 10, do art. 62, permite concluir que em relação às medidas provisórias ainda não rejeitadas e que ainda estejam dentro do prazo de vigência, não existe vedação constitucional na sua reedição na mesma sessão legislativa, o que permitiria o retorno da política de reedição constante das medidas provisórias como ocorria antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 32.

Conclui-se, assim, que a pretensa vedação constante no art. 62, § 10, da Carta Magna, na verdade, estendeu a possibilidade de reedição das medidas provisórias, inclusive daquelas que foram rejeitadas expressamente pelo Congresso Nacional, agora com o respaldo da Constituição Federal.

## **6.2 A medida provisória ab-rogatória**

O Presidente da República, ao adotar uma medida provisória, não dispõe da possibilidade de retirá-la de vigência, pois seus efeitos, no campo jurídico e na atividade legislativa do Congresso Nacional, decorrem de forma imediata a sua publicação.

Entretanto, admite-se que o Presidente da República edite medida provisória posterior suspendendo os efeitos da medida provisória ab-rogada. Neste caso a eficácia da

medida provisória anterior dependerá da deliberação que as Casas do Congresso Nacional formalizam em relação à medida provisória ab-rogatória. Desta forma, se o Poder Legislativo rejeitar a medida provisória ab-rogatória, ela perderá sua eficácia desde a edição de modo que a medida provisória ab-rogada permaneceu com vigência no período. Caberá, agora, ao Congresso Nacional, deliberar sobre os pressupostos constitucionais e sobre o mérito da medida provisória que permaneceu com seus efeitos suspensos.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que se extrai da decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) nº 12.100/600, proposta pelo Partido dos Trabalhadores:

*EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Medida Provisória nº 883, de 30.01.95, que revogou a Medida Provisória nº 826, de 10.01.95, antes do decurso do prazo de trinta dias, enquanto submetida ao Congresso Nacional, reeditando-se, entretanto, o texto da anterior. 2. Alegações de ofensa ao princípio de separação dos Poderes e de abuso de edição de Medidas Provisórias. 3. As Medidas Provisórias e o sistema da Constituição de 1988 – Orientação adotada pelo STF. 4. O Presidente da República pode expedir medida provisória revogando outra medida provisória, ainda em curso no Congresso Nacional. A medida provisória revogada fica, entretanto, com sua eficácia suspensa, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória ab-rogante. Se for acolhida pelo Congresso Nacional a medida provisória ab-rogante, e transformada em lei, a revogação da medida anterior torna-se definitiva; se for, porém, rejeitada, retomam seu curso os efeitos da medida provisória ab-rogada, que há de ser apreciada, pelo Congresso Nacional, no prazo restante à sua vigência. 5. Hipótese em que não se justifica a medida cautelar pleiteada, visando suspender os efeitos da medida provisória ab-rogante<sup>86</sup>.*

### 6.3 A medida provisória rejeitada e o decreto legislativo

As medidas provisórias poderão ser rejeitadas, total ou parcialmente, pelas Casas do Congresso Nacional, ou, ainda, perderão sua eficácia se não forem apreciadas no prazo constitucional. Todavia, até que sejam definitivamente rejeitadas, as medidas provisórias produzem efeito no mundo jurídico, interferindo diretamente nas relações da sociedade.

O art. 62, § 3º, da Constituição Federal, dispõe que:

*As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão a 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.*

Desta forma, considerando que a medida provisória rejeitada perde a eficácia desde a sua edição, conclui-se que todas relações jurídicas ocorridas com fundamento em seu texto também perdem o suporte de validade legislativa.

Além disso, a rejeição e a perda da eficácia da medida provisória implicam no restabelecimento imediato da legislação pré-existente à sua edição. Essa legislação permaneceu suspensa pelo período de vigência da medida provisória, que agora voltou a ter plena eficácia e, portanto, passou a reger as relações jurídicas que ocorreram no período de suspensão da sua eficácia. A situação, ora enfocada, demonstra a insegurança jurídica que pode decorrer da rejeição da medida provisória e o restabelecimento de legislação suspensa.

Diante disso, o Constituinte de 1988 resolveu atribuir ao Congresso Nacional a difícil tarefa de disciplinar, por meio de decreto legislativo, as relações jurídicas decorrentes da medida provisória revogada. Entretanto, o Constituinte Reformador foi além, pois fixou no art. 62, § 11, da Constituição Federal, o prazo e a consequência pela não edição do decreto legislativo:

---

<sup>86</sup> STF – Adin nº 12.100/600/DF – Rel. Min. Néri da Silveira – J. 15-02-95 – T. Pleno – DJ. 01-12-95.

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

Percebe-se que o constituinte reformador, ao elaborar o § 11 do art. 62 da Constituição Federal, inspirou-se na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69, pois restabeleceu o instituto do “decorso de prazo” tão utilizado pelos Presidentes da República durante o período do regime militar, bastando, para tanto, a leitura do art. 55, §§ 1º e 2º da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que dizia:

*§ 1º. 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 por aprovado.*

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

A Resolução nº 1/2002-CN, dispõe no art. 11, § 2º, que:

*Não editado o decreto legislativo até 60 (sessenta) dias após a rejeição ou perda da eficácia da medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.*

No entanto, o texto contido no § 11 do art. 62 da Constituição Federal e o dispositivo da resolução nº 1/2002-CN não poderão ser aplicados pelo Congresso Nacional sem análise mais apurada dos motivos que determinaram a rejeição da medida provisória, pois não é crível que uma medida provisória rejeitada pelo Poder Legislativo da União, por manifesta inconstitucionalidade quanto à matéria tratada, possa continuar a produzir efeitos em relação a fatos pretéritos, por força da própria Constituição Federal, apenas pelo fato de que o Congresso Nacional foi omissos em não aprovar um decreto legislativo disciplinando as situações atingidas pelo ato normativo inconstitucional.

## 7 As medidas provisórias no Estado e no Município

O Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal, recebeu a competência para adotar medidas provisórias, desde que atendidos os pressupostos de urgência e relevância. Com isso, a primeira indagação que surge é no sentido de saber se os Estados, em suas Constituições Estaduais, o Distrito Federal e os Municípios, em suas Leis Orgânicas, podem prever a existência da medida provisória, a ser expedida pelos chefes do Poder Executivo.

A Constituição anterior, no parágrafo único do art. 200, expressamente vedava a utilização do decreto-lei pelos Estados e, conseqüentemente, pelos Municípios que, alias, só foram aquinhoados com a autonomia por força do disposto nos artigos 1º e 18, da Constituição Federal de 1988.

Alexandre de Moraes ressalta que:

*O Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais. Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo Poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município. Além disso, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal<sup>87</sup>.*

O instrumento normativo das medidas provisórias foi incluído nas Constituições de alguns Estados da Federação, dentre eles, o Estado de Santa Catarina (art. 51 da CESC), Acre (art. 79 da CEAC), Piauí (art. 75, § 3º da CEPI) e Tocantins (art. 27, §3º da CETO).

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 425-TO, ajuizada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB visando à suspensão das Medidas Provisórias nºs. 62, 63, 64 e 65, editadas pelo Governador do Estado do Tocantins em 1990 e, no mesmo ano convertidas nas Leis Estaduais nºs. 219, 220, 215 e 218, assim se pronunciou:

**EMENTA:           AÇÃO           DIRETA           DE**  
*INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCESSO LEGISLATIVO. MEDIDA PROVISÓRIA. COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA EDITÁ-LA. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS. INICIATIVA. DOAÇÃO DE BENS DO ESTADO. MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DO ICMS. EFICÁCIA LEGAL LIMITADA NO TEMPO. PREJUDICIALIDADE. 1. Podem os Estados-membros editar medidas provisórias em face do princípio da simetria, obedecidas as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). 2. Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-membros, a exemplo da União Federal. 3. Lei 219/90. Reajuste de remuneração dos cargos de confiança exercidos por servidores do Estado. Iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. Legitimidade. Inexistência de afronta ao princípio da moralidade. Pedido improcedente. 4. Lei 220/90. Autorização legislativa para venda e doação de lotes situados em área urbana específica. Política habitacional implantada na Capital de Estado em fase de consolidação. Ausência de violação à Carta Federal. Improcedência. 5. Lei 215/90. Ofensa ao princípio da separação dos*

<sup>87</sup> MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 559.

*Poderes por norma que atribui ao Governador autorização para dispor, segundo sua conveniência, de bens públicos do Estado, sem especificá-los. Instrumento anômalo de delegação de poderes. Inobservância do processo legislativo concernente às leis delegadas. Ação, no ponto, julgada procedente. 6. Lei 218/90. Elevação do percentual da arrecadação do ICMS a ser repassado aos Municípios por repartição das receitas tributárias, no período compreendido entre os anos de 1990 e 1995. Suspensão cautelar. Regra cuja eficácia exauriu-se pelo decurso do tempo de sua vigência. Pedido prejudicado por perda superveniente do objeto. Ação direta julgada procedente em parte para declarar a inconstitucionalidade da Lei estadual 215/90<sup>88</sup>.*

Os argumentos utilizados pelo Relator Ministro Maurício Correa para reconhecer a constitucionalidade das Medidas Provisórias editadas pelo Governador do Estado do Tocantins e constantes de seu voto serão transcritos a seguir:

*A propósito, assinalo que nesse mesmo sentido tem apontado implicitamente a jurisprudência desta Corte. No julgamento da ADIMC 691-TO, Pertence, DJ 19/06/92, foi analisada a ocorrência de vício de iniciativa de medida provisória editada pelo Governador do Estado do Tocantins e posteriormente convertida em lei pela Assembléia local. Não se cogitou, na ocasião, de qualquer inconstitucionalidade formal da espécie normativa que iniciou o processo legislativo. De modo igual ocorreu quando foram apreciados os efeitos da Medida Provisória 61/95, de Santa Catarina, também convertida em lei pelo Poder Legislativo do Estado (RE 222480-SC, Moreira Alves, DJ 01/09/00, dentre outros).*

*Sem consistência, portanto, a tese que nega aos Estados a faculdade de editar medida provisória por ser obrigatória a interpretação restritiva do modelo federal, e por constituir exceção ao princípio da tripartição dos Poderes. É que o § 1º do artigo 25 da*

<sup>88</sup>STF Adin 425-TO – Rel. Min. Maurício Correa – Julgamento 04-09-2002 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 19-12-2003, Ementário nº 2137-1.

*Carta Federal reservou aos Estados "as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição". Quis o constituinte que as unidades federadas pudessem adotar o modelo do processo legislativo admitido para a União, uma vez que nada está disposto, no ponto, que lhes seja vedado.*

*Ora, se a Constituição Federal foi silente em relação às espécies normativas que poderiam ser editadas pelos Estados, não cabe colocar a questão em termos de interpretação restritiva ou ampliativa de preceito inexistente. Ademais, essa exegese só se aplica às limitações ao poder constituinte estadual, com exceção, é claro, das cláusulas pétreas, como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA.*

*Também não procede a alegação de que inexistente necessidade dessa via legislativa, por ser menos moroso o processo de elaboração de leis nos Estados. Tal assertiva não encontra respaldo constitucional, visto que a instituição de medidas provisórias pelos Estados-membros não se contrapõe à estrutura da Carta Federal.*

*O princípio do estado de necessidade constitucional em tempo de normalidade vige em diversos países onde o sistema é unicameral, adequado a solucionar situações emergenciais. Esse fundamento pode ser relevante para o controle judicial do requisito da urgência, a ser observado pelo Poder Executivo quando utiliza essa faculdade normativa excepcional, mas não para concluir pela inconstitucionalidade das medidas provisórias editadas pelos Estados.*

*Admitir que a edição de medidas provisórias reduz ainda mais as competências do Poder Legislativo dos Estados é argumento que não prospera, dado que tal entendimento parte do falso suposto de que haveria uma produção legislativa anômala do Executivo estadual, tal qual acontece com a União. Aliás, os próprios Estados-membros é que decidem por intermédio de seu Poder Constituinte se incluem, ou não, as medidas provisórias na seção de sua Carta reservada ao processo legislativo, pois não se trata de modelo federal a ser absorvido compulsoriamente pela unidade federada.*

*É tradição nesta Corte aplicar o princípio da simetria ao procedimento legislativo nos Estados-membros, que também enfrentam situações excepcionais a reclamar providências urgentes e relevantes capazes de saná-las, especialmente se considerarmos o fato de que vários deles possuem tamanho, população e economia equiparáveis a diversos países do mundo.*

[...]

*Impende assinalar que são de observância compulsória os dois requisitos - relevância e urgência - impostos à União pelo artigo 62 da Constituição Federal. A respeito do processo legislativo anoto que esta Corte vem decidindo quanto à obrigatoriedade de os Estados-membros observarem as linhas básicas do modelo federal (ADIs 216-PB, Redator p/ o acórdão Celso de Mello, RTJ 146/388; 822-RS, Pertence, RTJ 150/482; 1181-2-TO, de que fui relator, DJ 18/06/97). Essa vinculação deve ser seguida, inclusive, em relação às modificações introduzidas pela EC 32/01, condição de validade do dispositivo estadual desde então.*

*Na hipótese em exame, constata-se que a Constituição do Estado do Tocantins estabelece em seu artigo 25, inciso V, que "o processo legislativo compreende a elaboração de medidas provisórias", e no artigo 27, §§ 3º e 4º, fixa o procedimento. Cuida-se de fiel reprodução da Carta Federal, segundo o texto vigente à época da prática dos atos, com observância, portanto, dos pressupostos mencionados anteriormente<sup>89</sup>.*

De fato, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios devem seguir as normas do processo legislativo da Constituição Federal, e se tal ocorre, é para que os destinatários das normas tenham o mínimo de segurança jurídica quanto à existência de um processo de criação das normas, com a regular e democrática tramitação dos projetos de lei nas Casas Legislativas, nos moldes do que foi estabelecido pelo Constituinte em 1988.

<sup>89</sup> STF – Adin 425-TO – Rel. Min. Maurício Corrêa – julgamento 04/09/2002 – publicado [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) - Informativo nº 289, Brasília 04 a 08/11/2002.

Todavia, a medida provisória é uma exceção ao princípio da separação dos poderes, pois permite ao Chefe do Poder Executivo, segundo seu critério de conveniência e oportunidade, adotar medida provisória, com vigência imediata, e sem qualquer manifestação prévia do Poder Legislativo, visando a solucionar problema que entenda ser relevante e urgente.

Não é difícil imaginar o caos que se instalaria no ordenamento jurídico nacional, caso todos os vinte e seis Governadores de Estado e o do Distrito Federal, além dos mais de cinco mil e quinhentos Prefeitos Municipais passassem a legislar diariamente por meio de medidas provisórias, para se livrarem do desconforto de ter um projeto de lei de sua autoria em debate, perante o Poder legislativo respectivo.

É certo que as limitações à utilização das medidas provisórias pelo Presidente da República, previstas no art. 62 da Constituição Federal, aplicam-se às Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Entretanto, poderia o constituinte reformador, em homenagem aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica, disciplinar no próprio texto do art. 62 da Constituição Federal os limites de utilização das medidas provisórias pelos Estados e Municípios, ou mesmo, a exemplo da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que em seu art. 200, parágrafo único, proibir expressamente que os Estados fizessem uso dos decretos-leis.

## VI O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1 Aspectos gerais do controle de constitucionalidade

Controlar a constitucionalidade significa verificar se determinada lei ou ato normativo, federal ou estadual, está compatível, formal e materialmente, com a Constituição Federal.

Anna Cândida da Cunha Ferraz ensina que o controle de constitucionalidade consiste

*... em verificar a conformidade ou desconformidade, a adequação ou inadequação do ato jurídico ou da omissão do poder público ante a Constituição, com o objetivo de, se desconforme e inadequado, sanar-se o vício e fazer prevalecer a Norma Fundamental, ou, por outras palavras, busca-se, pelo controle de constitucionalidade, garantir que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe sejam conformes, e, se desconformes, procurar inutilizá-los.<sup>90</sup>*

Canotilho ao discorrer sobre o tema pondera que o Estado

*... ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de garantias e de sanções: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição<sup>91</sup>.*

O autor português ensina que a idéia do controle não está relacionada somente a um pensamento negativo do juiz ao não aplicar normas eventualmente não

<sup>90</sup> FERRAZ, A.C. *Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade*. In Revista de Informação Legislativa – Separata. Brasília; Senado Federal, 1999. p. 280.

<sup>91</sup> CANOTILHO, J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa: Almedina, 1998. p. 823.

conformes com a Constituição, mas pode estar relacionado também a uma atitude de obrigar os poderes públicos a uma *tarefa positiva de concretização e desenvolvimento do direito constitucional*<sup>92</sup>.

Importante manifestação de órgão jurisdicional, quanto ao controle de constitucionalidade, aconteceu nos Estados Unidos, em 1803, com o caso *William Marbury v. James Madison*, ocasião em que o juiz Marshall afirmou a supremacia da Constituição reconhecendo o direito-dever do poder judiciário de verificar, no curso da atividade jurisdicional, a conformidade de uma norma com a Constituição. Suas considerações apontam no sentido de que a validade de uma norma jurídica fica condicionada em sua conformidade à Constituição, formadora do direito fundamental e supremo da nação. Considerou ser da “essência do Judiciário” o respeito à Constituição<sup>93</sup>.

Clèmerson Merlin Clève, assentua que:

*O núcleo do modelo americano de fiscalização de constitucionalidade reside, pois, no fato de que qualquer juiz chamado a 'decidir um caso em que seja relevante uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda'*<sup>94</sup>.

Esse sistema de controle de constitucionalidade foi denominado *sistema difuso*.

Um outro sistema de controle, o *concentrado*, foi idealizado na primeira metade do século XX, pelo jurista austríaco Hans Kelsen. Tal sistema exigia a criação de um órgão especial que exercesse a função de verificar a conformidade das leis às normas estabelecidas na Constituição. O sistema concentrado, também conhecido como modelo austríaco ou sistema europeu, garante a guarda da Constituição por um Tribunal Constitucional o qual dará a última palavra em matéria de inconstitucionalidade de leis.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 827.

<sup>93</sup> CLÈVE, C. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 65-66, citando Marshall, *Decisões constitucionais*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1908.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 66, citando Mauro Cappelletti, in *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 76.

Para Hans Kelsen, uma lei em desacordo com a Constituição *pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio 'lex posterior derogat priori', mas também através de um processo especial, previsto na Constituição*<sup>95</sup>.

Assim sendo, no controle concentrado, a fiscalização da constitucionalidade da lei é reservada a um único órgão, que vai analisar a compatibilidade ou a incompatibilidade da norma ao texto constitucional, sem discutir qualquer caso concreto.

O Brasil adotou os dois sistemas jurisdicionais de controle de constitucionalidade que, aliado ao controle político, fazem com que o direito constitucional brasileiro seja um dos mais completos, em termos de controle de constitucionalidade.

## **2 Tipos de controle**

### **2.1 Controle preventivo e repressivo**

A Constituição Federal admite dois sistemas de controle de constitucionalidade: o preventivo e o repressivo, dependendo do momento em que é exercido pelo órgão fiscalizador da constitucionalidade, ou seja, se a verificação dos requisitos formais e materiais ocorrer antes da conclusão do ato, será ele preventivo e, caso seja exercido *a posteriori*, será repressivo.

O controle preventivo é exercido pelo Congresso Nacional durante o processo legislativo das espécies normativas, no momento em que as Comissões de Constituição de Justiça da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal apreciam a constitucionalidade e a legalidade do projeto de lei. Além disso, antes da apreciação do mérito do projeto, a inconstitucionalidade pode ser argüida perante o plenário das referidas Casas legislativas.

O Poder Executivo, por seu turno, exerce o controle preventivo, no momento em que o projeto de lei, aprovado pelas Casas do Congresso Nacional, é submetido ao Presidente da República para a sanção ou veto. O Chefe do Executivo, ao verificar a

inconstitucionalidade do projeto de lei, deverá, com fundamento no artigo 66, § 1º, da Constituição Federal, vetar a parte inconstitucional.

É da essência do controle preventivo evitar que a norma passe a fazer parte do ordenamento jurídico e, por isso, a fiscalização é realizada durante o processo de formação da lei. Esse controle opera-se, regra geral, no âmbito dos órgãos encarregados de editar a norma, tendo por objetivo produzir ato jurídico afinado com a Lei Maior.

Anna Cândida da Cunha Ferraz salienta que

*“O objetivo do controle preventivo é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, especialmente uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. Assim, essa modalidade de controle constitui, em essência, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização a priori”<sup>96</sup>.*

Assim, o próprio Congresso Nacional, órgão que tem a função típica de elaboração da lei, e o Presidente da República cuidarão de verificar se no projeto de lei há inconstitucionalidade e, havendo, devem impedir que aquele se transforme em lei e venha a fazer parte do ordenamento jurídico.

Já o controle de constitucionalidade repressivo das leis e dos atos normativos no Brasil, a ser exercido pelo Poder Judiciário, pode ser considerado misto, uma vez que abrange o critério difuso e o concentrado, bem como o controle *in abstracto* e *in concreto* das normas. Além disso, a Constituição Federal prevê o controle de constitucionalidade possibilitando a intervenção federal e estadual e a declaração de inconstitucionalidade por omissão.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 67, citando KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 367.

<sup>96</sup> FERRAZ, A.C. *Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade*. In *Revista de Informação Legislativa – Separata*, Brasília: Senado Federal, 1999. p. 281.

O controle repressivo ocorre depois do ato tornar-se perfeito e, nesse caso, aplicando-se a teoria do jurista austríaco Hans Kelsen, será exercido por um órgão que tem a função típica de vigiar se os atos normativos criados pelos Poderes Legislativo e Executivo são compatíveis com a Constituição. É repressivo porque, verificada a inconstitucionalidade, a norma é expurgada do mundo jurídico, gerando efeito *erga omnes*.

Poderá também a lei, eivada de vício, deixar de ser aplicada por determinação do juiz ou Tribunal, ao analisar um caso concreto. É repressivo porque, entendendo ser a lei inconstitucional, a autoridade judiciária impede sua aplicação naquele litígio, decisão que gera efeitos, a priori, *inter partes*.

## 2.2 Controle político e jurisdicional

A Constituição Federal admite ainda outros dois tipos de controle de constitucionalidade: o político e o jurisdicional. O primeiro é exercido por órgão de natureza política, ou seja, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo e o último confere ao Poder Judiciário o encargo de verificar e de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo incompatível com a Constituição.

## 2.3 Controle difuso e concentrado

A Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894 em seu art. 13, § 10, ao estabelecer a competência dos juízes e dos tribunais federais, de forma cristalina, admitiu o controle difuso de constitucionalidade ao dispor que:

*Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos incompatíveis com as leis ou com a Constituição*<sup>97</sup>.

O controle de constitucionalidade, pela via de exceção, foi previsto nas demais cartas constitucionais e atualmente está inserido no art. 102, III, da Constituição de

<sup>97</sup> ALVES, J. C. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In Documentação e direito comparado. Lisboa: Procuradoria Geral da República, p. 3.

1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, ao estabelecer que compete ao Supremo Tribunal Federal:

*Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:*

- a- contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b- declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c- julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.*
- d- julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*

O controle difuso de constitucionalidade é exercido por todos os juizes e tribunais federais ou estaduais e será apreciado de forma preliminar e incidental em ação judicial que verse sobre determinado caso concreto. Segundo ressalta Alexandre de Moraes:

*... posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação<sup>98</sup>.*

Ana Cândida da Cunha Ferraz ao dissertar sobre a matéria ensina que:

*O controle difuso, com suas características básicas extraídas sob a inspiração do modelo americano de controle – controle do caso concreto, provocado pelo titular do direito violado por ato inconstitucional; controle exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal e, em última e final instância pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos “inter partes” e “ex tunc” – é instrumento por excelência de proteção de direitos fundamentais. A universalidade do acesso favorecendo o princípio constitucional do acesso à justiça a todo e qualquer titular de direito violado por ato ou norma inconstitucional*

*alarga a abrangência do controle e o democratiza, concretizando o princípio constitucional de que nenhuma lesão de direito será retirada da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF). A decisão proferida em caso de controle difuso só alcança as partes, mesmo se proferida pelo Supremo Tribunal Federal, e não tem efeitos vinculantes nem para o Judiciário nem para os demais poderes políticos. Não obstante, reforça, ainda que de maneira tênue e pálida, a eficácia das decisões nessa via de controle a remessa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal (art. 52, X, CF) que poderá, à sua discricão (segundo entendimento majoritário do STF e da doutrina) expedir Resolução suspendendo a execução de ato ou lei declarados inconstitucionais em decisão definitiva e, via este mecanismo, estender o alcance da decisão "erga omnes"<sup>99</sup>.*

A apreciação da inconstitucionalidade de determinada lei ou de ato normativo federal, estadual ou municipal poderá ser argüida por via de exceção pelo autor, pelo réu, ou ainda, pelo representante do Ministério Público, perante o Juízo competente para a causa.

O Supremo Tribunal Federal ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nos autos de recurso extraordinário comunicará a decisão ao Senado Federal que suspenderá a execução da lei, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, e com isso a decisão da Suprema Corte passará a produzir efeitos *erga omnes*.

Depreende-se, portanto, que a evolução do controle de constitucionalidade, no Brasil, caminhou no sentido de expurgar do ordenamento jurídico qualquer lei ou ato normativo que maculasse a Constituição Federal, assentando-se, pois, na jurisprudência cuja declaração de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*.

<sup>98</sup> MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 589.

<sup>99</sup> FERRAZ, A. C. *Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista do Mestrado UNIFIEO nº 4, 2004.

O controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais restou mais assentado com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004, que, em seu art. 103-A constitucionalizou a *Súmula Vinculante*, cujos efeitos atingem de forma obrigatória Órgãos do Poder Judiciário e Executivo, como se denota da redação do caput do artigo e do seu parágrafo primeiro:

*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida na lei.*

*§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, a cerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*

O controle de constitucionalidade concentrado é exercido no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição e pelos Tribunais de Justiça do Estados em relação às normas municipais ou estaduais que estejam em desconformidade com a Constituição dos Estados.

José Carlos Moreira Alves lembra que a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, pois:

*... introduziu, no direito brasileiro, o controle de constitucionalidade de ato normativo federal ou estadual em abstrato em face da Constituição Federal, e, por ser feito apenas pelo Supremo Tribunal Federal, implicou, a adoção de controle de constitucionalidade, sem prejuízo do difuso. Instaurou-se, assim, um sistema misto de controle de constitucionalidade: o difuso, que abrange universo maior, pois*

*abarca, além de atos judiciais, atos normativos e administrativos federais, estaduais e municipais; e o concentrado, que abarca somente os atos normativos federais e estaduais. Note-se que, no tocante aos atos normativos municipais, a Emenda Constitucional n. 16/65 não aludiu a eles como objeto dessa representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e em face da Constituição Federal. Continha, sim, um dispositivo que preceituava que 'a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado'<sup>100</sup>.*

A Constituição Federal de 1988 manteve o controle de constitucionalidade concentrado ao estabelecer que:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I – processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;*

*[...]*

*p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade*

Além disso, a Constituição Federal de 1988 inovou quanto à legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que na égide da Constituição de 1967 estava restrita ao Procurador Geral da República, pois ampliou o rol das pessoas e órgãos e instituições que podem ajuizá-la, conforme disposto no art. 103 da CF, com a redação dada pela Emenda constitucional n. 45, de 8-12-2004:

*Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:*

<sup>100</sup> ALVES, J. C. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In Documentação e direito comparado. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1997. p. 5-6.

- I – o Presidente da República;*
- II – a Mesa do Senado federal;*
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;*
- IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;*
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;*
- VI – o Procurador-Geral da República;*
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;*
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;*
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao seu texto a ação de inconstitucionalidade por omissão, permitindo que o Supremo Tribunal Federal ao decidir que uma norma constitucional não está em plena eficácia por desídia de um Poder Estatal ou de órgão administrativo, dará ciência ao Poder omissor para que tome as providências necessárias no sentido de efetivar a norma e, quando a omissão for causada por órgão administrativo ser-lhe-á concedido o prazo de trinta dias para o mesmo fim (art. 103, § 2º, CF).

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade a ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador Geral da República. Ressalte-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 ampliou a legitimidade ativa para o ajuizamento da referida ação de modo a albergar todos os titulares da ação direta de inconstitucionalidade, conforme, nova redação dada ao art. 103, da Constituição Federal. Por meio desta ação o autor visa obter do órgão encarregado da guarda da Constituição a sua declaração no sentido de que uma lei ou ato normativo federal, que está sendo impugnado perante a justiça de primeira e segunda instância, está revestido de constitucionalidade e, portanto tal decisão deve fazer cessar as decisões inferiores e contrárias ao ato normativo.

### **3 Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo**

#### **3.1 Controle em momento anterior à adoção da medida provisória**

A Constituição Federal, em seu art. 84, enumerou em vinte e sete incisos as atribuições do Presidente da República, lista que não é exaustiva, já o que inciso XXVII permite-lhe exercer outras atribuições prescritas nesta Constituição, além das arroladas.

Dentre as atribuições do Presidente da República algumas se referem ao processo legislativo e, portanto, estão diretamente relacionadas com a atividade típica do Poder Legislativo, quais sejam as de iniciar o processo legislativo, de sancionar, de promulgar e de fazer publicar as leis, bem como, de vetar projetos de lei, total ou parcialmente, de remeter o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento e, também, a de editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62. Além disso, o Presidente da República pode expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução das leis.

As atividades delineadas integram o processo legislativo e culminam com o surgimento da norma jurídica, que se destina a reger as relações entre as pessoas e entre elas e o Estado. Assim, a lei federal é o resultado da vontade política dos representantes do povo, na Câmara dos Deputados, e dos representantes dos Estados Federados e Distrito Federal, no Senado Federal, órgãos que compõem o Poder Legislativo da União, associada à concordância do Presidente da República, na condição de Chefe do Poder Executivo.

O processo de elaboração da lei permite a participação livre e independente dos Poderes Legislativo e Executivo e ainda possibilita a fiscalização entre os poderes, de modo que um projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, cujo conteúdo afronte a Constituição Federal, teoricamente, jamais será aprovado pelo Congresso Nacional por ser inconstitucional. Por outro lado, se o Poder Legislativo aprovar projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público, o Presidente da República, utilizando-se do poder de veto, previsto no art. 66, § 1º da CF, não permitirá que este projeto se transforme em lei.

Este processo democrático de criação de normas jurídicas proporciona à sociedade a segurança de que nenhum desses Poderes atuará de forma absolutamente livre,

independente e sem qualquer fiscalização do outro Poder. Permite, assim, que a sociedade acompanhe a tramitação e participe dos debates sobre o conteúdo do projeto antes que ele se torne lei.

Já, a norma jurídica implementada por meio de medida provisória, tem vigência imediata no momento da sua publicação, de modo que a sociedade já estará obrigada a cumprir a nova legislação, totalmente desconhecida, na mesma manhã de sua publicação no Diário Oficial da União.

Sem dúvida, a medida provisória é um instrumento que inverte o processo democrático de criação de leis, pois o Poder Legislativo só dará o seu aval às novas normas *a posteriori*, ou seja, em momento bem posterior a sua vigência.

Surge daí a responsabilidade do Presidente da República em decidir em que momento da vida nacional fará uso das medidas provisórias, pois com a sua utilização o Chefe do Poder Executivo passa a exercer, de forma temporária, mas na sua plenitude, a função de legislativa que foi conferida ao Congresso Nacional, pelo art. 44 da Constituição Federal, em observância ao princípio da separação de poderes, consagrado no art 2º da Constituição Federal.

O Presidente da República, ao tomar posse perante o Congresso Nacional, presta o *compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil*, conforme previsto no art. 78, *caput*, da Constituição Federal. Não se trata apenas de um compromisso formal, ritual ou próprio de um cerimonial de transmissão de cargo, mas de um compromisso que, se desrespeitado, pode caracterizar o crime de responsabilidade previsto no art. 85, II e VII da Constituição Federal:

*São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da república que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:*

*II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;*

*VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais.*

Paulo Brossard, citando Raul Pilla, ressalta que:

*Assim, embora possa haver eleição sem que haja democracia, parece certo que não há democracia sem eleição. Mas a só eleição, ainda que isenta, periódica e lisamente apurada, não esgota a realidade democrática, pois, além de mediata ou imediatamente resultante do sufrágio popular, as autoridades designadas para exercer o governo devem responder pelo uso que dele fizeram, uma vez que 'governo irresponsável, embora originário de eleição popular, pode ser tudo, menos governo democrático'.<sup>101</sup>*

Diante disso, e em respeito à Constituição Federal, às leis e, ao princípio da separação dos poderes e aos direitos fundamentais dos cidadãos, deverá o Presidente da República, antes de editar medida provisória, verificar se estão presentes os pressupostos constitucionais da *relevância* e *urgência* e se realmente é necessário editar a medida provisória para resolver determinado problema, ou se ele pode ser solucionado com a apresentação de um projeto de lei, acompanhado do pedido de urgência, o qual terá regular tramitação perante o Poder Legislativo. Além disso, compete ao Presidente da República, antes de impor à sociedade uma medida provisória, constatar se ela não afronta as limitações estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, além dos limites materiais implícitos e os limites relacionados aos direitos fundamentais.

É certo que num regime democrático de direito, o Presidente da República, ao empreender as suas atividades governamentais, decorrentes do exercício das funções de Chefe de Estado, Chefe de Governo, Chefe da Administração Pública Federal e Comandante Supremo das Forças Armadas, irá se deparar com a atuação fiscalizatória dos Poderes Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e da sociedade por meio dos instrumentos colocados à sua disposição, como por exemplo, a ação popular.

A Constituição Federal assegura, dentre os direitos individuais, que *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, II,

CF). Entretanto, em relação às atividades estatais, a Constituição Federal impõe a observância dos princípios do art. 37:

*A administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ...*

Depreende-se, assim, que o Estado deverá atuar amparado pela lei, de modo que as atividades governamentais empreendidas pelo Poder Executivo estarão submetidas ao controle prévio do Poder Legislativo.

Bem por isso, não é de bom alvitre que o Poder Executivo passe a utilizar o instrumento das medidas provisórias para a edição de normas que lhe permitam atuar de forma imediata, pois tal atitude afasta a fiscalização prévia do Poder Legislativo e afronta o princípio da separação de poderes.

Um exemplo sobre o tema é a Medida Provisória nº 159, de 23 de dezembro de 2003, que autoriza o Poder Executivo a conceder subvenção econômica à Companhia de Navegação do São Francisco – FRANAVE.

Sem adentrar no mérito da relevância e urgência da citada Medida Provisória, o certo é que por meio dela o Presidente da República cria norma permissiva em benefício do Poder de que é chefe. Ora, tal atitude afasta a fiscalização prévia do Poder Legislativo e vai de encontro ao princípio da separação de poderes.

Além disso, o Presidente da República, como chefe de Estado e de Governo, tem como obrigação analisar qual a repercussão e as conseqüências políticas e jurídicas para o Estado Brasileiro e para a sociedade, caso a medida provisória não seja aprovada pelo Congresso Nacional e, portanto, não convertida em lei.

---

<sup>101</sup> BROSSARD, P. *O impeachment*. São Paulo: Saraiva. 1992, p. 3.

Por exemplo, em 16 de dezembro de 2003, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 149, que autoriza o Poder Executivo a doar à República da Bolívia vacinas contra a febre aftosa. A doação faz parte de um programa de erradicação da doença no rebanho do gado boliviano e visa impedir que um animal proveniente da Bolívia atravesse a fronteira e venha a contaminar o rebanho bovino nacional e, com isso trazer problemas nas exportações brasileiras. Ainda que se verifique a presença dos pressupostos da relevância e urgência na edição da medida provisória, perguntar-se-ia quais seriam as conseqüências internacionais, caso a medida provisória venha a ser rejeitada pelas Casas do Congresso e, portanto, cessada sua eficácia desde a edição. Parece evidente o mal estar que causaria às relações políticas entre os dois países, pois caberia ao Governo brasileiro explicar ao Governo boliviano que a doação não existiu, ou que ela aconteceu, contudo sem respaldo legal e, por conseguinte, solicitar a devolução das vacinas. A outra solução seria o Presidente da República devolver aos cofres públicos o valor correspondente às vacinas, sob pena de não ter suas contas aprovadas perante o Poder Legislativo.

O pressuposto da urgência também exige especial atenção no controle a ser exercido pelo Presidente da República antes da edição da medida provisória, pois ao ser publicada, automaticamente, impõe-se às Casas do Congresso Nacional o dever de empreender os atos de seu célere procedimento legislativo, com a formação de uma Comissão Mista para análise e parecer sobre o texto, o qual em seguida será submetido ao debate e à deliberação das Casas Legislativas. Tal atividade interfere na agenda da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, uma vez que decorrido o prazo de quarenta e cinco dias da sua publicação passará a tramitar em regime de urgência e ocupará o primeiro lugar na Ordem do dia da Casa em que estiver tramitando, o que retardará a apreciação dos demais projetos de lei, inclusive os projetos de emenda à Constituição que estiverem em fase de deliberação.

O Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 124 em 11 de julho de 2003, a qual dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas - ANA e dá outras providências.

A Medida Provisória nº 124 teve regular trâmite perante a Câmara dos Deputados e após o vencimento do prazo de quarenta e cinco dias passou a trancar a pauta e, portanto, a impedir a votação do projeto de emenda constitucional que tratava da reforma tributária. Diante disso, o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 128, em 1º

de setembro de 2003 e revogou a Medida Provisória nº 124 visando à desobstrução da pauta da Câmara dos Deputados.

Já se disse que a medida ab-rogatória é admitida pelo Supremo Tribunal Federal, mas o presente caso apresenta situação singular, conforme se depreende das razões da edição da Medida Provisória nº 128:

*1. O Poder Executivo e o Poder Legislativo da União, em conjunto com os entes federados, estão unidos em esforços para a aprovação de reformas constitucionais essenciais ao desenvolvimento do País.*

*2. Dentro da realização do interesse público, aproxima-se o momento de votar, no Plenário da Câmara dos Deputados, a reforma tributária, fundamental que é para os setores privado e público, para todas as esferas da federação.*

*3. No entanto, a Medida Provisória nº 124, de 11 de julho de 2003, que dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas, e dá outras providências, está trancando a pauta de votações da Câmara dos Deputados em razão do transcurso de prazo a que se refere o § 6.º do art. 62 da Constituição de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001.*

*4. Assim, impõe-se a necessidade - imperiosa - de revogar a Medida Provisória em causa, de modo a desobstruir a pauta de votações da Câmara dos Deputados. Ao mesmo tempo, o Governo Federal empenhar-se-á em submeter ao Congresso Nacional projeto de lei com idêntico teor ao da Medida Provisória cuja revogação ora se propõe.*

*5. Importa destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há muito admite seja uma medida provisória revogada por outra (por exemplo, a ADInMC nº- 221-O/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Moreira Alves. DJ de 22.10.1993 e a*

*ADInMC nº- 1.207-O/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 1º.12.1995), entendimento esse que, indubitavelmente, mantém-se aplicável sob a sistemática da Emenda Constitucional nº- 32, de 2001. Com efeito, a prática recente do Congresso Nacional o demonstra: a Medida Provisória nº 53, de 11 de julho de 2002, revogou dispositivos da Medida Provisória nº- 51, de 4 de julho de 2002.*

Conforme se depreende dos motivos expostos acima, ao editar a Medida Provisória nº 128 o Presidente da República agiu com manifesta intenção de contornar a norma repressiva do art. 62, § 6º da Constituição Federal. Além disso, subtraiu do Congresso Nacional a possibilidade de apreciação da Medida Provisória nº 124. Em seus motivos o Presidente da República confessou que a Medida Provisória nº 124 não tinha qualquer urgência, tanto que foi revogada e o seu texto será reapresentado em forma de projeto de lei, demonstrando que antes mesmo de sua publicação tinha plena consciência da ausência do pressuposto constitucional da *urgência*. Entretanto, neste caso, as consequências da edição da Medida Provisória nº 124, e da sua não apreciação em 45 dias, refletiram no âmago do próprio Poder Executivo, na medida em que o trancamento da pauta pela citada medida provisória passou a ser um obstáculo na apreciação do projeto de emenda constitucional da reforma tributária, tão perseguida pelo Presidente da República.

Conclui-se, portanto, que o controle de constitucionalidade preventivo a ser exercido pelo Poder Executivo é de suma importância, pois evitará a edição de medida provisória inconstitucional, com repercussão desastrosa na atividade do parlamento, e nas relações sócio econômicas da sociedade.

### **3.2 Controle ao projeto de lei de conversão da medida provisória**

O Poder Executivo também exerce controle repressivo em relação à medida provisória, cujo texto tenha sofrido modificação no Poder Legislativo. No caso, o Congresso Nacional apresentará um projeto de lei de conversão e este deverá ser submetido à apreciação do Presidente da República para ser sancionado, caso concorde com as modificações, ou vetado, se não contar com a sua aquiescência. Ressalte-se que o veto não é definitivo e seus

motivos serão analisados pelo Congresso Nacional, que poderá mantê-lo ou rejeitá-lo, caso em que os dispositivos vetados serão promulgados como lei.

#### 4 Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Legislativo

O Congresso Nacional editou a Resolução nº 1/2002, que disciplinou o processo de apreciação pelo Poder Legislativo da medida provisória no sentido de convertê-la ou não em lei, conforme disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

A Resolução nº1/2002 determina a formação de Comissão Mista que deverá apresentar parecer sobre os pressupostos constitucionais da *relevância e urgência*, adequação financeira e orçamentária e sobre o mérito da medida provisória, bem como, sobre as propostas de emendas que lhe forem oferecidas pelos parlamentares.

O controle de constitucionalidade da medida provisória é *sui generis*, pois o Congresso Nacional não exercerá apenas um controle político sobre o tema veiculado na medida provisória, mas, também, exercerá controle jurídico sobre a constitucionalidade do ato normativo, já que apreciará se ele atendeu aos pressupostos de constitucionalidade que ensejaram a medida e, também, se, no mérito, não afronta a Constituição. Assim, o controle parlamentar, além de ser repressivo em relação à medida provisória, que naquele momento tem apenas *força de lei*, também será preventivo, em relação à lei que nascerá com a conversão da medida provisória.

O controle de constitucionalidade das medidas provisórias não tem sido exercido com muita eficiência pelo Congresso Nacional, apesar do art. 62 da CF ser expresso quanto aos atos de controle a serem desempenhados pelas Casas Legislativas. Destaque-se que, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, em 11 de setembro de 2001, até o término da sessão legislativa de 2003, o Congresso Nacional não instalou nenhuma Comissão Mista para emitir o parecer de constitucionalidade sobre as medidas provisórias, de modo que reiteradamente a Presidência da Mesa do Congresso Nacional deixou de cumprir o disposto no art. 62, § 9º da Constituição Federal, o qual determina expressamente que a Comissão Mista deverá *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.* A solução encontrada pelo Congresso Nacional, para contornar a Constituição Federal e a Resolução nº1/2002-CN, foi a designação de um relator que apresentará o seu parecer sobre os pressupostos constitucionais da medida provisória diretamente no Plenário da Casa, o qual será submetido à deliberação antes da apreciação do mérito, em consonância com o disposto no art. 62, § 5º, da CF.

Sem embargo dos motivos que levaram a Mesa do Congresso Nacional a nunca ter instalado uma Comissão Mista para cada medida provisória, em flagrante desrespeito à Constituição Federal e também à Resolução nº 2002, do próprio Congresso Nacional, a conclusão que se extrai desse procedimento é que todas as medidas provisórias editadas e convertidas em lei padecem de inconstitucionalidade formal, pois o seu trâmite desrespeitou a art. 62, § 9º da CF, já que não foi exarado o parecer de uma Comissão Mista sobre os pressupostos constitucionais da relevância e urgência.

Nem se diga que o parecer isolado de um parlamentar tem força para suprir a exigência do Constituinte reformador. A medida provisória tem a sua votação iniciada na Câmara dos Deputados, e pela sistemática adotada pelo Congresso Nacional, o primeiro relator da medida provisória será um Deputado Federal, de forma que a Câmara debaterá e deliberará sobre um parecer que não contém a manifestação de Senadores. Em outras palavras, os Estados e o Distrito Federal, que são representados por seus Senadores, não emitirão qualquer opinião sobre o parecer da medida provisória e das emendas por eles protocoladas perante a Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, ora submetido à votação na Câmara dos Deputados, o que afronta a representatividade das unidades federativas no processo de elaboração da lei federal.

Desde a promulgação da Emenda Constitucional, em 11 de setembro de 2001 até 23 de janeiro de 2004, foram editadas 163 medidas provisórias, sendo 101 durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso e 62 editadas pelo Governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Foram convertidas em lei 115 medidas provisórias e 29 ainda se encontravam em tramitação pelas Casas do Congresso Nacional. Das medidas provisórias restantes, uma foi revogada e não reeditada (MPV 124/2003); duas restaram prejudicadas e duas perderam a eficácia pelo decurso do prazo de vigência.

O Congresso Nacional rejeitou, no ano de 2002, catorze medidas provisórias editadas pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e, em 2003, não se verificou qualquer caso de rejeição de medida provisória.

A Medida Provisória nº 15/2001<sup>102</sup> foi rejeitada em virtude da aprovação da Medida Provisória nº 9/2001. Foram rejeitadas no mérito as Medidas Provisórias nºs 28<sup>103</sup>, 33<sup>104</sup>, 39<sup>105</sup>, 45<sup>106</sup>, 51<sup>107</sup>, 52<sup>108</sup>, 57<sup>109</sup>, 71<sup>110</sup>, 73<sup>111</sup> e 75<sup>112</sup>, todas editadas no ano de 2002.

Com exceção das Medidas Provisórias nº 28, 33 e 39, o Congresso Nacional determinou que com relação às medidas provisórias rejeitadas pelo mérito, a matéria deveria ser encaminhada à Comissão Mista do Congresso Nacional para que fosse elaborado Projeto de Decreto Legislativo, nos termos do art. 11 da Resolução 01/2002 - CN, e após, ao arquivo.

Viu-se que nenhuma Comissão Mista foi instalada para apreciação das medidas provisórias e, da mesma forma constatamos a inexistência de qualquer Projeto de Decreto Legislativo visando disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias rejeitadas.

As Medidas Provisórias nºs. 10/2001<sup>113</sup>, 42/2002<sup>114</sup> e 44/2002<sup>115</sup> foram rejeitadas, pois não atendiam os pressupostos constitucionais da *relevância* e *urgência*.

<sup>102</sup> Fixa em 28 de fevereiro de 2002 o término do prazo para adesão à repactuação das operações de crédito rural de que trata o art. 5º, §§ 5º e 6º-A, da Lei nº 9.138, de 29 de novembro de 1995.

<sup>103</sup> Fixa em 28 de fevereiro de 2002 o término do prazo para adesão à repactuação das operações de crédito rural de que trata o art. 5º, §§ 5º e 6º-A, da Lei nº 9.138, de 29 de novembro de 1995.

<sup>104</sup> Dispõe sobre os Sistemas Nacionais de Epidemiologia, de Saúde Ambiental e de Saúde Indígena, cria a Agência Federal de Prevenção e Controle de Doenças - APEC, e dá outras providências.

<sup>105</sup> Altera a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências.

<sup>106</sup> Altera a Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil, e dá outras providências.

<sup>107</sup> Dispõe sobre a criação de cargos de Guarda de Polícia Federal e de Analista de Informações Policiais no Quadro de Pessoal do Departamento de Polícia Federal, e de Direção e Assessoramento Superiores no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências.

<sup>108</sup> Dispõe sobre a criação da Carreira de Supervisão do Sistema de Saúde e dá outras providências.

<sup>109</sup> Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRÁS e a União a adquirirem ações da Companhia Energética de Goiás - CELG para efeito de inclusão no Programa Nacional de Desestatização - PND, e dá outras providências.

<sup>110</sup> Altera disposições das Leis nºs 9.028, de 12 de abril de 1995, e 10.480, de 2 de julho de 2002, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, dispõe sobre a Secretaria da Receita Federal, e dá outras providências.

<sup>111</sup> Revoga o art. 12 da Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002.

<sup>112</sup> Altera a Legislação Tributária Federal, e dá outras providências.

O resultado da atividade do Congresso Nacional em apreciar as medidas provisórias deixou evidenciado que, no último ano de governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, houve eficiência no controle da atividade legislativa exercida pelo Poder Executivo, já que catorze medidas provisórias foram rejeitadas. Entretanto, após o início do Governo Luiz Inácio Lula da Silva, e durante o período retro citado, a atividade de apreciação das medidas provisórias pelo Congresso Nacional foi abrandada e nenhuma medida do governo foi rejeitada. Aliás, a parcimônia com que o Congresso Nacional exerceu o controle sobre as medidas provisórias nos seus dois primeiros anos do mandato leva a crer que está aceitando ser despojado da função constitucional que lhe foi atribuída pelo Poder Constituinte.

Aliás, o Governo Luiz Inácio Lula da Silva, seguindo o exemplo dos governos anteriores, tem empreendido esforços para expandir sua base de apoio no Congresso Nacional e para tanto promoveu a uma reforma ministerial em 2004, que foi implantada com a edição da Medida Provisória nº 163<sup>116</sup> e conseguiu resultados surpreendentes na captação de novos integrantes para os Partidos de apoio ao governo.

A imprensa noticiou que o Governo Luiz Inácio Lula da Silva tinha como meta formar uma base de apoio no Congresso Nacional que lhe permitiria controlar 80% (oitenta por cento) do Poder Legislativo da União<sup>117</sup>.

Sem dúvida que se Poder Executivo obtiver o apoio irrestrito e incondicional de 80% do Congresso Nacional, o Presidente poderá formular todas as reformas que quiser na Constituição Federal, pois contará com mais de 3/5 dos votos. Já as medidas provisórias que são aprovadas, em um só turno, e por maioria simples, poderão ser utilizadas com maior frequência pelo Presidente da República, pois a sua aprovação pelas Casas do Congresso Nacional será praticamente certa.

---

<sup>113</sup> Altera a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993 que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

<sup>114</sup> Dispõe sobre a estruturação da Carreira de Inteligência, a remuneração dos integrantes do Quadro de Pessoal da Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências.

<sup>115</sup> Dispõe sobre a inclusão dos cargos da Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira - CEPLAC no Plano de Classificação de Cargos, instituído pela Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.

<sup>116</sup> Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.

Entretanto, a meta de domínio completo do Congresso Nacional por parte do Poder Executivo foi interrompida com a eleição do Deputado Severino Cavalcante, em fevereiro de 2005, para a Presidência da Câmara dos Deputados, aliada, ainda, a composição da Mesa Diretora, que não tem em seu quadro nenhum Deputado do Partido dos Trabalhadores, partido este integrado pelo Presidente da República. Diante disso, o Poder Executivo perdeu o controle da pauta da Câmara dos Deputados e, portanto, não pode escolher quais os projetos que serão submetidos à deliberação pelo plenário e, além disso, não dispõe mais de competência para indicar o Deputado que será o relator de uma medida provisória.

## 5 Controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário

O controle de constitucionalidade das medidas provisórias pelo Poder Judiciário também apresenta particularidade, pois além do controle repressivo sobre os efeitos, no caso concreto ou *in abstracto*, da medida provisória adotada pelo Poder Executivo, a apreciação do ato normativo implica, conseqüentemente, na verificação preventiva da lei que poderá resultar da conversão da medida provisória.

A tarefa mostra-se, portanto, muito especial, pela sua singularidade. Entretanto, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não tem exercido o rigor necessário no controle das medidas provisórias, no que se refere ao atendimento dos pressupostos constitucionais da *urgência* e *relevância*. É certo que a Suprema Corte, até o advento da Emenda Constitucional nº 32, assistiu à prática da reedição constante das medidas provisórias não votadas pelo Congresso Nacional sem colocar qualquer obstáculo a essa atitude, que acabava por transformar tais medidas provisórias em quase definitivas.

A medida provisória pode ser objeto de controle de constitucionalidade repressivo no curso de uma ação judicial perante qualquer órgão do Poder Judiciário, por via de exceção, ocasião em que serão apreciados os seus efeitos, em um caso concreto. O Juiz da primeira instância poderá declarar a sua inconstitucionalidade e a sentença produzirá efeitos apenas entre as partes litigantes.

---

<sup>117</sup> Jornal *O Estado de São Paulo*, 25/01/2004, p. 8.

Já o Tribunal, para declarar a inconstitucionalidade da medida provisória, deverá fazê-lo somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros de seu órgão especial, conforme preconiza o art. 97 da Constituição Federal. Nada impede que esses órgãos apreciem a ocorrência dos pressupostos constitucionais da *relevância* e da *urgência*. Entretanto, salvo algum caso especialíssimo, a decisão sobre o não atendimento dos pressupostos constitucionais da *relevância* e *urgência* não será respaldada pela Suprema Corte, cuja jurisprudência entende que não cabe ao Poder Judiciário a tarefa de perquirir a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pelo art. 62, *caput*, da Constituição Federal.

A decisão de inconstitucionalidade da medida provisória prolatada por juiz ou tribunal poderá ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, conforme previsto no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004.

O art. 102 da Constituição Federal deixou expresso que o Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário responsável pela guarda da Constituição competindo-lhe o controle concentrado de constitucionalidade das medidas provisórias com força de lei. O processamento da ação direta de inconstitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da medida cautelar na Suprema Corte seguirá o disposto na Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999.

Anna Cândida da Cunha Ferraz ressalta a importância da ação direta de inconstitucionalidade para a proteção dos direitos fundamentais, como se denota a seguir:

*É certo que inúmeras ações diretas propostas perante o Supremo Tribunal Federal visam à proteção de direitos de todos ou de categorias. Isto em razão da extensão da titularidade para sua propositura especialmente ao Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos e às confederações sindicais ou às entidades de classe de âmbito nacional (Cf. art. 103, VII, VIII e IX). Tais entes militam, por meio dessa ação direta de inconstitucionalidade, principalmente na defesa de direitos. Nesses casos, por óbvio, a proteção de direitos, especialmente direitos*

*fundamentais, é mais eficaz, porquanto a decisão, por via desses instrumentos, é mais rápida, tem efeitos para todos, é vinculante para o Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal, e alcança, desde logo, e indistintamente, todos os titulares dos direitos abrangidos pelo ato ou pela omissão inconstitucional questionados; destarte, considerando este particular aspecto da legitimidade ou titulação para propositura as ações diretas de inconstitucionalidade acabam se transformando em poderoso instrumento de proteção de direitos fundamentais, ainda que a propositura fique ao alvedrio, não dos titulares de direitos, mas dos legitimados constitucionais. É de se observar que, não obstante, a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade versa sobre a defesa da generalidade das normas e princípios constitucionais e da supremacia constitucional, incidindo a título de exemplo, sobre normas de constituições estaduais ou leis e atos normativos federais e estaduais que contrariam a Constituição em seus princípios e regras; vale dizer, a maioria dessas ações postulam a defesa ou garantia, em abstrato, das normas e princípios da Constituição Federal em sua generalidade, como norma fundamental da organização de poderes e da organização do Estado brasileiro.<sup>118</sup>*

Proposta a ação direta de inconstitucionalidade de uma medida provisória, algumas situações podem surgir em relação ao ato normativo com reflexo imediato na ação judicial em tramitação. Desta forma pode acontecer que a medida provisória seja convertida em lei ou reeditada, caso em que a matéria disciplinada em seu texto passa a ser regida pela nova medida provisória ou pela lei, decorrente da conversão.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 691-6/TO que

*EMENTA – I. ADIn: medida provisória convertida em lei sem alterações: arguição não prejudicada.*

<sup>118</sup> FERRAZ, A. C. *Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista do Mestrado UNIFIEO nº 4, 2004.

*Não prejudica a ação direta de inconstitucionalidade material de medida provisória a sua intercorrente conversão em lei sem alterações, dado que a sua aprovação e promulgação integrais apenas lhe tornam definitiva a vigência, com eficácia ex tunc e sem solução de continuidade, preservada a identidade originária do seu conteúdo normativo, objeto de arguição de invalidade<sup>119</sup>.*

Caso a medida provisória não se converta em lei, pela sua rejeição ou pela sua não apreciação no prazo constitucional e, conseqüentemente, perder a sua vigência desde a edição, os reflexos serão imediatos sobre a ação judicial em curso. É o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 293-7/DF (Questão de Ordem):

*A medida provisória constitui espécie normativa juridicamente instável. Esse ato estatal dispõe, em função das notas de transitoriedade e de precariedade que o qualificam, de eficácia temporal limitada, na medida em que, não convertido em lei, despoja-se, desde o momento de sua edição, da aptidão para inovar o ordenamento positivo.*

*A perda retroativa de eficácia jurídica da medida provisória ocorre tanto na hipótese de explícita rejeição do projeto de sua conversão em lei quanto no caso de ausência de deliberação parlamentar no prazo constitucional de trinta (30) dias.*

*Uma vez cessada a vigência da medida provisória, pelo decurso "in albis" do prazo constitucional, opera-se, ante a superveniente perda de objeto, a extinção anômala do processo de ação direta de inconstitucionalidade<sup>120</sup>.*

Na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1125-1 (com pedido de liminar) o Supremo Tribunal Federal admitiu que em caso de reedição ou da conversão em lei o autor poderia pedir a extensão da ação ajuizada em face da medida provisória superveniente:

<sup>119</sup> STF Adin 691-TO – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 22-04-1992 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 19-06-1992, Ementário nº 1666-1.

<sup>120</sup> STF Adin 293-DF – Rel. Min. Celso de Mello – Julgamento 06-05-1993 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 18-06-1993, Ementário nº 1708-1.

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE INTERNO. Medidas Provisórias 590, 627 e 667, de 1994, art. 4º, IV.*

*I.- No caso de reedição de medida provisória, ou no caso de sua conversão em lei, poderá o autor da ação direta pedir a extensão da ação à medida provisória reeditada ou à lei de conversão, para que a inconstitucionalidade argüida venha a ser apreciada pelo STF, inclusive no que toca à liminar pleiteada. ADIn 1085-DF.*

*II.- Suspensão cautelar da eficácia das expressões “e do Ministério Público da União” constantes do inciso IV do art. 4º das Medidas Provisórias 590 de 1994, e subsequentes<sup>121</sup>.*

Em outro caso de medida provisória reeditada foi permitido pela Suprema Corte o aditamento da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade:

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade e reedição de medidas provisórias: evolução da jurisprudência: aditamento da petição inicial: pressuposto de identidade substancial das normas.*

*A possibilidade do aditamento da ação direta de inconstitucionalidade de modo a que continue, contra medida provisória reeditada, o processo instaurado contra a sua edição original, pressupõe necessariamente a identidade substancial de ambas: se a norma reeditada é, não apenas formal, mas também substancialmente distinta da originalmente impugnada, impõe-se a propositura de nova ação direta<sup>122</sup>.*

Por outro lado se a lei que está sendo objeto de argüição de inconstitucionalidade for revogada, a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a ação perdeu o seu objeto, conforme se depreende da ementa que segue:

<sup>121</sup> STF Adin 1125-1/DF- Rel. Min. Carlos Velloso – Julgamento 01-02-1995 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 31/03/95, Ementário nº 1781-1.

<sup>122</sup> STF Adin 1753-2/DF- Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 17-09-1998 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 23/10/98. Ementário nº 1928-1

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medidas Provisórias nºs 153 e 156, ambas de 15 de março de 1990.*

*- Recentemente, esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 709, decidiu que, revogada a lei argüida de inconstitucional, a ação direta a ela relativa perde o seu objeto, independentemente da ocorrência de efeitos concretos que dela hajam decorrido.*

*Ação direta de inconstitucionalidade que não se conhece por estar prejudicada em virtude da perda de seu objeto<sup>123</sup>.*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 529-4/DF proposta pelo Partido dos Trabalhadores enfoca situação *sui generis*, uma vez que tem por finalidade a declaração de inconstitucionalidade por omissão da Medida Provisória 296/91, visando à extensão dos benefícios nela concedidos apenas a uma parcela de servidores federais:

*EMENTA: Inconstitucionalidade por omissão relativa: alegação contra a Med. Prov. 296/91: plausibilidade: denegação, porém, de liminar.*

*1. Ação direta contra a Med. Prov. 296/91 que – diversamente de outra, proposta contra o mesmo ato normativo (ADIn 525) –, não postula a invalidade dos benefícios concedidos aos servidores federais nela contemplados, mas se funda, ao contrário, na alegada omissão do Presidente da República, na medida em que não os estendeu à totalidade do pessoal civil da União, como imposta pelas normas constitucionais invocadas (CF, arts. 37, X e 39, § 1º): plausibilidade jurídica da alegação de mérito.*

*2. Considerações sobre o dilema – na hipótese de ofensa à isonomia pela norma legal que, concedendo vantagens a uns, não as estende a outros, em situação idêntica –, entre a declaração da inconstitucionalidade da omissão relativa.*

*3. Inadmissibilidade, em princípio, da antecipação cautelar provisória da declaração de inconstitucionalidade por omissão (ADIn*

<sup>123</sup> STF Adin 221-0/DF– Rel. Min. Moreira Alves – Julgamento 16-09-2003 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 22/10/93, Ementário nº 1722-1.

*361, 5.10.90), agravada, na espécie, em que o ato normativo que traduziria a discriminação alegada é uma medida provisória, ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional e, portanto, ela mesma, com vigência provisória e resolúvel<sup>124</sup>.*

A Emenda Constitucional nº 32 foi promulgada pelas Mesas do Congresso Nacional, em 11 de setembro de 2001, e teve como finalidade introduzir limites à edição das medidas provisórias pelo Presidente da República. Entretanto, como exposto por ocasião do estudo dos limites materiais introduzidos no art. 62 da Constituição Federal, a interpretação que pode ser dada a tais dispositivos permite ao Presidente da República a utilização das medidas provisórias de forma rotineira e, agora, com respaldo no texto constitucional.

Diante das novas disposições contidas no art. 62 da CF uma gama de novos problemas sobre a utilização das medidas provisórias serão colocados para apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Já foi mencionado neste trabalho o caso da edição da medida provisória nº. 128/2003, que ab-rogou a Medida Provisória nº 124/2003 com a única e exclusiva finalidade de desobstruir a pauta da Câmara dos Deputados a fim de possibilitar a votação da reforma tributária, conforme foi declarado pelo Presidente da República na motivação da Medida Provisória ab-rogante.

O Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB ajuizou, em 03 de setembro de 2003, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2984, com pedido cautelar, em face da Medida Provisória nº 128, de 01 de setembro de 2003, sob o argumento de que com a sua edição o Congresso Nacional ficou impossibilitado de apreciar a medida provisória revogada. Ressalta, ainda, a ofensa aos princípios da separação dos poderes, da moralidade, e da legalidade dos atos administrativos. A ação foi distribuída à Ministra Ellen Grace e a liminar foi submetida a julgamento, em 4-9-2003, sendo indeferido o pedido de liminar pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, com um único voto contrário, proferido pelo Ministro Marco Aurélio, cujo teor da decisão segue:

---

<sup>124</sup> STF Adin 529-4/DF– Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 19-06-1991 – Tribunal Pleno – *Diário Justiça*, 05/03/93, Ementário nº 1694-2.

*Entendendo não caracterizada, à primeira vista, a motivação necessária a justificar a inconstitucionalidade da norma impugnada, o Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB e pelo Partido da Frente Liberal - PFL contra a Medida Provisória 128/2003, que revogou a Medida Provisória 124/2003. Alegava-se, na espécie, que a revogação da Medida Provisória 124/2003, cujo objetivo fora expressamente o de desobstruir a pauta de votações da Câmara dos Deputados, subtraía do crivo parlamentar a apreciação da Medida Provisória revogada, ofendendo o art. 62, caput, e § 6º da CF/88, na redação dada pela EC 32/2001, e os princípios constitucionais da separação entre os Poderes, da moralidade, da legalidade e da finalidade dos atos administrativos. Considerou-se que o art. 62 da CF/88, mesmo após o advento da EC 32/2001, não impede a revogação de medida provisória pendente de apreciação pelo Congresso Nacional por outra, apenas suspendendo-se a eficácia da medida objeto de revogação, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora. Afastou-se, assim, a alegação de subtração da competência do Congresso Nacional para a apreciação de ambas as medidas, ficando apenas invertida a ordem de apreciação das matérias, já que o exame da medida ab-rogante deve preceder ao da medida ab-rogada. Salientou-se, ainda, que a possibilidade de revogação de medidas provisórias em curso não implica a viabilidade de se revogar e reeditar novas medidas de igual teor na mesma sessão legislativa, sob pena de desvirtuamento da finalidade pretendida com o advento da EC 32/2001, e conseqüente inconstitucionalidade, por fraude à Constituição. Vencido o Min. Marco Aurélio, que deferia o pedido de medida liminar (CF, art. 62, § 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"). Precedentes citados: ADI 221-MC-*

*DF (RTJ 151/331), ADI 1.204-MC-DF (DJU de 7.12.95), ADI 1.659-DF-MC (DJU de 8.5.98)<sup>125</sup>.*

Ora, parece evidente que a atitude do Presidente da República ao editar a Medida Provisória afrontou o princípio da separação dos poderes já que impediu o Poder Legislativo de exercer sua função típica de legislar e de deliberar sobre a medida provisória ab-rogada. Além disso, pode-se constatar a utilização pelo Chefe do Poder Executivo de expediente para driblar as limitações impostas pelo Constituinte reformador.

Assim, seria de bom alvitre que o Supremo Tribunal Federal adotasse posição mais cautelosa na apreciação da medida provisória, de modo a incorporar na sua jurisprudência o espírito limitador que foi introduzido no art. 62 da CF pelo Constituinte Reformador. Entretanto, a Suprema Corte optou por continuar aplicando os mesmos entendimentos vigentes antes da EC. Nº 32, de 11-9-2001.

Diante disso e considerando que o atual governo já deteve ampla maioria no Parlamento, o que poderá ocorrer novamente no futuro, deve-se esperar, em breve, que outras manobras sejam realizadas na edição das medidas provisórias de modo a burlar e a fraudar as normas limitadoras à sua utilização que foram inseridas na Constituição Federal.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal, no legítimo exercício da sua majestosa atribuição de guardião da Constituição, zelar para que ela continue a ser respeitada e para tal deverá empreender energicamente o controle de constitucionalidade, a fim de preservar os princípios fundamentais que norteiam o Estado Democrático de Direito instalado no Brasil, em 05 de outubro de 1988, e com isso assegurar aos integrantes da sociedade o respeito aos direitos fundamentais; aos entes federados a observância dos princípios federativos, com a sua plena autonomia político-administrativa, nos limites estabelecidos pelo Constituinte, e, aos Poderes da União e das unidades federadas a plena garantia a sua independência e autonomia em respeito ao princípio da separação de poderes.

Outro instrumento de suma importância que o Constituinte colocou à disposição da sociedade e do Supremo Tribunal Federal para a defesa dos direitos

---

<sup>125</sup> STF Adin 2984/DF – Rel. Min. Ellen Gracie – Julgamento da liminar 04-09-2003 – Tribunal Pleno – Informativo do STF nº 319. Publicado no site [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br) entre 1º a 5 de setembro de 2003

fundamentais é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como bem assevera Ana Cândida da Cunha Ferraz:

*A adoção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para proteção de direitos fundamentais, todavia, é possível, em tese, ante formulações constitucionais normativas que contemplam tais direitos e não tenham eficácia plena, dependendo de outras normas ou de medidas para concretizá-las; contudo, não tem o titular do direito, eventualmente obstaculizado em seu exercício pela ausência de norma infraconstitucional, disponibilidade para propor esta ação, dependendo, como se acentuou a propósito da ação direta de inconstitucionalidade, da atuação dos legitimados arrolados no art. 103.*

*Diz Canotilho, a propósito, ao confrontar omissão inconstitucional e omissão violadora dos direitos fundamentais, que "o problema da omissão legislativa, na perspectiva da presente investigação, insere-se ao problema mais vasto do cumprimento das imposições constitucionais e da actualização da constituição dirigente, ultrapassando o restrito âmbito dos direitos fundamentais".*

*Não obstante, parece conveniente acentuar que a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão tem sido proposta para a defesa de direitos consagrados em norma constitucional não concretizada por ausência de lei ou medida do Poder Executivo.*

*Isto porque a Constituição designa para esta modalidade de ação a mesma legitimação da ação direta de inconstitucionalidade, abrindo assim a possibilidade para a proteção dos direitos de minorias, de coletividades e de associados por intermédio dos legitimados especiais. Claro está que a propositura da ação, para essa finalidade, fica na dependência da vontade de tais legitimados e não da provocação pelos titulares de direitos não exercidos por falta de norma regulamentadora da norma constitucional<sup>126</sup>.*

<sup>126</sup> FERRAZ, A. C. *Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista do Mestrado UNIFIEO nº 4, 2004.

## 6 Controle de constitucionalidade e os Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, surgiu como fruto de longos anos de intenso movimento social e político, cujo desiderato era o retorno ao estado democrático de direito, o qual havia sucumbido por quase duas décadas de regime militar e de desrespeito às instituições e aos direitos fundamentais.

O Constituinte de 1988 empreendeu esforços em estabelecer os direitos fundamentais a fim de dotar o indivíduo com instrumentos para se opor à prepotência do Estado.

Assim, ao estruturar o novo texto constitucional, o Constituinte primeiro tratou dos temas relacionados aos direitos fundamentais e só depois passou a organizar o Estado e seus Poderes, demonstrando, com isso, a real importância de tais direitos frente ao novo Estado que estava surgindo com a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988.

O Título II da Constituição Federal foi denominado de *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* e dividido em cinco capítulos, destinados a estabelecer os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

A extensa quantidade de direitos relacionados no Título II da Constituição Federal não se exaure ali, pois outros poderão ser localizados no decorrer do texto constitucional. Além disso, a existência de outros direitos, não relacionados no corpo da Constituição, mas decorrentes de tratados internacionais, poderão ser invocados para salvaguardar o indivíduo, a teor do disposto no art. 5º, § 2º da CF:

*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Além de estabelecer os direitos fundamentais, o Constituinte preocupou-se com que eles fossem efetivamente exercidos pela sociedade e respeitados pelo Estado e que não se tornassem apenas um enunciado ou mera expectativa de direito, e que tivessem que aguardar a sua regulamentação para serem efetivamente usufruídos, de modo que estabeleceu no art. 5º, § 1º, da CF, que *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

A par dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal também existem instrumentos destinados a resguardá-los contra os abusos do Estado, os denominados remédios constitucionais, prescritos no próprio art. 5º da CF, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular e o direito de petição. Os Direitos Fundamentais também podem ser resguardados por meio do controle de constitucionalidade exercido pelos Poderes Executivo e Legislativo e, principalmente, pelo Poder Judiciário, que tem no Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição.

Além disso, o Constituinte incluiu os direitos e as garantias individuais no núcleo imutável da Constituição Federal, cujo art. 60, § 4, deixa expresso que:

*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

*I – a forma federativa de Estado;*

*II – o voto direto, secreto, universal e periódico;*

*III – a separação de Poderes;*

*IV – os direitos e garantias individuais.*

É certo que muitos dos direitos relacionados no Título II da Constituição Federal, para que possam ser exercidos plenamente e sem que haja qualquer dúvida quanto a sua extensão, requerem do legislador a elaboração de uma lei. Surge daí a questão: Os direitos fundamentais podem ser objeto de disciplina por meio de medidas provisórias ou estariam acobertados pelo princípio da reserva legal?

André Ramos Tavares ao distinguir o princípio da legalidade do princípio da reserva da lei ensina que:

*O princípio da legalidade reparte-se, como visto acima, em dois "fronts". Em primeiro, exige o respeito à lei posta. Em segundo lugar, impõe que não se crie direito ou dever sem amparo legal; se não há lei, não há suporte para qualquer exigência ou benefício público.*

*Já a expressão "reserva da lei" assume sentido próprio, que não se confunde com o princípio da legalidade, embora para ele aponte como seu horizonte mais próximo. Pela reserva legal estabelece-se a obrigatoriedade de tratamento de determinadas e específicas matérias por meio de lei.*

*Enquanto o princípio da legalidade revela-se pela previsão geral, como visto, no sentido de que não se criam deveres ou direitos sem lei, no caso da reserva legal há a previsão expressa e pontual, para uma específica matéria, da necessidade de regulamentação por meio de lei.*

*A diferenciação vale-se aqui do velho brocardo segundo o qual ao Poder Público só é lícito fazer aquilo que for previsto em lei, enquanto ao particular é assegurado fazer tudo quanto não seja proibido por lei. Identifica-se, na primeira referência (Poder Público), o princípio da reserva de lei, e, no segundo caso, o princípio da legalidade<sup>127</sup>.*

O Art. 62, § 1º, I, *a e b*, responde parte da indagação lançada acima, já que expressamente veda a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa à nacionalidade, à cidadania, aos direitos políticos, aos partidos políticos, ao direito eleitoral, aos direitos penal, processual penal e processual civil.

Mas a questão ainda persiste em relação aos direitos individuais e coletivos e aos direitos sociais.

Com relação aos direitos sociais não se encontra óbice à utilização das medidas provisórias para sua regulamentação, em casos de urgência e relevância, observando, entretanto, que por serem direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, não

<sup>127</sup> TAVARES, A. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 431.

poderá a legislação infraconstitucional ser editada visando à diminuição do alcance ou mesmo à abolição da norma que definiu tal direito.

Um exemplo da utilização da medida provisória para dispor sobre os direitos sociais verificou-se durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso ao adotar a Medida Provisória nº 1982-77, de 2000, para regulamentar a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, previsto no art. 7º, XI, da Constituição Federal. A citada medida provisória foi acolhida pelo congresso Nacional e convertida na Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000.

Já a utilização das medidas provisórias para dispor sobre os direitos individuais e coletivos não é matéria pacífica e suscita amplo debate.

Carla Pinheiro sustenta que:

*A Medida Provisória pode tornar-se um importante instrumento de proteção aos Direitos Fundamentais à disposição do Poder Executivo, mesmo que em situações excepcionais – situações de relevância e urgência, art. 62 da Constituição vigente. Ao expedir Medida Provisória tendo em vista a proteção a Direito Fundamental, o Executivo estaria exercendo atividade de duplo caráter: legislativa e fiscalizadora das demais funções estatais; daí sua extrema importância como instrumento de defesa dos Direitos Fundamentais.*

*A principal incumbência do Poder Executivo é, porém, a de executar leis, cuidar da manutenção da ordem jurídica, administrar os negócios públicos e dirigir as funções políticas do Estado, com o objetivo de assegurar sua existência e o cumprimento de suas finalidades. E, no que diz respeito à vinculação dessa “função do poder” aos Direitos Fundamentais, podemos explicitar o que está implícito na letra da Lei Maior, quando trata do Poder Executivo, porque é matéria já regulamentada na primeira parte da Constituição, quando ela determina ser a dignidade da pessoa humana fundamento do Estado Democrático de Direito – art. 1º, II -,*

*como quando determina que os Direitos e Garantias Fundamentais têm aplicação imediata – art. 5º, §2º<sup>128</sup>.*

Assim, na lição de Carla Pinheiro caso fosse admitida à adoção de medidas provisórias em relação aos direitos individuais ela só poderia ser utilizada como instrumento de proteção.

Entretanto, como foi visto, o Constituinte salvaguardou direitos e garantias individuais de qualquer espécie normativa que pudesse restringi-los, já que proibiu ao Poder Constituinte Reformador deliberar sobre qualquer emenda constitucional tendente a abolir tais direitos, a teor do disposto no art. 60, § 4º, IV, da CF.

Além disso, a disciplina de matéria relacionada aos direitos individuais é de competência legislativa própria do Congresso Nacional, uma vez que o art. 68, § 1º, II, da Constituição Federal, proíbe expressamente que a legislação referente aos direitos individuais seja objeto de delegação legislativa ao Presidente da República. E, como já se disse, se o Congresso Nacional está constitucionalmente proibido de delegar a matéria para elaboração de lei delegada pelo Presidente da República, não poderá o Chefe do Poder Executivo, segundo seu próprio critério de conveniência e oportunidade, utilizar as medidas provisórias para tratar do assunto, caso em que estaríamos diante de uma flagrante inconstitucionalidade e nítida afronta ao princípio da separação dos poderes.

Neste sentido a lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

*Dos direitos individuais, apenas alguns (os constantes dos conteúdos do direito penal, do direito processual penal e direito processual civil e o seqüestro de bens) estão a salvo da medida provisória. Por exceção, os demais poderiam ser veiculados por essa espécie legislativa. [...] Realmente, houve manifestação do Poder*

---

<sup>128</sup> PINHEIRO, C. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo; Atlas, 2001. p. 37.

*Constituinte Derivado, que alterou o processo legislativo da medida provisória e disciplinou as suas matérias. No entanto, a interpretação mais adequada deve ser aquela conforme a Constituição, ou seja, aquela que venha a prestigiar os valores normativos albergados pelo constituinte originário. [...] Na verdade, apesar de não constar expressamente como matéria vedada à edição de medida provisória, os direitos individuais encontram vedação implícita para a veiculação dessa espécie normativa. É que há regra de indelegabilidade no texto, valor prestigiado pelo § 4º do art. 60, além de princípio fundamental no art. 2º da Lei Maior. Ora, se permitirmos que matéria anteriormente reservada à exclusividade do Poder Legislativo seja disciplinada pela excepcional situação da medida provisória, iremos alterar a idéia constitucional originária. A melhor interpretação é aquela que entende que os temas do art. 68, § 1º, continuam a reger as vedações para utilização de medida provisória, quando forem mais exigentes que as regras do próprio art. 62<sup>129</sup>.*

Assim, conclui-se que os direitos individuais e coletivos não devem ser objeto de tratamento por meio das medidas provisórias. Aliás, como já exposto, é absolutamente desnecessária a regulamentação, em caráter de urgência, dos direitos e garantias individuais e coletivos, pois tais direitos já foram consagrados com o efeito da aplicação imediata desde a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, por força do disposto no § 2º, do art. 5º.

Quanto à matéria de direito penal não parece possível a definição de um crime e sua respectiva pena, por meio de uma medida provisória, pois dado o seu caráter provisório e a demora em sua apreciação pelo Congresso Nacional, poderia ocorrer hipótese absurda, de alguém ser preso e condenado por um delito e durante o cumprimento da pena, o crime deixar de existir, diante da rejeição expressa da medida provisória pelo Congresso Nacional<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> ARAÚJO, L. e NUNES JUNIOR. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 108-109

<sup>130</sup> As medidas provisórias n.ºs. 153 e 156, expedidas pelo Presidente Fernando Collor em 15 de março de 1990 tratavam sobre matéria penal e foram revogadas pela medida provisória n.º 175, de 27 de março de 1990.

Sem dúvida, a medida provisória afrontaria ao disposto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal, que consagra dentre as garantias individuais: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

No caso, o Constituinte, visando à garantia do indivíduo a exercer o seu direito de locomoção, exigiu que a instituição de um crime e sua respectiva pena seja feita exclusivamente pela edição de uma lei em sentido formal, ou seja, uma norma geral e abstrata elaborada mediante regular processo legislativo perante o Congresso Nacional.

O Presidente da República, diante do disposto no art. 62, § 1º, I, b, não poderá mais legislar sobre matéria de direito processual civil e processual penal por meio de medidas provisórias. Esta foi a melhor, senão a maior inovação nas limitações aprovadas pelo constituinte reformador, pois prestigiou a segurança jurídica aos litigantes em processos judiciais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, ao firmar os direitos individuais relacionados aos litígios postos para solução estatal, enuncia que:

*XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

*XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*

*LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;*

*LIV – ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

*LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

Tais princípios foram consagrados pelo Constituinte com a finalidade de que o indivíduo, ao litigar perante o Poder Judiciário, tivesse amplo conhecimento das normas vigentes e, ainda, contasse com a segurança de que tais normas seriam respeitadas no curso da ação judicial.

A edição da medida provisória implica na sua vigência imediata e, por ter força de lei, impõe às partes e aos membros do Poder Judiciário a obrigatoriedade de sua observância, salvo, evidente inconstitucionalidade. Assim, a modificação de normas processuais afronta o princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, o direito individual da pessoa sujeita ao processo judicial.

Além disso, não se pode perder de vista que a União e suas Autarquias possuem interesse em milhares de processos submetidos ao crivo do Poder Judiciário e, portanto, a edição de uma medida provisória pelo Chefe do Poder Executivo Federal poderia estabelecer normas processuais beneficiando-as nas ações em que fosse parte interessada, em evidente detrimento à parte contrária e, por conseguinte, afastando a condição de igualdade entre as partes litigantes no processo judicial.

A hipótese retratada acima já faz parte da recente história brasileira. O Presidente da República, ao editar a Medida Provisória nº 1577-6/97, ampliou o prazo decadencial das ações rescisórias ajuizadas pelos Entes Federativos, além de inovar a legislação processual civil no que tange à possibilidade de rescisão de sentença, em flagrante interesse próprio. A medida provisória foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753-2 DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da decisão que segue:

*EMENTA: Ação rescisória: MProv. 1577-6/97, arts. 4º e parág. único: a) ampliação do prazo de decadência de dois para cinco anos, quando proposta a ação rescisória pela União, os Estados, o DF ou os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (art. 4º) e b) criação, em favor das mesmas entidades públicas, de uma nova hipótese de rescindibilidade das sentenças – indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado (art. 4º, parág. único): arguição plausível de afronta aos arts. 62 e 5º, I e LIV, da Constituição: conveniência da suspensão cautelar: medida liminar deferida.*

*1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência*

*para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas – a criação de novo caso de rescindibilidade – é pacificamente inadmissível e quanto à outra – a ampliação do prazo de decadência – é pelo menos duvidosa.*

*2. A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.*

*3. Razões de conveniência da suspensão cautelar até em favor do interesse público<sup>131</sup>.*

Com relação à matéria processual penal, convém mencionar que ela já foi objeto deste instrumento de elaboração normativa. A medida provisória nº 111/89 estabeleceu, dentre outras normas processuais, a prisão temporária, sendo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar 162/DF ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja ementa segue:

*- Os conceitos de relevância e urgência a que se refere o art. 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorrem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o*

<sup>131</sup> STF – Adin 1753-2/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 17-09-98 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 12-06-98, Ementário 1914-01.

*controle judiciário quando ao excesso do poder de legislar, o que no caso não se evidencia de pronto.*

*- A prisão temporária prevista no art. 2º da referida Medida Provisória não é medida compulsória a ser obrigatoriamente decretada pelo Juiz, já que o despacho que a deferir deve ser devidamente fundamentado, conforme exige o parágrafo 2º do mesmo dispositivo.*

*- Nessa oportunidade processual, não se evidencia manifesta incompatibilidade entre o parágrafo 1º do art. 3º da Medida Provisória nº 111 e o disposto no inciso LXIII do art. 5º da Constituição, em face do que se contém no parágrafo 2º do artigo 3º daquela, quanto à comunicação do preso com o seu advogado.*

*- Embora seja relevante juridicamente a arguição de inconstitucionalidade da criação de delito por Medida Provisória, não está presente o requisito da conveniência, pois o artigo 4º da citada Medida Provisória, impugnado sob esse fundamento, apenas se destina a coibir abuso de autoridades contra a liberdade individual.*

*- A disposição de natureza processual, constante do artigo 5º da Medida Provisória nº 111, que estabelece plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País, não tem o relevo jurídico necessário para a concessão de providência excepcional como é a concessão de liminar, em ação direta de inconstitucionalidade.*

*- Pedido de liminar indeferido.<sup>132</sup>*

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição cidadã, enumerou em seu art. 5º, de forma minuciosa, os direitos concedidos aos nacionais e estrangeiros residentes no Brasil, relacionados com a liberdade de locomoção. Além disso, caso uma pessoa seja, legalmente, privada da sua liberdade surgem outros direitos ao detido, como o de ser informado de seus direitos e ter a assistência da família e principalmente do advogado; de permanecer calado; de saber a identificação do responsável pela sua prisão; de não ser levado à prisão se o delito admitir liberdade provisória, com ou sem fiança, dentre tantos outros.

<sup>132</sup> STF – Adinmc 162/DF – Rel. Min. Moreira Alves – Julgamento 14-12-89 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 19-09-97, p.45.525.

Relembre-se que o espírito do constituinte deu-se no sentido de preservar de forma absoluta os direitos inerentes à liberdade, consagrando, no inciso XXXIX do art. 5º que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*

A medida provisória, pela sua própria natureza, só se tornará lei se for convertida pelo Congresso Nacional, no prazo constitucional, caso contrário, perderá sua eficácia desde a edição, obrigando os congressistas a disciplinarem as relações jurídicas dela decorrentes.

No caso em pauta, se alguém for preso, ainda que pela autoridade competente, por decisão fundamentada na referida medida provisória, poderá, ao término do período de vigência da norma, ver-se constrangido a um período de prisão indevido, caso a citada medida provisória seja rejeitada pelo Congresso Nacional.

As normas de natureza penal e processual penal devem ser editadas para que perdurem por longo período a fim de possibilitar sua exata compreensão pela sociedade, de modo que a provisoriedade de qualquer de seus dispositivos não se coaduna com os direitos individuais consagrados pela Constituição Federal.

Não se trata assim de pretender permitir ao magistrado que analise o motivo da prisão e a decrete após fundamentá-la, mas sim, de não permitir que o magistrado decrete a prisão provisória de um indivíduo, com fundamento em uma medida também provisória, pois a liberdade consagrada na Constituição não é provisória, mas sim definitiva e só a lei no sentido material e formal e, segundo as normas constitucionais, poderá privar o cidadão do seu consagrado e natural direito à liberdade.

A medida provisória examinada pelo Supremo Tribunal Federal além de ferir o direito individual ao gozo da plena liberdade de locomoção, também subtraiu do Congresso Nacional o exercício pleno da atividade legislativa e, por fim, afrontou a autonomia administrativa do Poder Judiciário ao estabelecer plantão de 24 horas em todas as Comarcas e Sessões Judiciais do País.

Respeitada a posição da nossa Suprema Corte, quer parecer que a medida provisória, em foco, certamente afrontou a Constituição Federal e o princípio da separação de poderes, o qual deveria ser preservado de maneira acurada pelo Supremo Tribunal Federal. Note-se que o julgamento ocorreu em 14 de dezembro de 1989, ou seja, pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição Federal e o teor da decisão, dada a sua condescendência com o ato normativo, apenas serviu de estímulo à continuidade de utilização das medidas provisórias para situações semelhantes, pois restou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que os pressupostos de relevância e urgência estavam submetidos ao critério discricionário de oportunidade e valor do Presidente da República, admitindo-se o *controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar*.

Sem dúvida que, se o Poder Judiciário, no uso de suas atribuições constitucionais, tivesse, desde o início da adoção das medidas provisórias, agido com irreparável rigor na apreciação dos pressupostos processuais da urgência e relevância e nas matérias objeto das medidas provisórias, certamente teria freado a sua utilização indiscriminada pelos Presidentes da República.

Outro caso de flagrante interferência do Chefe do Poder Executivo nas atividades desenvolvidas pelos Órgãos do Poder Judiciário ocorreu em 1990, com a edição da Medida Provisória nº 173, que foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6 DF ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, cuja decisão segue:

*EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória 173, de 18.3.90, que veda a concessão de "medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das Medidas Provisórias números 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168": indeferimento do pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado: razões dos votos vencedores.*

*Sentido da inovadora alusão constitucional à plenitude da garantia da jurisdição contra a ameaça a direito: ênfase à função preventiva da jurisdição, na qual se insere a função cautelar e, quando necessário, o poder de cautela liminar. Implicações da*

*plenitude da jurisdição cautelar, enquanto instrumento de proteção ao processo e de salvaguarda da plenitude das funções do Poder Judiciário.*

*Admissibilidade, não obstante, de condições e limitações legais ao poder cautelar do juiz. A tutela cautelar e o risco do constrangimento precipitado a direitos da parte contrária, com violação da garantia do devido processo legal.*

*Conseqüente necessidade de controle da razoabilidade das leis restritivas ao poder cautelar. Antecedentes legislativos de vedação de liminares de determinado conteúdo. Critério de razoabilidade das restrições, a partir do caráter essencialmente provisório de todo provimento cautelar, liminar ou não.*

*Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário.*

*Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar.*

*Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada<sup>133</sup>.*

A Medida Provisória nº 173 afrontou a garantia inserida no art. 5º, inc. XXXV, a qual enuncia que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Além disso, parece evidente que o Poder Executivo editou norma para favorecê-lo nas demandas judiciais em detrimento a parte oposta que deveria, segundo a inovação processual, aguardar até a decisão final para obter a segurança judicial e,

<sup>133</sup> STF – Adin 223-6/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento 05-04-90 – Tribunal Pleno – *Diário da Justiça*, 29-06-90, Ementário nº 1587.

conseqüentemente, ter o seu direito lesado finalmente reparado. Parece claro que a citada medida provisória ignorou, também, o princípio da separação dos poderes, pois o Chefe do Poder Executivo, com um mero ato discricionário tolheu a atividade típica do Poder Judiciário. Mas, ainda assim, a medida provisória não foi contida de imediato pelo Órgão responsável pela guarda da Constituição.

O que se denota, na verdade, é que a adoção desenfreada de medidas provisórias tem causado insegurança jurídica, pois a sociedade não tem mais certeza de quais serão os direitos que estarão em plena vigência, e sem qualquer restrição governamental, na manhã do dia seguinte, o que vêm a subverter os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

## VI CONCLUSÃO

Após duas décadas de governo militar, período em que os direitos dos cidadãos e a independência dos poderes constavam apenas como letra morta de um texto constitucional outorgado à nação, o Brasil, em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, voltou a fazer fileira entre as nações onde prevalece o estado democrático de direito e onde são assegurados os direitos fundamentais e o princípio da separação de poderes.

A Constituição Federal estabeleceu que os poderes são independentes e harmônicos entre si. Adotou, assim, a teoria de Montesquieu e atribuiu a cada um dos poderes uma função específica: a do Legislativo, elaborar as normas, a do Executivo, governar e fazer atuar a lei, e a do Judiciário, resolver os conflitos decorrentes da aplicação das normas. Estabeleceu, ainda, sistema de freios, de modo a criar instrumentos para que os poderes, reciprocamente, se fiscalizassem. Desta forma, as leis são elaboradas pelo legislativo e devem receber a sanção do Executivo, cabendo ao Judiciário controlá-las para que não afrontem a Constituição Federal.

O Poder Legislativo da União é bicameral, de modo que o processo legislativo tramitará perante a Câmara dos Deputados, na condição de representante do povo, e o Senado Federal, onde estão representados os Estados-federados e o Distrito Federal. Após a aprovação pelas duas Casas Legislativas, o projeto de lei será submetido ao Chefe do Poder Executivo para manifestar sua aquiescência, sancionando a lei, ou sua discordância, vetando-a. Nesse caso, os motivos do veto serão apreciados pelo Congresso Nacional que poderá mantê-lo ou rejeitá-lo.

Sem dúvida, este processo de elaboração de leis atende ao princípio da separação dos poderes, pois os órgãos que dele participam o fazem com independência. Além disso, os Poderes atuam na forma de freios, evitando a supremacia de qualquer um deles sobre o outro, preservando, assim, os direitos fundamentais dos cidadãos, já que a norma imposta pelo Estado atingirá diretamente os interesses do indivíduo e da sociedade.

Os governos militares instituíram na Constituição de 1967, e posteriormente na Emenda Constitucional 1/69, um instrumento de elaboração de normas, denominado de

decreto-lei, o qual deveria ser empregado em casos de relevância ou urgência e, apenas para determinadas matérias. Entretanto, os decretos-leis foram utilizados pelos Presidentes da República de forma rotineira, em manifesta substituição à atividade legislativa desempenhada pelo Congresso Nacional.

O decreto-lei foi repudiado na Assembléia Nacional Constituinte que, entretanto, introduziu no art. 62, da Constituição Federal, as medidas provisórias, cujo texto singelo praticamente reproduziu o *decreto legge*, previsto no art. 77, da Constituição Italiana de 1947.

As medidas provisórias foram constitucionalizadas, em substituição ao antigo decreto-lei, para serem utilizadas em casos extremos, a fim de que o chefe do Poder Executivo pudesse, por meio de normas gerais e abstratas, solucionar questões de extrema relevância e urgência, sem a necessidade de dispor dos instrumentos máximos do *estado de defesa e estado de sítio*.

Os governos civis, eleitos após a edição da Constituição Federal de 1988, nunca foram sensíveis à aceitação do lento e vagaroso procedimento legislativo ordinário, mesmo que o processo tramitasse sob o regime de urgência constitucional, de modo que visualizam na medida provisória um instrumento eficaz para impor suas metas de governo.

O fato é que a utilização da medida provisória, que deveria ser uma exceção, já que subverte o processo democrático de elaboração da lei, tornou-se a regra, de modo que os sucessivos governos civis se aproveitaram amplamente das medidas provisórias para disciplinar as situações irrelevantes e sem qualquer urgência. Além disso, o prazo de trinta dias previsto originariamente no art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal foi contornado com a prática de sucessivas reedições de medida provisória não votada. Essa prática adotada pelos Presidentes da República foi respaldada pela omissão do Congresso Nacional e, sua permissividade encontrou agasalho na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Denota-se que o Presidente da República sub-rogou-se na função de legislador e passou a impor à sociedade normas com vigência imediata que retratam única e exclusivamente a vontade do governante, à semelhança do que ocorria no período em que

monarquias absolutistas predominavam no mundo ocidental. Tal situação, sem dúvida, afronta ao princípio da separação dos poderes cuja origem primeira visou garantir os direitos dos indivíduos contra a vontade unipessoal do Estado na imposição das leis.

A volúpia legiferante dos Presidentes da República trouxe à baila da sociedade e do Congresso Nacional o debate sobre a forma de como restringir a utilização das medidas provisórias. Resultou desse debate, e após longo período de negociação entre o Congresso Nacional e a Presidência da República, a edição da Emenda Constitucional nº 32, em 11 de setembro de 2001.

A Emenda Constitucional nº 32 deu nova redação ao art. 62, introduzindo-lhe doze parágrafos, onde foram estabelecidas algumas restrições para a edição das medidas provisórias. Dentre elas encontram-se limites materiais para sua utilização; limite de vigência em sessenta dias contados da publicação, permitida uma prorrogação por igual período; limite de início de vigência para alguns impostos; proibição de reedição na mesma seção legislativa; além de determinar a criação de uma comissão mista de parlamentares para emitir parecer e estabelecer normas procedimentais referentes à tramitação e deliberação das Casas do Congresso Nacional. Dispôs, ainda, quanto às medidas legislativas a serem tomadas pelo Poder Legislativo em caso de rejeição, mudança do seu texto e da não apreciação nos prazos constitucionais.

A leitura despreziosa do art. 62 da Constituição Federal, com a sua nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 32 de 11-9-2001, deixa transparecer que foram definitivamente solucionados todos os problemas decorrentes da constante utilização das medidas provisórias pelo Presidente da República, uma vez que, a partir da promulgação da citada emenda, o chefe do Poder Executivo Federal encontrará, nos parágrafos do citado dispositivo, impetuosos limites para utilização de tal instrumento de criação de normas.

Entretanto, como exposto, neste estudo, uma análise mais detida da redação dos parágrafos do art. 62 permite concluir que foram poucas ou quase nenhuma as limitações materiais lá introduzidas. Por outro lado, o artigo torna implícito que, salvo as vedações expressas, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias sobre as mais variadas matérias e, sempre encontrará respaldo constitucional, sob o argumento de que os

temas que não foram expressamente vedados pela EC nº 32/01 podem ser regulamentados por meio de medida provisória.

Assim, o Presidente da República estará livre, inclusive, para reeditar medidas provisórias expressamente rejeitadas pelo Congresso Nacional, desde que o faça após o término da sessão legislativa. Poderá, ainda, de forma imediata, com a edição de tal ato normativo, cercear os direitos fundamentais dos indivíduos, os quais só terão como solução para os seus problemas, decorrentes da edição das medidas provisórias, buscar socorro perante o Poder Judiciário.

Essa interpretação permitirá o emprego desenfreado das medidas provisórias pelo Presidente da República, desde que encontre a plena concordância e submissão do Congresso Nacional. É certo que, uma superficial análise das políticas governamentais desenvolvidas pelos governos que se sucederam após o advento da Constituição de 1988, demonstra que todos eles, invariavelmente, utilizaram-se de todas as formas e meios disponíveis para cooptar parlamentares de outros partidos e, com isso ampliar a base governamental e, conseqüentemente, obter a grande maioria do Congresso Nacional, o que sem dúvida possibilita a aprovação de projetos de lei ordinária, complementar, e a conversão das medidas provisórias em lei.

Diante disso urge que o Poder Legislativo passe a fazer valer as suas prerrogativas constitucionais na análise das medidas provisórias, quanto aos seus pressupostos constitucionais e, principalmente, em relação às matérias por elas normatizadas. Ao Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição, cabe o exercício, com presteza e rigor, do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, promovendo interpretação restritiva do art. 62, da Constituição Federal, e, com isso, dando o real alcance às limitações lá introduzidas pelo Constituinte Reformador.

A execução de tal tarefa pela Suprema Corte, notadamente agora com a edição da súmula vinculante, introduzida pela EC nº 45/2001, será a única forma de conter a hegemonia do Poder Executivo, associada à condescendência da maioria do Congresso Nacional e, com isso, poderá o Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer os direitos fundamentais dos indivíduos e se contrapor à supremacia do Poder Executivo em relação aos demais poderes. Com tal atitude, sem dúvida, o Poder Judiciário poderá evitar o retorno do

Brasil ao malfadado período da história da humanidade, onde prevaleciam as monarquias absolutistas, época em que os direitos humanos não passavam de um sonho a ser conquistado.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Carlos Moreira. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In Documentação e Direito Comparado. Lisboa: Procuradoria Geral da República, 1997.
- ARISTÓTELES. *A política*. 1. ed. Brasileira. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida provisória na constituição de 1988*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional*. 2. Ed. São Paulo: EDUC, 1976.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*. Volume I. São Paulo: Manole, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- \_\_\_\_\_. e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BROSSARD, Paulo. *O impeachment*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Emendas em medidas provisórias*. Revista de Direito Público, nº 93. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hamilton Lobo. *Atos institucionais atos complementares leis complementares*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1971.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1998.
- CANTIZANO, Dagoberto Liberato. *O processo legislativo nas constituições brasileiras e no direito comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Trad. Aroaldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Medidas provisórias*. Revista de Direito Público, nº 97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CHIESA, Clélio. *Medidas provisórias: regime jurídico-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

- CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.
- CHALITA, Gabriel Benedito Isaac. *Ética dos governantes e dos governados*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O poder*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Medidas provisórias*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CROSA, Emilio. *Corso di Diritto Costituzionale. Parte II. La Costituzione*. Torino: G. Giappichelli Editore, [s.d.]
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- DELGADO, José Augusto. *Lei inconstitucional (sua caracterização)*. Revista de Direito Público, n. 98: 128-133, 1991.
- FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa - Separata. Brasília: Senado Federal, nº 142, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Poder constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais*. Revista do Mestrado Unifio nº. 4. Osasco: Unifio, 2004.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *O processo legislativo estadual e municipal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: n. 153: 1-15, 1983.

\_\_\_\_\_. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: RT, 2002.

GRASSO, Marlene Savóia. *O sistema federativo*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, n. 3: 59-78, 1993.

\_\_\_\_\_. *O processo legislativo nas constituições federais brasileiras*. Revista de informação legislativa. [Senado Federal]. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, nº 101, 1989.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de constitucionalidade*. In Revista Forense, n. 341, p. 3-12.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

\_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte : Ed. Del Rey, 1999.

IVO, Gabriel. *Constituição estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Introd. J. W. Gough. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. In: Revista Trimestral de Direito Público n. 6.

MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O Ordenamento jurídico brasileiro. Regras de Elaboração, Redação, Alteração e Consolidação das Leis*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Direito municipal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Forense, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Direito municipal brasileiro*. Atualizado por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. São Paulo. *Perfil constitucional das medidas provisórias*. Revista de Direito Público, nº 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. ampliada, São Paulo: Saraiva, 1986.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O controle incidental de normas no direito brasileiro*. In: Controle de constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do estado e da constituição*. São Paulo: Forense, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondant. *O espírito das leis*. 4. ed. melhorada, Trad. Pedro Vieira Mota, São Paulo: Saraiva, 1996.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000

\_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In: Documentação e Direito Comparado, Procuradoria Geral da República. Lisboa: 1997.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia Del pensamiento jurídico I – De Heráclito a la revolución francesa*. 8. ed. Madrid: Universidade Complutense, 1996.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Paulo Brossard de Souza, *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial de atos do poder legislativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1991.

REALE, Miguel. *Aplicações da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.

\_\_\_\_\_. *Política de ontem e de hoje*. São Paulo: Saraiva, 1978.

REIS, Carlos David Santos Aarão. *Medida provisória: relevância e urgência como seus pressupostos*. In: Revista Trimestral de Direito Público, nº 18. São Paulo: Malheiros, 1997.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

- SANCHES, Sydney. *O Supremo Tribunal Federal: composição, competências originárias e recursais*. In: Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, Escola Nacional da Magistratura-IBCB, 1997.
- SANTOS, Brasilino Pereira dos. *As Medidas provisórias no direito comparado e no Brasil*. São Paulo: LTr., 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- \_\_\_\_\_. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o senado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 05.10.88)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- VELLOSO, Caio Mário da Silva. *Controle de constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*. In: *Revista de Direito Público* n. 92, p. 43-53.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

Tomboc TO 1833  
Valor             
Proc Franco Oliveira Coanga  
Data 07.07.05  
Encac           

AC. 148764  
Ex. 124629



124629